

QUADERNI

LO
STATO

Luca Mandrioli

**LA CESSIONE DEI CREDITI
SALVO BUON FINE NELLO
SCONTO BANCARIO:
PRIME RIFLESSIONI**





COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE,
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

Numero speciale

12



Mucchi Editore

Luca Mandrioli

LA CESSIONE DEI CREDITI
SALVO BUON FINE
NELLO SCONTO BANCARIO:
PRIME RIFLESSIONI



Mucchi Editore

Stampato con il contributo di



Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio.

Redazione: Federico Pedrini; Luca Vespignani.

ISBN 978-88-7000-891-3

© STEM Mucchi Editore - 2021

info@mucchieditore.it

www.mucchieditore.it - facebook.com/mucchieditore - twitter.com/mucchieditore - instagram.com/mucchi_editore



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Versione pdf open access al sito www.mucchieditore.it

Impaginazione STEM Mucchi Editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel mese di maggio 2021

Ai miei genitori

Indice

<i>Premessa</i>	13
-----------------------	----

I. La cessione del credito con funzione di liquidità nello sconto bancario

17

I.1. <i>Le tradizionali teorie sulla natura giuridica dello sconto: lo schema della compravendita e quello del mutuo</i>	19
--	----

I.2. <i>L'autosufficienza negoziale dello sconto bancario</i>	22
---	----

I.3. <i>La cessione del credito come fattispecie negoziale a sé stante dotata di una propria autonomia</i>	25
--	----

I.4. <i>Il trasferimento dei crediti quale negozio a causa generica e la necessità di una sua integrazione</i>	32
--	----

I.5. <i>Il rigetto dell'originario inquadramento della cessione dei crediti a scopo di garanzia</i>	37
---	----

I.6. <i>La confutazione della causa solutoria del negozio traslativo del diritto di credito</i>	48
---	----

I.7. <i>La funzione di liquidità dello sconto e del relativo negozio traslativo della titolarità del credito</i>	52
--	----

II. La struttura della clausola salvo buon fine quale articolazione del regolamento contrattuale di sconto.....

61

II.1. <i>L'espressione salvo buon fine fra testo e regolamento contrattuale</i>	63
---	----

II.2. <i>Le ragioni della necessità di una ricostruzione dogmatica della locuzione salvo buon fine</i>	66
--	----

II.3. <i>La trasposizione nel contratto dell'enunciato normativo: il superamento dell'originario indirizzo che escludeva dal concetto di clausola quelle riproduttive di una disposizione di legge</i>	70
--	----

II.4. <i>L'inciso salvo buon fine quale clausola principale del regolamento contrattuale</i>	73
--	----

II.5. <i>La mancata autonomia della clausola salvo buon fine</i>	81
--	----

II.6. <i>Interpretazione, qualificazione ed integrazione del regolamento contrattuale di sconto: il ruolo dell'espressione salvo buon fine</i>	87
--	----

II.7. <i>Il comando ordinativo contenuto nell'art. 1858 c.c. ed i riflessi in ipotesi di mancata riproduzione dell'inciso salvo buon fine nel testo contrattuale</i>	95
--	----

II.8. <i>Conclusioni: sul mantenimento della categoria concettuale di clausola ai fini della classificazione dell'espressione salvo buon fine</i>	102
---	-----

III. Il vincolo non obbligatorio dello scontatario ed il superamento delle teorie tradizionali in ordine ai rimedi risolutivi del negozio	107
III.1. <i>Premessa: la difficoltà di ricostruire il significato dell'espressione salvo buon fine</i>	109
III.2. <i>Il rigetto della sussistenza di un obbligo dello scontatario in termini di qualità del credito ceduto e di risultato promesso da parte dello scontatario</i>	114
III.3. <i>Sulla necessità di chiarire l'ambigua nozione di garanzia</i>	118
III.4. <i>Il difficile inquadramento dell'obbligazione di garanzia</i>	126
III.5. <i>La prestazione di garanzia quale effetto contrattuale che origina l'indennizzo dello scontatario</i>	132
III.6. <i>La garanzia pura dello scontatario contro il rischio del mancato incasso del credito ceduto: la natura del vincolo non obbligatorio</i>	140
III.7. <i>L'effetto giuridico della garanzia pura e l'individuazione del fatto costitutivo dell'obbligo di indennizzo.....</i>	146
III.8. <i>L'assunzione di rischio dello scontatario</i>	149
III.9. <i>Il contratto di assicurazione: elementi comuni e prime differenze con la garanzia pura</i>	155
III.10. <i>Il rigetto dello schema contrattuale assicurativo nello sconto</i>	164
III.11. <i>L'individuazione di una prestazione assicurativa transtipica in capo allo scontatario</i>	173
III.12. <i>La confutazione dell'orientamento che propende per la sussistenza di un negozio condizionato.....</i>	178
III.13. <i>Il rigetto della tesi che riconosce in capo allo scontatore un diritto potestativo di recedere dal rapporto.....</i>	184
IV. L'indennizzo dello scontatario e la surrogazione nei diritti dello scontatore.....	193
IV.1. <i>La tradizionale distinzione tra indennizzo e risarcimento del danno.....</i>	195
IV.2. <i>La struttura dell'indennizzo nello sconto bancario: i confini del fenomeno e la comunanza con l'obbligo di «rivalere» dell'assicuratore</i>	204
IV.3. <i>La quantificazione dell'indennizzo dovuto dallo scontatario</i>	212
IV.4. <i>Pagamento dell'indennizzo e retrocessione della titolarità del diritto di credito: impostazione della problematica</i>	218
IV.5. <i>Il tentativo di applicare allo scontatario la surrogazione dell'assicuratore: prime riflessioni</i>	219

IV.6. <i>Il rigetto dell'applicazione analogica del disposto dell'art. 1916 c.c. allo sconto bancario</i>	225
IV.7. <i>Il ricorso al criterio interpretativo della transtipicità in ordine all'estensione della surrogazione dell'assicuratore allo scontatario</i>	230
IV.8. <i>Sulla controversa natura giuridica della surrogazione ex art. 1916 c.c.</i>	240
IV.9. (segue) <i>La successione a titolo particolare dello scontatario nei diritti dello scontatore verso il debitore ceduto</i>	246
IV.10. <i>Il trasferimento ope legis allo scontatario del diritto di credito dello scontatore nei confronti del debitore ceduto</i>	257
V. <i>La struttura della clausola pro solvendo e le differenze con lo sconto bancario</i>	265
V.1. <i>Premessa: cenni sulla nozione di insolvenza civilistica</i>	267
V.2. <i>La mancata solvenza del debitore ceduto e le differenze con l'evento che nello sconto bancario origina l'indennizzo</i>	271
V.3. <i>Lo scioglimento del contratto e il rigetto della struttura della garanzia pura</i>	279
V.4. (segue) <i>Le ragioni alla base della scelta del legislatore di rinunciare a concedere allo scontatore un rimedio risolutorio</i>	289
V.5. <i>La confutazione della sussistenza in capo al cedente di una obbligazione avente ad oggetto una prestazione di fare nonché di una responsabilità precontrattuale</i>	294
V.6. <i>Il ricorso alla categoria degli obblighi di protezione quale vincolo obbligatorio sprovvisto di prestazione</i>	301
V.7. <i>Il dovere di protezione e la realizzazione del programma negoziale</i>	309
V.8. <i>La scelta del cedente in ordine al diritto di credito da trasferire e le conseguenze in termini di responsabilità</i>	312
V.9. <i>La clausola pro solvendo quale fattispecie di responsabilità oggettiva</i>	320
V.10. <i>I limiti entro i quali sussiste la responsabilità oggettiva del cedente</i>	329
<i>Bibliografia</i>	341
<i>Giurisprudenza</i>	373

Premessa

Ancora oggi, a distanza di parecchi lustri dall'entrata in vigore dell'attuale Codice civile, numerose sono le dispute non ancora sopite che avvolgono la figura dello sconto bancario, alimentate, tra l'altro, dall'interesse che l'ampia diffusione dell'operazione ha riscontrato nella prassi bancaria. Utilizzato in risposta all'esigenza di creare liquidità in capo alle imprese quando le stesse, accettando di differire nel tempo gli incassi, hanno concesso "credito" ai propri debitori, da decenni il contratto disciplinato dagli artt. 1858 e ss. c.c. mantiene ferma la propria attualità.

Mentre sotto l'aspetto economico, l'obiettivo del negozio in esame è chiaramente quello di convertire in denaro il credito, di cui è titolare quel soggetto che diverrà lo scontatario, originatosi da uno scambio di prestazioni differite - avendo il più delle volte questi consegnato la merce o effettuato il servizio prima di ricevere, da colui che assumerà la figura di debitore ceduto, la controprestazione consistente nel pagamento del corrispettivo - con riguardo al profilo giuridico la materia è, invece, da sempre oggetto di continue riflessioni e di ripensamenti. Il quadro normativo di riferimento - per molti aspetti imperfetto e lacunoso oltre che di non facile coordinamento con le regole in tema di cessione del credito - ha, in effetti, creato all'interno dell'ordinamento giuridico asimmetrie sistematiche e incongruenze di vario genere. La disciplina che viene in esame, a parere di molti tanto imprecisamente formulata dal legislatore civilistico, ha, infatti, agitato non poco il giurista chiamato ad interpretarla, sebbene più di recente non siano mancati taluni tentativi di approfondimento diretti a reimpostare su basi più fresche e moderne i termini dell'istituto e la sua natura giuridica¹ così contribuendo ad accrescere di nuovi spunti l'attrazione degli studiosi per la materia.

A tal proposito, se da un lato non è certo questa la sede per una trattazione esauriente di argomenti e problematiche che sono già stati ampiamente affrontati dalla letteratura giuridica e dalla giurisprudenza - tanto di legittimità quanto di merito - nelle innumerevoli vicende portate alla sua attenzione, dall'altro restano però ancora aperte alcune questioni in relazione alle quali non si è pervenuti ad un grado di sistemazione generalmente condiviso. Tra queste ultime riveste un ruolo

¹ Ci si intende qui riferire all'opera di G.W. ROMAGNO, *Dello sconto bancario. Artt. 1858-1860*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2017; nonché al precedente contributo di E. CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in AA.VV., *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, XXI, Torino, UTET, 2016.

lo di assoluta importanza, anche ai fini del funzionamento del negozio in oggetto nella fase patologica di mancato adempimento a scadenza da parte del debitore ceduto, il significato giuridico da attribuire all'espressione *salvo buon fine*. Nonostante il contratto in esame si inquadri in un dibattito dottrinale ricco di contributi autorevoli e di spunti interessanti, l'aspetto del *buon fine* è stato spesso relegato ad un ruolo di subordine rispetto ai principali temi che hanno nel tempo caratterizzato lo sconto e ciò sul presupposto che, il più delle volte, si è ritenuto di poter del tutto sovrapporre lo stesso alla garanzia *pro solvendo* di cui all'art. 1267 c.c., la quale è stata oggetto di una più ampia riflessione da parte della letteratura. Infatti, mentre, fin dai primi anni successivi all'introduzione della disciplina civilistica di cui agli artt. 1858 e ss. c.c., gli studiosi si sono maggiormente concentrati sull'inquadramento dogmatico dell'istituto e sull'individuazione della natura giuridica del contratto, ponendo a lungo l'attenzione sui profili classificatori dell'operazione e sui caratteri reali o consensuali del negozio, alquanto ridotta è stata l'analisi dedicata all'inciso *salvo buon fine*.

Sennonché, la scarna e concisa regolamentazione del *contratto-tipo* volta a dettare la nozione di sconto piuttosto che la sua disciplina non ha finito per risparmiare neppure la suddetta espressione, facendo così sorgere una serie di delicati interrogativi. Il panorama dottrinario è, infatti, particolarmente articolato e mostra come esistano numerose voci tra di loro discordanti che nel tempo hanno risolto solo in parte i complessi problemi che il tema solleva. Nel tralasciare, quindi, gli aspetti più tradizionali di cui si è già ampiamente occupata la letteratura, gli sforzi del presente contributo – le cui riflessioni saranno oggetto di un più ampio approfondimento di prossima pubblicazione – si indirizzeranno pertanto a capire quale debba essere la corretta interpretazione della locuzione *salvo buon fine* che meglio consente di ricostruire la figura dello sconto come una operazione bancaria dai tratti fondamentali tutt'altro che semplici e lineari. Dunque, al di là delle intenzioni del "legislatore storico", la vicenda su cui concentrare l'attenzione è costituita dalla necessità di individuare il significato attuale di tale espressione sul presupposto che si tratta di una tematica che rappresenta, a giudizio di chi scrive, uno dei momenti di più incerta comprensione nella patologia del trasferimento del credito collocandosi essa su un terreno che necessita di essere ancora ampiamente dissodato.

Anticipando le considerazioni a cui si giungerà nel corso del presente contributo, lo sforzo principale sarà proprio quello di dimostrare che la vera qualificazione del *salvo buon fine* conduce ad una profonda frattura rispetto al concetto che è tipico della garanzia *pro solvendo*, caratterizzandosi la prima per la sussistenza in capo allo scontatario di una prestazione contrattuale idonea di per sé a far sorgere nella sfe-

ra di quest'ultimo un *obbligo di indennizzo* al verificarsi dell'inadempimento del debitore ceduto. Lo spunto per i ragionamenti che seguiranno viene offerto da un'interessante riflessione volta ad approfondire quei fenomeni che nel nostro ordinamento possono essere qualificati in termini di *garanzia pura* ovvero, se si preferisce, di *garanzia in senso tecnico*, caratterizzati dal fatto che sul garante verrebbe a ricadere una prestazione contraddistinta dall'assunzione di un obbligo di indennizzo al verificarsi di un determinato evento². L'individuazione in capo allo scontatario di un dovere di indennizzare lo scontatore in corrispondenza del mancato adempimento a scadenza da parte del debitore ceduto permette di mettere in discussione, fra il resto, tanto la conclusione formulata da coloro che vorrebbero, invece, riconoscere allo scontatore un diritto potestativo *ex lege* idoneo a legittimare la banca stessa a scegliere tra la conservazione del credito inadempito e l'esercizio di un particolare diritto di recesso dal contratto, quanto quello maggiormente tradizionale secondo il quale l'inadempimento del debitore ceduto costituirebbe un evento capace di autorizzare lo scontatore a pretendere dal cedente la restituzione delle somme anticipate, riconoscendo in esso una condizione risolutiva del rapporto ovvero del contratto o ancora dell'anticipazione o dell'erogazione; orientamento quest'ultimo che ha finito nel tempo per prevalere rispetto alla tesi che invece subordina l'obbligo di restituzione dell'anticipazione da parte del cedente alla condizione sospensiva del mancato pagamento del credito trasferito al cessionario da parte del terzo ceduto.

In altri termini, con il presente contributo, ci si propone di concorrere a rafforzare la convinzione che gli indirizzi tradizionali poc'anzi richiamati devono considerarsi, se non in gran parte superati, quanto meno criticabili sotto certi punti di vista, essendo insito nella clausola *salvo buon fine* non un rimedio risolutorio del contratto di sconto o, se si preferisce, un diritto potestativo, ma una vera e propria *prestazione assicurativa transtipica*. Il limite delle ricostruzioni sinora proposte risiede, infatti, nella circostanza che gran parte degli studi che si sono occupati del problema si sono mossi il più delle volte da una prospettiva relativa ai rimedi e da questi hanno desunto la natura dell'istituto. L'indagine che verrà compiuta sarà invero diametralmente opposta, ritenendo necessario aver riguardo dapprima alla struttura del contratto e al suo contenuto, per poi qualificare gli strumenti che il legislatore ha accordato allo scontatore in ipotesi di eventuale inadempimento del debitore ceduto. Le osservazioni che nel prosieguo verranno svolte traggono, infatti, origine da una duplice considerazione di

² In questa direzione si è orientato lo studio monografico di P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.

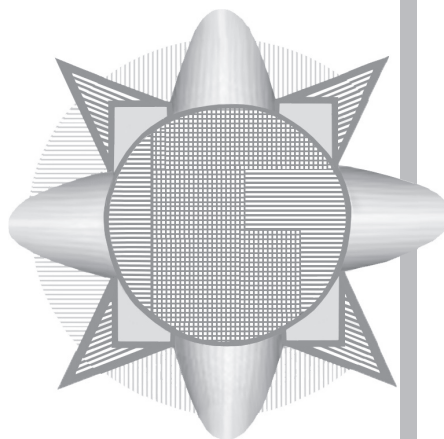
fondo: l'inadeguatezza di talune categorie remediali delle vicende che affliggono il negozio di cessione del credito contenuto all'interno di quello di sconto, da un lato, e l'idoneità di certi vincoli giuridici – quali la *garanzia pura* o *in senso tecnico* – dall'altro che si manifestano nel nostro sistema e che sono in grado di rappresentare più compiutamente il complesso fenomeno delle reazioni che l'ordinamento giuridico appresta di fronte alle patologie dei contratti di alienazione.

Pur non volendo aggiungere all'affollato dibattito sullo sconto bancario l'inutile appesantimento di un ulteriore intervento, vi è, infine, da ritenere che nell'economia di questo lavoro alcune osservazioni in ordine alla natura del negozio in esame ed alle dispute che lo circondano debbano comunque essere svolte e ciò al fine di meglio comprendere l'*iter* argomentativo che conduce a certe conclusioni. Permane, allora, l'esigenza di tener conto almeno della cornice complessiva che si è andata con il tempo definendo, e la necessità di soffermarsi, non senza qualche indicazione specifica, sui suoi punti più sensibili. Si allude a tal proposito alla vicenda traslativa del credito che è alla base di una corretta interpretazione dell'espressione concisa di *salvo buon fine* ed a cui sarà dedicato il primo capitolo, nel quale si darà corso ad una sintesi delle controversie dottrinali che hanno affascinato molti dei nostri studiosi in ordine all'individuazione della causa della cessione del credito prevista dall'art. 1858 c.c. e, prima ancora, della natura giuridica dei contratti di sconto e di cessione stessa.

Modena, marzo 2021

Luca Mandrioli

I. La cessione del credito con *funzione di liquidità* nello sconto bancario



1. *Le tradizionali teorie sulla natura giuridica dello sconto: lo schema della compravendita e quello del mutuo*

2. *L'autosufficienza negoziale dello sconto bancario*

3. *La cessione del credito come fattispecie negoziale a sé stante dotata di una propria autonomia*

4. *Il trasferimento dei crediti quale negozio a causa generica e la necessità di una sua integrazione*

5. *Il rigetto dell'originario inquadramento della cessione dei crediti a scopo di garanzia*

6. *La confutazione della causa solutoria del negozio traslativo del diritto di credito*

7. *La funzione di liquidità dello sconto e del relativo negozio traslativo della titolarità del credito*

§ I.1. – *Le tradizionali teorie sulla natura giuridica dello sconto: lo schema della compravendita e quello del mutuo*

La scarsa disciplina civilistica dello *sconto bancario* ha da tempo condotto ad un acceso e non ancora del tutto sopito dibattito circa lo schema contrattuale attribuibile alla vicenda negoziale in oggetto. Il problema non è nuovo in dottrina: l'art. 1858 c.c., nell'affermare, con una imprecisione tecnico-linguistica¹, che attraverso detta operazione la banca anticipa al cliente, previa deduzione dell'interesse, l'importo di un credito non ancora scaduto mediante la cessione *salvo buon fine* dello stesso, ha infatti originato differenti prese di posizione in ordine alla natura giuridica del contratto in esame.

Addirittura già prima dell'introduzione del Codice civile del 1942 lo sconto bancario era stato assimilato al paradigma della compravendita – nella specie di crediti – e, conseguentemente, ad un negozio di trasferimento sinallagmatico caratterizzato dall'assunzione della garanzia per mancato pagamento del debitore ceduto al pari di quanto previsto in via di eccezione dall'art. 1267, comma 1, c.c.². Per lungo tempo la letteratura aveva, infatti, messo in evidenza come lo sconto rappresentasse uno speciale *sotto-tipo* della vendita, caratterizzato da peculiari requisiti *extra-tipici*, tra cui la qualità di banca del compratore-scontatore, l'oggetto della prestazione del venditore e della contro-

¹ Come osservato da G. CAVALLI, *Lo sconto*, in L. CAPALDO, G. CAVALLI, *Contratti bancari*, 2. *Il credito documentario-Lo sconto*, Milano, Giuffrè, 1993, 171 e da S. AMBROSINI, *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Torino, UTET, 1996, 276, che ha parlato di estrema laconicità della disciplina positiva della figura in esame. Anche A.M. CARRIERO, *Il contratto di sconto*, in AA.VV., *Contratti bancari*, diretto da E. Gabrielli e F. Maimeri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 2002, 6, ha definito la lettera della disposizione atecnica e priva di unitarietà oltre che – richiamando così l'opinione di G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, 4 ss. – poco atteggiabile alle figure dello sconto cambiario, degli assegni e delle tratte documentate. Più di recente concorda con le censure mosse in argomento dalla dottrina più autorevole circa l'utilizzo di un linguaggio impreciso pure F. DI FONZO, *Lo sconto bancario*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010, 1193 e 1194.

² Questa la tesi più risalente sostenuta da U. NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1911, 420; A. BRUNETTI, *Operazioni bancarie su tratte documentate*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 234; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, Cedam, 1933, 44; L. BOLAFFIO, *La legislazione commerciale italiana*, VI ed., Torino, UTET, 1934, 181 e 182; e successivamente ripresa da L. MOSSA, *La cambiale secondo la nuova legge*, Parte I, Milano, Società Editrice Libreria, 1935, 224 ss., il quale, in tema di sconto cambiario, aveva individuato la ragione giustificatrice del medesimo nell'acquisto della cambiale. Per la verità, sotto la vigenza del Codice civile del 1865, anche A. ARENA, *Lo sconto della carta commerciale*, in *Studi di Banca borsa e titoli di credito*, diretti da F. Messineo e G. Molle, II, Milano, Giuffrè, 1936, 60, 61 e 62, non aveva mancato di evidenziare come lo sconto fosse un contratto di alienazione a titolo oneroso, sebbene del tutto particolare in quanto non assimilabile al mutuo ma nemmeno alla vendita in ragione delle sue peculiari caratteristiche, potendo invero essere definito un contratto innominato, specificando altresì che nel caso di sconto cambiario l'operazione si concretizzava nel contratto in esame preceduto dalla girata fiduciaria del titolo che si voleva garantire. Infine, la tesi della compravendita era stata in passato accolta anche T. ASCARELLI, *Cambiale*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, UTET, 1937, 681.

prestazione del compratore; questi ultimi rispettivamente costituiti da un diritto di credito dal contenuto pecuniario verso terzi non ancora scaduto e da un prezzo calcolato mediante deduzione dall'ammontare del credito di una somma risultante dall'applicazione allo stesso di un tasso unitario³. La tesi è stata per di più ripresa anche dalla dottrina moderna, che ha ribadito come attraverso lo sconto la banca acquisti la libera disponibilità del credito o dei titoli sul presupposto per l'appunto che il credito sia venduto alla stessa⁴.

Tuttavia, sia in passato che di recente, si è anche assistito ad un inquadramento dell'operazione nell'ambito del contratto di mutuo – da taluni più precisamente configurata quale speciale forma di prestito⁵ – ed è stata messa in evidenza l'idoneità della stessa a procurare il godimento di una determinata somma di denaro verso il pagamento di un interesse che costituirebbe il compenso dell'anticipazione. I tentativi di indirizzare lo sconto verso lo schema del mutuo hanno avuto anch'essi origine precodicistica⁶ ed hanno nel tempo riscosso i maggiori consen-

³ V., diffusamente, G. MINERVINI, *op. cit.*, 78, secondo cui il *salvo buon fine* del credito comportava, quale *naturale negotii* implicito nel contratto, in quanto *sotto-tipo* di vendita, l'accollo *ex lege* dello scontatario della garanzia della solvenza del debitore scontato. A tal proposito A. ARENA, *Lo sconto documentale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I, 303, dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, aveva sottolineato che nello sconto, così come disciplinato dal nuovo Codice, il credito o il titolo di credito transitava dalla sfera patrimoniale del cliente a quella della banca, non potendo così tale operazione riprodurre un mutuo bensì integrare una vendita. La configurazione dello sconto come vendita del credito era stata inoltre sostenuta da R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, Jovene, 1962, 141, che era giunto ad una siffatta conclusione aderendo alla tesi di Minervini; nonché – ipotizzando che fosse sempre possibile coniare una nozione più ampia di *tipo* tale da farvi rientrare determinati *sotto-tipi* dal rango subordinato – da R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1970, 40 e 41. A distanza di qualche decennio, la natura delle vendite mobiliari di massa conduceva poi G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, 202, a rinvenire il paradigma economico dello sconto nella sfera dello scambio di bene contro denaro, appartenendo i crediti ed i titoli di credito alla ricchezza smaterializzata, in quanto mobilitati a fini monetari o di liquidità dell'impresa.

⁴ Esplicitamente in tal senso F. GALGANO, *L'imprenditore, Impresa-Contratti di impresa-Titoli di credito-Fallimento*, in *IDEM, Diritto commerciale*, XIII ed., Bologna, Zanichelli, 2013, 248.

⁵ Era questa l'opinione di M. TONDO, *Contratti bancari*, Tomo II, *I contratti di credito*, Roma, Bancaria, 1958, 176.

⁶ V. G. BONELLI, *Della Cambiale, dell'Assegno bancario e del Contratto di conto corrente*, in *Commentario al Codice di commercio*, III, Milano, Vallardi, 1914, 46, e *ivi* ulteriori riferimenti alla dottrina francese, per il quale si doveva parlare di contratto di mutuo o di prestito allorquando una parte riceveva denaro dall'altra a fronte della consegna di una merce che non ne rappresentava in modo attuale e definitivo il corrispettivo economico, così realizzandone in modo immediato il valore ed assicurando fin dall'origine il pagamento tramite una cessione *pro solvendo*. In argomento P. GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, Cedam, 1930, 323 ss., in specie 327, aveva definito lo sconto una forma di prestito, caratterizzato da una cessione con scopo di mutuo passivo da parte del cedente, valeva a dire posta in essere per ottenere una anticipazione dal cessionario. Pure G. RUSSO, in commento a Cass., 24 marzo 1933, n. 989, in *Foro it.*, 1933, I, 547, aveva riassunto lo sconto come un'operazione in cui lo scontatore anticipava, a causa di mutuo, una somma allo scontatario, ad un interesse convenuto che veniva dal primo trattenuto ed in cui il secondo con la girata trasferiva, sempre *mutui causa*, a controparte la proprietà del credito cartolare a garanzia della restituzione dell'anticipazione; trasferimento che legittimava lo scontatore ad esigere direttamente la

si. La tesi è stata, infatti, ripresa successivamente all'entrata in vigore del Codice civile del 1942⁷ e perfezionata – pur non mancando anche tra gli stessi fautori dell'indirizzo in rassegna qualche ripensamento⁸ – da chi aveva definito l'operazione bancaria in oggetto un *sottotipo* del contratto di mutuo, con ciò evidenziando come essa fosse caratterizzata dal fatto che la misura dell'anticipazione veniva calcolata in base all'importo del credito o del titolo di credito e che la cessione costituiva il mezzo volto ad assicurare la restituzione dell'anticipazione stessa e, pertanto, la soddisfazione dell'interesse della banca scontatrice⁹. Peraltro, ad alimentare una simile conclusione aveva di certo contribuito l'intenzione del legislatore contenuta nella Relazione del Guardasigilli n. 745 al novellato Codice civile del 1942, secondo cui lo sconto bancario era stato configurato al pari di un prestito che la banca concedeva al fine di anticipare l'importo di un determinato credito nei confronti di terzi, previa cessione *pro solvendo* del medesimo e decurtazione del compenso dovuto alla stessa corrispondente al saggio di sconto.

In forza di un siffatto indirizzo la funzione propria del contratto in esame sarebbe, quindi, consistita nel prestito di una somma e non già nello scambio fra una prestazione attuale ed una futura – quest'ultima da individuarsi nel credito o nel titolo di credito ceduto – come si sarebbe invero voluto classificando il suddetto negozio come compravendita¹⁰, stante la stretta somiglianza con i connotati tipici del mutuo quali

cambiale alla scadenza. In linea con i precedenti Autori anche R. ALESSI, *La natura giuridica dello sconto cambiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1935, I, 7 ss., aveva parlato di operazione di sconto cambiario, costruita attraverso due negozi esteriori contrapposti – la girata del titolo di credito e la consegna della somma – realizzati in ragione di un rapporto sottostante di mutuo, integrato da una delegazione debitoria non novativa.

⁷ Cfr., fra gli altri, i contributi di A. GATTA, *Il Contratto di Sconto secondo le disposizioni del nuovo Codice Civile*, Napoli, Rispoli Editore, 1942, 26, che si era espresso in termini di rapporto di prestito che si veniva a creare per effetto dello sconto; F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. Parte Speciale. I singoli contratti*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1943, 434; S. SOTGIA, *Dei contratti bancari*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte II, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1949, 184, che aveva parlato di attuazione, attraverso lo sconto bancario, di un prestito di secondo grado e la cui conclusione in termini di assimilazione del primo al contratto di mutuo era poi stata fatta propria anche da C. GIANNATTASIO, *Lo sconto bancario*, in IDEM, *Orientamenti della giurisprudenza sui contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1953, 84, secondo cui nello sconto bancario il denaro veniva anticipato *mutui causa*. Sul punto v. altresì E. DE BIASE, *I contratti bancari*, Roma, Jandi Sapi, 1957, 129; R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1959, 215 e 216; A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari. Studi di diritto privato bancario*, Padova, Cedam, 1971, 162.

⁸ Ci si intende qui riferire all'autorevole opinione di M. FRAGALI, *Del mutuo. Art. 1813-1822*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969, 288 ss., che, pur avvicinando lo sconto al mutuo, non aveva mancato di prendere le distanze da una completa equiparazione dei due, limitandosi a far riferimento alle norme suppletive del secondo per la compiuta regolamentazione del primo.

⁹ V., in proposito, V. ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, 347 ss.

¹⁰ Decisiva per A. GALASSO, *op. cit.*, 162 ss., era la circostanza che l'anticipazione di una somma di denaro non poteva mai essere assimilata ad un prezzo per l'acquisto di un determinato bene.

la dazione di una somma di denaro con obbligo di restituzione ed il fine di procurare il godimento di un capitale verso la corresponsione di un interesse¹¹. In definitiva, pertanto, a differenza dello schema dell'alienazione, in tale seconda ricostruzione, la cessione non si sarebbe inserita in un rapporto di corrispettività con l'anticipazione della somma di denaro offerta dalla banca, ma avrebbe rappresentato un mezzo per consentire alla stessa di ottenere la restituzione del capitale prestato¹².

§ I.2. – *L'autosufficienza negoziale dello sconto bancario*

La difficoltà emersa nei decenni con riguardo all'individuazione dei tratti fisionomici dell'operazione in oggetto, che ha spaziato tra coloro che hanno avvicinato il contratto in esame allo schema della compravendita e quelli che, invece, hanno preferito equipararlo al negozio di mutuo, pare essere stata di recente superata. A tal proposito, infatti, se da un lato la scarna disciplina di diritto positivo ha nel tempo contribuito ad alimentare il dibattito intorno all'inquadramento dello sconto in altri tipi contrattuali da cui mutuare il regolamento mancan-

¹¹ In termini maggiormente netti e precisi v. G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981, 397, 399 e 400, che ricordava come lo sconto risultasse funzionalmente collegato *ex lege* ad una cessione di credito *pro solvendo*, che nell'economia contrattuale svolgeva un ruolo sostitutivo dell'adempimento, in cui la liberazione dello scontatario era sospensivamente condizionata al buon fine della cessione; nonché F. ALCARO, «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. *Contributo allo studio dei contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1981, 77 ss., il quale non dubitava che la percezione fosse quella di aver voluto configurare un contratto di prestito. Si erano così espressi pure G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VIII ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, UTET, 1991, 896, secondo cui lo sconto rappresentava un'operazione complessa risultante dalla combinazione di un mutuo con un negozio di garanzia (realizzata attraverso il trasferimento *pro solvendo* di un diritto di credito), e F. MARTORANO, *Sconto bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1969, 782 e 783, quest'ultimo seppur in termini affercognitivi. Per un contributo successivo cfr. invece M. SPINELLI, G. GENTILE, *Diritto bancario*, II ed., Padova, Cedam, 1991, 222, che hanno ritenuto corretta la ricostruzione del fenomeno negoziale in termini di prestito – per quanto riguarda l'anticipazione della banca – e di pagamento del debito restitutorio – con riferimento al trasferimento del credito in proprietà sopportato dallo scontatario.

Particolare era stata la posizione assunta da A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari. Art. 1823-1860*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969, 170, 171 e 172, il quale, pur avendo affermato che lo sconto costituiva un contratto di prestito, non lo aveva identificato in un mutuo, in quanto dette figure rappresentavano distinti contratti tipici appartenenti allo stesso *genus* ma differenti per alcune caratteristiche peculiari: lo scopo generico dei due negozi – procurare al cliente una disponibilità di capitale verso un interesse – era il medesimo, ma nello sconto la misura dell'anticipazione era commisurata al valore del credito, ceduto allo scontatore, vantato verso terzi dal sovvenuto e la cessione del credito costituiva il mezzo di adempimento dell'obbligazione di restituzione gravante sullo scontatario.

¹² In tal senso cfr. M. TONDO, *Dei contratti bancari art. 1834-1860*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. de Martino, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Novara-Roma, Pem, 1970, 557; nonché già IDEM, *Contratti bancari*, cit., 176, le cui considerazioni erano riprese da F. MARTORANO, *op. cit.*, 783 e 784. Sostanzialmente conf. A. GALASSO, *op. cit.*, 163 e 165.

te, dall'altro ha di certo posto le basi per continuare nello studio sistematico del contratto nel tentativo di enucleare, sotto il profilo dogmatico, la sua corretta natura funzionale sul presupposto, per la verità non sconosciuto anche in passato, della sussistenza di una determinata e peculiare autonomia dello stesso¹³. A confortare una simile tendenza aveva tra l'altro già concorso la singolare considerazione, apparentemente rimasta priva di seguito, secondo la quale l'anticipazione della somma e la cessione del credito si trovavano in un rapporto di corrispettività tipico e proprio del contratto di sconto, potendo così definirsi quest'ultimo come «il volontario adempimento (anticipato) del debito pecuniario di un terzo» – e, pertanto, di un debito altrui – ad opera dello scontatore contro il corrispettivo rappresentato dalla cessione del credito da parte dello scontatario¹⁴.

Pur restando sul terreno più propriamente creditizio e tentando di abbandonare definitivamente le costruzioni, non del tutto appaganti, dello schema della compravendita e del mutuo, la dottrina ha di recente ritenuto lo sconto bancario un negozio autosufficiente, sotto il profilo funzionale, finalizzato a collocarsi più sul versante dei *contratti di liquidità*¹⁵ che non su quello del mutuo¹⁶. Al riguardo è stato osservato come l'obbligo restitutorio del cliente – a differenza di quanto accade al mutuatario – sia del tutto sussidiario rispetto a quello del debitore ceduto, sì che la cessione non avverrebbe a scopo di garanzia ma *a titolo di scambio*, nell'ambito di una relazione sinallagmatica rispetto all'anticipazione della somma da parte della banca, al precipuo fine di convertire immediatamente in denaro un credito che lo scontatario stesso non intende conservare nel proprio patrimonio in attesa della sua scadenza¹⁷. A ciò si aggiunga come, in tema di sconto bancario, lo scontatore non crei quella vicenda creditoria di cui necessita diversamente nel mutuo il destinatario della somma di denaro concessa a pre-

¹³ Così, non lontano negli anni, P. MARANO, *Lo sconto*, in R. TETI, P. MARANO, *I contratti bancari. Apertura di credito. Anticipazione-Sconto*, I, Milano, Giuffrè, 1999, 648, ma ancor prima F. SCORDINO, *I contratti bancari*, Napoli, Jovene, 1965, 324 e 325, che aveva parlato di natura *sui generis* dello sconto bancario desumibile dalla circostanza che lo stesso poteva essere qualificato quale concessione di credito posta in essere a fronte di una contestuale cessione di credito verso un soggetto terzo, assumendo la cessione forma concreta in ragione della funzione economica, ad essa assegnata dal cedente, di soddisfare la pretesa della banca.

¹⁴ Per una simile riflessione v. F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, III ed., Milano, Giuffrè, 1966, 445, 446, 459 e 460.

¹⁵ Sui cui caratteri precipui di tale categoria di negozi ci si soffermerà più diffusamente *infra*, § 7.

¹⁶ Uno spunto solamente accennato in tal senso, sebbene espresso in termini di particolare nettezza, è presente in G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, IV ed., a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2008, 120.

¹⁷ L'impostazione seguita nel testo è diffusamente indagata da E. CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in AA.VV., *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, XXI, Torino, UTET, 2016, 1156 ss. ed in particolare 1158, che pare condividere la esprimendosi in termini di «cessione del credito a titolo di proprietà piuttosto che di garanzia».

stito, in quanto detto credito già esiste nei confronti del debitore ceduto e dallo scontatario viene più semplicemente trasferito alla banca al solo scopo di vederlo convertito in moneta legale immediatamente utilizzabile negli scambi commerciali.

In tempi meno remoti anche la giurisprudenza della Suprema Corte, spesso incline ad accogliere la tesi dell'assimilazione al contratto di mutuo¹⁸, pare aver decisamente cambiato rotta, non solo individuando nello sconto bancario una fattispecie complessa, ma censurando anche i tentativi di snaturare l'autonomia dello stesso e la sua disciplina tipica tramite la frammentazione delle diverse componenti dell'operazione con l'obiettivo di attribuire ad esse un ruolo distinto ed estraneo dal modello normativo in cui le stesse sono state collocate dall'art. 1858 c.c.¹⁹. Sembra così potersi dubitare che la mancanza di una autosufficiente regolamentazione – spesso nata dai richiami alla disciplina della cessione del credito e degli interessi ed al conseguente sforzo di inquadrare la fattispecie nell'ambito della compravendita

¹⁸ Di configurazione quale prestito avevano parlato Cass., 6 ottobre 1954, n. 3334, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, 10 ss.; Cass., 26 ottobre 1957, n. 4139, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, 480 ss., la quale, pur avendo riconosciuto nello sconto bancario un autonomo rapporto negoziale, aveva ricordato come sotteso ad esso fosse presente un prestito concesso dalla banca allo scontatario; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, in *Giust. civ.*, 1965, I, 116 ss., con nota di C. GIANNATTASIO, *Ancora dello sconto cambiario e del diniego dell'azione di arricchimento contro il traente*, che, con riferimento all'obbligo del cedente nell'ipotesi di inadempimento alla scadenza da parte del ceduto, si era espressa parlando di restituzione della somma ricevuta a titolo di anticipazione; Cass., 16 luglio 1969, n. 2620, in *Giust. civ. Mass.*, 1969, 1345 ss., secondo cui nello sconto, la banca, a fronte della cessione di un credito, anticipava al cliente l'importo del medesimo attraverso un prestito che la stessa concedeva allo scontatario; Cass., 14 luglio 1975, n. 2780, in *Rep. Giur. it.*, 1975, *Sconto bancario*, 3638, n. 1; Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II, 141 ss.; Cass., 30 maggio 1978, n. 2737, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, II, 1 ss.

Per la giurisprudenza di merito cfr. App. Ancona, 3 marzo 1959, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 554 ss., nella cui parte motiva aveva ricordato come, a fronte del mancato pagamento del credito da parte del debitore, lo scontatario dovesse restituire allo scontatore la somma ricevuta sotto forma di anticipazione; App. Genova, 23 dicembre 1961, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 57 ss., che aveva definito lo sconto di tratte documentate un contratto complesso, misto di mutuo, mandato e cessione *pro solvendo* con garanzia della prelazione, specificando che la prestazione in capo allo scontatore consisteva nel mutuare una somma nei confronti dello scontatario; Trib. Roma, 10 febbraio 1962, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 123 ss.; App. Roma, 4 febbraio 1963, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, 401 ss.; Trib. Firenze, 29 marzo 1971, in *Giur. tosc.*, 1971, 226, 227 ss.

Sotto il vigore del vecchio Codice civile cfr. Cass., 24 marzo 1933, n. 989, in *Foro it.*, 1933, I, 545 ss., con commento di G. Russo. Per gli arresti di merito il rinvio è a App. Venezia, 23 gennaio 1924, in *Mon. trib.*, 1924, 552 ss., n. 37, nella cui parte motiva si era affermato che nello sconto di cambiali lo scontatore si rendeva mutuante dello scontatario; App. Venezia, 20 dicembre 1924, in *Foro ven.*, 1925, 23 ss., laddove, in generale e nello specifico caso di sconto di tratte documentate, era stato sostenuto che il contratto costituiva una sottospecie del mutuo, caratterizzato dalla peculiare modalità di restituzione della somma prestata, rappresentata dalla dazione *pro solvendo* del credito; App. Palermo, 7 febbraio 1931, in *Circ. giur.*, 1931, I, 162 ss.

¹⁹ Il rinvio è a Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1575 ss., nella cui motivazione, nonostante l'apertura riportata nel testo, si continuava, tuttavia, ad asserire come lo sconto si caratterizzasse per la combinazione strutturale di elementi del contratto di mutuo e della cessione del credito *pro solvendo*. Del tutto su questa linea anche Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2571 ss.

o del mutuo – sia di per sé stessa decisiva per escludere che lo sconto possa essere dotato di «un'anima propria»²⁰.

La conclusione non solo merita di essere accolta, ma offre per di più l'occasione per svolgere – sul presupposto della piena autonomia di un siffatto contratto tipico come meglio si vedrà nel prosieguo – alcune riflessioni in ordine alla natura del fenomeno dell'alienazione dei crediti ed in particolare sulla clausola *salvo buon fine* che, per opinione dominante, integra senza dubbio un elemento qualificante del negozio qui preso in considerazione²¹, costituendo detto approfondimento l'aspetto fondamentale del presente contributo. Ma prima di far ciò occorre per l'appunto concentrare gli sforzi al fine di mettere a fuoco gli elementi e le caratteristiche principi del negozio traslativo del credito in cui si innesta la suddetta modalità di cessione; aspetto quest'ultimo a cui saranno dedicate le pagine che seguono.

§ I.3. – *La cessione del credito come fattispecie negoziale a sé stante dotata di una propria autonomia*

Ai fini dell'indagine che qui interessa, occorre, innanzitutto, osservare come la prestazione dello scontatario venga – al pari di quanto testualmente recita l'art. 1858 c.c. – adempiuta attraverso la stipula e la completa esecuzione di un altro contratto: quello avente ad oggetto il trasferimento di crediti. La complessa fattispecie in esame finisce, quindi, per essere in tal modo connotata dalla sussistenza di due diverse vicende giuridiche: l'anticipazione dell'importo del credito non ancora scaduto dedotto l'interesse – che può qualificarsi quale prestazione contrattuale dello scontatario – e, in termini corrispettivi quale controprestazione dello scontatario, il negozio di cessione dei crediti, comprensivo della remunerazione della prima, caratterizzato dalla clausola *salvo buon fine*²². In relazione ad una siffatta configurazione

²⁰ Come rileva correttamente E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1156.

²¹ Così, in termini non equivoci, M. PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, IV, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, UTET, 1985, 931, in testo ed in nt. 72; G. DI BENEDETTO, *Lo sconto*, in AA.Vv., *I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, Giuffrè, 1999, 133, per cui la caratteristica *salvo buon fine* della cessione ha consentito di differenziare lo sconto dalla vendita del credito, in cui l'obbligazione dell'alienante si sostanzialmente solo nel trasferimento del diritto all'acquirente ed il rischio dell'insolvenza del ceduto gravava su quest'ultimo; P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, in AA.Vv., *Lezioni di diritto bancario*, II ed., raccolte dal prof. P. Ferro-Luzzi, *Volume II: Parte speciale. I contratti*, Torino, Giappichelli, 2006, 94; R. MARSEGLIA, *Lo sconto*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016, 112 e 113, sebbene per l'Autore il riferimento all'essenzialità nel contratto di sconto sia riferito alla convenzione di cessione *pro solvendo*.

²² A giudizio di G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I, Lo sconto come contratto di credito*, in *Econ. cred.*, 1984, 597, sarebbe sussistito un vincolo di cor-

è, in effetti, del tutto irrilevante che l'art. 1858 c.c. utilizzi – riferendosi alle somme di denaro anticipate previa deduzione dell'interesse – l'espressione *mediante* in luogo di *verso* o *a fronte* della cessione del credito. Il dato letterale costituisce, infatti, solo un indizio da cui muovere per le successive considerazioni, non potendosi giungere ad una conclusione scevra, da un lato, dell'analisi della struttura del contratto, e dall'altro, del necessario approfondimento in ordine alla causa di esso. È, infatti, noto che nei contratti sinallagmatici la causa è costituita dallo scambio giuridico fra le prestazioni essendo queste in rapporto di reciprocità²³ nel senso che l'una si fonda sulla sussistenza dell'altra nell'ambito di un legame di interdipendenza ovvero di causalità reciproca²⁴ laddove, per l'appunto, ognuna di esse trova ragion d'essere

rispettività tra l'anticipazione e non solo la cessione del credito ma anche l'intero complesso dei vantaggi che lo scontatore ricavava dall'operazione. La sinallagmaticità del rapporto tra anticipazione e cessione del credito è messa in evidenza di recente anche da E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1158. Già prima però non era mancato chi non aveva avuto dubbi sul fatto che la cessione del credito si ponesse in termini di corrispettività rispetto all'anticipazione che la banca effettuava della somma portata dal credito, ricavandosi in ciò il legame di reciprocità e di interdipendenza che caratterizzava il contratto. Così F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 445.

Contra – contribuendo alla diversa opinione verosimilmente anche l'assimilazione, fatta propria dagli Autori che seguono, dello sconto al contratto di credito, nella specie di mutuo, in cui la corrispettività intercorreva tra dazione della somma di denaro e corresponsione degli interessi – F. MARTORANO, *op. et loc. supra cit.*, per il quale la sussistenza di un eventuale rapporto di sinallagmaticità avrebbe finito per contrastare con il carattere unilaterale sia dei contratti di prestito sia di quelli restitutori in genere, posto che dalla lettera della disposizione si ricavava la mera strumentalità della cessione del credito rispetto all'anticipazione, ossia la sua propensione a fungere da mezzo utilizzato dalla banca per ottenere la restituzione della somma anticipata; nonché G. FERRI, *op. et loc. supra cit.*, per il quale l'espressione *mediante* che collegava la cessione del credito all'anticipazione avrebbe escluso ogni rapporto di corrispettività. In argomento anche M. SPINELLI, G. GENTILE, *op. et loc. supra cit.*, sono stati propensi a ritenere che la cessione del credito costituisse nello sconto bancario elemento strumentale ai fini dell'adempimento dell'obbligo restitutorio dell'anticipazione, realizzandosi lo scambio tra la somma anticipata e l'interesse prededotto, non entrando la cessione «nel meccanismo genetico di formazione del contratto».

²³ Sebbene per G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1960, 16 e 17, una simile caratteristica riguardasse le prestazioni intese non in termini di obbligazioni ma in un significato di maggior respiro, valeva a dire di vantaggio o di utilità che il contratto era in grado di assicurare.

²⁴ V. F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.-teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 911, secondo cui ciascun contraente era tenuto ad eseguire la propria prestazione in quanto era dovuta ed effettuata quella dell'altro; IDEM, *Il contratto in genere*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1973, 749 e 750; nonché, prima, M. ALLARA, *La vendita. Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1958, 66, che era giunto a definire bilaterale o con prestazioni corrispettive quel negozio in cui erano rinvenibili una pluralità di risultati che comportavano una ripartizione di svantaggi tra le parti o, più in sintesi, quello il cui oggetto prevedeva una ripartizione di sacrifici tra le stesse. *Contra* A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive, Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, Cedam, 1963, 44, 45 e 46, il quale, riferendosi all'art. 1099 c.c. del vecchio Codice civile del 1865, aveva criticato l'interpretazione data dalla letteratura scientifica e dalla giurisprudenza sviluppatasi attorno alla nozione di *contratto bilaterale*, inteso come negozio caratterizzato dalla vicendevole influenza degli effetti, ritenendola, da un lato, troppo restrittiva – riferendosi essa solo alle conseguenze giuridiche – e, dall'altro, ingiustificatamente estesa ai casi di interdipendenza tra effetti non obbligatori.

in funzione della rimanente²⁵. Per di più la dottrina in argomento non ha mancato di osservare come la corrispettività si caratterizzi per il fatto che ciascuna prestazione trova la propria remunerazione in quella speculare²⁶. E ciò è quanto avviene anche nello sconto bancario: l'anticipazione della somma di denaro da parte dello scontatore si fonda, in effetti, sulla cessione del credito e la prima delle due non potrebbe venire ad esistenza in assenza della seconda e viceversa. D'altro canto, anche la stessa remunerazione dell'anticipazione finisce per trovare il proprio fondamento nel trasferimento del credito, essendo impedito alla banca di poter lucrare un interesse – nella sua espressione tecnica per l'appunto uno sconto in quanto dedotto dal valore nominale del credito – in mancanza del negozio di alienazione, posto che è appunto con l'incasso del credito trasferito che la stessa ottiene il compenso dovuto dallo scontatario, quale differenziale fra il valore nominale del credito ceduto – che essa andrà ad incassare alla scadenza – e la somma di denaro anticipata.

In una simile prospettiva, pur non essendo mancato chi ha altresì messo in evidenza come nulla ostasse a che la cessione del credito delineata dagli artt. 1260 ss. c.c. potesse, quale strumento con cui si alienava un credito ad altro soggetto con finalità molteplici e diverse dall'adempimento, anche essere prevista sotto forma di clausola inserita in diversi contratti²⁷, va, tuttavia, fin da subito chiarito che non può qui essere condivisa la conclusione di chi propende per ritenere che, sotto il profilo della struttura, la cessione di credito costituisca, in luogo di un autonomo contratto, una mera prestazione oggetto di un più ampio negozio quale, a titolo esemplificativo, una vendita, una permuta o una transazione²⁸, e nemmeno, in forza di un'affermazione per vero risalente, un atto di adempimento separato rispetto al negozio traslativo²⁹.

²⁵ In questo senso v., tra i tanti, V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 417 e 418; nonché F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 838.

²⁶ V., chiaramente, C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 488.

²⁷ V. F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia delle obbligazioni*, in AA.VV., *I contratti di garanzia*, Torino, UTET, 2006, 756.

²⁸ Al pari di quanto asserito di recente da V. ROPPO, *op. cit.*, 379; nonché, già in epoca precedente, da M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 565 e 566 e 572. L'orientamento in esame è stato sostanzialmente confermato anche da chi ha messo in luce come la cessione del credito fosse in realtà una fattispecie prodotta da diversi contratti, anche atipici, e da patti di garanzia, valeva a dire da vicende negoziali in grado di contenere i suoi effetti disciplinati in maniera pressoché unitaria dalla legge. Sul tema v. F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, 761, il quale, in altra precedente opera, IDEM, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995, 32, riconduceva la cessione onerosa allo schema della compravendita.

²⁹ Analogamente a quanto ammesso parecchi lustri or sono da G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, Guerra, 1936, 76 ss.

Né del pari è possibile accogliere quell'indirizzo³⁰ che, ponendosi nel solco di quello poc' anzi accennato, vorrebbe individuare nella cessione del credito un più semplice effetto dello specifico negozio traslativo preso in considerazione, sì da imporre una lettura congiunta delle norme "speciali" in tema di trasferimento del credito di cui agli artt. 1260 ss. c.c. con quelle previste dallo schema che disciplina i vari tipi contrattuali, in tal modo individuando i relativi sottotipi quali, ad esempio, la vendita o la donazione di crediti³¹.

La tesi che qui si vuole confutare ha per la verità origini alquanto lontane. La configurazione della cessione dei crediti come fattispecie negoziale dotata di autonomia era stata messa in dubbio, fin dai primi contributi in materia successivi all'entrata in vigore del nuovo Codice civile, sulla base della circostanza che con essa il nostro ordinamento avrebbe predisposto solo un possibile effetto di altre fattispecie negoziali tipiche, aventi come contenuto il trasferimento di un diritto reale o di credito, quali, ad esempio, la vendita o la donazione³², ponendosi altresì in luce il fatto che, come sussistevano diversi contratti capaci di realizzare il passaggio del diritto reale, così non mancavano varie tipologie contrattuali volte ad attuare una vicenda circolatoria del credito, non sussistendo, in entrambi i casi, un unico negozio di alienazione da cui far discendere il trasferimento³³.

³⁰ Sostenuto da L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, Giuffrè, 2003, 35 ss.

³¹ Di recente, nel negare alla cessione del credito dignità di negozio sul piano precettivo anche M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 726 e 727, in testo e in nt. 27, identifica la stessa in un comune effetto giuridico - il trasferimento del bene - che trova disciplina in ciascuna fattispecie concreta in base al complesso delle disposizioni riconducibili tanto al contratto in generale e a quelle del singolo preso a riferimento, quanto ai precetti contenuti nel "fatto" regolamentato dagli artt. 1260 ss. c.c., dovendosi ritenere forzata - ai fini del riconoscimento di un rilievo specifico al negozio di cessione del credito - l'individuazione a fianco della vicenda traslativa del credito di un diverso atto dal quale emerge, in modo compiuto, lo scopo ultimo della definitività del trasferimento stesso.

³² V. B. FRANCESCHELLI, *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, Jovene, 1957, 2 ss., in specie 4 e 5. In precedenza, già G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino*, Serie II, Memoria L, Torino, Giappichelli, 1942, 142 e 143, non aveva mancato di rilevare come anche la prestazione dovuta dal donante al donatario potesse essere adempiuta tramite una terza persona - cosa che accadeva pure nella cessione del credito, in cui il ceduto realizzava nei confronti del cessionario una prestazione dapprima dovuta al cedente - essendo essa idonea ad integrare un contatto di donazione fra cedente e cessionario eseguito attraverso il ceduto.

³³ In tal senso L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, Giuffrè, 1946, 251 e 252, il quale aveva sostenuto che la cessione, lungi dall'identificarsi in un tipo di negozio, costituiva un accordo volto a determinare la successione nel diritto di credito, valeva a dire una conseguenza giuridica rinvenibile all'interno di specifici contratti tipici o atipici, dovendo la causa della stessa ricercarsi non in sé ma nel negozio giuridico che la racchiudeva. Conf. G. MINERVINI, *op. cit.*, 28 e 29. Sul punto v. pure L. CARRARO, *Recensione a Panuccio, La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 118. L'Autore, a sostegno della tesi che disconosceva autonomia negoziale alla cessione del credito, aveva richiamato il fatto che, con riferimento al trasferimento della proprietà di cui agli artt. 1376 ss. c.c. - ossia rispetto ad un medesimo fenomeno che coinvolgeva solo un oggetto diverso - nessuno aveva mai pensato di poter parlare di negozio di

Sennonché, a favore della diversa conclusione per cui il passaggio di titolarità del diritto di credito integrerebbe una fattispecie a sé stante e non un effetto di un diverso negozio milita senza dubbio l'argomento storico che prende in considerazione l'evoluzione dell'istituto qui in esame nella successione dalla vecchia legislazione del Codice civile del 1865 all'ordinamento vigente, essendo stato a ragione sottolineato come dalle norme che specificamente disciplinano oggi la cessione possa logicamente ricavarsi l'autonomia contrattuale della medesima³⁴. È stata fatta così chiarezza attorno al dubbio alimentato dalla confusa disposizione contenuta nell'art. 1538 dell'abrogata codificazione, la quale – anche in considerazione delle espressioni *proprietà* e *possesso* riferite al trasferimento del credito – aveva ingenerato l'idea che la vendita fosse l'unica causa alla base della cessione tanto da giustificare l'omissione di una disciplina di quest'ultima come negozio con una propria individualità³⁵; impostazione, questa, che può ritenersi superata in forza della circostanza che l'art. 1260 c.c. ha successivamente conferito alla cessione del credito i connotati di istituto del tutto indipendente. Si è così assistito ad un intervento modificatore volto sia a rimarcare l'autonomia negoziale della cessione nei confronti della vendita all'interno del Codice del 1942 rispetto a quello del 1865³⁶ sia a circoscrivere il

alienazione con causa generica. In argomento anche R. CICALA, *op. cit.*, 133, 134 e 135, aveva negato che la cessione del credito fosse un tipo contrattuale a sé stante: richiamando il testo degli artt. 769, 1470 e 1552 c.c., disciplinanti rispettivamente la donazione, la vendita, e la permuta, era infatti possibile concludere che queste ultime fattispecie costituissero tipi negoziali neutri, idonei a presentare quale contenuto qualunque diritto soggettivo, fosse esso reale, di credito o potestativo. Al riguardo era stato inoltre autorevolmente sostenuto come la cessione dei crediti non fosse un tipo contrattuale autonomo, bensì un'alienazione che poteva rientrare, a seconda dei casi, in un qualsiasi schema causale compatibile con il trasferimento stesso. In tal senso v. D. RUBINO, *La compravendita*, II ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, Giuffrè, 1962, 228.

³⁴ Peraltro, vigente il vecchio Codice, già G. BOGGIO, *Della evizione negli atti traslativi di diritti in materia civile e specialmente nella vendita*, Torino, UTET, 1886, 132 e 133, non aveva mancato di criticare il linguaggio del legislatore dell'epoca, ritenendo che parlare di vendita dei crediti come se si trattasse di diritti reali non fosse del tutto esatto, dovendosi invece distinguere tra *cessioni proprie* – nelle quali dovevano ritenersi comprese quelle di crediti a fronte del pagamento di un prezzo – e *cessioni improprie*, caratterizzate da un corrispettivo diverso.

³⁵ Per completezza si deve altresì ricordare che nel vigore del Codice civile del 1865 il credito non entrava – in forza di quanto stabilito dagli artt. 1539 e 1540 – definitivamente nel patrimonio del cessionario, restando invero in quello del cedente, se non a seguito dell'intimazione di pagamento, da intendersi quale notizia della cessione al debitore ceduto. Ciò era stato messo chiaramente in luce da A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 294, 295 e 300.

³⁶ V. T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968, 118 e 119, che aveva messo in evidenza come nel nuovo Codice civile la disciplina della cessione del credito fosse stata trasferita dal titolo riguardante la vendita, e quindi dalla normativa settoriale, al titolo riguardante le obbligazioni, pertanto a quella generale. In argomento anche B. BIONDI, *Cessione pro solvendo e pegno di crediti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, 304 e 305, aveva rigettato le tesi che vedevano nella cessione un mezzo per realizzare gli scopi più svariati, sostenendo di contro che la stessa era sempre un contratto tipico, in quanto implicante necessariamente l'accordo tra cedente e cessionario. Pure L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1947, 191, nell'indagare la cau-

contenuto di quest'ultimo negozio e della permuta ai soli diritti reali e non già ad ogni tipo di diritto soggettivo³⁷. La circostanza poi che il legislatore abbia disciplinato separatamente la cessione dei crediti – dedicando ad essa gli artt. da 1260 a 1267 c.c. – e la vendita – ora incentrata sugli artt. da 1470 a 1547 c.c. – impedisce di poter inquadrare il trasferimento dei crediti quale vendita di un credito³⁸. D'altra parte la situazione venutasi a creare nel vigore della legislazione attuale ha decisamente superato la precedente impostazione dell'art. 1538 c.c. che intendeva la *cessio venditionis causa* un trasferimento di un elemento attivo del patrimonio, fosse esso credito o diritto reale, e ne regolava i soli effetti del passaggio³⁹.

In conclusione, la definizione della *cessione del credito* data oggi dall'art. 1260 c.c. e la profonda differenza rispetto alla regolamentazione precodicistica, in relazione alla quale viene amputato qualunque legame con la vendita trovando al tempo stesso disciplina a fianco del trasferimento gratuito anche quello oneroso, fanno, quindi, propende-

sa della cessione, aveva ricordato come questa fosse dotata di autonomia rispetto alla vendita al contrario di quanto accadeva nel Codice civile del 1865. Conf. G. DONADIO, *Sulla natura giuridica dello sconto bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, I, 109; A. TORRENTE, *In tema di causa della cessione*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1946, 55, il quale ultimo aveva ricordato che, nel vigore del Codice civile del 1942, la vendita costituiva la causa più frequente della cessione ma non l'unica, diversamente da quanto si era ritenuto sotto la codificazione precedente. Parrebbe più di recente inoltre aver sostenuto l'autonomia della figura della cessione dei crediti P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1982, 45, laddove rigettava la possibilità che la stessa potesse essere configurata come una mera attività esecutiva o una prestazione tipica contenuta in altri tipi negoziali.

³⁷ Cfr., riguardo alla vendita, in termini del tutto espliciti, P. GRECO, *La compravendita ed altri contratti*, II ed., Milano, Malfasi, 1947, 2, che aveva altresì precisato che i diritti di credito potevano costituire oggetto di trasferimento ma tramite le regole della cessione di cui agli artt. 1260 c.c. ss.; A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, IV ed., Napoli, Morano, 1955, 129; R. LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, UTET, 1961, 4. Una siffatta conclusione, in tema di permuta, poteva inoltre implicitamente evincersi dal pensiero di C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, Milano, Giuffrè, 1960, 27, il quale – riprendendo le considerazioni di E. EULA, *Della permuta*, in *AA.VV., Dei contratti speciali*, Parte I, in *Commentario Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1947, 148 – aveva affermato che i comuni diritti di credito, lungi dal costituire trasferimenti oggettivi, postulati dal contratto di permuta, seguivano le regole peculiari della successione dei rapporti obbligatori.

Non altrettanto poteva affermarsi in tema di donazione, sebbene il contrario avviso di T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 120 ed. in nt. 12, il quale aveva sostenuto – richiamando sul punto A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXII, Milano, Giuffrè, 1956, 54 – che anche tale contratto sarebbe stato riservato ai soli diritti reali, quando invero Torrente stesso parrebbe, da un lato, aver rigettato il fatto che la cessione del credito a titolo gratuito dovesse essere ricondotta al modello della donazione obbligatoria, ma, dall'altro, aver poi sostenuto che la stessa realizzava una fattispecie di liberalità di cui all'art. 769 c.c. e, più precisamente, una donazione diretta immediatamente traslativa.

³⁸ In tal senso v. le osservazioni di G. DONADIO, *op. et loc. supra cit.*

³⁹ Su quest'ultimo aspetto si rinvia per un *excursus* in argomento a T. CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, II ed., in *Il diritto civile italiano*, diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, Parte XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, Marghieri-UTET, 1923, 670 ss.

re per ritenere che l'alienazione del credito non sia ora una vendita del medesimo ma costituisca una vera e propria cessione in senso tecnico del diritto relativo⁴⁰.

Né del pari può essere accolta la tesi che vedrebbe nella cessione del credito un mero effetto del particolare negozio di alienazione preso in considerazione⁴¹. Gli artt. 1263 e 1264 c.c. – nell'esprimersi rispettivamente in termini di «effetto della cessione» e di «effetto nei confronti del debitore ceduto» – da un lato, e l'art. 1266 c.c. – nel prevedere la possibilità che il trasferimento dei crediti possa essere realizzato a titolo oneroso ovvero gratuito – dall'altro, mostrano l'attitudine della cessione ad integrare un vero e proprio negozio in grado di produrre risvolti giuridici propri e determinati tra cui il sorgere di obbligazioni che costituiscono un tipo fondamentale di effetto, a nulla rilevando la circostanza che la disciplina della cessione sia stata collocata, a seguito dell'entrata in vigore del Codice attuale, nella parte che regola le obbligazioni in generale. Una simile scelta è stata infatti prevalentemente dettata dal fatto che il legislatore ha voluto rendere dominante la prospettiva delle conseguenze rilevanti per il diritto che la cessione sprigiona rispetto a quella del fatto giuridico, essenziale quest'ultimo per inquadrare, sotto l'aspetto prettamente strutturale, la sussistenza di un contratto⁴².

Una volta riconosciuto che la cessione dei crediti costituisce, quanto al profilo della struttura, un negozio autonomo a sé stante e dunque caratterizzato dal fatto che l'incontro delle manifestazioni di volontà tra cedente e cessionario modifica il rapporto di credito del primo nei

⁴⁰ Significativamente, in tema di sconto bancario F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, cit., 455. Che il credito si cedesse e non si vendesse era stata affermazione che si ritrovava, ancor prima, anche in R. MICCIO, *op. ult. cit.*, 212, il quale non aveva esitato a ritenere la cessione del credito una struttura autonoma idonea a svolgere una funzione tipicamente strumentale ad ogni rapporto di alienazione del credito.

In argomento v., più di recente, pure U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, 779 e 780, che ha reputato più opportuno parlare di cessione del credito quale contratto traslativo, ritenendo foriero di confusione ricondurre quest'ultimo ai tipi legali della vendita e della donazione, non rientrando alcune finalità perseguite con gli atti di trasferimento del credito in una delle suddette figure negoziali già regolate in modo preciso. Anche F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, II, Torino, UTET, 2006, 890, ha rammentato come, rispetto al Codice abrogato, quello del 1942 abbia svincolato la cessione dal riferimento a un certo tipo causale. Conf. A. CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche. Clausole specifiche. Giurisprudenza di riferimento*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010, 1493, la quale non dubita che nel Codice civile vigente la collocazione della cessione del credito nel Capo V del Titolo I sulle obbligazioni in generale conduca a far ritenere la stessa un negozio autonomo e non un effetto di un diverso contratto.

⁴¹ Invero accolta in parte motiva da Trib. Roma, 15 giugno 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 636 ss.; Trib. Roma, 9 novembre 1963, in *Tem. rom.*, 1964, II, 352 ss.

⁴² Sul punto v., in termini convincenti, V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 5 ss.

confronti del debitore ceduto facendo subentrare al medesimo il secondo, occorre ora passare all'analisi della causa del contratto stesso, vale a dire all'indagine di quali siano le ragioni ed in particolare l'interesse che spinge le parti a porre in essere detto trasferimento nell'ambito dello sconto bancario.

§ I.4. – *Il trasferimento dei crediti quale negozio a causa generica e la necessità di una sua integrazione*

Già parecchi anni or sono l'attenzione degli studiosi si era incentrata nel distinguere i negozi a *contenuto causale variabile* – la cui accezione va qui intesa, ai fini di non confonderla con la terminologia che verrà successivamente impiegata, in termini di *non fisso* – vale a dire quelli rappresentati da stampi di forme giuridiche nei quali era possibile trasfondere una causa qualunque, da quelli a *contenuto causale fisso*⁴³. A ciò si era giunti collocando nella prima delle due suddette categorie diversi istituti tra cui la novazione⁴⁴, l'accollo⁴⁵, la delegazione⁴⁶, la cessione del contratto⁴⁷, il contratto a favore di terzi⁴⁸, la fidejussione⁴⁹ ed una serie eterogenea di fattispecie⁵⁰, quali, ad esempio, la pro-

⁴³ Cfr., per una prima distinzione in tal senso, le riflessioni di P. GRECO, *Delegazione e contratto a favore di terzi*, in *Foro it.*, 1931, I, 107.

⁴⁴ V. gli studi compiuti da V. PANUCCIO, *op. cit.*, 30; nonché da R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, II ed, Tomo I, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1966, 298.

⁴⁵ Il rinvio è di nuovo a V. PANUCCIO, *op. cit.*, 45.

⁴⁶ Su quest'ultimo argomento cfr. P. GRECO, *op. et loc. ult. cit.*; R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, Tipografia Ditta D'Amico, 1932, 162 ss. Anche W. BIGIARI, *La delegazione*, Padova, Cedam, 1940, 331, 354 e 355, oltre che in specie 389, aveva parlato di negozio privo di causa propria e non unitario. Tra gli Autori che erano giunti a negare che la delegazione fosse un negozio astratto pur caratterizzandosi essa per una funzione economico-sociale di per sé sola non sufficiente a giustificare l'attribuzione da effettuare ai sensi dell'art. 1269 c.c. ovvero l'obbligazione da assumere nel rispetto dell'art. 1268 c.c., cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Tomo II, Torino, UTET, 1950, 200 ss.

⁴⁷ Così F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1950, 54, il quale aveva ricordato che la cessione del contratto, lungi dal presentare una causa specifica, tipica e costante come i veri e propri negozi causali, assumeva invero, caso per caso, la funzione del negozio base. In argomento cfr. pure V. PANUCCIO, *op. cit.*, 47.

⁴⁸ Al riguardo aveva ravvisato nell'istituto in rassegna l'assenza di una causa fissa, parlando di una forma negoziale perfettamente adattabile ad una molteplicità di differenti scopi pratici P. GRECO, *op. et loc. ult. cit.*. Sostanzialmente conf. A. TORRENTE, *op. ult. cit.*, 55. Pure G. GORLA, *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in *AA.VV., Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961, 447 e 448, era giunto a definire il contratto a favore del terzo non un tipo di negozio dotato di un contenuto economico proprio, ovvero una figura giuridica a sé stante, ma uno dei vari e possibili contratti in cui la prestazione veniva stipulata a favore di un terzo.

⁴⁹ Il rinvio è a R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, II ed., Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1966, 522.

⁵⁰ V. R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934, 25 e 27, il quale aveva altresì messo in luce come per i negozi a causa non determinata l'elemento della funzione rivestisse un ruolo di massima importanza pratica

messa di pagamento, la tradizione, la rinuncia traslativa, la rimessione di una obbligazione e la costituzione di usufrutto.

In particolare, la dottrina aveva cercato di comprendere quale dovesse essere – nell’ambito di tale categoria di negozi a contenuto non costante – la giusta colorazione, anche sotto il profilo terminologico, da attribuire alla cessione dei crediti, distinguendosi tra coloro che propendevano per utilizzare l’espressione di negozi a *causa generica*⁵¹ e chi, diversamente, sosteneva la sua riconducibilità tra quelli che venivano denominati a *causa fungibile*, qualificati anche a *causa indifferente* o *neutra*, in quanto capace di adattarsi ad ogni tipologia di funzione⁵², ovvero ancora *variabile* in considerazione dell’idoneità dello schema incompleto a combinarsi con altri tipi⁵³, rigettando qualsiasi riferimento all’astrattezza della medesima⁵⁴, la quale, rappresentando una de-

e acquisisse una ragion d’essere autonoma ben distinta dagli altri elementi necessari del negozio.

⁵¹ V., già in epoca risalente, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, VI ed., Milano, Vallardi, 1917, 82, che alla causa specifica – intesa come quella idonea a fondare l’acquisto o la perdita di diritti determinati – aveva contrapposto la causa generica, per tale intendendo indicare quella capace di giustificare l’acquisto di diritti patrimoniali diversi, nonché di ogni tipo di diritto patrimoniale, quali, ad esempio, la vendita, la donazione, le successioni universali ed i legati; nonché, successivamente, G. DE SEMO, *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Firenze, Barbèra, 1946, 399, che aveva parlato della cessione come negozio dotato di causa traslativa generica, potendo essa aver fondamento nella vendita, in un accreditamento, in un pagamento o, ancora, in un atto di liberalità; V. PANUCCIO, *op. cit.*, 22. Il tema era stato poi ripreso e affrontato da T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 144 e 145, il quale aveva posto in luce come la cessione dei crediti fosse idonea ad assolvere a numerose funzioni e non presentasse, invece, una causa fissa e completa, valeva a dire un’unica ragione economico-sociale, ciò ricavandosi dal testo dell’art. 1260 c.c., da cui emergeva che l’istituto in esame poteva essere realizzato a titolo oneroso o gratuito ovvero per un fine diverso da quelli specificamente indicati.

⁵² V. F. FERRARA JR., *La girata della cambiale*, Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1935, 300.

⁵³ Un riferimento al significato di variabilità della causa si rinveniva già in C.A. FUNAIOLI, *La tradizione*, in *Monografie de’Il foro della Lombardia*. *Studi di diritto civile commerciale e processuale civile*, diretti da F. Messineo e M.T. Zanzucchi, Serie II, III, Padova, Cedam, 1942, 234, che, nell’indagine volta a chiarire se la tradizione fosse o meno un negozio causale, aveva contrapposto ai contratti a causa fissa quelli con funzione variabile. Il tema era stato inoltre affrontato da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., I, Padova, Cedam, 1947, 112 in nt. 2 e 400, il quale, con riferimento all’istituto della tradizione romana volto a trasferire la proprietà, aveva parlato di «causa non unica e uniforme ma molteplice e varia», tipica ma variabile; IDEM, *Teoria generale*, cit., 196, in testo ed in nt. 2, e *ivi* ulteriori riferimenti, in cui l’Autore si era espresso, con riguardo alla disciplina codicistica del 1942, in termini di negozi a causa variabile ma senza dubbio palese. Qualche accenno alla necessità che i negozi a causa variabile dovessero essere integrati in concreto con una causa determinata si rinveniva pure in R. ALESSI, *op. ult. cit.*, 27 e 28, in cui si leggeva che essi potevano essere stipulati in base ai rapporti più vari, e solo in ragione di quest’ultimi poteva emergere la *ratio* giustificatrice del trasferimento patrimoniale; oltre che in L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 192, nt. 32. In argomento v., per di più, F. CARRESI, *op. cit.*, 55, secondo il quale i negozi variabili altro non erano che «schemi parziali di negozi causali» che necessitavano di essere integrati con una specifica causa concreta; nonché, in termini ricognitivi, G. ROMANO-PAVONI, *Teoria delle società, Tipi-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953, 72, in testo ed in nt. 132.

⁵⁴ Invero sostenuta in epoca ormai risalente da Cass., 26 aprile 1968, n. 1289, in *Rep. Foro it.*, 1968, *Cessione dei crediti*, 342, n. 8; Trib. Roma, 9 novembre 1963, cit., che aveva riconosciuto nella cessione del credito natura astratta. Sul punto v. anche quanto affermato da Trib. Roma, 30 gennaio 1964, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 420 ss., per cui la cessione di credito, quale negozio astratto, doveva per forza assumere le caratteristiche del contratto

roga al principio causalista che informa il nostro ordinamento, poteva essere ammessa solo se espressamente prevista dalla legge⁵⁵. Tale aspetto di astrattezza non era stato, infatti, riscontrato nelle norme volte a disciplinare la cessione dei crediti, dalle quali, invece, la dottrina aveva evinto un principio diametralmente opposto – ossia la necessità di rinvenire una data funzione alla base del trasferimento – stante il disposto dell'art. 1260 c.c. per cui il credito poteva essere alienato «a titolo oneroso o gratuito», nonché dell'art. 1198 c.c. laddove era previsto che «in luogo dell'adempimento» potesse essere allineato un credito, assumendo in tal caso la cessione natura solutoria⁵⁶.

Tuttavia, mentre con riguardo alla *causa variabile* si era messo in luce – analogamente a quanto accadeva ricorrendo alla classificazione della *causa fungibile* – come la cessione del credito rappresentasse esclusivamente una forma vuota ed in quanto tale pronta ad accogliere, come uno spettro, le sembianze di altri tipi negoziali ovvero un modello in cui riversare una qualsiasi altra causa⁵⁷, in relazione a quella

ad essa sottostante, occorrendo che il rapporto obbligatorio fosse integrato dalle finalità che avevano determinato le parti a trasferire il credito, valeva a dire da un titolo oneroso o gratuito; nonché da Trib. Roma, 15 giugno 1960, cit., in cui si era affermato che la legge aveva considerato la cessione solo per i suoi effetti ed indipendentemente dal rapporto fondamentale da cui traeva origine.

⁵⁵ Richiedendosi – come ricorda V. ROFFO, *op. cit.*, 373 – fin dal momento della sottoscrizione del negozio la presenza di una causa giustificatrice degli spostamenti patrimoniali a pena di nullità *ex art.* 1418 c.c.

⁵⁶ Ciò è quanto emergeva dalla ricostruzione sull'argomento realizzata da T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 124 ss., in particolare 128 e 129.

⁵⁷ In questi termini v. F. CARRESI, *op. et loc. supra cit.* In realtà una simile considerazione era già stata fatta propria da D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937, 77, che aveva parlato di contratti a causa variabile intesi quali schemi imperfetti di negozi causali, incompleti sotto l'aspetto giuridico, idonei ad assumere una fisionomia rilevante per l'ordinamento solo se integrati in concreto con una funzione determinata, propria di tipi già disciplinati dalla legge, divenendo così una vendita, una donazione, ecc., che a loro volta sarebbero state connotate da quelle caratteristiche proprie delle prestazioni che ne formavano l'oggetto e di conseguenza gli effetti.

Con riferimento all'individuazione nella cessione del credito di un negozio a causa variabile idoneo ad assolvere a diverse funzioni quali vendita, donazione, adempimento e garanzia v. Cass., 3 aprile 2009, n. 8145, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 582; nonché, in epoca precedente, in *obiter dictum*, Cass., sez. un., 16 maggio 1963, n. 1244, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 6 ss., con nota di E. ANTONINI, *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*; successivamente cfr. pure Trib. Napoli, 2 febbraio 2018, in *Fallimento*, 2019, 87, con nota di A. ROSSI, *Il difficile avvio delle proposte concorrenti nel concordato preventivo*, in parte motiva, e Trib. Bari, 27 giugno 2018, in *www.dejure.it*, che non manca di attribuire causa variabile al negozio di cessione, affermando che la struttura e l'essenza traslativa del contratto non cambiano qualunque sia la causa perseguita nella specie dalle parti.

Non sempre però così netta e chiara è stata la posizione assunta dalla giurisprudenza, la quale, il più delle volte, ha sovrapposto la problematica dell'autonomia del contratto di cessione del credito con quella della variabilità o genericità della suo fondamento causale. Il rinvio è a Cass., 23 luglio 1953, n. 2492, in *Giust. civ.*, 1953, 2596 ss., nella parte in cui aveva negato che la cessione del credito fosse un tipo contrattuale autonomo, essendo essa, come ogni alienazione, idonea a rientrare, a seconda dei casi, in un peculiare tipo contrattuale in base al titolo per cui aveva luogo; Cass., 15 giugno 1964, n. 1518, in *Temì nap.*, 1964, I, 495 ss., che aveva ricordato come nella cessione la legge prescindesse dallo scopo per cui il trasferimento era posto in essere, interessandosi solamente ai suoi effetti (tralasciando conseguentemente l'aspetto della struttura e della sua autonomia), dovendosi lo schema negozia-

generica era prevalsa l'idea che la funzione fosse costante e determinata, ma incompiuta, consistendo nell'interesse, per l'appunto generico, delle parti al trasferimento del credito, essendo però necessario, per completarsi, innestare su di essa una funzione specifica⁵⁸, dipendente dallo schema negoziale in cui la stessa veniva ad integrarsi, in grado di perfezionare la fattispecie senza per questo assorbirla⁵⁹. In effetti, al pari di quanto si ricavava dalla disciplina di cui agli artt. 1260 ss. c.c., la causa generica della cessione non pareva sufficiente a dare fondamento al fenomeno traslativo, occorrendo al riguardo - per compiutezza ed al fine di imprimere al medesimo una specifica veste - un fine puntuale di volta in volta individuato dai contraenti in base all'intento concreto per il quale gli stessi agivano, capace di arricchire il quadro dei loro interessi, rendendo in tal modo maggiormente complessa la ragione giustificatrice del negozio di riferimento⁶⁰.

A questo punto della trattazione appare agevole constatare come tale ricostruzione risulti convincente e confacente al caso di specie. Nell'aderire al modello della *causa generica*, nulla, infatti, impedisce di

le di essa integrare in uno più ampio e tale da tener conto degli interessi delle parti; Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 126 ss., la quale forniva risposta negativa al quesito se la cessione di crediti rappresentasse un tipo contrattuale a sé stante, mettendo in luce come essa desse invero vita ad un negozio avente schema incompleto che, per operare giuridicamente, doveva essere integrato con il sottostante contratto, oneroso o gratuito, con la conseguenza che la medesima non aveva una propria causa tipica, ma costituiva, richiedendo una simile integrazione, un negozio a causa variabile o generica, rientrante, di volta in volta, in vari e precisi tipi contrattuali: vendita, donazione, contratto solutorio, negozio di garanzia e così via. Più di recente v., in questi termini, anche Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, in *Fallimento*, 2001, 794 ss., con nota di C. PROTO, *I limiti di operatività della garanzia costituita dal credito dell'imprenditore nell'amministrazione controllata*. Per gli arresti di merito Trib. Firenze, 23 dicembre 1976, in *Giur. merito*, 1977, I, 487 ss., affermava, in parte motiva, come la cessione potesse rientrare di volta in volta in uno o in un altro tipo contrattuale, quale la vendita, la donazione, il negozio solutorio o quello di garanzia, permanendo in essa costante solo l'effetto traslativo immediato del credito ceduto.

⁵⁸ Così V. PANUCCIO, *op. cit.*, 22 e 23, e *ivi* ulteriori riferimenti dottrinali, che con tale termine aveva voluto porre in risalto la parte costante del negozio, ossia «lo schema normativo incompleto» che delineava lo scopo generico voluto dai contraenti, destinato a trovare specificazione nei tipi negoziali in cui si inseriva e si integrava, mettendo altresì in luce il profilo stabile ed immodificabile della fattispecie in esame. Sul tema si era espresso pure F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, Milano, Giuffrè, 1959, 247, 253 e 256, il quale aveva parlato di *cessione propria* per indicare quel contratto avente mero obiettivo di trasferimento del credito, pur potendo di volta in volta mutare in concreto la causa della stessa oltre a poter essere configurata quanto agli effetti sia *pro soluto* che *pro solvendo*.

⁵⁹ In questi esatti termini, con riguardo alla costruzione della cessione in garanzia, T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 147 ss. ed in specie 150.

⁶⁰ A tal proposito V. PANUCCIO, *op. cit.*, 20 ss., non aveva mancato di trarre l'incompletezza dello schema negoziale della cessione del credito di cui agli artt. 1260 ss. dalla circostanza che, al fine di un suo perfezionamento negli effetti, la legge stessa richiedeva testualmente «un titolo oneroso o gratuito», sì che la causa del negozio medesimo doveva ravvisarsi nella «cessione più titolo». Sul punto v. altresì F. MAIMERI, *op. cit.*, 895, che nella cessione ha ravvisato un negozio con una funzione propria ma incompleta, bisognosa di essere specificata e concretizzata da un fine ulteriore e specifico che andasse ad inserirsi in essa. Più di recente, anche A. CESARE, *op. cit.*, 1494, individua nella cessione del credito un negozio causale dotato di una funzione generica costante, consistente nella finalità di trasferire la titolarità del credito, che viene integrata di volta in volta da quella in concreto perseguita in base alla singola operazione negoziale.

affiancare alla funzione costante dell'interesse al trasferimento del diritto soggettivo relativo che si ricava dalla disciplina civilistica degli artt. 1260 ss. c.c.⁶¹, la *causa concreta* del negozio nel suo complesso che tiene conto della circostanza che detta cessione si innesta nell'ambito di un unico e articolato disegno contrattuale di scambio – l'operazione di smobilizzo del credito ceduto – unendosi ed integrandosi, senza con ciò perdere la propria autonomia, in un vincolo indissolubile con la corrispettiva prestazione di anticipazione. Tutto ciò accade allo scopo di procurare, come meglio si vedrà nel prosieguo⁶², immediata liquidità al cedente e al tempo stesso garantire, nonostante l'avvenuto trasferimento del diritto, lo scontatore in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto attraverso un meccanismo di riallocazione di tale rischio in capo al cedente. D'altra parte se così non fosse e si ritenesse la vicenda giuridica in esame una fattispecie a *causa variabile o fungibile*, la cessione dei crediti rischierebbe di ridursi a poco più di un mero effetto⁶³ del più ampio *contratto di sconto* nel quale finirebbe per essere assorbita, perdendo in tal modo i tratti caratteristici della mancanza di subordinazione. Peraltro, a ciò si aggiunga che in tal modo l'effetto traslativo del credito si esaurirebbe in sé stesso una volta prodottosi, quando invero la disciplina di un contratto – nel caso di specie quella di cessione del credito – si realizza in modo compiuto solo allorquando tutti gli effetti si siano generati.

Si tratta, pertanto, ora di analizzare quale debba essere la causa concreta che nell'ambito del negozio di sconto viene ad assumere la cessione del credito sul presupposto, per l'appunto, che la sola volontà di trasferire il credito medesimo sulla base dello schema contrattuale disciplinato dalla legge agli artt. 1260 ss. c.c. non sia di per sé sufficiente a completare la ragione giustificatrice dell'accordo e, pertanto, nella sostanza, a rendere chiaro il complesso degli interessi giuridici sottesi e conseguentemente a comprendere il perché, nell'ambito dello sconto bancario, quel determinato atto traslativo si compia. Ciò ha dato luogo, soprattutto in dottrina, ad un dibattito estremamente articolato sulle diverse fondamenta alla base dello scopo specifico che si ritiene debba essere attribuito alla cessione del credito insita nel negozio tipo di cui all'art. 1858 c.c. Sebbene l'economia di questo studio suggerisca di limitare l'esame agli aspetti principi che hanno agitato la dottrina, al fine di non appesantire la lettura con un ulteriore contributo sul tema, nelle pagine che seguono si cercherà di delineare alcune osservazioni in ordine alle motivazioni che conducono – anticipando i

⁶¹ Delineato in termini ineccepibili da V. PANUCCIO, *op. cit.*, 27.

⁶² V. *infra*, § 7.

⁶³ Al pari di quanto aveva sostenuto, in passato, F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 247, laddove, pur affermando che la cessione si originava «da un contratto (contratto di cessione)», aveva altresì precisato come essa fosse «considerata dalla legge unicamente nei suoi effetti».

risultati a cui si perverrà in conclusione del presente capitolo – ad assegnare al negozio traslativo del credito che si perfeziona nell'ambito dello sconto bancario una evidente *funzione di liquidità*, disconoscendo tanto la sussistenza di una cessione a *scopo di garanzia* quanto un trasferimento con *funzione solutoria*.

§ I.5. – Il rigetto dell'originario inquadramento della cessione dei crediti a scopo di garanzia

Nell'ambito del contesto di incertezza che da tempo ha caratterizzato la configurazione giuridica del contratto di sconto bancario non si può tralasciare la circostanza che, con riferimento al negozio di alienazione del credito, per numerosi decenni l'inquadramento della cessione a scopo di garanzia – contraddistinta dalla circostanza che tale diritto relativo non entrerebbe a titolo definitivo nella sfera del cessionario – ha avuto un certo seguito⁶⁴. Per di più, che nello sconto banca-

⁶⁴ In dottrina si erano espressi in tal senso V. ANGELONI, *Lo sconto. Studio di diritto bancario*, Milano, Vallardi, 1919, 122, per il quale la cessione del credito avveniva allo scopo tanto di assicurare la restituzione della somma quanto di procurare la medesima, emergendo in tal modo una funzione immediata di garanzia poiché attraverso la stessa allo scontatore era attribuito un altro debitore obbligato al pagamento di una somma equivalente a quella da rimborsare in forza del contratto di sconto; medesimo pensiero veniva ribadito altresì in IDEM, *Lo sconto*, in *Banca borsa, tit. cred.*, cit., 351; nonché in A. GATTA, *op. et loc. supra cit.* Conf. inoltre C. FOLCO, *Il sistema del diritto della banca*, II ed., II, *I documenti di banca*, Milano, Giuffrè, 1968, 703, in tema di titoli cambiari di banca. Secondo G. FERRI, *op. cit.*, 896 e 897, pur essendo l'operazione di credito un mutuo, la garanzia operava in modo indiretto tramite l'alienazione di un credito *pro solvendo*, ossia «un negozio che [aveva] per contenuto un trasferimento della titolarità a scopo di garanzia». Di garanzia *sui generis*, stante il trasferimento del diritto relativo con riferimento alla cessione del credito, aveva parlato pure R. MICCIO, *Dei singoli contratti*, cit., 215 e 216, che aveva riconosciuto nell'operazione di sconto un prestito, ovvero un'anticipazione di una somma e non una vendita del credito contro corrispettivo di un prezzo.

Più di recente, con riguardo alle anticipazioni in castelletto rotative e sul presupposto che le stesse fossero sostanzialmente riconducibili allo sconto, ha ritenuto che l'operazione fosse contraddistinta dalla cessione del credito a garanzia C. SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, Cedam, 2001, 502.

Contra G. MINERVINI, *op. cit.*, 41, che in passato aveva negato la sussistenza in seno allo sconto di un negozio fiduciario a scopo di garanzia in aggiunta a quello avente finalità di soddisfacimento; F. SCORDINO, *op. cit.*, 319 e 320, per il quale il carattere di garanzia non poteva certo evincersi dalle disposizioni dettate dagli artt. 1858 ss. c.c. Rifiutava ogni commistione fra scopo, in senso tecnico, di garanzia e funzione di pagamento altresì G. PANZARINI, *op. cit.*, 129 ss., in specie 132, nonché 134 ss., che riteneva le tesi di Angeloni e di Ferri incerte ed ambigue, affermando inoltre che qualora si fosse stati concordi con la suesposta tesi si sarebbe dovuto altresì ammettere che il potere della banca di disporre liberamente del credito sarebbe stato molto limitato e in contrasto con ciò che, di fatto, si verificava nella prassi.

Senza pronunciarsi specificatamente in tema di sconto bancario, era giunto ad esprimere la propria contrarietà al fatto che la cessione di credito potesse assolvere ad una funzione di garanzia anche M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, Jovene, 1962, 672 e 673, che, dopo aver rigettato la conclusione per cui le cessioni denominate «*pro solvendo* in garanzia», «a scopo di garanzia» o «salvo buon fine» fossero cessioni *pro solvendo* in senso tecnico, aveva ritenuto opportuno configurare le stesse come comuni pegni di credito. Pure G.

rio la cessione venga stipulata a scopo di garanzia e non al fine di dar corso all'estinzione di un debito già esistente e scaduto è affermazione di recente sostenuta, seppur *incidenter tantum*, in alcune pronunce della Suprema Corte⁶⁵.

Nel far ciò è alquanto evidente come l'indirizzo in esame abbia, infatti, ritenuto superata la *vexata quaestio* in ordine all'ammissibilità o meno della cessione di crediti in garanzia, anche con riguardo al divieto di *patto commissorio* che in passato aveva agitato non poco la dottrina e la giurisprudenza⁶⁶. Lo stesso, nonostante qualche esitazione da

SANTINI, *L'azione causale nel diritto cambiario*, II ed., Padova, Cedam, 1968, 100, 101 e 102, aveva rimarcato, trattando della cambiale quale mezzo di pagamento, che, con la *datio pro solvendo*, per volontà dei contraenti il creditore acquistava a tutti gli effetti i diritti cambiari ed era libero di esercitarli nel modo ritenuto più opportuno, essendo l'alienazione del titolo un vero e proprio trasferimento in grado di rendere possibili gli effetti estintivi del debito nascente da contratto e non già un'alienazione fiduciaria.

⁶⁵ V., al riguardo, Cass., 19 ottobre 2007, n. 22014, in *Fallimento*, 2008, 95, e Cass., 12 luglio 1991, n. 7794, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 30 ss.

⁶⁶ Molteplici erano state le voci levatesi contro l'accoglimento della causa di garanzia alla base del trasferimento del credito. Tra gli scrittori meno recenti v. V. PANUCCIO, *op. cit.*, 20, in nt. 29, che non aveva ammesso nell'ordinamento italiano una cessione fiduciaria, e già prima A. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, Jovene, 1953, 222, il quale era giunto a negare la cessione per l'incasso - attraverso cui il cessionario era investito del diritto di esigere il credito in nome proprio pur rimanendo titolare di esso il cedente - in quanto il diritto di credito poteva essere esercitato solo dal creditore o dal suo rappresentante.

Successivamente, pure F. BATISTONI FERRARA, *Cessione di credito «a garanzia» e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961, 1450, 1451 e 1452, aveva così reputato nullo un negozio di cessione di credito stipulato a fronte di un debito del cedente verso il cessionario e rispetto al quale le parti avevano annullato la funzione solutoria o l'avevano condizionata all'inadempimento dell'obbligazione principale da parte del cedente, intendendo servirsi del negozio traslativo al solo scopo di dare vita ad una garanzia atipica. Anche C.M. BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I, 53, 55 e 56, aveva evidenziato che una vendita voluta per garantire il soddisfacimento di una pretesa dell'acquirente non costituiva, anche se ad effetti traslativi immediati, una vendita vera e reale, riconoscendo nel divieto del patto commissorio l'espressione di un interesse generale a che non prevalesse una certa forma di garanzia; nonché IDEM, in uno scritto successivo, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Tomo I, Torino, UTET, 1972, 616, 617 e 618, in cui l'Autore metteva in luce come, in presenza di uno scopo di garanzia, l'operazione negoziale si adattasse a tale causa, modificando le attribuzioni delle parti e aggiungendone altre, da ciò discendendo l'operare del divieto del patto commissorio nel caso e nella parte in cui il bene fosse stato destinato a soddisfare il creditore in modo definitivo in ipotesi di mancato adempimento del debito garantito.

Per quanto concerne gli arresti giurisprudenziali, più generale e senza necessariamente pronunciarsi in tema di cessione di crediti, v. Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1021, con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto di patto commissorio*, a proposito di una vendita fiduciaria volta a garantire un precedente finanziamento, la quale metteva anche in risalto che qualsiasi negozio poteva essere dichiarato nullo qualora fosse impiegato per raggiungere risultati vietati dall'ordinamento, come l'illecita coercizione del debitore da parte del creditore e la violazione della garanzia della *par condicio creditorum*. A medesime conclusioni giungeva pure Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1428, con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, e F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, che, ritenendo il fine di garanzia una causa inconciliabile con quella della vendita, dichiarava nulla la vendita in garanzia con patto di riscatto, come tale soggetta a condizione risolutiva dell'adempimento del debitore-alienante, affiancata ad un contratto di mutuo, in quanto contrastante con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., posto a tutela del debitore contro illecite coercizioni del creditore e della parità di trattamento dei cre-

parte della letteratura più autorevole⁶⁷, è, infatti, giunto ad affermarne la ormai piena validità e legittimità della cessione del credito in garanzia. Si è così sviluppata una tesi favorevole a riconoscere nella funzione di garanzia un'ideale giustificazione causale a fondamento dei trasferimenti, pur con dei limiti per rendere l'istituto in esame compatibile con il divieto di cui all'art. 2744 c.c.⁶⁸. L'indirizzo è stato inoltre

ditori. In argomento cfr. inoltre Cass., 13 maggio 1983, n. 3800, in *Riv. not.*, 1983, II, 765 ss., secondo la quale qualora le parti avessero predisposto un negozio capace di determinare il trasferimento definitivo del bene dato in garanzia solo in correlazione con l'inadempimento del debitore, l'intera convenzione avrebbe finito per essere permeata dal fine principale delle parti di vincolare lo stesso a garanzia, così determinando detta operazione di vendita, a prescindere dal modo in cui essa era stata strutturata - con patto di riscatto, sottoposta a condizione risolutiva, con patto di retrovendita o con condizione sospensiva - la violazione del divieto di patto commissorio.

⁶⁷ In termini dubitativi si era, infatti, espresso M. FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 448, 449 e 458, il quale, dopo aver precisato che nel concetto di garanzia - per tale intendendosi qualunque mezzo apprestato dall'ordinamento per assicurare l'adempimento di un'obbligazione ovvero il godimento di un diritto - rientravano fattispecie non omogenee, aveva mostrato perplessità nei riguardi di una clausola destinata a realizzare, grazie all'effetto traslativo, la responsabilità patrimoniale all'infuori delle forme legali, ammettendo tale effetto solo nell'ipotesi di cessione di credito di cose fungibili alla quale ben poteva applicarsi la disciplina dettata dall'art. 2803 c.c. in tema di pegno su crediti.

In tempi meno vetusti, hanno continuato a sostenere l'invalidità di qualsiasi alienazione con funzione di garanzia, anche se sorretta da patto marciano, sia V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, 1433 e 1436 - laddove escludeva che lo strumento traslativo potesse essere utilizzato per svolgere una funzione meramente cautelare - sia G. MINNITI, *Garanzia e alienazione*, Torino, Giappichelli, 2007, 173, il quale, dopo aver ricordato che il divieto di alienazione in garanzia trovava la propria ratio politica nell'esigenza di mantenere il legame obbligatorio e dunque il sistema creditizio distinto da quello del trasferimento della proprietà, ha affermato come la funzione di garanzia non risultasse idonea, sotto l'aspetto giuridico, a sorreggere causalmente l'attribuzione in proprietà di un bene, da ciò derivando l'illiceità di qualsiasi patto commissorio, compreso quello stipulato nella forma del patto marciano.

⁶⁸ Un deciso contributo in tal senso si deve all'originario studio monografico di T. MANCINI, *Pegno di crediti, cessione pro solvendo e cessione a scopo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 288 e 289, a giudizio del quale tale divieto non operava né per la cessione dei crediti in garanzia né per la forma tipica corrispondente ad essa, il pegno di crediti, se avente ad oggetto crediti pecuniari o relativi a beni fungibili diversi dal denaro, in quanto in luogo dell'art. 2744 c.c. trovava applicazione l'art. 2803 c.c. Ancor prima aveva ammesso la cessione di credito con finalità di garanzia, quale vicenda giuridica intermedia fra il pegno di crediti e la cessione *pro solvendo* A. PAVONE LA ROSA, *Apertura di credito, cessione «pro solvendo» e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 540. Per un riferimento ad alcuni settori specifici v. quanto era stato ricordato da A. ASQUINI, R. NICOLÒ, *Garanzie e pubblicità del credito cinematografico*, in *AA.VV., Atti del 2° convegno di studi sui problemi giuridici della cinematografia*, Roma, 29-30 ottobre 1960, 55 e 56.

Questo filone interpretativo ha quindi finito per ottenere sempre maggiori consensi in dottrina, sino a divenire oggi l'orientamento prevalente. Vastissima è la letteratura al riguardo. Cfr., in tal senso, R. COSTI, *Attività creditizia e procedure concorsuali. Un profilo del processo di socializzazione del rischio di impresa*, in *Pol. dir.*, 1975, 530; A. PIRAINO LETO, *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, I, 529; nonché, in termini generali e con riferimento alla cessione avente ad oggetto crediti pecuniari o altre cose fungibili, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 42. Anche per M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1825, i trasferimenti in garanzia erano invalidi solo se detto scopo si fosse sostanziato in un profitto ingiustificato a vantaggio del creditore. Sull'argomento A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 234, ha, in effetti, subordinato l'operatività del divieto di cui all'art. 2744 c.c. alla presenza congiunta di tre elementi imprescindibili, consistenti nella destinazione, a scopo di garanzia, di un proprio bene all'autosoddisfazione del creditore, nella possibilità di svincolare lo stesso esclusivamente per mezzo del pagamento del debito e nell'impossibilità per il debitore di recuperare

l'eccedenza di quanto eventualmente pagato rispetto al dovuto. Nel merito della vicenda R. SIMONE, *Distribuzione di films, cessione in garanzia dei contributi governativi: «a ciascuno il suo»*, in *Foro it.*, 1991, I, 2091 e 2092, ha invece evidenziato come il cessionario, una volta che si fosse avvalso della garanzia, avesse l'obbligo di restituire il residuo al cedente, in ciò riscontrandosi l'aspetto di stretta ineranza alla cessione della causa di garanzia. Pure M. VIALE, *Le garanzie bancarie, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, Cedam, 1994, 116, ha superato il problema in esame attraverso il richiamo dell'art. 2803 c.c., mentre G. BAVETTA, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 592, è giunto a reputare che la struttura della cessione di credito in garanzia non fosse assimilabile a quella del patto commissorio, in quanto nella cessione ciò che circolava era un credito e non un diritto reale ed il suo trasferimento avveniva in modo immediato al momento del perfezionamento del contratto, non incorrendo, di conseguenza, nel relativo divieto di cui all'art. 2744 c.c. voluto dal legislatore per evitare un fine estraneo alla cessione, ossia il passaggio automatico della proprietà al creditore della *res* ipotecata o pignorata.

Altre riflessioni più vicine ai nostri tempi si rinvencono in F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, in *Studi di diritto privato*, diretto da A. Dalmartello e L. Mengoni, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1996, 191; B. INZITARI, *Cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fallimento*, 1997, 903, 904 e 906, il quale ha rimarcato che, nella cessione con funzione di garanzia, le modalità di soddisfacimento del cessionario erano lecite dal momento che questi, incassando il credito - che era già passato in titolarità dell'*accipiens* rispetto a quanto accadeva invece nel patto commissorio, in cui la *res* sulla quale ci si desidera soddisfare tramite il trasferimento era ancora di proprietà del datore della garanzia - tratteneva per sé della somma incassata solo l'ammontare corrispondente al proprio credito originario, restituendo invece al debitore la parte rimanente; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 150 e 151, per cui il fine di tutelare il debitore da possibili prevaricazioni di controparte era sempre stato posto a fondamento, da un lato, del divieto del patto commissorio, dall'altro della liceità della convenzione marciana; AL. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, Giuffrè, 2001, 322, a giudizio della quale la salvezza della cessione in garanzia era determinata dalla presenza di un meccanismo marciano; A. SCACCHI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 629, 630 e 631, la quale ha richiamato la tesi di Inzitari; U. STEFINI, *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, Cedam, 2007, 63, che ha affermato come la causa di garanzia fosse idonea a giustificare il trasferimento di un diritto nella misura in cui quest'ultimo fosse destinato a soddisfare in modo definitivo il creditore, valeva a dire se parametrato all'entità del debito da garantire; pensiero poi ripreso e sviluppato in IDEM, *La cessione del credito*, XI, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2020, 383 e 387; G. DI ROSA, *Problemi di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2010, 53 e 54, che fonda il proprio ragionamento sulla base di un parallelismo con l'art. 1198 c.c. Che la cessione di un credito in garanzia non violi il patto commissorio in presenza di un congegno previsto dall'art. 2803 c.c. - applicabile in via analogica alla cessione di crediti in garanzia - o di un patto marciano è affermazione pure di A. CESARE, *op. cit.*, 1514 e 1515. Rileva inoltre come la tendenziale ammissibilità della cessione dei crediti in garanzia da parte della giurisprudenza sia stata, nel tempo, legittimata a condizione che non fosse violato il principio secondo cui il creditore sarebbe tenuto a restituire a controparte l'eccedenza rispetto al valore del credito garantito, G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Tomo I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, il Mulino, 2012, 594 e 595. Giunge ad una siffatta conclusione prendendo in considerazione quanto disposto dalla legge a proposito del pegno di crediti A. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2014, 89 e 90. Per altri la cessione in garanzia trova fondamento nell'art. 1198 c.c., potendo detta causa risolversi in una particolare regolamentazione pattizia dell'ordine di preventiva escussione dei crediti di titolarità del creditore, pur dovendo il cessionario che riscuota il credito ceduto in garanzia restituire l'eccedenza al debitore. Così F. GIGLIOTTI, *Sull'ammissibilità della cessione in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015, 186 e 187, in testo ed in nt. 45. Ammette invece l'alienazione in garanzia a patto che non sussistano, cumulativamente, un pregiudizio per il debitore alienante né un vantaggio sproporzionato per il creditore S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le preclusioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *N. leggi civ.*, 2015, 199 ss. Infine, sull'argomento, cfr. pure C. DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015, 829, 835 e 840, la quale ricorda come la presenza di un patto marciano in un contratto di alienazione a scopo di garanzia renda lecita la causa del trasfe-

fatto proprio anche dagli arresti delle corti tanto di legittimità quanto di merito⁶⁹. Peraltro, mentre in dottrina, a giudizio di taluni, la pacifica ammissibilità della figura si rinviene anche considerando l'art. 1 d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, attuativo della direttiva 2002/47/CE – secondo cui sono considerati contratti di garanzia finanziaria quelli di pegno, di cessione del credito, il trasferimento della proprietà di attività finanziarie a scopo di garanzia – sul presupposto che tale provvedimento legislativo riconosce, recependo l'orientamento giurisprudenziale

rimento, in ragione del fatto che viene salvaguardata la proporzionalità dello scambio nonché la libertà del debitore; A. CHIANALE, *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, III, 755, che, del pari, rammenta la perfetta conformità alle norme del nostro ordinamento di un patto fra privati a scopo di garanzia, idoneo a trasferire la proprietà di una bene, affiancato al correttivo marciano; A.A. DOLMETTA, *La ricerca del "marchiano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 815, 817 e 819, per il quale, in realtà, a prescindere da puntuali pattuizioni, è proprio la causa di garanzia dell'alienazione a comportare che il bene alienato non possa avere un valore superiore a quello del credito garantito, che lo stesso vada calcolato al momento della scadenza di quest'ultimo, che l'operatività della garanzia rimanga sottoposta alla condizione dell'inadempimento dell'obbligazione afferente al rapporto principale; nonché da ultimo M. MARTINO, *op. cit.*, 720, 721 e 732, che non manca di ricordare la circostanza per cui quando la cessione in garanzia ha ad oggetto un credito, i confini della liceità dell'operazione si determinano in base all'integrità della garanzia patrimoniale e alla tutela dei creditori delle parti dell'atto che pone in essere la cessione.

⁶⁹ La validità di un tale trasferimento è, infatti, di recente sostenuta da Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *www.dejure.it*, secondo cui è lecito un mandato irrevocabile di vendita di crediti, a causa di garanzia di un finanziamento, affiancato ad una convenzione marciana. Per il merito cfr. Trib. Milano, 21 febbraio 2020, in *www.dejure.it*.

In termini più generali e con riferimento anche a tipologie di beni diversi dal credito, hanno legittimato l'alienazione in garanzia in cui la presenza di un patto marciano scongiura la lesione del debitore ristabilendo l'equilibrio tra le prestazioni Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, in *www.dejure.it*; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, 685 ss., con osservazioni di R. Brogi; Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss., nella cui motivazione richiama Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. comm.*, 1997, II, 656 ss., con nota di R. SIMONE, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*, in parte motiva; Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Patto commissorio*, 1967, nn. 7 e 8; nonché sempre con riferimento ad un oggetto differente dal credito cfr., per gli arresti di merito; Trib. Trieste, 19 aprile 2019, in *www.dejure.it*; e, in parte motiva, già App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. merito*, 1975, I, 424. Per la verità la giurisprudenza pare aver riconosciuto un eventuale limite intrinseco della cessione in garanzia anche laddove ha ammesso la sussistenza di un ritrasferimento del credito in capo al cedente a seguito dell'adempimento o comunque dell'estinzione del debito principale. Cfr., in tal senso, fra le tante, Cass., 9 settembre 2004, n. 18176, in *Giur. it.*, 2005, 1144 ss., con osservazioni di M.G. Cursi; Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in *Contr.*, 2002, 348 ss., con commento di G. Capilli; Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, cit., la quale, in parte motiva, ha messo pure in evidenza come il cessionario debba restituire al cedente il supero qualora sia stato trasferito un credito di ammontare superiore a quello del credito garantito; Cass., 30 ottobre 1956, n. 4057, in *Giust. civ.*, 1957, I, 637 ss.; Cass., 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Vendita*, 2764, n. 99; Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, 11 ss., con osservazioni di M. Elia, che aveva salvato dalla censura di nullità una vendita con patto di riscatto posta in essere al fine di garantire un contestuale contratto di finanziamento in ragione del fatto che il creditore si era definitivamente appropriato del bene corrispondendo contestualmente a controparte un prezzo, determinato da un soggetto terzo, di ammontare adeguato rispetto al valore della *res* stessa. Conf., per la giurisprudenza di merito, App. Milano, 6 luglio 2004, in *www.dejure.it*; App. Milano, 31 ottobre 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 42, con osservazioni di A. Sciarrone Alibrandi; negli stessi termini v. pure Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Fallimento*, 1989, 728 ss., con osservazioni di L.A. Russo; Trib. Milano, 13 ottobre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 82 ss.

ziale in materia, la piena ammissibilità dell'uso con scopo di garanzia della figura "neutra" della cessione del credito⁷⁰, del tutto isolata è l'opinione di chi, al contrario, non identifica nella normativa in esame l'elemento determinante per giungere alla suddetta conclusione, avendo già in passato il legislatore affrontato il problema della *cessione a scopo di garanzia* e avendolo risolto creando deroghe circoscritte al generale principio del divieto di *patto commissorio*, quali, ad esempio, l'art. 18, legge 25 luglio 1952, n. 949, nella parte in cui autorizzava il Medio-credito ad effettuare finanziamenti contro cessione in garanzia, totale o parziale di crediti; il d.m. 21 dicembre 1953, che legittimava l'Opera nazionale combattenti a concedere finanziamenti garantiti da cessione di credito; l'art. 35, d.l. C.p.S., 10 aprile 1947, n. 261, che permetteva a certi enti creditizi di concedere ai proprietari dei fabbricati da riparare finanziamenti provvisori contro cessione del contributo dello Stato⁷¹. Tra l'altro la possibilità di stipulare la cessione di crediti a scopo di garanzia, stante il carattere generico della causa della medesima, senza che tale peculiare fine impedisse la produzione dell'alienazione del diritto di credito dal cedente al cessionario, è stata più volte affermata anche dalla giurisprudenza di merito e di legittimità⁷².

⁷⁰ V. in proposito P. CARRIÈRE, *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, 186, in nt. 4; G. TARZIA, *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005, 485 e 486.

⁷¹ V. G. VERDURA, *Cessione del credito a scopo di garanzia: tra massime mentitorie e autorità morale del precedente*, in www.edizionicafofoscari.unive.it, *Ricerche giuridiche*, Parte II, *Papers*, 2012, 190 e 191.

⁷² In questo senso v. Cass., 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Foro pad.*, 2010, I, 2 ss., con osservazioni di M. Melandri, in motivazione; Cass., 3 luglio 2009, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1033 ss., la quale specifica che è proprio tramite l'effetto traslativo che si attua lo scopo di garanzia; Cass., 3 aprile 2009, n. 8145, cit.; Cass., 22 settembre 1990, n. 9650, in *Fallimento*, 1991, 253 ss. e Cass., 3 febbraio 1987, n. 950, in *Dir. fall.*, 1987, II, 692 ss., che hanno messo in rilievo tali caratteristiche per distinguere la cessione di crediti dal mandato *in rem propriam* all'incasso; Cass., 5 novembre 1980, n. 5943, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 2484; Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in *Sett. Giur.*, 1978, II, 119, e Cass., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 309; Cass., 5 luglio 1973, n. 1875, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1918 ss.; Cass., 15 settembre 1972, n. 2746, in *Foro it.*, 1973, 1508 ss., la quale precisava che l'autonomia privata avrebbe ben potuto derogare all'effetto traslativo immediato del credito prodotto dalla cessione a garanzia nel caso in cui quest'ultima fosse utilizzata solo per realizzare effetti minori, quali il conferimento al cessionario della mera legittimazione alla riscossione del credito. Tali caratteristiche erano affermate pure da Cass., 22 maggio 1969, n. 1786, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 916 ss.; Cass., 9 aprile 1969, n. 1132, in *Rep. Foro it.*, 1969, *Cessione dei crediti*, 365, nn. 5-6; Cass., sez. un., 16 maggio 1963, n. 1244, cit., con nota di E. ANTONINI, *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*; Cass., 30 maggio 1960, n. 1398, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 20, con nota di P. CECCOPIERI MARUFFI, *Fallimento del cedente e ammissione al passivo del cessionario*.

Concordi erano pure stati anche quegli arresti che avevano rinvenuto nella cessione a garanzia un'operazione anomala e complessa. V. Cass., 30 ottobre 1956, n. 4057, cit.; Cass., 20 agosto 1966, nn. 2260 e 2261, in *Rep. Foro it.*, 1966, *Registro*, 2395 e 2396, nn. 365 e 367, ove si era precisato che la cessione *pro soluto*, pur avendo funzione solutoria, avrebbe potuto essere utilizzata anche con finalità di garanzia, come presupposto di un negozio che si fosse ricollegato alla destinazione *fiduciae causa*; nonché Cass., 15 giugno 1964, n. 1518, cit., per cui qualora il debitore avesse inteso non già liberarsi dal credito bensì solo offrirlo in garanzia,

In forza di uno siffatto schema il trasferimento del diritto relativo sarebbe per l'appunto concepito al fine di rafforzare le possibilità di rimborso dell'anticipazione ottenuta attraverso lo sconto, essendo una simile cessione strumentale a far ottenere alla banca scontatrice la restituzione delle somme anticipate. A tal proposito la dottrina non ha, infatti, mancato di osservare come il vantaggio della cessione in garanzia sia quello di essere immediatamente traslativa del diritto di credito e di offrire al cessionario la facoltà di ricorrere a tutti i poteri derivanti dalla titolarità di un diritto, pur costituendo in aggiunta anche un atto preparatorio in vista dell'adempimento dell'obbligazione garantita, mancando in detta figura negoziale il rapporto di accessorietà proprio della cessione *pro solvendo*, potendo, invero nella prima il creditore soddisfarsi alternativamente ed indifferentemente su una o l'altra obbligazione⁷³.

Peraltro, l'evoluzione del pensiero della letteratura scientifica si è mosso tra due diverse ed opposte costruzioni: l'adozione dello schema del *negozio fiduciario*, da un lato, e l'individuazione di un accordo negoziale sottoposto alla *condizione risolutiva* dell'avvenuto adempimento da parte del cedente dell'obbligazione originaria, dall'altro. Più precisamente quanto al primo dei due suddetti profili è stato sostenuto che l'effetto traslativo del diritto relativo parrebbe essere circoscritto dall'accordo che limita – secondo l'impostazione del negozio fiduciario – le facoltà acquisite dal cessionario garantito⁷⁴.

lo schema legale della cessione avrebbe dovuto essere collocato all'interno di un sistema più ampio capace di dare rilievo al complesso di interessi giuridici per cui era realizzato l'atto.

Sulla stessa linea si è posta la giurisprudenza di merito che ha sottolineato come la cessione di crediti, sebbene in garanzia, desse sempre luogo alla trasmissione del diritto di credito. Cfr. App. Palermo, 8 marzo 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 471 ss.; App. Firenze, 20 dicembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 831 ss., con nota di M. BRONZINI, *La cessione di credito e il fallimento*, dove l'organo giudicante si esprimeva in termini di «effetto traslativo della titolarità del credito e della legittimazione ad esigerlo, tipico di ogni specie di cessione»; Trib. Firenze, 23 dicembre 1976, cit.; Trib. Napoli, 23 gennaio 1971, in *Dir. fall.*, 1971, II, 595 ss., a giudizio del quale l'effetto traslativo della cessione di crediti non veniva limitato dalla funzione di garanzia, o meglio di rafforzamento del rapporto sostanziale di finanziamento, dalla stessa svolta, salvo che le parti non avessero disciplinato il rapporto per raggiungere solo questo scopo con l'inserimento di clausole particolari, al pari dell'impegno del cessionario di non esigere il credito, se non in caso di insolvenza del cedente o, comunque, di mancato adempimento delle sue obbligazioni, e di retrocedere il medesimo ad avvenuto pagamento da parte di quest'ultimo; Trib. Roma, 21 dicembre 1967, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 283 ss., con nota di T. MANCINI, *Pegno di crediti, cessio pro solvendo e cessione a scopo di garanzia*; Trib. Roma, 15 giugno 1960, cit.; App. Genova, 23 febbraio 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 339 ss.

⁷³ Per i riferimenti bibliografici in materia si rinvia a quanto riportato *infra*, in nt. 80.

⁷⁴ Una simile ipotesi ricostruttiva ha incontrato non pochi consensi in dottrina. Per la letteratura precedente all'attuale disciplina codicistica v. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 369 e 377, che già in epoca remota aveva ammesso la validità, in linea di principio, di una attribuzione di diritto attuata con un negozio fiduciario, pur precisando che in tal caso si sarebbe dovuto tenere in considerazione il fatto che la trasmissione della titolarità del diritto sarebbe avvenuta *sub pacto fiduciae*, ossia che l'effetto traslativo avrebbe trovato il proprio fondamento nell'assunzione di un obbligo da parte dell'*accipiens* di porre in essere ciò per cui si era vincolato. Più di recente anche M. VIALE, *op. cit.*, 110, 111 e 112, ha concordato sul fatto che la

Diversamente, con riguardo al secondo, il diritto di credito trasferito verrebbe ad essere trattenuto dal cessionario-acquirente fino alla realizzazione dell'assetto di interessi perseguito attraverso il negozio di garanzia, tornando esso nella sfera giuridica del cedente-*tradens* una volta verificatasi l'estinzione del credito garantito, senza la necessità di ricorrere ad un atto dispositivo in senso inverso⁷⁵. Le peculiarità di que-

figura della cessione di crediti a garanzia si attuasse attraverso il *pactum fiduciae* fra le parti e, in questo caso particolare, secondo lo schema della *fiducia cum creditore*. Pure B. INZITARI, *op. cit.*, 902, ha ascritto la cessione di crediti in garanzia al trasferimento fiduciario dei diritti, in cui il patto fiduciario faceva assumere al trasferimento confini più ristretti rispetto a quelli che di norma contraddistinguevano l'attribuzione traslativa del diritto di credito, in quanto delimitati in modo rigido dalla funzione di garanzia a cui l'alienazione stessa era sottoposta; carattere fiduciario che emergeva anche dalla non necessaria corrispondenza fra il credito garantito e quello ceduto in garanzia.

Che la struttura del negozio fiduciario fosse idonea a ricomprendere tutti i caratteri propri della cessione in garanzia, quali, primi fra tutti, il passaggio del credito nella sfera giuridica del cessionario ed il conseguente ritrasferimento dello stesso al cedente una volta esauritasi la funzione di garanzia a causa dell'estinzione del debito originario era stato, tra l'altro, ipotizzato, nella sua opera monografica sull'argomento, anche da T. MANCINI, *La cessione dei crediti futuri*, cit., 111 e 112, che si era poi però indirizzato verso una diversa conclusione fondata sulla valenza decisiva della causa del contratto.

Nella direzione del testo v. inoltre, quanto sostenuto da Cass., 20 agosto 1966, n. 2260, e Cass., 20 agosto 1966, n. 2261, in *Rep. Foro it.*, 1966, *Registro*, 2395 e 2396, nn. 365 e 367, secondo le quali la cessione di credito *pro soluto* si ricollegava alla destinazione *fiduciae causa* potendo essere utilizzata anche in funzione di garanzia.

⁷⁵ Sul delicato tema cfr. G. PANZARINI, *op. cit.*, 122, e *ivi* ulteriori riferimenti. Conf. sul punto A.A. DOLMETTA, G.B. PORTALE, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, in S. MACCARONE, A. NIGRO (a cura di), *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1988, 266 e 267, laddove specificavano pure che, pur potendo il cessionario alienare il credito ceduto in garanzia, il *sub*-cessionario era comunque tenuto verso il cedente a fare tutto il possibile per conservare intatte le ragioni di quest'ultimo verso il ceduto. Per vero in precedenza anche N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, in *Studi di diritto civile*, diretti da R. Nicolò e F. Santoro Passarelli, II, Milano, Giuffrè, 1964, 352 e 353, sebbene si fosse soffermato a lungo sull'analisi e sull'ammissibilità del negozio fiduciario all'interno dell'ordinamento, nell'aggiungere lo stesso allo specifico schema della cessione a garanzia si era avvalso del meccanismo condizionale. Tra gli scritti meno recenti vale inoltre la pena di ricordare A. PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, 543 e 544, che, in tema di girata in garanzia della cambiale con clausola di cessione della provvista, aveva ritenuto che la stessa fosse giuridicamente classificabile quale negozio risolutivamente condizionato, dando così luogo la cessione ad un temporaneo trasferimento con funzione di garanzia per il fatto che esso era rivolto a rafforzare la posizione del portatore del titolo verso il trattario.

Del pari un'ulteriore variante era stata accennata - sul presupposto che in forza dell'art. 1360 c.c. fosse sempre possibile derogare alla retroattività degli effetti dell'avveramento della condizione - da T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 115, che, nel tentare di dar corso ad un inquadramento sistematico della cessione con scopo di garanzia nello schema del contratto risolutivamente condizionato di matrice germanica, non aveva escluso che la vicenda traslativa in esame, se considerata quale negozio con causa astratta - valeva a dire nel quale gli effetti dell'obbligazione e più in generale delle attribuzioni patrimoniali operavano anche se la causa del medesimo si fosse dimostrata viziata da nullità - potesse essere configurata quale negozio sottoposto all'evento condizionale estintivo dell'adempimento dell'obbligazione originaria, dando questo corso alla risoluzione degli effetti del trasferimento non in modo retroattivo ma *ex nunc*, finendo l'originario cedente per riacquistare il diritto quale successore dell'*ex* cessionario; tesi quest'ultima, tuttavia, abbandonata dall'Autore che nella progressione argomentativa della propria opera monografica aveva accordato preferenza ad un inquadramento dell'istituto sotto il profilo della sua causa generica o variabile, individuabile nello scopo di garanzia, atta di per sé a giustificare il trasferimento del credito che, quale interesse comune delle parti, avrebbe finito per integrare un aspetto costante della figura qui in rilievo.

ste due ricostruzioni non sono irrilevanti. Mentre in forza del primo di tali orientamenti, una volta che la cessione a scopo di garanzia avesse esaurito la propria funzione, l'atto traslativo sarebbe destinato ad essere retrocesso in capo al cedente in virtù di una successiva ed autonoma manifestazione di consenso a cui le parti si fossero in precedenza – in particolare, contestualmente alla stipula del negozio⁷⁶ – vincolate, in relazione al secondo, come si è poc'anzi accennato, il trasferimento del diritto sarebbe *risolutivamente condizionato* – con efficacia *erga omnes* – all'estinzione dell'obbligazione principale. Il che significherebbe che gli effetti della vicenda circolatoria del credito si mostrerebbero del tutto precari e verrebbero meno, provocando un'automatica circolazione in senso inverso della situazione giuridica sostanziale concessa in garanzia in capo all'originario titolare, all'avverarsi della *condizione risolutiva* della cessione, individuata nell'adempimento dell'obbligazione principale: l'esecuzione della prestazione dovuta da parte del cedente costituirebbe quindi l'evento futuro ed incerto a cui sarebbe ricollegato il ritrasferimento con efficacia retroattiva del diritto di credito in favore del debitore principale; al contrario, il suo inadempimento alla scadenza del debito integrerebbe quello che la dottrina civilistica⁷⁷ ha definito *mancomento della condizione*, vale a dire l'impossibilità di avveramento dell'evento dedotto nella medesima, che attualizzerebbe il potere del cessionario di imputare in modo definitivo quanto riscosso dal debitore ceduto ad estinzione dell'obbligazione principale rimasta inadempita⁷⁸. In altri termini la cessione con scopo di garanzia sarebbe attua-

La ricostruzione in termini di sottoposizione della cessione a garanzia a condizione risolutiva è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza. V. sul punto Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in *Fallimento*, 1998, 273 ss., con osservazioni di A. Cesaroni; Cass., sez. un., 16 maggio 1963, n. 1244, cit., con nota di E. ANTONINI, *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*. Per il merito cfr. App. Milano, 31 ottobre 1989, cit.; Trib. Milano, 13 ottobre 1986, cit. In termini non così netti e chiari v. pure Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, cit., che si è espressa parlando di meccanismo analogo a quello della condizione risolutiva necessaria da parte del cessionario senza un'attività negoziale diretta al ritrasferimento; poi seguita da App. Milano, 6 luglio 2004, cit.

⁷⁶ Significativamente M. LASCIALFARI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in V. CUFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, UTET, 2000, 259 e 260, che a propria volta ha rinviato a quanto già osservato da F. BATISTONI FERRARA, *op. cit.*, 1451.

⁷⁷ V., diffusamente, V. ROPPO, *op. cit.*, 583 e 584.

⁷⁸ Ai medesimi risultati cui si giunge tramite la ricostruzione del negozio risolutivamente condizionato, era pervenuto anche chi – v. T. MANCINI, *op. ult. cit.*, 151 e 152 – riconoscendo nella cessione dei crediti una fattispecie negoziale a causa generica, ne aveva fatto discendere che lo specifico fine per cui essa veniva posta in essere avrebbe assunto un'immediata rilevanza negoziale, in quanto, a prescindere da qualunque clausola accessoria, fiduciaria o condizionale, la funzione di garanzia avrebbe plasmato a tal punto la posizione soggettiva che fosse venuta a crearsi, in ragione del trasferimento, in capo al cessionario, che il diritto di credito si sarebbe acquistato così intrinsecamente limitato, essendo la permanenza di esso nella sfera dell'*accipiens* giustificata fintanto che la garanzia avesse avuto una ragion d'essere, valeva a dire fino a che non si fosse estinto, per qualunque causa, il debito garantito. Un simile percorso era stato seguito pure da C. VARRONE, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968, 188, specie in nt. 1, 189 e 190, che, in termini generali, aveva ricostruito il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia tenendolo distinto dal negozio fiduciario, in ragione del fatto che il rapporto obbligatorio da

ta nell'ambito di un unico disegno contrattuale. Quanto testé affermato sarebbe, in effetti, reso possibile dalla circostanza per cui la cessione in garanzia si porrebbe l'obiettivo di costituire, a favore del finanziatore, un rapporto - quello di cessione - parallelo a quello principale - da cui era nato l'originario credito - dotato di una propria disciplina autonoma⁷⁹. In particolare in virtù dello schema giuridico in esame il cedente non sarebbe liberato dalla propria obbligazione sino a quando il cessionario non avesse incassato il credito ceduto, sicché, non riscontrandosi, come poc'anzi affermato, una vera e propria accessorietà tra un rapporto (quello tra banca e cliente) e l'altro (quello tra banca e debitore ceduto), il creditore verrebbe in realtà ad avere due diversi debitori: il cedente e il ceduto; si sarebbe in presenza, in altri termini, di distinti rapporti obbligatori, che legittimerebbero il cessionario a rivolgersi, indifferentemente, a ciascuno degli obbligati⁸⁰.

garantire non era elemento determinante da cui prendere le mosse per individuare il contenuto del diritto spettante al creditore, né tale ruolo poteva essere attribuito ad una convenzione autonoma di carattere obbligatorio con cui le parti fissavano i limiti delle modalità di esercizio del diritto trasferito. L'Autore aveva infatti messo in rilievo come l'impegno a carico dell'*accipiens* nascesse invero dal vincolo creato con il negozio stesso, destinato ad avere vita limitatamente alla durata dell'obbligazione garantita.

Più di recente queste tesi sono state avvalorate altresì da chi - v. U. LA PORTA, *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 721 - ha ritenuto che la cessione di credito in garanzia desse vita ad «un'attribuzione a carattere strumentale ed interinale» analoga a quella che si originava da un contratto risolutivamente condizionato; nonché da U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 384 in nt. 177, che ricostruisce la cessione con scopo di garanzia come alienazione sottoposta alla doppia condizione risolutiva alternativa, ritenendo il passaggio del credito sottoposto alla condizione risolutiva dell'adempimento del debito ed il trasferimento del solo supero a quella dell'inadempimento.

⁷⁹ Come notava giustamente G. GUERRIERI, *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, aggiunta del 2001, 4.

⁸⁰ Per T. MANCINI, *Pegno di crediti*, cit., 285 ss., se, da un lato, nella cessione *pro solvendo* il rapporto principale entrava in una fase di quiescenza - non potendo il creditore cessionario rivolgersi al cedente se non dopo aver inutilmente escusso il debitore ceduto - e nel pegno di crediti il rapporto di garanzia si collocava in posizione accessoria rispetto a quello garantito - non potendo il cessionario soddisfarsi sul credito concesso a pegno se non dopo la scadenza di quello principale come previsto dall'art. 2803 c.c. - dall'altro, nella cessione di crediti in garanzia, si assisteva ad una completa e paritaria coesistenza di due rapporti obbligatori. Di uno stato di totale e paritetica sussistenza fra questi parlava altresì M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, *Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, Cedam, 1988, 167 e 168, che - nel rimandare a quanto parrebbe desumersi da A. PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, 541 - metteva in luce come, di conseguenza, il cessionario in garanzia ben potesse rivolgersi indistintamente per l'adempimento al ceduto o al cedente.

Di contro, non è mancato chi ha sostenuto che nella cessione in garanzia il creditore garantito dovesse essere soddisfatto dapprima ad opera del proprio originario debitore, in quanto nei confronti di quest'ultimo il primo conservava impregiudicate tutte le proprie ragioni di credito, creandosi in tal modo la relazione di sussidiarietà tipica del rapporto accessorio rispetto a quello principale. In questa direzione cfr. F. ANELLI, *op. cit.*, 219, per il quale, svolgendo la cessione funzione di garanzia e non solutoria, il credito garantito continuava ad esistere e ad essere esigibile, essendo la cessione attuata in funzione della sicurezza dell'adempimento del debito principale, e solo in un secondo momento - ossia nel caso in cui l'obbligazione principale non dovesse essere adempiuta - la cessione in garanzia diveniva anche un mezzo di soddisfacimento coattivo del credito garantito. In tal senso v. pure U. STEFINI, *op. ult. cit.*, 394 e 395, per il quale la *cessio in securitatem*, vale a dire la cessione con clausola di garanzia della solvenza assunta ai sensi dell'art. 1267, comma 1, seconda

Nonostante l'ampia attenzione dedicata dagli studiosi, l'impostazione della cessione a scopo di garanzia e, pertanto, la vicenda circulatoria del diritto di credito dagli effetti precari – dovuta al fatto che esso non entra definitivamente nel patrimonio dello scontatore – non può, in tema di sconto bancario, essere accolta. Il trasferimento del diritto avviene in modo pieno e stabile e la causa del negozio non è quella di assolvere ad una funzione di garanzia, come si avrà modo di meglio esporre nel prosieguo⁸¹. Per il momento è qui sufficiente ricordare come sia proprio la necessità di monetizzare detto credito e, pertanto, la *funzione di liquidità*, a cui si è in precedenza accennato, che spinge il cliente a cedere il medesimo alla banca e che giustifica una cessione definitiva dello stesso e non solo in garanzia⁸². Ciò che si verifica nello sconto bancario è non già la concessione da parte dello scontatore di una somma a prestito accompagnata da una cessione del diritto di credito a garanzia dello scontatario, bensì la mera anticipazione da parte dell'istituto di credito della prestazione che eseguirà, attraverso il pagamento alla scadenza del credito ceduto, il terzo debitore. Si tratta della conversione in denaro di un credito non ancora liquido piuttosto che l'erogazione di una somma di denaro a titolo di prestito con l'impegno alla restituzione. Obiettivo principe dell'operazione è offrire al cliente liquidità immediata, tramite l'anticipo dell'incasso di crediti esigibili successivamente alla stipula del negozio, e non quello di far ottenere il godimento di una somma di denaro nel tempo. La cessione non ha, di conseguenza, lo scopo di fungere da garanzia in ipotesi di inadempimento del cliente ma costituisce lo strumento e, quindi, il mezzo attraverso il quale la banca ottiene la restituzione dell'anticipazione erogata. D'altra parte, se si propendesse per una cessione a scopo di garanzia, si verrebbe a configurare una strana ed anomala situazione nella quale a pagare e quindi a restituire la somma anticipata sarebbe sistematicamente, per effetto dell'avvenuta cessione del credito anticipato, il debitore ceduto e non colui che nello schema del prestito – invero da chi scrive disatteso – costituirebbe il debitore principale, vale a dire lo scontatario⁸³.

parte, c.c., va distinta dalla *cessio pro solvendo* di cui all'art. 1198 c.c., in quanto se nella prima il cedente dispone di un credito in via temporanea e cautelativa al fine primario di garantire l'obbligo principale, e solo in via accessoria il cessionario può rivolgersi al ceduto per soddisfare il proprio credito – ossia qualora l'obbligazione garantita resti inadempita, rimanendo l'effetto solutorio una conseguenza indiretta ed eventuale dell'operazione negoziale – nella seconda la funzione preminente è quella di pagamento, poiché la cessione è volta ad estinguere una precedente obbligazione, ma si riscontra anche un effetto indiretto di garanzia, costituito dal fatto che l'obbligazione originaria del cedente rimane in vita, anche se entra in uno stato di quiescenza.

⁸¹ V. *infra*, § 7.

⁸² V. E. CAPOBIANCO, *op. et loc. supra cit.*

⁸³ L'osservazione era fatta propria in termini sostanzialmente non molto dissimili da P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 146.

§ I.6. – *La confutazione della causa solutoria del negozio traslativo del diritto di credito*

Rigettato lo schema della alienazione in garanzia, resta ora da affrontare l'impostazione che, in tema di sconto bancario, ha, invero, finito per prevalere: la cessione definitiva della titolarità del credito oggetto di anticipazione che, quale elemento autonomo ma collegato alla fattispecie dello sconto in cui si inserisce⁸⁴, è idonea ad avvicinare detto trasferimento ad un negozio dalla *funzione solutoria*.

Senza indugiare su questioni non nuove e ampiamente discusse in letteratura, è bene in questa sede ripercorrere in estrema sintesi quelle riflessioni che si sono mostrate rilevanti al fine di fornire un contributo alla qualificazione della figura in esame. A tal proposito, infatti, la prevalente dottrina è da tempo concorde nel ritenere che la cessione del credito costituisca una vicenda traslativa dotata di stabilità, e per questo estranea alla garanzia⁸⁵ e, nello specifico, un «mezzo di pagamento» in grado di far conseguire alle parti lo scopo che le stesse si sono prefissate⁸⁶. In particolare, identificare il negozio di trasferimen-

⁸⁴ Così testualmente G. MOLLE, L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2005, 199.

⁸⁵ Sul punto cfr. R. ALESSI, *La natura giuridica dello sconto cambiario*, cit., 8, che aveva parlato di «trasmissione della proprietà» del credito; A. DE MARTINI, *Sconto di assegni bancari e accreditamento in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II, 69 e 70, il quale, con particolare riguardo ad uno sconto di assegni regolato in conto corrente, si era espresso in termini di «trasferimento di proprietà dei medesimi (*cessio pro solvendo*)»; G. DONADIO, *op. cit.*, 110, che con riferimento al credito oggetto di cessione aveva individuato un *trasferimento* dello stesso dal cliente alla banca e un *acquisto* da parte di quest'ultima; A. ARENA, *op. ult. cit.*, 301 ss., il quale aveva precisato che dal tenore letterale delle norme in materia di sconto si evinceva che il diritto ceduto o girato usciva dalla sfera patrimoniale del cliente ed entrava nel patrimonio della banca. In termini non dissimili P. FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 147 e 150, parlava di trasferimento a titolo definitivo del credito dal cliente alla banca, seppur con qualche perplessità sul fatto di riconoscere nella cessione del contratto di sconto funzione di pagamento, e salvo poi sviluppare il proprio pensiero verso un'altra direzione (v. *infra*, nt. 113) IDEM, *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, cit., 93, in cui è giunto ad attribuire allo sconto funzione di liquidità.

⁸⁶ Assolutamente netto e chiaro sul punto era stato A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, II ed., Napoli, Jovene, 1952, 89 e 90; nonché IDEM, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, cit., 169, che per la verità aveva finito per seguire chi – v. F.U. DI BLASI, *op. cit.*, 431 – aveva in precedenza già colto un simile aspetto.

Successivamente la conclusione era stata ripresa dalla prevalente dottrina. Cfr., in tal senso, G. DE SEMO, *Diritto cambiario. Principii generali comuni ai titoli cambiari. Cambiale-assegno bancario-titoli cambiari speciali. Diritto cambiario penale*, Milano, Giuffrè, 1953, 467 e 468, che aveva altresì considerato la cessione del credito vantato verso un terzo il corrispettivo del prestito ricevuto dalla banca, rimarcando che essa avveniva *pro-solvendo*; di «mezzo di pagamento, in conformità dell'art. 1198 cod. civ.» aveva parlato inoltre E. DE BIASE, *op. et loc. supra cit.* Secondo E. COLAGROSSO, G. MOLLE, *Diritto bancario. Soggetti-titoli-negozi giuridici*, II ed., Roma, Casa editrice Stamperia Nazionale, 1960, 360, la cessione era posta in essere dallo scontatario alla banca *pro solvendo*, valeva a dire corrisposta come prezzo a fronte del prestito ricevuto. Anche F. MARTORANO, *op. cit.*, 786, aveva evidenziato il fatto che la cessione del credito avveniva «pro solvendo del debito di restituzione della somma anticipata». Negli stessi termini si era pronunciato pure M. TONDO, *Dei contratti bancari*, cit., 553 e 576, a giudizio del quale la cessione *pro solvendo* del credito era effettuata con scopo di pagamento del debito di restituzione assunto con il contratto di sconto. Per A. GALASSO, *op. cit.*, 166 e

to in uno strumento soddisfacente, alla stregua di quest'ultimo indirizzo, significherebbe avvalorare l'idea per cui la funzione del medesimo sarebbe quella di restituzione della somma ricevuta a prestito⁸⁷, in sostituzione dell'adempimento⁸⁸. La cessione, realizzandosi al fine di prendere il posto dell'esecuzione dell'impegno originario, farebbe sì che, infatti, lo scontatario – responsabile verso lo scontatore solo nel caso di mancato adempimento del debitore ceduto – «rimane[ss]e sempre obbligato in via principale alla restituzione, e soltanto nei suoi confronti lo scontatore [potesse] agire con l'azione *ex contractu*»⁸⁹. In altri termini, l'effettivo trasferimento del diritto di credito finirebbe per costituire il mezzo attraverso cui la banca verrebbe posta nella condizione di ripagarsi dal prestito posto in essere, dovendosi riconoscere, come è stato osservato con formula generica, che la cessione sarebbe fatta *salvo buon fine* ossia *pro solvendo*⁹⁰. Lo schema della cessione in funzione di adempimento con garanzia per la solvenza del debitore ceduto ha avuto anche il riconoscimento di una parte della giurisprudenza di legittimità e di merito la quale non ha esitato ad accogliere l'indirizzo fatto proprio dalla prevalente dottrina⁹¹, limitandosi in molti arre-

167, pur avvenendo la cessione fatta dal cedente *pro solvendo*, la banca diveniva titolare del credito ceduto e si occupava della sua riscossione, la quale avrebbe estinto l'obbligazione dello scontatario in base alla regola generale di cui all'art. 1198 c.c. Analogo era il ragionamento di A. BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, UTET, 1974, 535, sul presupposto che la cessione *pro solvendo* svolgeva una funzione di restituzione della somma che era stata concessa a prestito; nonché di G. COTTINO, *Diritto commerciale, La banca, la borsa, i titoli di credito*, II ed., II, Tomo I, Padova, Cedam, 1992, 116 e 117. A giudizio di S. AMBROSINI, *op. cit.*, 279, il fatto che la legge consentisse di rivolgersi allo scontatario solo una volta che si fosse verificato il mancato adempimento del ceduto, consentiva di dedurre che nello sconto la cessione svolgesse una funzione soddisfacente in senso tecnico e non di mera garanzia. Quest'ultimo assunto è stato condiviso altresì da M. PERASSI, *Lo sconto*, in V. CALANDRA BUONAURO, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, Cedam, 2001, 638, e *ivi* ulteriori riferimenti.

Peculiare invero era stata la posizione assunta da S. SOTGIA, *Appunti per un corso di diritto bancario*, a.a. 1943-44, Padova, Cedam, 1944, 268 e 269, laddove aveva specificato che, pur avvenendo la dazione del credito anche allo scopo di costituire una garanzia per lo scontatore, essa consisteva al contempo in una dazione *pro solvendo*, valeva a dire a scopo di pagamento; salvo poi successivamente esprimersi, con riferimento allo scontatario, in termini di alienazione del credito, tramite cessione *pro solvendo*, verso corrispettivo. V. IDEM, *Dei contratti bancari*, cit., 180.

Diversamente, avevano avvertito la tesi della funzione solutoria G. MINERVINI, *op. cit.*, 33 ss., in cui l'Autore aveva esaminato in modo compiuto i vari tentativi proposti dalla più autorevole dottrina rigettandoli, e G. PANZARINI, *op. cit.*, 137 ss.

⁸⁷ Esplicitamente F. ALCARO, *op. cit.*, 78 e 84.

⁸⁸ V. G. MOLLE, *op. cit.*, 399; G. CAVALLI, *op. cit.*, 228, che così si è espresso uniformandosi all'orientamento della giurisprudenza prevalente.

⁸⁹ E. GABRIELLI, *Sulla cessione pro solvendo nel contratto di sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 535 e 537; IDEM, *Il contratto di sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, 97 e 98.

⁹⁰ Ad una simile osservazione giunge pure I. DEMURO, *Lo sconto bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 160.

⁹¹ Cfr. Cass., 14 luglio 1975, n. 2780, cit., che nell'esprimersi in termini di cessione del credito contestuale alla concessione di un prestito in denaro parrebbe implicitamente aver riconosciuto la funzione solutoria del trasferimento stesso; Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, cit.; Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 30 ss., con nota di G.W. ROMAGNO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*; Cass., 23 aprile 2002, n. 5917,

sti ad affermare in modo più sintetico che il trasferimento avviene *pro solvendo*⁹².

Senonché, l'accoglimento dell'impostazione in esame non è senza conseguenze. Sebbene la letteratura fosse giunta a definire detto trasferimento una sorta di *cessione impropria* o a causa di pagamento, regolata dagli artt. 1266 e 1267 c.c., per differenziarla da quella fatta a mero titolo di trasferimento, vale a dire di alienazione del credito, disciplinata invece dagli artt. 1260-1265 c.c.⁹³, fin dalla sottoscrizione del contratto di sconto in capo al cliente si verrebbe a configurare un obbligo restitutorio della somma originariamente dovuta sia pure sospensivamente condizionato al mancato pagamento del debitore ceduto⁹⁴, tant'è che

in *Fallimento*, 2003, 56 ss., con nota di G. TARZIA, *Cessione di credito, mandato in rem propriam e revocatoria fallimentare*.

Per gli arresti di merito cfr. App. Potenza, 7 febbraio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, 644 ss.; App. Roma, 4 febbraio 1963, cit., che aveva parlato di trasferimento allo scontatore del credito, vantato dallo scontatario verso terzi, in pagamento di una somma anticipata.

⁹² V., *ex plurimis*, Cass., 27 giugno 1955, n. 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II, 1 ss.; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, cit.; Cass., 30 maggio 1978, n. 2737, cit.; Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, 598 ss., con nota di N. LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*; Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, cit.; Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, in *Giust. civ.*, 1991, I, 51 ss., con nota di V. SANTARSIERE, *Profili in materia di apertura di credito, regolata in conto corrente, e sconto bancario*; Cass., 18 maggio 1996, n. 4614, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 509 ss.; Cass., 6 marzo 1998, n. 2484, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 670; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13278, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2095; Cass., 22 marzo 2001, n. 4085, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 543; Cass., 19 ottobre 2001, n. 12783, in *Giur. imp.*, 2002, 42; Cass., 14 febbraio 2002, n. 2133, in *Giur. imp.*, 2002, 587; Cass., 7 luglio 2004, n. 12417, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 5, 87; Cass., 23 ottobre 2006, n. 22785, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2487; Cass., 5 luglio 2007, n. 15225, in *Guida dir.*, 2007, 39, 65.

Per gli arresti di merito cfr. Trib. Genova, 26 novembre 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, *Banca, borsa, tit. cred.*, 260, nn. 67-68; Trib. Roma, 10 febbraio 1962, cit.; Trib. Biella, 21 febbraio 1970, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, II, 380 ss.; Trib. Firenze, 29 marzo 1971, cit.; Trib. Bologna, 4 maggio 1983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 533 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Sulla cessione pro solvendo nel contratto di sconto*.

⁹³ Questa è la posizione peculiare in cui si era collocato F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, cit., 445, 460 e 461, dopo aver negato che la cessione del credito nello sconto potesse assumere, sotto l'aspetto giuridico, carattere di garanzia. In precedenza il medesimo Autore - v. IDEM, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 254 e 255 - aveva definito *impropria* la cessione dotata di una causa sempre fissa di pagamento di una obbligazione del cedente verso il cessionario - che si identificava con la prestazione in luogo di adempimento, qualora questa avesse avuto ad oggetto un credito (art. 1198 c.c.) - ricordando come essa potesse avvenire tanto *pro soluto*, quanto *pro solvendo*, *ex art. 1267 c.c.*, e come in questa seconda ipotesi il credito fosse trasferito in titolarità al cessionario sotto la condizione risolutiva del mancato pagamento da parte del debitore ceduto.

⁹⁴ Sul punto Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, cit., non ha mancato di esprimersi affermando che l'obbligo restitutorio del cliente derivava dal contratto e non dal successivo inadempimento del terzo, ma che tale obbligazione diveniva attuale ed il credito della banca esigibile solo una volta verificatasi l'inadempienza del terzo ceduto. La tesi era ancor prima sostenuta da Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, cit., per cui l'impegno restitutorio del cedente «*ex causa*» o in via di regresso era sospensivamente condizionato al mancato pagamento del ceduto. Sul punto v. pure Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1575 ss. e Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, cit., nelle quali si leggeva che nello sconto bancario l'obbligazione di ritrasferimento dello scontatario era sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento alla scadenza da parte del debitore ceduto. Successivamente questo orientamento è stato accolto anche da Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, cit.

Del pari concorde è stata pure la prevalente dottrina. Cfr., in argomento, V. ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, cit., 354 e 355, che, in tema di sconto cambiario, pur

sorgerebbe solo a fronte dell'inadempimento di questi la possibilità della banca di pretendere il pagamento del credito dallo scontatario⁹⁵.

Al di là di un simile aspetto, sul quale si tornerà per i dovuti approfondimenti nel capitolo III, e a prescindere dalla circostanza che – come si avrà modo di meglio specificare oltre⁹⁶ – l'espressione *salvo buon fine* non possa essere confusa con quella di cui alla garanzia per la solvenza del debitore ceduto *ex art. 1267 c.c.* e neppure ad essa assimilata, l'insieme delle considerazioni appena svolte non convince in pieno. Attraverso la cessione del credito il cliente mette lo scontatore nella posizione di poter incassare alla scadenza il credito⁹⁷ ma non per questo il trasferimento ha come obiettivo quello di porre il medesimo nelle condizioni di vedersi ripagato il prestito concesso al pari di una sorta di "surrogato" rispetto all'esatto adempimento che, nella configurazione del mutuo, spetterebbe al cedente. In realtà già per effetto della cessione del credito lo scontatario adempie alla propria obbliga-

affermando che l'obbligazione della restituzione della somma allo scontatore rappresentasse comunque l'obbligazione principale e diretta, aveva concluso che la stessa diveniva attuale solo dopo che lo scontatore avesse constatato il mancato pagamento della cambiale da parte del terzo ceduto; F. MARTORANO, *op. cit.*, 784, a giudizio del quale il debito restitutorio, nonostante sorgesse subito quale effetto essenziale del negozio di prestito, in ragione dell'avvenuta *cessio pro solvendo* diveniva esigibile solo una volta risoltasi condizionatamente quest'ultima a seguito del mancato adempimento del ceduto e della manifestazione del proposito dello scontatore di invocare il diritto alla restituzione; M. TONDO, *op. ult. cit.*, 583, in cui pareva sostenere la fattispecie condizionale laddove precisava come l'obbligazione di restituzione in capo allo scontatario rimanesse in vita fino a che il ceduto non avesse pagato il credito scontato; M. PORZIO, *op. cit.*, 929, 931 e 932, il quale poneva in luce come agli effetti essenziali del contratto di sconto – costituiti dal trasferimento della titolarità del credito dal cliente alla banca e dal pagamento di una somma di denaro da quest'ultima al primo – si aggiungesse l'obbligo di pagamento del cliente, condizionato all'accertamento dell'inadempimento del ceduto; S. AMBROSINI, *op. cit.*, 279, per cui l'obbligo dello scontatario diveniva attuale solo a seguito dell'inadempimento del ceduto, che svolgeva pertanto il ruolo di condizione di esperibilità dell'azione dello scontatore verso il cedente.

⁹⁵ Cfr. M. COSTANZA, *Appunti in tema di cassetto di sconto, apertura di credito, e azione revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1313, per la quale dal negozio di sconto si originava esclusivamente un credito della banca nei confronti del debitore ceduto, divenendo quest'ultima creditrice nei confronti di controparte solo in conseguenza del mancato adempimento del terzo.

Riteneva inoltre che alla banca fosse consentito rivolgersi al proprio cliente solo in ipotesi di mancato adempimento del debitore ceduto pure P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, cit., 155; IDEM, *Lo sconto bancario*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978, 754; IDEM, *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, cit., 97.

Per la giurisprudenza di legittimità, invero, detto credito si originerebbe dal contratto di sconto bancario ma diventerebbe attuale ed azionabile esclusivamente a seguito dell'inattuazione del proprio impegno obbligatorio da parte del debitore ceduto. Sul punto v. Cass., 17 maggio 2013, n. 12079, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 519, in cui si afferma che, in ipotesi di sconto bancario, il diritto di credito avente ad oggetto la restituzione della somma anticipata nei confronti del cliente è subordinato all'inadempimento del debitore; nonché Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, cit., per la quale era al momento in cui si verificava il mancato pagamento del ceduto che diventava attuale l'obbligazione restitutoria dello scontatario avente ad oggetto il prestito ricevuto in precedenza dalla banca, poiché il cedente era tenuto in via principale ancorché in modo condizionato – valeva a dire in subordine all'inadempimento del terzo – verso lo scontatore.

⁹⁶ V. *infra*, cap. V, § 1.

⁹⁷ Questa l'affermazione di cfr. F. SCORDINO, *op. cit.*, 310.

zione principale che discende dal contratto di sconto trasferendo detto diritto relativo nella sfera dello scontatore, residuando quale unico ulteriore adempimento in capo ad esso una mera *prestazione di dare* consistente, come già anticipato, in un *indennizzo* in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto.

Nello sconto bancario l'interesse del cliente non è ottenere il godimento di una somma di denaro, al pari dei contratti di credito⁹⁸, e anche sul versante della banca, questa non si limita ad erogare puramente una somma a prestito, pagando invero in via anticipata quanto il debitore terzo deve al cliente, tant'è che curandone successivamente l'incasso alla scadenza, essa finisce per dar corso ad una attività esecutiva - consistente per l'appunto nella riscossione del credito - oltre che finanziaria⁹⁹. In sostanza lo sconto ha lo scopo di offrire al cliente *liquidità*¹⁰⁰ ed in ciò può rinvenirsi - al pari di quanto si esporrà più diffusamente nel paragrafo successivo - anche la vera ed unica causa del negozio di cessione. In conclusione, pertanto, nessun elemento della fattispecie regolata dagli artt. 1858 ss. induce a ritenere che attraverso la cessione del credito le parti intendano realizzare quella funzione di rimborso delle somme anticipate dalla banca che è propria dei negozi aventi funzione solutoria. E in ciò gioca un ruolo fondamentale la clausola *salvo buon fine*, che rappresenta l'elemento decisivo che esclude l'obbligo di restituzione dell'anticipazione da parte dello scontatario, essendo questi tenuto, in ipotesi di inadempimento del ceduto, a corrispondere allo scontatore una somma a titolo di indennità sul presupposto che lo sconto ha in sé un connotato essenziale da cui non è possibile prescindere: la garanzia del buon esito dell'incasso del credito ceduto.

§ I.7. - *La funzione di liquidità dello sconto e del relativo negozio traslativo della titolarità del credito*

È opinione risalente¹⁰¹ che lo schema negoziale di cui all'art. 1858 c.c., pur configurandosi per una certa connotazione di stampo crediti-

⁹⁸ In questi esatti termini E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1156, 1157 e 1158, che precisa inoltre come l'obiettivo non sia neppure la vendita del credito allo scontatore analogamente ai negozi di compravendita.

⁹⁹ Così G. TERRANOVA, *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 781.

¹⁰⁰ Già gli scrittori meno recenti avevano colto un siffatto aspetto. V., a tal proposito, A. FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 165, il quale non aveva mancato di specificare come tramite lo sconto lo scontatario ottenesse la fruibilità e la disponibilità delle somme oggetto del credito in via immediata ed anticipata rispetto al tempo in cui il medesimo le avrebbe normalmente conseguite. Successivamente anche G. MOLLE, *op. cit.*, 397, rimarcava come, attraverso lo sconto, il titolare di un credito pecuniario realizzasse subito il diritto medesimo, senza doverne attendere la scadenza, cedendolo alla banca che gliene anticipava l'ammontare.

¹⁰¹ V. E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, Cedam, 1953, 43 e nt. 32.

zio¹⁰², non rientri nei *contratti di credito* in senso stretto. Mentre questi ultimi sono caratterizzati dall'elemento comune della concessione del credito e, pertanto, da una *struttura-tipo* che prevede, al pari di quanto avviene nel mutuo e nell'apertura di credito, il trasferimento della proprietà o, quanto meno, la messa a disposizione di una somma di denaro a favore del soggetto finanziato con obbligo di quest'ultimo di restituire a scadenza il *tantundem* maggiorato degli interessi¹⁰³, nello sconto bancario il tempo svolge una funzione non di differimento bensì di *anticipazione*, vale a dire di realizzazione attuale del credito stesso.

Per la verità i prodromi di una simile riflessione hanno origine lontana. Già in epoca remota la dottrina non aveva mancato di osservare come, a differenza dei negozi di prestito – la cui causa si contraddistingue per il fatto di procurare al beneficiario il godimento di un capitale – la particolarità insita nello sconto bancario fosse costituita dalla preesistenza, rispetto all'operazione nel suo complesso, del credito da anticipare e dal necessario collegamento tra quest'ultimo ed il successivo contratto di sconto¹⁰⁴. Da parecchi lustri si è diffusa l'idea che la più generale funzione di finanziamento possa essere realizzata anche avvalendosi di strumenti giuridici diversi rispetto all'archetipo costituito dal contratto di mutuo. Sebbene la sfumatura non sia facile da cogliere, in quanto sottile è la differenza rispetto alla funzione di prestito, è stato correttamente affermato come a fianco dei *contratti di credito* sia venuta a posizionarsi nel tempo una diversa categoria, denominata «contratti di liquidità», la cui espressione è oggi largamente utilizzata per individuare quei negozi – tra i quali lo sconto bancario è di certo il più rappresentativo – il cui scopo è quello di convertire in denaro un credito, attribuendo alla banca, che concede moneta attuale, il diritto di ripagarsi con moneta futura e di conseguire il proprio guadagno attraverso la riconsegna, in un secondo momento, da parte del soggetto finanziato, di una quantità maggiore di moneta, in modo tale che essa veda ripristinata la propria liquidità¹⁰⁵. Ciò che difetterebbe

¹⁰² Così F. SCORDINO, *op. cit.*, 1965, 323 e 324, laddove aveva chiarito il fatto che la vera essenza dello sconto bancario riposava sulla concessione del credito sotto forma di un'anticipazione in denaro verso la cessione del credito vantato dal beneficiario della somma nei confronti del terzo debitore.

¹⁰³ Decisivo sul tema si era rivelato l'approfondimento monografico di E. SIMONETTO, *op. cit.*, 418 ss., ed in particolare 424.

Sull'argomento v., altresì, G. SENA, *Contratti di credito, contratti di custodia, contratti di disponibilità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, 511; E. DE BIASE, *op. cit.*, 7 e 8. In termini di operazioni di credito, con evidente allusione ai *contratti di credito*, si esprimeva altresì F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, Milano, Giuffrè, 1972, 138.

¹⁰⁴ Spunti in questo senso erano rinvenibili in S. SOTGIA, *op. ult. cit.*, 268.

¹⁰⁵ Coniata in origine da P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, cit., 149 - v., dello stesso Autore, anche *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, cit., 88 – la definizione di «contratti di liquidità» era poi ripresa da B. LIBONATI, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 328; oltre che da S. MACCARONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1987, I, 36 ss., 43 e 46, che delineava lo sconto come un negozio caratterizzato da un meccanismo di

nello sconto bancario rispetto ai *contratti di credito* in senso stretto sarebbe, quindi, l'obbligo restitutorio differito per lo scontatario, sul presupposto che, se anche il debitore ceduto fosse alla scadenza inadempiente, la prestazione che sarebbe chiamato ad eseguire il cliente della banca consisterebbe nella corresponsione di un indennizzo e non invero del *tantundem* dell'originaria somma di denaro anticipata maggiorata degli interessi; aspetto quest'ultimo tipico, come poc' anzi accennato, dei *contratti di credito*¹⁰⁶.

Nello sconto bancario lo scontatario, a differenza del mutuatario nel mutuo, non deve restituire nulla allo scontatore¹⁰⁷. Né la cessione del credito può essere configurata quale semplice modalità di esecuzione dell'obbligo di riconsegna dell'anticipazione effettuata dallo scontatore, in quanto detta restituzione avviene da parte del debitore ceduto¹⁰⁸. Inoltre, mentre nel prestito il finanziato non dispone al momento dell'erogazione delle somme di denaro da riconsegnare nel tempo, nell'operazione in oggetto il cliente della banca vanta già, in quanto appartenente al suo patrimonio, il diritto di ottenere la *moneta futura*, essendo questo insito nel credito che viene ceduto, e attraverso, per l'appunto, lo schema negoziale di cui all'art. 1858 c.c., si limita ad ottenere la conversione in denaro di esso¹⁰⁹. Una volta che scontatore e scontatario abbiano eseguito quanto previsto in termini di reciproche prestazioni del contratto, vale a dire l'anticipazione ad opera della banca e la contestuale cessione del credito da parte del cliente, il con-

autoliquidazione, essendo la fonte fisiologica di estinzione del credito della banca rappresentata dall'adempimento del terzo a mani dello scontatore, potendo detto adempimento trovare la propria causa in diversi rapporti di legittimazione; nonché - sempre con riguardo al riconoscimento della qualifica di contratto di liquidità allo sconto bancario - anche da G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte II, Lo sconto come contratto tipico dell'intermediazione bancaria*, in *Econ. cred.*, 1984, 879 ss.; IDEM, *Sconto bancario*, cit., 783 e 784; da G. COTTINO, *op. cit.*, 115 e 116, laddove ha descritto lo sconto come «un polmone di disponibilità finanziarie», necessario per il funzionamento delle imprese, che ne costituivano le principali destinatarie; U. MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998, 149; M. PERASSI, *op. cit.*, 632 e 637; C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, Laterza, 2002, 156; F. MAIMERI, *op. cit.*, 889 e 890, in termini ricognitivi; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 119; C. COSTA, *Lo sconto bancario*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società*, Bologna, il Mulino, 2012, 80, che individua nello sconto un'operazione diretta a procurare al cliente la liquidità necessaria per la propria attività in cambio della cessione di crediti commerciali, vale a dire della monetizzazione degli stessi, e volta ad assicurare alla banca un guadagno, facendo sì che essa recuperi la liquidità anticipata alla scadenza del credito in maggior importo.

¹⁰⁶ Parzialmente difforme è la conclusione a cui perveniva G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I*, cit., 549, secondo cui nello sconto non avrebbero fatto difetto le caratteristiche proprie dei contratti di credito, quali, per l'appunto, il differimento tra l'erogazione della somma a prestito e la sua restituzione in aggiunta all'interesse in termini di remunerazione per la banca, ma «un accordo tra le parti che [avesse] come specifico oggetto il differimento».

¹⁰⁷ V. E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1160.

¹⁰⁸ In questi termini G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte II*, cit., 855.

¹⁰⁹ V. P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, 87.

tratto di sconto può definirsi eseguito. Ciò che resta è in effetti esclusivamente un credito del primo nei confronti del debitore ceduto, sorgendo, in capo al secondo, un vincolo da cui si origina l'obbligo di indennizzo - e pertanto un corrispondente credito sul versante della banca - in ipotesi di inadempimento alla scadenza del credito da parte del ceduto stesso.

A tal proposito, infatti, non è difficile scorgere nello sconto bancario i connotati di un'operazione creditizia che mira a monetizzare un credito non ancora esigibile sebbene il più delle volte già determinato e venuto ad esistenza, costituendo il credito medesimo il presupposto necessario per l'operazione stessa¹¹⁰, quando nel finanziamento lo scopo del cliente della banca è, invece, quello di ottenere una somma di denaro da restituire nel tempo. Nei *contratti di liquidità*, infatti, il cliente della banca non vuole conservare il credito cedendolo a quest'ultima a mero titolo di garanzia e quindi quale accessorio che lo scontatore potrebbe incassare qualora il primo fosse inadempiente nella restituzione della somma, ma quello di liberarsi dal credito stesso trasformando parte del proprio patrimonio in denaro attraverso una cessione di tale diritto relativo a titolo di scambio¹¹¹. Inoltre, a differenza dei contratti di credito in quelli di liquidità la somma anticipata è sempre parametrata al valore ed all'ammontare del sottostante credito ed il rimborso della stessa da parte dell'originario debitore non avviene mai in modo frazionato sulla base di un piano di ammortamento. Del pari anche il corrispettivo che remunera il soggetto finanziatore non è mai corrisposto, nello sconto bancario, in via reiterata e periodica come avviene solitamente nel mutuo, essendo detratto anticipatamente dall'importo del credito oggetto di sconto.

L'essenza è, pertanto, quella di monetizzare un credito che lo scontatario non è in grado di riscuotere dovendo attendere la scadenza essendo in questo impedito dalla mancata esigibilità dello stesso, con ciò prescindendosi dalla disputa sorta in dottrina¹¹² in ordine alla circostanza se appartenga o meno alla configurazione del negozio disciplinato dagli artt. 1858 e 1859 c.c. l'anticipazione, previa deduzione dell'interesse, del credito portato da un assegno bancario o da una cambiale pagabile a vista; fattispecie queste ultime che di per sé stesse non tollererebbero, trattandosi di crediti immediatamente riscuotibili, la previ-

¹¹⁰ Così E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1157 e 1158.

¹¹¹ Cfr., sempre in tema di sconto, E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 1158. L'aspetto di monetizzazione del credito è stato peraltro enfatizzato anche da Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, cit.

¹¹² A tal proposito si rinvia, senza alcuna pretesa di esaustività, a G.A. MICHELI, *Sulla definizione legislativa del contratto di sconto*, in *Riv. banc.*, 1945, 59 ss.; A. DE MARTINI, *op. cit.*, 67. In termini ricognitivi della problematica, v. S. MACCARONE, *Lo sconto bancario*, in *Enc. banca e borsa*, II, Milano-Roma, Compagnia Edizioni Internazionali, 1967, 333; nonché G. MOLE, *op. cit.*, 403.

sione normativa di «un credito verso terzi non ancora scaduto» prevista dal *contratto-tipo* che, tra l'altro, giustificherebbe l'applicazione di una remunerazione per il periodo di tempo in cui anche lo scontatore fosse impossibilitato a pretendere il pagamento dal debitore ceduto. La funzione del contratto di sconto è quindi esclusivamente quella di liquidità¹¹³ e non quella di prestito tipica dei finanziamenti¹¹⁴. La colorazione che viene data allo scopo è, pertanto, di tipo economico e permette allo scontatario di procurarsi una immediata liquidità pur a fronte della concessione di dilazioni di pagamento ai propri debitori¹¹⁵. Si eroga da parte della banca moneta legale contro moneta bancaria – il credito da scontare – messa a disposizione dal cliente, entrambe presenti, quali diverse specie monetarie, al momento della conclusione del contratto di sconto¹¹⁶, o, se si preferisce, moneta attuale contro moneta futura¹¹⁷, essendo caratterizzata l'anticipazione, anche sotto il profilo lessicale, da un raggio d'azione più ampio e da connotati differenti rispetto al prestito di denaro¹¹⁸. E in tutto ciò un ruolo fondamentale è svolto, come

¹¹³ V. P. FERRO-LUZZI, *op. ult. cit.*, 93; A. PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, VI ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1994, 238. Concorde in argomento di recente è pure I. DEMURO, *op. cit.*, 157, che, peraltro, mette in evidenza come, al fine di ottenere liquidità immediata, lo scontatario sia disposto a rinunciare ad una parte del credito quale corrispettivo per l'anticipazione ottenuta.

Contra G. FERRI, *op. cit.*, 896, secondo il quale lo sconto non avrebbe costituito, con riguardo alla struttura giuridica, un contratto di liquidità, ricavandosi una simile affermazione tanto dalla circostanza che la banca si sarebbe limitata ad anticipare una somma di denaro al cliente, essendo quest'ultimo tenuto alla successiva restituzione della medesima in ipotesi di mancato adempimento del debitore ceduto, quanto in considerazione del fatto che non avrebbe potuto configurarsi un trasferimento a titolo definitivo del credito allo scontatore – come invero avrebbero voluto i fautori della tesi del negozio a causa di liquidità – e ciò sul presupposto che nessuna disposizione di legge avrebbe autorizzato una eventuale retrocessione del credito scontato.

¹¹⁴ Particolare è, tuttavia, la posizione di G. MUCCIARONE, *Lo sconto bancario*, in *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2014, 820, che, pur inquadrando lo sconto come «un particolare mutuo con cessione in pagamento», non esclude che il medesimo «costituisca un contratto di liquidità», *rectius* «il prototipo dei contratti di liquidità».

¹¹⁵ Così F. DI FONZO, *op. cit.*, 1194.

¹¹⁶ Questa la riflessione di G. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, 881; IDEM, *Sconto bancario*, cit., 784.

¹¹⁷ V. E. CAPOBIANCO, *op. et loc. supra cit.* L'espressione era per vero dapprima utilizzata da P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, cit., 149 e 150, nella parte in cui sottolineava come peculiarità dello sconto fosse la liquidità, in quanto tramite detto negozio la banca dava moneta attuale ricevendo moneta futura, realizzando il proprio guadagno con la restituzione di una maggiore quantità di moneta presente e laddove si perveniva a riconoscere in tale tipo negoziale la coesistenza di un duplice trasferimento in modo definitivo sia della somma della banca al cliente sia del credito da quest'ultimo verso la prima. Tale ragionamento, ancora del tutto attuale, è stato, più di recente, ripreso in termini sintetici anche in IDEM, *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, cit., 88, 89 e 90.

¹¹⁸ Così esattamente G. COTTINO, *op. cit.*, 115, che sul punto ha rimandato alle riflessioni già elaborate da Ferro-Luzzi. Anche G. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, 784, riconosceva nello sconto la presenza di «un coacervo di prestazioni, quasi tutte di durata», poiché la banca disponeva un prestito nei confronti del proprio cliente interponendosi nel pagamento di una pretesa vantata dal cliente medesimo verso un terzo, ed in ragione del fatto che lo scontatario forniva un mezzo di veloce smobilizzo volto ad assicurare un certo grado di liquidità all'investi-

si avrà occasione di approfondire tra breve, dalla cessione del diritto di credito trasferito in cambio dell'anticipazione.

Peraltro una siffatta *funzione di liquidità* dell'operazione in esame non caratterizza il solo profilo dello scontatario, ma anche la banca, potendo quest'ultima ricorrere al c.d. *risconto bancario* del portafoglio crediti anticipati – per lo più quando costituito da titoli cambiari¹¹⁹ – che le consente di acquisire moneta liquida scontando a propria volta i crediti ceduti presso la banca centrale o un altro istituto bancario¹²⁰. Frequentemente utilizzato, soprattutto in passato, in considerazione della convenienza economica determinata dall'applicazione di un saggio minore rispetto a quello di sconto¹²¹, il risconto costituisce lo sconto in senso passivo di un credito ed ha la stessa natura giuridica di quest'ultima operazione¹²². Anche a seguito dell'abrogazione dell'art. 27 del r.d. 28 aprile 1910, n. 204 che autorizzava l'Istituto di Emissione a scontare «cambiali, munite di due o più firme di persone o ditte notoriamente solvibili» avvenuta ad opera dell'art. 6 d.lgs. 10 marzo 1998, n. 43, la Banca d'Italia è comunque oggi autorizzata a compiere tutte le operazioni consentite dallo statuto del Sistema Europeo di Banche Centrali – meglio conosciuto con l'acronimo SEBC¹²³ – tra cui, al pari di quanto previsto dall'art. 18 dello Statuto stesso, l'effettuazione di operazioni di credito con istituti creditizi erogando prestiti sulla base di adeguate garanzie; facoltà quest'ultima che compete pure alla BCE sempre in forza del disposto del suddetto art. 18. Infatti, mentre per l'intermediario scontante il risconto costituisce una forma temporanea di impiego, per lo scontatore lo stesso integra un'operazione complementare di provvista di fondi alla quale un istituto bancario ricorre per far fronte ad eventuali fabbisogni temporanei di liquidità. Il credito scontato è in effetti in grado di creare – mediante per l'appunto detta operazione da parte dello scontatore con altri istituti di credito che si trovano con disponibilità di cassa in eccesso – quella liquidità corrisposta da quest'ul-

mento, senza dimenticare la presenza del pagamento degli interessi e delle provvigioni allo scontatore. La considerazione è stata ripresa da Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, cit.

¹¹⁹ Sebbene nulla escluda che tale operazione possa riferirsi – come affermato anche da E. COLAGROSSO, *Risconto*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1939, 772 – a qualsiasi diritto di credito.

¹²⁰ In questi termini v. P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, cit., 149; IDEM, *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, cit., 93; G. DI BENEDETTO, *op. cit.*, 150, che ha osservato come l'Istituto di Emissione fosse il soggetto istituzionalmente preposto ad una simile tipologia di operazione potendo porre in essere negozi di sconto esclusivamente con banche e non anche con privati; nonché G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, 120.

¹²¹ Aspetto rilevato sin dai tempi remoti. V., al riguardo, F. COTTARELLI, *Sconto*, in *Dig. it.*, XXI, Parte I, Torino, UTET, 1891, 895.

¹²² Così E. COLAGROSSO, *op. et loc. supra cit.*

¹²³ Costituito dalla Banca Centrale Europea (BCE) e dalle Banche Centrali Nazionali e definito anche come complesso di organi comunitari e nazionali. In quest'ultimo senso cfr. P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2019, 77.

timo allo scontatario nel precedente sconto bancario¹²⁴, lasciando così imm modificata la posizione della banca sotto il profilo finanziario. Unico presupposto imprescindibile del meccanismo qui preso in considerazione è, secondo taluni, la c.d. bancabilità dei titoli¹²⁵.

In aggiunta al risconto lo sconto bancario consente allo scontatore di procurarsi quella liquidità assorbita con l'anticipazione del credito ceduto anche mediante la cartolarizzazione, vale a dire la cessione a titolo oneroso del credito da parte dell'istituto bancario, in qualità di *originator*, a favore di un soggetto terzo, denominato *special purpose company*, che provvederà a propria volta ad emettere titoli incorporanti i crediti trasferiti collocandoli sul mercato dei capitali e ricavando in tal modo quella liquidità necessaria al fine di pagarne il prezzo della cessione stessa e le relative spese¹²⁶.

L'indagine sin qui condotta consente ora di tracciare le considerazioni conclusive sulla corretta funzione che deve essere assegnata al negozio traslativo del diritto di credito stesso all'intero del contratto di sconto. Comprendere se quest'ultimo appartenga o meno alla categoria dei *contratti di credito* è in effetti utile per capire quale debba essere la disciplina giuridica ad esso applicabile in aggiunta alla scarna regolamentazione di cui agli artt. 1858 e 1859 c.c. In tale direzione si delinea un quadro netto e chiaro. Se da un lato la classificazione dello sconto bancario tra i *contratti di liquidità* esclude che possano essere invocate, al fine di completarne la regolamentazione, le norme del Codice civile in tema di mutuo, dall'altro la stessa non impedisce che sia possibile ricorrere ad altri schemi tipici della disciplina di diritto comune.

Non è in tal modo difficile scorgere quali implicazioni discendano dai precedenti rilievi sul negozio traslativo. È, infatti, innegabile che, se allo sconto bancario non trova applicazione la disciplina propria del contratto di mutuo, ben difficilmente alla cessione del credito potrà essere attribuita una funzione integratrice solutoria in quanto, nel caso che ci occupa, difetta un obbligo restitutorio dello scontatario idoneo ad individuare i connotati propri di un *contratto di credito*. In un simile contesto lo schema generale incompiuto del trasferimento della piena e definitiva titolarità del credito – che costituisce il profilo generico del fenomeno traslativo e di cui si è già fatto cenno in precedenza¹²⁷

¹²⁴ V. G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte II*, cit., 881.

¹²⁵ Così testualmente G. MOLLE, L. DESIDERIO, *op. cit.*, 198 e 199, che hanno esaminato il particolare caso del risconto c.d. *sotto fascia* – conosciuto anche con l'espressione francese *aval en pension* – caratterizzato dalla girata in bianco da parte dell'originario scontatore a favore dell'istituto di emissione e dall'impegno del primo di procedere al ritiro dei titoli o alla loro sostituzione con altri a scadenza.

¹²⁶ Per un approfondimento sul tema si rinvia all'opera monografica di D. GALLETI, G. GUERRIERI, *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, il Mulino, 2002. Per un quadro ricognitivo dell'operazione v., tra i tanti, anche P. BONTEMPI, *op. cit.*, 202 ss.

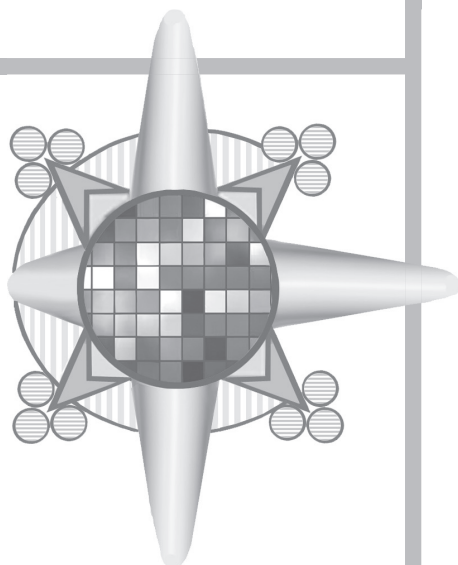
¹²⁷ V. *supra*, § 4.

– viene anch'esso, conseguentemente, ad arricchirsi di quegli elementi caratteristici dell'operazione creditizia nel suo complesso che consentono di realizzare una immediata conversione in denaro delle pretese creditorie di futura esigibilità del cliente della banca, sì che la cessione del credito finisce per assumere, quale aspetto non fisso, una specifica *funzione di liquidità*. All'interesse costante ma incompiuto delle parti al passaggio del diritto di credito, che si ricava dalla disciplina civilistica degli artt. 1260 ss. c.c., si aggiunge, senza per questo assorbire la *causa generica* del negozio traslativo, lo scopo specifico di liquidità tipico del contratto di sconto – e, pertanto, la *causa concreta* della vicenda traslativa nel suo insieme – individuata dai contraenti in base al reale ed effettivo intento per il quale gli stessi agiscono e con riferimento al tipo negoziale in cui la cessione del credito stessa si innesta.

In conclusione è, pertanto, possibile sostenere che detta cessione non ha natura né di garanzia, né tanto meno solutoria, in quanto non si tratta, rispettivamente, di attingere al modello del rafforzamento della restituzione del prestito o di ricorrere ad un mezzo di soddisfacimento sostitutivo rispetto all'esatto pagamento del cedente analogamente a quanto prevedrebbe la fattispecie di cui all'art. 1198 c.c. L'essere giunti a collocare lo sconto bancario nell'ambito dei *contratti di liquidità* e l'aver individuato un nesso di corrispettività tra anticipazione della somma e cessione del diritto relativo fa sì che lo schema incompleto del negozio di trasferimento possa essere perfezionato, colmando le eventuali lacune della disciplina, tra cui per l'appunto quella in tema di corretta portata del significato attribuibile alla clausola *salvo buon fine* contenuta all'interno della cessione del credito stesso, invocando al riguardo, come meglio si vedrà nel corso del presente studio, le norme di diritto comune che regolamentano un particolare *meccanismo di sicurezza* che consente alla banca di dar corso all'operazione in oggetto.

A questo punto, però, dopo aver delineato gli aspetti qualificanti della cessione del credito, è giunto il momento di entrare maggiormente nel vivo del presente contributo svolgendo un'ampia riflessione sul significato e sulla qualifica dell'espressione *salvo buon fine* che condurrà ben presto ad evidenti divergenze rispetto alla costruzione fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti. Prima di far ciò, tuttavia, è bene indagare la struttura e la funzione della nozione stessa di *clausola* quale articolazione del negozio di trasferimento del credito medesimo.

II. La struttura della clausola *salvo buon fine* quale articolazione del regolamento contrattuale di sconto



1. *L'espressione salvo buon fine fra testo e regolamento contrattuale*
2. *Le ragioni della necessità di una ricostruzione dogmatica della locuzione salvo buon fine*
3. *La trasposizione nel contratto dell'enunciato normativo: il superamento dell'originario indirizzo che escludeva dal concetto di clausola quelle riprodotte di una disposizione di legge*
4. *L'inciso salvo buon fine quale clausola principale del regolamento contrattuale*
5. *La mancata autonomia della clausola salvo buon fine*
6. *Interpretazione, qualificazione ed integrazione del regolamento contrattuale di sconto: il ruolo dell'espressione salvo buon fine*
7. *Il comando ordinativo contenuto nell'art. 1858 c.c. ed i riflessi in ipotesi di mancata riproduzione dell'inciso salvo buon fine nel testo contrattuale*
8. *Conclusioni: sul mantenimento della categoria concettuale di clausola ai fini della classificazione dell'espressione salvo buon fine*

§ II.1. - *L'espressione salvo buon fine fra testo e regolamento contrattuale*

Come si è visto nel capitolo precedente, lo schema normativo costruito dal legislatore per lo sconto bancario esige che la cessione del credito sia caratterizzata dal *salvo buon fine*. L'espressione, tuttavia, pecca di chiarezza e si profila del tutto ambigua. Del pari, non sussiste nemmeno la possibilità di attingere ad una fonte di matrice storica da cui mutuare le radici del suo significato, in quanto ciò che più si avvicina al precetto in esame è soltanto l'originaria formulazione *si finis bonus est, totum bonum erit* che, nell'affermare la massima secondo la quale, se lo scopo è buono tutto andrà bene, evoca - in termini alquanto vaghi e generici - la necessità, nel caso che ci occupa, che la cessione del credito debba avvenire con esclusione di ogni possibile perdita o danno per il cessionario.

Analizzata di per sé singolarmente, già la componente iniziale della locuzione *salvo* è ellittica ed incompleta. L'etimologia del lemma trae, infatti, origine, secondo il lessico della lingua italiana, dalla radice *salus* e quindi *salute* e, nel campo che qui interessa, viene generalmente intesa - avendo valore di *eccetto*, *fuorché*, *tranne* - non tanto nell'ampio significato di superamento di un pericolo senza subire alcun danno, quanto in quello di condizione che sottopone a validità o quanto meno che fa dipendere dal verificarsi di un determinato evento - che nella fattispecie in oggetto è costituito dall'incasso del credito - l'efficacia di una operazione, subordinandone la produzione di effetti¹. Tra gli esperti di linguistica si suole anche affermare che essa ben potrebbe venire sostituita dalla locuzione congiuntiva con funzione subordinante di tipo condizionale *a condizione che* ovvero *a condizione di*, in ragione del fatto che essa introduce una proposizione condizionale, ossia una condizione alla quale è subordinata l'efficacia di quanto è espresso nella proposizione principale, che nel caso di specie è retta dal predicato verbale *anticipa* riferito all'attività compiuta dalla banca a fronte della cessione del credito disposta nei suoi confronti dal cliente².

Ma anche passando all'esame della costruzione dell'espressione nella sua completezza con l'aggiunta delle parole *buon fine* la comprensione del suo significato non è delle migliori. Se si guarda al testo in oggetto, mentre sotto il profilo dell'analisi grammaticale³ la dizione *salvo buon fine* può essere scomposta in tre distinti elementi laddove *salvo* rappresenta una congiunzione, *buon* un aggettivo e, da ultimo, *fine* un

¹ Cfr. Vocabolario Treccani online, www.treccani.it/vocabolario, voce *Salvo*.

² Si veda la consulenza linguistica in ordine al significato della parola *Salvo* offerta in data 16 febbraio 2016 in www.accademiadellacrusca.it.

³ E quindi delle caratteristiche e della qualificazione di ogni singola parola.

sostantivo, dall'angolazione dell'analisi logica della stessa – volta ad indagare la struttura della frase semplice e pertanto di quella che nella grammatica moderna prende il nome di proposizione⁴ – si è portati invece ad individuare nella locuzione in esame un complemento di modo che risponde alla domanda *come avviene la cessione del credito*. La formulazione *salvo buon fine* rappresenta, infatti, una proposizione. Solo apparentemente la stessa parrebbe carente di predicato, quale elemento che unitamente al soggetto individua il contenuto minimo di una frase, potendo detti elementi essere – secondo l'opinione comune⁵ – sottointesi. In effetti nell'espressione in oggetto il verbo deve ritenersi del tutto implicito e la medesima andrebbe più correttamente riscritta nei seguenti termini: *salvo che ci sia il buon fine ovvero fatto salvo il buon fine*, non potendosi invero accogliere la conclusione per cui essa debba essere intesa nel senso di *eccetto* (ovvero *fuorché, tranne*) il *salvo buon fine* del credito in quanto sarebbe evidentemente paradossale che si giungesse ad escludere quello che la disposizione vorrebbe chiaramente realizzare. Nulla, tuttavia, impedisce che, sotto il profilo del tenore letterale, si possa però giungere anche ad una differente lettura, rispetto a quella comune, intendendo che la cessione del credito sia effettuata *con salvezza che vi sia il buon fine*, vale a dire *garantendo e assicurando il buon fine dell'incasso* del credito. Ciò nondimeno, se da un lato gli aspetti sin qui affrontati sono maggiormente affini con l'analisi delle parole che formano la dichiarazione contrattuale, dall'altro è bene precisare come da ora in poi con la suddetta espressione ci si intenderà riferire esclusivamente alle conseguenze che si creano nel mondo giuridico a seguito della sottoscrizione del contratto di sconto.

Senonché, a tal proposito è necessario fin da subito sgombrare il campo da eventuali equivoci terminologici e concettuali in cui potrebbe incorrere l'attento lettore. È, infatti, noto come il lemma *contratto* possa alludere a significati diversi. Innanzitutto quello di *accordo* tra le parti, qualora si ritenga di enfatizzare l'accadimento storico, ovvero di *testo contrattuale*, nell'ipotesi in cui lo si voglia configurare quale scomposizione in proposizioni contenenti clausole ed infine di *regolamento contrattuale*, laddove occorra approfondire il profilo dell'oggetto, del-

⁴ Definita quest'ultima quale «unità minima di comunicazione dotata di senso compiuto», caratterizzata dal fatto di contenere almeno un predicato «nella forma di un verbo di modo finito» accompagnato, se la frase non è impersonale, da un soggetto. Così L. SERIANNI, *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni forme costrutti*, Torino, UTET, 1988, 73; IDEM, *Italiano. Grammatica italiana. Ortografia e morfologia. Analisi logica e grammaticale. Sintassi della proposizione e del periodo*, Milano, Garzanti, 2013, 60. Sostanzialmente conf. F. RONCORONI, *Grammatica essenziale della lingua italiana*, Milano, Mondadori, 2005, 165 e 166. Di proposizione quale unità sintattica fondamentale del periodo parlano anche F. ROSSI, F. RUGGIANO, *Scrivere in italiano*, Roma, Carocci Editore, 2013, 415.

⁵ Cfr., senza pretesa di esaustività, M.G. LO DUCA, *Analisi logica*, in *Enciclopedia dell'Italiano*, I, Roma, Treccani, 2010, 73; F. RONCORONI, *op. cit.*, 175 e 180.

la causa e degli effetti⁶. Infatti, dovendo, ai fini che qui interessano, necessariamente tenere distinta la nozione di *testo contrattuale* da quella di *regolamento contrattuale*, va ricordato che mentre il primo è composto dal complesso dei vocaboli con cui le parti formulano le proprie dichiarazioni contrattuali ed è costituito da proposizioni che esprimono a propria volta clausole, il secondo forma l'insieme di regole create dal contratto e trova la propria *fonte di cognizione* nel testo contrattuale⁷.

Ciò premesso, è, quindi, evidente che, in termini generali, il lemma *clausola* – a cui spesso si allude quando ci si riferisce all'inciso *salvo buon fine* – non potrà essere impiegato per rappresentare il testo contrattuale sotto il profilo di una indagine della scomposizione di quest'ultimo in frasi, in quanto è invero riferito alle singole disposizioni del regolamento negoziale e agli effetti che esso stesso produce⁸. Pertanto, se in relazione al testo contrattuale l'espressione *salvo buon fine* è una *proposizione*, qualora si ponga l'attenzione al regolamento la medesima pare invece assumere i connotati di una vera e propria *clausola* e, pertanto, di una disposizione a cui conseguono determinati effetti. La proposizione infatti può contenere più comandi. Mentre da un lato è ben vero che nel caso in cui il precetto sia espresso da plurime proposizioni, non ne viene intaccata l'irriducibilità del comando in una unità inferiore, dall'altro è altrettanto indubitabile che una sola frase possa contenere diversi precetti ed essere dunque divisibile in più clausole⁹. Se così fosse, nel caso che ci occupa l'espressione di cui all'art. 1858 c.c.

⁶ V. in argomento V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 314.

⁷ Così V. ROPPO, *op. cit.*, 184, 311, 314, 429 e 430. Per completezza corre l'obbligo di ricordare come l'Autore segnali la mancata coincidenza tra testo e regolamento contrattuale, essendo quest'ultimo implementato dal fenomeno dell'integrazione del contratto. Il secondo è, infatti, costituito dall'insieme dei movimenti che il negozio determina nelle sfere giuridiche delle parti sulla base di fonti regolatrici diverse: autonome, ossia operanti dall'interno, sintetizzabili nella comune volontà dei contraenti che sfocia nell'accordo, ed eteronome, tali in quanto agenti dal di fuori della struttura contrattuale, costituite dalla legge e dalla decisione giudiziale. In argomento pure F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 786, mette in luce come la volontà dei privati non sia più l'unica fonte esclusiva nella costruzione dell'assetto di interessi vincolante ossia della regola contrattuale.

Contra R. SACCO, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, UTET, 1975, 789, per il quale il contenuto del contratto era formato solo da ciò che era fonte di autoregolamentazione, mentre i vincoli derivanti da fonti eteronome venivano relegati all'area degli effetti prodotti dalla legge.

⁸ Nella letteratura moderna esso costituisce, infatti, non una proposizione ma una disposizione; ha valore non linguistico ma precettivo; è articolazione non del testo ma del regolamento contrattuale. In questi esatti termini v. ancora V. ROPPO, *op. cit.*, 432. Anche per C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 7, il regolamento contrattuale identificava il contenuto sostanziale del contratto.

Sulla distinzione tra clausola in senso formale (nelle vesti di proposizione del testo contrattuale) e sostanziale (quale elemento inscindibile del contenuto del contratto) v. anche *infra*, nt. 33.

⁹ In termini particolarmente netti M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 143.

«mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso» – che costituisce, qualora riprodotta nel testo contrattuale, una proposizione del medesimo – finirebbe per contenere sia il comando che impone la cessione del credito sia quello che definisce quale caratteristica deve contraddistinguere nello sconto bancario la stessa, entrambi quali clausole del regolamento del negozio. Si tratta ora di verificare se già queste prime considerazioni che ricostruiscono, nel solco dell'orientamento prevalente, il *salvo buon fine* in termini di clausola¹⁰ debbano ritenersi corrette ovvero se la conclusione meriti di essere impostata in termini completamente differenti; interrogativo al quale si cercherà di dare riscontro nei paragrafi che seguono.

§ II.2. – *Le ragioni della necessità di una ricostruzione dogmatica della locuzione salvo buon fine*

Non si può certo negare – al pari di quanto in precedenza concluso¹¹ – che chi si accinge ad analizzare lo sconto bancario sia portato ad apprezzare, sotto il profilo del sinallagma, il fatto che a fronte della prestazione dello scontatore – costituita dall'anticipazione della somma di denaro dedotto l'interesse – si ponga, quale controprestazione per lo scontatario, la cessione *salvo buon fine* del credito stesso. Del pari ad un attento lettore della disposizione in esame non potrà neppure sfuggire come l'elemento fondamentale su cui poggia il negozio traslativo del diritto relativo si caratterizzi per una norma in grado di determinare, a fronte del mancato pagamento del debitore ceduto, un intervento del cedente destinato, attraverso l'esecuzione di una particolare prestazione patrimoniale definita, fino ad ora sinteticamente, indenizzo, a compensare il cessionario dal pregiudizio patito. L'aggiunta dell'inciso *salvo buon fine* sprigiona, infatti, con riguardo alla cessione del credito effetti giuridici diversi o quanto meno ulteriori rispetto a quelli che il negozio traslativo produrrebbe in via ordinaria, rappresentando il primo un connotato fondamentale attraverso il quale viene a caratterizzarsi il secondo. Tuttavia, prima di indirizzare lo sguardo

¹⁰ Si sono espressi comunemente in tal senso, tra i tanti che hanno affrontato il tema, R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1959, 212; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1982, 303 e 304; e più di recente G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I, Lo sconto come contratto di credito*, in *Econ. cred.*, 1984, 559; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 178 e 179. In termini di clausola *salvo incasso* si era pronunciato, tra l'altro, già in epoca remota M. BACCIGALUPI, *I dati normativi della cessione pro solvendo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, II, 382.

¹¹ V., *supra*, cap. I, § 3.

alla ricerca del suo esatto significato – a cui sarà dedicato il capitolo che segue – è bene soffermarsi in via preliminare, proseguendo il ragionamento intrapreso nel paragrafo precedente, sulla portata complessiva della disposizione in esame al fine di comprendere quale debba essere il suo corretto inquadramento dogmatico in modo tale da individuare gli strumenti più idonei per una successiva interpretazione.

Racchiuso, come si è poc'anzi accennato, in una formula non solo eccessivamente sintetica ma anche, come ogni altra locuzione indeterminata, dai tratti distintivi tendenzialmente oscuri, o comunque non così immediati ad una sua prima e superficiale lettura, l'inciso *salvo buon fine* è stato spesso inquadrato dalla dottrina e dagli operatori del diritto bancario in termini di *clausola*. Da tempo, infatti, i giuristi ritengono la dizione in rassegna, linguisticamente concisa, come espressiva di un frammento del contratto di sconto e ancor prima del negozio di trasferimento del credito in esso compreso, senza verosimilmente interrogarsi se la stessa sia veramente una porzione dell'unità organica negoziale del tipo contrattuale di cui all'art. 1858 c.c. o se il ricorrere ad una siffatta nozione configuri in verità una terminologia impropria, preferendo invero concentrare i propri sforzi sul contenuto piuttosto che sulla struttura della medesima.

Se da un lato lo studio analitico della clausola in generale quale parte del contratto non rientra di certo negli obiettivi principali del presente contributo, dall'altro l'insufficiente indicazione descrittiva di detto lemma impone un approfondimento – a cui saranno dedicate le pagine che seguono – che, seppur sintetico, costituisce l'indispensabile avvio per individuare la linea di confine tra contenuto ed effetti giuridici dell'espressione *salvo buon fine*. Benché consolidatosi nel tempo, il comune significato di clausola, quale componente del contratto, è tuttavia limitato e non sufficiente per descrivere il fenomeno in esame¹². Esso, infatti, rappresenta un concetto volto ad attirare maggiormente l'attenzione – al pari di quanto avviene per la clausola penale, per quella compromissoria o ancora in tema di cessione di crediti *pro solvendo* – sull'aggettivo che, nell'accompagnare il nome clausola, ne definisce la qualità e la specificazione, anziché sull'effettivo significato del termine. In definitiva, che al fine di designare il contenuto del *salvo buon fine* si sia ritenuta particolarmente adatta tale ultima nozione è certamente dovuto al fatto che l'articolazione di un negozio in unità minimali consente di meglio individuare le sue regole elementari di funzionamento, non ulteriormente scindibili, ma ciò non esclude un necessario approfondimento sulla portata giuridica della stessa.

¹² L'assunto è pacifico: in luogo di molti è qui sufficiente richiamare lo studio monografico di G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, Cedam, 2003, 1.

Nelle pagine che seguono si cercherà, infatti, di sgombrare il campo dal dubbio se, a prescindere dal linguaggio invalso nella prassi, detto concetto di clausola *salvo buon fine* sia, con riguardo alla citata previsione di cui all'art. 1858 c.c. ed all'interno del complesso rapporto tra scontatore e scontatario, utilizzato nel corretto significato che nel nostro ordinamento – raccogliendo i non pochi sforzi ricostruttivi della letteratura – può riconoscersi alla suddetta nozione ovvero se tale termine rappresenti, invero, una locuzione impropria – indirizzata ad indicare genericamente, senza assumere quindi una precisa portata giuridica, una delle tante proposizioni in cui si articola il contratto, inteso come testo contrattuale.

A tal proposito, va da sé come uno scarso rigore scientifico nella risposta al doveroso interrogativo circa l'utilizzo della appropriata terminologia in ordine all'inquadramento della disposizione in esame rischi di viziare in radice l'esatta ricostruzione – sotto il profilo della categoria giuridica di appartenenza – del comando racchiuso nell'espressione in oggetto. Mentre da un lato quest'ultima, quanto alla struttura, si presenta certamente quale molecola del più ampio contenuto precettivo di cui all'art. 1858 c.c.¹³, maggiormente complesso è infatti comprendere se la stessa assuma le sembianze di una determinazione conforme al diritto cogente e, conseguentemente, un *elemento essenziale* della cessione del credito di cui allo sconto bancario – non suscettibile di tradursi in una pattuizione negoziale e, pertanto, in una clausola pattizia – ovvero se tale particella rilevi in una eventuale suddivisione atomistica dell'accordo in termini di frammento della convenzione volto ad arricchire di contenuto lo schema-tipo della cessione stessa e, in quest'ultima circostanza, ancora, se la medesima tragga la propria ragione e la propria funzione da quel negozio traslativo del credito nel cui contesto si inserisce non potendo sopravvivere al di fuori di questo, o se invece sia dotata di un'effettiva autonomia.

Al di là delle suddette considerazioni, vero è che una siffatta indagine si profila per il giurista di interesse più ai fini di svolgere una attività conoscitiva e dogmatica volta alla ricostruzione sistematica della figura in oggetto e quindi di riflessione sul modo di essere e di operare della legge, con tutte le conseguenze giuridiche che ne discendono, che per individuare la disciplina di riferimento. Sotto questo aspetto, invero, tanto che si riconosca nella vicenda in essere un nucleo elementare della cessione del credito non sussumibile nel concetto di *clausola*, quanto che si preferisca inquadrare il *salvo buon fine* in una articolazione del negozio traslativo di cessione ovvero in un contratto a sé

¹³ Aveva riconosciuto alla norma contenuta nel suddetto articolo un simile carattere G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, 8 ss.

stante e, conseguentemente, in un fenomeno dai connotati di perfetta autonomia, identici sono gli effetti che vengono sprigionati. Quantomeno, mentre nelle prime due riproduzioni – elemento del contenuto negoziale¹⁴, da un lato, e clausola, dall'altro – differente è l'elaborazione concettuale che sta alla base dell'istituto e del pari divergenti sono i principi teorici a fondamento della loro individuazione, sotto il profilo del contenuto precettivo, le conseguenze ed il risultato dell'operazione nel suo complesso non mutano e potranno essere ricondotti – anticipando le conclusioni a cui si perverrà nel prossimo capitolo – ad una *prestazione contrattuale* che, quale effetto della cessione del credito incorporata nello sconto, realizza in capo allo scontatario un particolare fenomeno – estraneo all'obbligazione nel significato moderno del termine in quanto non accompagnato mai da responsabilità da inadempimento – idoneo ad originare, a fronte del mancato adempimento del debitore ceduto, l'obbligo di indennizzo da parte del cedente.

Senonché, un siffatto impegno nella ricostruzione dogmatica è tutt'altro che vano. La ragione che giustifica lo sforzo e ancor prima l'interesse, nel dar corso ad una compiuta sistemazione strutturale dell'espressione in rassegna e dell'identificazione del carattere della norma, è duplice. Innanzitutto la stessa va ricercata nella necessità di meglio definire, sul piano esegetico, il significato della formulazione *salvo buon fine* e, pertanto, ciò che esprime l'enunciato legislativo in esame, trattandosi di una locuzione talvolta generica, ma tutto sommato utile per descrivere i meccanismi operanti all'interno del contratto e che prefigurano la distribuzione del rischio tra cedente e cessionario del credito: chiarire se la prima sia o meno sussumibile in clausola contrattuale diviene, infatti, presupposto imprescindibile per impostare una corretta indagine sul rilievo del contenuto ed in particolare sull'interpretazione della stessa. In secondo luogo un suo esatto inquadramento dogmatico consente di meglio comprendere se anche il precetto qui preso in considerazione costituisca o meno una caratteristica della cessione del credito che concorre a determinare quella causa propria di liquidità, invero, già affermata nel capitolo I, confermando in tal modo i risultati nel frattempo raggiunti, ovvero se si tratti di un fenomeno aggiuntivo rispetto allo schema giuridico del trasferimento del diritto relativo, idoneo ad integrare un negozio concettualmente autonomo ed autosufficiente.

¹⁴ Che F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 365, aveva definito complesso delle determinazioni delle parti da cui si evinceva il regolamento di interessi che le stesse avevano voluto realizzare attraverso il negozio stesso.

§ II.3. – *La trasposizione nel contratto dell'enunciato normativo: il superamento dell'originario indirizzo che escludeva dal concetto di clausola quelle riproduttive di una disposizione di legge*

L'analisi condotta nel paragrafo che precede ha messo in evidenza come l'esigenza di sezionare in parti il contratto e di scomporlo in unità minimali – individuando, tra l'altro, l'espressione *salvo buon fine* – sia in realtà la fisiologica risposta del giurista ad un'aspirazione di chiarezza e verosimilmente di ordinata enucleazione delle conseguenze giuridiche del medesimo. Il tema, certamente di maggior respiro rispetto al solo angolo visuale dell'oggetto in esame, merita di essere affrontato a livello più generale, dovendosi l'interprete domandare se, nell'ambito di un contratto nominato, qual è per l'appunto lo sconto bancario, la nozione di *clausola* – in relazione alla quale il legislatore ha peraltro omesso di dar corso ad una precisa definizione¹⁵ – debba essere invero relegata, in una accezione evidentemente ristretta, alle sole pattuizioni aggiuntive ed integrative rispetto alla disciplina legale del tipo negoziale prescelto, con esclusione, pertanto, di tutte quelle manifestazioni di volontà destinate a recepire le norme di legge che regolano gli schemi contrattuali previsti espressamente dall'ordinamento giuridico.

Sull'argomento la dottrina più risalente, aderendo a quest'ultima impostazione, era giunta, infatti, a definire *essenziali* gli elementi del contratto costituenti la sua parte intangibile, ossia quella che il diritto considerava necessaria ed ineliminabile affinché potesse parlarsi di una determinata figura giuridica¹⁶, facendo assumere la qualifica di essenzialità anche a tutti quegli attributi che discendevano dai primi e che da essi dipendevano¹⁷. In effetti gli iniziali studi condotti sul tema si erano concentrati in particolar modo sulla ricerca dell'origine del termine *clausola*¹⁸ e avevano rilevato come quest'ultima indicasse, nelle fonti romane, una delle disposizioni relative ad una certa materia, in sostanza una singola parte dell'editto, acquistando solo in epoca successiva e con riferimento al diritto privato il significato di pattuizione *accessoria* che poteva essere aggiunta ad un negozio giuridico¹⁹. Dan-

¹⁵ Di tale lacuna si è avveduto da tempo G. SICCHIERO, *Clausola contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, I, Torino, UTET, 2003, 222.

¹⁶ V. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1915, 327. Conf. P. COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*, II ed., II, Torino, UTET, 1917, 118.

¹⁷ In tali termini G. PIOLA, *Clausola*, in *Dig. it.*, VII, Parte II, Torino, UTET, 1897-1902, 361.

¹⁸ Che, proveniente da *clausus*, era espressivo, sotto il profilo etimologico, della conclusione di un periodo.

¹⁹ Ciò è quanto ricordava M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 136, nel rinviare a U. SACCHI, *Clausola*, in *Enc. giur. it.*, III, Parte II, Sez. II, Milano, Società Editrice Libreria, 1913, 631.

do corso ad una sorta di continuità di fatto con il diritto romano l'indirizzo in rassegna aveva, in effetti, riservato la nozione di *clausola* solo a quelle manifestazioni di volontà accessorie rispetto al negozio – definite anche *elementi accidentali* – con cui i contraenti avrebbero potuto aggiungere un componente all'atto ovvero si sarebbero potuti esprimere dichiarando di non voler ricomprendere in quest'ultimo uno degli accidenti che per l'ordinamento giuridico ne avrebbe automaticamente fatto parte o ancora di voler modificare quello stesso che sussisteva per legge nell'atto medesimo²⁰. Stando, quindi, alla letteratura scientifica *post* unità d'Italia, per clausola si sarebbe dovuto intendere ciò che le parti avessero inserito in un determinato negozio per far sì che questo producesse effetti giuridici differenti ed ulteriori rispetto a quelli che esso avrebbe creato in sua assenza. In una siffatta concezione la clausola andava pertanto considerata sia come accessorio al contratto al quale era stata apposta e da quest'ultimo influenzata, sia in sé stessa, ossia quale elemento capace a propria volta di influire sui requisiti di forma e sostanza dell'atto in cui era inserita²¹.

Sotto questo profilo, se si volessero mantenere ferme le suddette conclusioni, nessun dubbio sorgerebbe in ordine al fatto che il precetto di cui al *salvo buon fine* rientrerebbe tra gli *elementi essenziali* del contratto di sconto – idonei ad individuare come tale il negozio in concreto stipulato dalle parti – e ciò pure nell'eventualità in cui si dovesse reputare che gli elementi fondanti di tale contratto fossero esclusivamente l'anticipazione della somma di denaro e la cessione del credito, configurandosi la suddetta previsione di indennizzo in capo al cedente quale attributo discendente dalla cessione medesima. In una simile circostanza il precetto in esame non si verrebbe ad aggiungere in termini di elemento accidentale al contratto di sconto, costituendo invero un requisito essenziale in difetto del quale la fattispecie perderebbe i connotati tipici previsti dall'art. 1858 c.c. con la conseguenza che l'inciso *salvo buon fine* non potrebbe essere qualificato in termini di *clausola*.

Sennonché, nell'ambito della moderna nozione di quest'ultimo concetto, l'orientamento prevalente ha finito per assumere un indirizzo definitivamente opposto rispetto alla ricostruzione restrittiva sino

²⁰ V. G. PIOLA, *op. et loc. supra cit.* Per completezza si segnala che l'Autore aveva poi riservato alla categoria degli *elementi naturali* ogni conseguenza che per legge discendeva da un atto e che non si sarebbe prodotta se non fosse esistita una disposizione legislativa specifica sul punto. Di elementi naturali si era occupato anche P. COGLIOLO, *op. et loc. supra cit.*, evidenziando come gli stessi pur essendo previsti dal Codice potessero essere oggetto di deroga da parte dei contraenti. Successivamente, pure G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, 13, aveva ribadito che gli elementi naturali – i quali si aggiungevano al contratto senza alterarne la natura, ma, una volta inseriti dalle parti, assumevano lo stesso rilievo degli elementi essenziali – si identificavano con le conseguenze dell'atto che si originavano per disposizione legislativa anche nel silenzio delle parti la cui previsione diventava invece indispensabile per modificarle o per escluderle.

²¹ Il rinvio è ancora a G. PIOLA, *op. cit.*, 361 e 362.

ad ora analizzata. L'impressione che si ricava è che ad un siffatto risultato abbiano contribuito i non pochi sforzi compiuti dagli studiosi nel tentare di indagare il contenuto del contratto a prescindere dalla trasposizione o meno in clausole degli elementi essenziali dello schema-tipo di riferimento. A tal proposito si è, infatti, asserito in modo convincente non solo che con il suddetto termine si può intendere tanto il comando negoziale posto in essere dai privati, quanto l'atto di imperio eteronormativo non riconducibile alla volontà delle parti²² – che prendendo in esame fenomeni quali l'integrazione o l'inserzione automatica di clausole finisce per interferire sulle decisioni dei contraenti – ma soprattutto che nei contratti nominati – al pari del caso che ci occupa – le clausole rientranti nella definizione legale del tipo devono per forza esistere per poter parlare di quel negozio disciplinato dal Codice civile e, in quanto tali, le medesime sono definibili *principali* o *essenziali*²³. A riprova del fatto che nulla impedisce di poter ragionare in termini di clausola contrattuale che recepisce una disposizione di legge, la letteratura ha da tempo ritenuto che gli imperativi elementari del precetto negoziale possano essere legislativamente tipici, appartenendo a tali fattispecie, ad esempio, la clausola risolutiva espressa, quella *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c., la clausola «all'ordine» ex artt. 1407, comma 2, e 1684, comma 3, c.c., quella «non trasferibile» nell'assegno bancario e nel vaglia cambiario a norma degli artt. 43 e 92 r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736²⁴.

In considerazione di quanto sopra precisato non pare quindi che oggi sussistano più ostacoli a ritenere che nella definizione di *clausola* vi possano rientrare anche quelle disposizioni – analogamente alla fattispecie in esame – che la legge prevede quali comandi elementari del

²² Nel giusto senso C. GRASSETTI, *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 185.

²³ In questi termini, v. le decisive osservazioni di A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, Jovene, 1990, 138 ss., che è giunto altresì a ridimensionare il rilievo applicativo della teoria elaborata per definire e classificare le clausole *principali* (o *essenziali*) da un lato e *secondarie* (o *accessorie*) dall'altro, riscontrando in tale approccio un intento più descrittivo che risolutivo delle questioni pratiche relative alle sorti del contratto in caso di vizi di alcune parti di esso.

²⁴ Quanto sopra ripercorso è frutto degli studi di C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, 185 e 186, che peraltro, in considerazione dell'ambiguità del termine *clausola*, aveva messo fin da subito in evidenza tre diversi significati che detto vocabolo poteva assumere: in primo luogo quello di proposizione che componeva il contratto (*clausola in senso formale*); in alternativa esso avrebbe potuto indicare un precetto negoziale autonomo contenuto in una (*clausola semplice*) o più (*clausola complessa*) frasi, e quindi un elemento idoneo a costituire un imperativo contrattuale inscindibile dotato di individualità rispetto al contenuto complessivo del negozio; in una terza accezione lo stesso valeva a designare uno o più precetti inseriti nel negozio dalla legge, a volte in modo inderogabile, altre solo in mancanza di una diversa o contraria volontà delle parti (clausola come *comando eteronormativo*). A tali rilievi aveva aderito pure F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 152 ss. In argomento v. anche T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988, 384, che poneva l'accento sulla caratteristica di termine polisenso in riferimento alla *clausola* e sulla particolare accezione di quella *rebus sic stantibus* per affermare la sussistenza di una determinata regola giuridica.

contratto. La dottrina più accreditata, tra l'altro, è di recente giunta ad ammettere sia che qualsiasi elemento di quest'ultimo costituisce una clausola – essendo il termine frequentemente utilizzato per individuare una componente ridotta della prestazione che la vicenda contrattuale pone in capo ai contraenti²⁵ – sia che, ai fini della valutazione degli effetti giuridici del contratto, in assenza di indicazioni contrarie, per clausola deve intendersi l'elemento precettivo irriducibile del negozio, che costituisce una regola operativa dell'autonomia privata²⁶ e ciò senza distinguere se si tratti o meno di una riproduzione di un enunciato legislativo. Vero è, invece, che la nozione di *clausola* è spesso impiegata dal legislatore come sinonimo di *patto*, ma una simile equiparazione può ritenersi corretta solo quando la prima risponda al generico significato di determinazione convenzionale dei contraenti e non anche qualora indichi il precetto di una norma imperativa²⁷. Ciò è quanto accade anche con riferimento all'espressione *salvo buon fine* che è contenuta – come meglio si vedrà successivamente²⁸ – in una *norma cogente* dal carattere *ordinativo* in grado di delineare e tratteggiare taluni aspetti fondamentali del negozio di sconto.

§ II.4. - *L'inciso salvo buon fine quale clausola principale del regolamento contrattuale*

Mentre, in linea con quanto poc'anzi precisato, si è nel tempo progressivamente fatta strada l'idea che nella nozione di *clausola* debbano essere ricompresi anche gli enunciati che disciplinano i contratti-tipo – quale è per l'appunto il *salvo buon fine* nello sconto bancario – dovendo i medesimi tradursi in frammenti negoziali di fonte legale, maggiormente complesso è, invece, il quadro riferito alla qualificazione che nel nostro ordinamento si ritaglia del generale significato di clausola. Nella difficoltà di rinvenire una definizione universalmente accettata a causa dell'eterogeneità delle situazioni in cui detto lemma è utilizzato, a lungo la dottrina e la giurisprudenza hanno profuso i propri sforzi nel tentare di fornire una ricostruzione di un simile istituto. A tal proposito, enfatizzando il concetto di *clausola-precettiva* o in senso *so-stanziale* individuabile in ogni determinazione di volontà presente nel contratto che sia inscindibile, ossia non frazionabile in ulteriori uni-

²⁵ Così R. SACCO, *Come individuare il contratto. Come contare i contratti*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, UTET, 2016, 78.

²⁶ Sul punto si richiamano gli studi condotti sul tema da G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 37.

²⁷ Così M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 133.

²⁸ V., più diffusamente, quanto rilevato *infra*, § 7.

tà volitive a sé stanti²⁹ – da preferirsi rispetto a quello di matrice *formale* inteso quale proposizione formante il tessuto del negozio³⁰ – da tempo il giudice della nomofilachia ha tracciato i confini di detta nozione³¹, che successivamente è stata rielaborata dalla più attenta letteratura scientifica in argomento³². Nonostante la suddetta distinzione tra *clausola* in senso *sostanziale* e *clausola* in senso *formale* sia ancora comune in larga parte della dottrina³³, è di certo opinione assai diffusa

²⁹ Che dal punto di vista contenutistico può racchiudere in sé indifferentemente i precetti principali o accessori, le dichiarazioni delle parti volte a determinare l'oggetto del contratto, le modalità di esecuzione delle prestazioni o la durata delle stesse. Così si esprimeva M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 139.

³⁰ Definizione questa coniata da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., I, Milano, Giuffrè, 1957, 477.

³¹ V. Cass., sez. un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, 311 ss., ove per clausola contrattuale si era indicato un precetto dell'autonomia privata, isolato nel contratto ed isolabile dal contesto del medesimo, che la legge non considerava divisibile in ulteriori proposizioni. Conf. Cass., sez. un., 28 aprile 1959, n. 1245, in *Foro it.*, 1959, I, 732 ss., che, nel riprendere la definizione di *clausola* già elaborata l'anno precedente dal Supremo Collegio, aveva aderito all'impostazione per cui la stessa era da ritenersi una parte elementare del negozio, ossia una sua componente irriducibile, isolato ed isolabile dal contesto, ancorché formata da plurime frasi, qualora queste costituissero il comando unitario delle pretese e degli obblighi principali ed accessori discendenti dall'atto ovvero fossero inerenti alla durata delle obbligazioni reciproche o ne determinassero gli eventuali elementi accidentali. Nel solco di tale indirizzo v. anche Cass., 22 giugno 1962, n. 1631, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 274 ss., con nota di G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, la cui pronuncia aveva ribadito come l'istituto in rassegna, da intendersi in senso sostanziale e non già formale, costituisse un elemento precettivo del negozio da non confondere con il concetto di *disposizione*, potendo la prima articolarsi per l'appunto in più disposizioni.

Per un'elaborazione di clausola con valore sostanziale già coniata prima del suindicato arresto giurisprudenziale della Suprema Corte a Sezioni Unite cfr. quanto elaborato da G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in IDEM, *Scritti giuridici, Introduzione e parte I*, I, Milano, Giuffrè, 1948, 95, laddove l'Autore aveva ritenuto la nozione in oggetto espressiva di ogni patto con il quale le parti avessero determinato le rispettive prestazioni, anche quelle principali.

³² Ci si intende qui riferire allo studio condotto, a valle della suddetta sentenza pilota del 1958, da M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, 317, il quale, ripercorrendo il pensiero della Suprema Corte, aveva delineato in termini precisi il perimetro di tale concetto, parlando di «una componente [...] che, vivendo in una unità sostanziale, [doveva] necessariamente presentare linee di inconfondibile indivisibilità logica, che [erano] del tutto estranee all'ipotesi di pluralità di disposizioni».

³³ A tal proposito F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sostituzione di clausole contrattuali con norme imperative*, in *Dir. lav.*, 1963, II, 381, aveva ricordato come – da un punto di vista sostanziale – per clausola si intendesse una parte elementare del negozio ossia una determinazione di un aspetto del suo contenuto, dunque un imperativo giuridico non più divisibile, ancorché enucleato da più frasi e – sotto l'aspetto formale – una delle proposizioni di cui era composto l'atto negoziale. Anche M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, Giuffrè, 1974, 18 ss., si esprimeva in termini di contrapposizione tra *clausola-proposizione* e *clausola-precetto*. Nel condurre un'approfondita indagine relativa alla struttura e all'ambito applicativo dell'art. 1419 c.c. M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 145, si avvaleva – dopo aver ricordato l'esistenza di un concetto formale – della nozione di *clausola* in senso sostanziale, ossia di quel precetto dell'autonomia privata individuabile rispetto al contenuto complessivo del negozio ed inscindibile in più parti che potessero, da un punto di vista giuridico, essere considerate isolatamente. Per F. CARRESI, *Il contratto*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXI, Milano, Giuffrè, 1987, 213 e 214, le clausole costituivano non solo delle articolazioni del contenuto del contratto, ma anche una serie di determinazioni precettive del medesimo, valeva a dire elementi dello stesso ai quali corrispondeva un proprio effetto giuridico. Più di recente G. SICCHIERO, *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contr. imp.*, 1999, 1200 e 1203, ha

in letteratura che l'irriducibilità del precetto – da intendersi quale impossibilità di scomposizione ulteriore del medesimo quale aspetto caratterizzante la clausola – debba considerarsi in senso giuridico e non meramente logico o letterale³⁴.

accolto, accanto a una definizione precettiva, anche una nozione formale, per cui la clausola doveva intendersi come semplice proposizione del contratto, benché priva di contenuto precettivo, salvo poi giungere alle precisazioni di cui alla nota successiva.

³⁴ Sul tema R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1970, 239, reputava il comando dell'autonomia privata – isolato ed isolabile nel contenuto complesso di un contratto e, per di più, inscindibile ad una valutazione fatta dalla legge – la nozione tipica e prevalente di *clausola*. L'indirizzo ha avuto un certo seguito. Per M. CASELLA, *op. cit.*, 19 e 21, era corretto parlare di clausola tutte le volte che una o più frasi producessero una conseguenza rilevante per il diritto, in tal modo creandosi una perfetta corrispondenza tra precetto ed effetto. Per l'Autore era altresì esatto individuare la *clausola precetto* sulla base dell'inscindibilità giuridica, valeva a dire considerandola una unità elementare nel momento in cui produceva un unico effetto giuridico. A giudizio di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976, 222 e 223, ci si trovava innanzi a quel contenuto inscindibile minimale proprio della clausola qualora, pur a fronte di più proposizioni grammaticali, unico fosse l'imperativo normativo. In quest'ultimo senso v. pure M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 143. Anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Tomo II, Torino, UTET, 1950, 155, non aveva mancato, in precedenza, di affermare, seppur in modo più generale, che ogni negozio era costituito da dichiarazioni da cui era sempre possibile estrapolare un contenuto precettivo.

Inoltre pare essersi riferito ad una accezione sostanziale F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti, II, Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1990, 132, il quale ha specificato che per clausola o patto doveva intendersi «ogni determinazione volitiva inscindibile contenuta nel contratto, non frazionabile cioè in ulteriori determinazioni volitive a sé stanti», aggiungendo come con la suddetta espressione potessero intendersi altresì quelle determinazioni frutto della volontà delle parti inserite all'interno del contratto.

Più di recente G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, 1228, ha osservato come, quando era certa la natura contrattuale dell'atto in cui era inserita la clausola ma si dubitava del contenuto precettivo della stessa, in base al principio di conservazione, la medesima andava comunque ritenuta di valore precettivo e non già enunciativo. La conclusione è corretta. D'altra parte il principio di cui all'art. 1367 c.c. secondo il quale «le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno» costituisce la riprova che possono sussistere nel nostro ordinamento giuridico clausole che – pur in assenza di espressi comandi imposti alle parti che si traducano in conseguenti prestazioni dovute dalle medesime – producono ugualmente conseguenze prese in considerazione dall'ordinamento. Su quest'ultimo concetto cfr. pure A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, 101, secondo il quale per effetto giuridico doveva intendersi ogni valore giuridico condizionato, ossia «ogni valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si [fosse] prodotta una precedente situazione di fatto».

Per una lettura, invece, critica della ricostruzione di clausola in termini sostanziali, ossia intesa quale precetto unitario ed inscindibile, di formulazione non necessariamente semplice, che nel contratto avrebbe rappresentato la base di una delle pretese principali o accessorie, v. L.M. GERI, *Sul significato del termine «clausola» in relazione al comma 2° dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 685 ss., a giudizio della quale detta nozione avrebbe reso molto difficile distinguere fra parte del contenuto del negozio – intesa quale somma di clausole – e vera e propria clausola, essendo più confacente un'unica definizione di quest'ultima, aderente all'idea per cui essa consisteva in «una determinazione relativa ad un punto qualsiasi del contratto». Conf. ancor prima U. NATOLI, *Su una «rimeditazione» relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, 547, che aveva reputato la costruzione sostanziale raggiunta dalla Suprema Corte oltre che indeterminata e generica anche arbitraria ed appoggiata su fondamenta più fragili e dal carattere maggiormente empirico di quelle della nozione formale ritenuta poco soddisfacente.

Ciò premesso – sul presupposto raggiunto nel paragrafo precedente che la disposizione contenuta nell’art. 1858 c.c. venga trasfusa in un patto che la riproduca nel testo contrattuale e pertanto la trasformi in una dichiarazione dal carattere non meramente descrittivo – è ora possibile affermare con sufficiente sicurezza come la figura in esame si caratterizzi per quei connotati che hanno condotto gli studiosi della materia e la giurisprudenza ad individuare la sussistenza di una clausola. Per effetto di una siffatta riproduzione nel testo contrattuale, l’inciso *salvo buon fine* viene in effetti ad articolarsi in un frammento del negozio di fonte legale che individua un *imperativo giuridico inscindibile*, integrando in tal modo quella che la letteratura scientifica ha definito, con una terminologia particolarmente adatta ad esprimere il vincolo a cui le parti si sottopongono nell’ambito del regolamento convenzionale, *clausola-precetto*³⁵. A nulla rileva, nel caso che ci occupa, che l’espressione *salvo buon fine*, sotto il profilo dell’unità morfologica, sia riconducibile a pochissime parole³⁶; la stessa costituisce invero una componente essenziale del regolamento dello sconto e prima ancora una proposizione del testo contrattuale tesa a specificare la volontà negoziale e a disporre in modo vincolante il contegno al quale sono tenuti i soggetti del rapporto³⁷. Nonostante ciò si è infatti in presenza di una clausola *completa*, ancorché *semplice* in quanto formata da una sola proposizione, che pur essendo ridotta ai minimi termini è comunque comprensiva di «tutti gli estremi che integrano una statuizione»³⁸. Un simile connotato non deve in effetti essere misurato sotto il profilo grammaticale della frase ma tenendo conto del piano giuridico. In altri termini, nel caso che ci occupa, la completezza degli estremi per individuare una statuizione è rinvenibile dalla ricostruzione dell’enunciato in esame che consente di riconoscere – anticipando, come peraltro già fatto in precedenza³⁹, talune delle considerazioni che verranno più

³⁵ La nozione del Grassetto era richiamata e fatta propria anche da M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 138 e 139.

³⁶ D’altra parte i riscontri empirici possono addirittura condurre ad individuare anche solo un avverbio o un aggettivo, come pacificamente ammesso da R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Cfr. M. FRAGALI, *op. cit.*, 319.

³⁸ M. FRAGALI, *op. cit.*, 317. L’Autore aveva specificato ulteriormente come una clausola potesse definirsi *composta* se caratterizzata da più proposizioni volte ad integrarsi a vicenda, risultando la disposizione dall’unione delle medesime, e, diversamente, *complessa* se costituita da più proposizioni dirette a compenetrarsi, in maniera che «le modalità espresse in una [precisassero] la portata impegnativa della disposizione che [era] contenuta nell’altra», laddove nella prima delle due tipologie l’unità discendeva dalla riunione di più frasi dotate dello stesso valore logico e si realizzava mediante l’accertamento del legame complementare fra più proposizioni incomplete, quando, invero, in quella complessa l’unità prelettiva derivava da proposizioni di diverso valore logico, essendo le medesime in rapporto di subordinazione o di coordinazione.

³⁹ V., *supra*, § 2.

accuratamente svolte nel prosieguo⁴⁰ – un intervento indennitario dello scontatario al semplice verificarsi dell'inadempimento a scadenza del debitore ceduto e, pertanto, l'assunzione da parte del primo di un rischio e del correlativo obbligo di ristoro seguito al verificarsi di un evento dannoso per lo scontatore garantito.

È, quindi, del tutto irrilevante ai fini di identificare il comando in oggetto, che nel redigere una siffatta disposizione il legislatore si sia avvalso di una o più proposizioni grammaticali o che nel suo innesto all'interno del testo contrattuale confezionato dalle parti la dichiarazione sia contenuta in un articolo o in una alinea graficamente separata da altre inserite in uno o più documenti, in quanto – a prescindere dai diversi modelli prestampati utilizzati dalle banche – unica dovrà essere in tutte le suddette ipotesi, ai fini della sussistenza del contratto di sconto, la previsione di garantire allo scontatore l'incasso del credito, e, conseguentemente, omogeneo il piano giuridico che avrà rilievo. Nell'ambito di un tale contesto l'autonomia dei privati, entro i limiti del riconoscimento da parte dell'ordinamento, non crea né integra alcuna norma giuridica, ma pone unicamente in essere un caso concreto di una disposizione di legge già esistente, originando in questo modo il rapporto giuridico tra singoli che la stessa norma dispone⁴¹. Con la trasposizione del *salvo buon fine* nel negozio stipulato dalle parti, dapprima quale proposizione all'interno del testo e, successivamente, quale disposizione nel regolamento, si dà pertanto a queste ultime il potere di attuare qualche cosa di reale ed effettivo che il sistema ha già disciplinato e nel fare ciò scontatore e scontatario non fanno altro che applicare al caso di specie la regola che il legislatore ha previsto in astratto per lo sconto bancario.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte, è alquanto evidente come il contenuto del contratto traslativo del diritto di credito che si sta indagando venga a formarsi non solo in base alle determinazioni in senso proprio volute dalle parti ma anche in forza della riproduzione nello stesso di quelle componenti obbligatorie che sono proprie del negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c., tra cui per l'appunto il *salvo buon fine*.

Tale aspetto non è irrilevante ai fini della qualificazione della clausola in esame. L'enunciato in oggetto merita, infatti, di essere inquadrato nell'ambito di quelle che la dottrina ha definito *clausole principali*, che non possono assolutamente mancare ai fini della vitalità dell'accordo, trattandosi di pattuizioni legali dal carattere rigido, stante la lo-

⁴⁰ V. *infra*, cap. III.

⁴¹ V. E. BETTI, *op. cit.*, 46.

ro «sovrapposizione alla volontà dei contraenti»⁴². La dottrina non ha, infatti, dubbi: le clausole che nei contratti tipici non possono non sussistere, poiché rientranti nella definizione legale dei medesimi – denominate, quanto ai loro connotati, *essenziali*, o, in relazione alla loro importanza, *principali* – devono essere tenute distinte da quelle non indispensabili per l'esistenza del negozio stesso, qualificate *secondarie* o *accessorie* ovvero ancora *subordinate*⁴³, e ciò in quanto, mentre le prime sono determinanti per il consenso delle parti, le seconde non sono necessarie a raggiungere l'accordo⁴⁴. La rilevanza in termini di conseguenze giuridiche della suddetta classificazione è stata per di più oggetto di approfondimento da parte della giurisprudenza, la quale, nel soffermarsi in particolar modo sulla validità del negozio, ha ricordato come l'indagine sull'essenzialità debba essere condotta al fine di ricostruire in modo oggettivo la perdurante utilità del contratto – una volta asportata la clausola nulla – in rapporto agli interessi dal medesimo prefissati⁴⁵. Accanto alla possibilità, prevista dall'art. 1325 c.c., di suddividere concettualmente l'atto negoziale in elementi essenziali (accor-

⁴² G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit., 220 e 224, al quale si rinvia per ulteriori considerazioni sul concetto di *clausola principale*.

⁴³ Sul punto cfr. A. GENTILI, *op. cit.*, 138.

⁴⁴ V. in proposito F. CARRESI, *op. ult. cit.*, 215 e 216.

In argomento M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 147, a suo tempo definiva principali le clausole di carattere essenziale, valeva a dire quelle senza le quali il contratto non sarebbe venuto ad esistenza, ed accessorie quelle idonee a raffigurare l'ambito in cui l'ordinamento consentiva al privato di predisporre i propri interessi in modo autonomo rispetto al tracciato delineato nella previsione normativa. La distinzione fra *clausole principali* e *clausole secondarie* – al pari di quella tra *clausole essenziali* e *clausole non essenziali* – corrispondente tra l'altro ad una classificazione delle *clausole-precetto* sulla base della loro importanza, non potendosi di certo riferire alle *clausole-proposizioni*, era stata accolta pure da E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, Giuffrè, 1971, 3 e 4. Anche A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966, 205 e 207, nel parlare di elemento del contenuto del contratto in luogo di clausola, aveva ritenuto principale quello dotato di importanza decisiva per conseguire l'assetto di interessi in concreto voluto con l'atto negoziale. Per la dottrina più antica M. DOSSETTO, *Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accessorie, condizioni generali e particolari di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 252 ss., nell'inquadrare le pattuizioni principali vitali ed indispensabili nell'ambito di quella parte del negozio di carattere essenziale, si era espresso, con una locuzione sostanzialmente equivalente, parlando di *minimo contrattuale* per la sussistenza della fattispecie voluta dalle parti, relegando quelle secondarie nella porzione accessoria del medesimo regolamento contrattuale.

⁴⁵ V. a tal proposito Cass., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, 2782, per la quale l'inserimento di una clausola in un modulo predisposto unilateralmente da uno dei contraenti per regolare una serie indefinita di contratti non ne determinava in modo automatico l'essenzialità, poiché detto modulo ben poteva racchiudere sia il contenuto essenziale che quello marginale. In tema di essenzialità della pattuizione negoziale v. pure Cass., 11 agosto 1998, n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, 996; Cass., 16 novembre 1996, n. 10050, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1532, dalla cui pronuncia è stato evinto il principio secondo cui la nullità si estendeva all'intero negozio se la pattuizione colpita da tale patologia fosse autonoma ed essenziale, valeva a dire se si trovasse in correlazione inscindibile con la restante parte del contratto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso l'accordo in assenza di quella clausola del suo contenuto colpita da nullità. Sostanzialmente conf. Cass., 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438 ss.; Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2090 ss.; Cass., 19 aprile 1982, n. 2411, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 869, la quale ultima affermava come, nell'ipotesi in cui un contratto fosse parzialmente nullo, l'indagine volta ad accertare, ai fini della conservazione del negozio stesso, l'essenzialità della pattuizione invalida andas-

do, causa, oggetto e forma) si pone, infatti, anche la facoltà per il giurista di scomporre lo stesso in clausole che, dal punto di vista strutturale, sembrano identiche, ma che di fatto rivestono una portata ed un rilievo diversi, potendo distinguersi tra di loro in base ad una differente *funzione*⁴⁶. Nel *discrimen* l'elemento centrale è infatti rappresentato dal criterio causalistico, discorrendosi di *clausole principali* qualora le stesse – quanto ai contratti nominati – siano individuate dalla medesima definizione normativa che qualifica i contratti tipici e ne disciplina la funzione economico-sociale loro propria e – con riguardo a quelli inominati – nell'ipotesi in cui esse esprimano lo scopo sociale che li caratterizza⁴⁷. D'altra parte se si guarda al rapporto non fra clausola e negozio in cui la prima è inserita ma fra tutte le clausole del medesimo, la distinzione tra *principali* ed *accessorie*, diviene, in effetti, decisiva al fine di indicare l'importanza obiettiva di una pattuizione nel quadro dell'assetto complessivo dato dal contratto⁴⁸.

Nel caso che ci occupa, tra l'altro, che la clausola *salvo buon fine* possa definirsi principale può inoltre evincersi dalla circostanza che, se la stessa venisse meno, lo sconto bancario non sarebbe più in grado di realizzare quello scopo che le parti avevano inteso perseguire volendo porre in essere il contratto-tipo di cui all'art. 1858 c.c. A tal proposito, possono, in effetti, definirsi secondarie solo quelle clausole che, se rimosse, non eliminano la capacità strutturale della restante parte del

se condotta seguendo un criterio oggettivo, valutando se il contratto fosse ancora utile per realizzare i fini con esso perseguiti.

⁴⁶ Così M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 130. Anche a giudizio di G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 273 e 274, le clausole secondarie traevano origine dagli elementi accidentali che si innestavano sulla struttura del contratto formata da quelli essenziali.

⁴⁷ Così M. CASELLA, *op. cit.*, 23, che aggiungeva altresì come fosse definibile principale la clausola precetto quando il contratto fosse costituito solo da quella. Conf. M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 151 e 152, per il quale quest'ultimo era solitamente formato da una sola clausola principale, non potendo sussistere più clausole tutte indispensabili per il suo perfezionamento se non in presenza di molteplici atti tra di loro collegati. In argomento, ha ritenuto invero esatto l'assunto secondo cui il contratto è formato da una sola clausola principale esclusivamente in presenza di negozi con prestazioni a carico di una sola parte, osservando invece che in tutti gli altri casi, data l'esistenza di reciproche prestazioni, il contenuto dell'accordo, per quanto ridotto al minimo, consta sempre di almeno due clausole G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, 221; nonché IDEM, *Clausola contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, cit., 243 e 244; e già IDEM, *Studi preliminari*, cit., 1244 e 1245.

Aveva ritenuto di non condividere detta rilevanza principale degli schemi previsti dalla legge – immediata per valutare le clausole di contratti tipici e gradata, stante l'assenza di una definizione legislativa, per quella relativa ai negozi atipici – reputando piuttosto indispensabile accertare se l'elemento fosse essenziale per realizzare il concreto assetto di interessi perseguito dall'atto, A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 208.

⁴⁸ Merita, tuttavia, di essere segnalato come sul punto M. FRAGALI, *op. cit.*, 318 in nt. 24 e 321, avesse ritenuto inequivoca la sola qualifica accessoria del patto, intendendo con essa fare riferimento a quelle convenzioni che erano poste fuori dall'effetto causale scaturente dal negozio e che invece servivano in via complementare all'interesse cui quest'ultimo dava assetto, «collegandosi agli effetti propri di tal negozio e presupponendolo, non mai regolando o concorrendo a regolarli», trattandosi spesso di clausole volte a rafforzare l'aspettativa di attuazione dell'obbligazione nascente dal contratto.

contratto di perseguire il suo obiettivo, proprio perché inidonee a causare l'invalidità dell'atto negoziale⁴⁹. È ben vero che senza la garanzia indennitaria rilasciata dallo scontatario la cessione del credito sarebbe in astratto ugualmente idonea a produrre, all'interno di un'operazione bancaria, la sua funzione di liquidità, ma ciò non corrisponderebbe al modello di programma negoziale voluto dallo scontatore e più in generale dal legislatore. Se le parti si sono indirizzate nello stipulare uno sconto bancario, la clausola *salvo buon fine* diventa essa stessa una vicenda giuridica irrinunciabile, specie per lo scontatore. Rispetto ad un contratto tipico, quale è per l'appunto lo sconto bancario, infatti, si può ritenere essenziale quella clausola che identifica l'oggetto dell'accordo⁵⁰. Né è possibile, nel caso che ci occupa, ipotizzare che si tratti di una clausola aggiunta alla cessione del credito, ancillare a quest'ultima, rientrando in sostanza in quelle che una parte della dottrina ha definito *clausole accidentali tipiche*, e, più precisamente, *accidentali* in relazione alla struttura del negozio-tipo, ma essenziali se riferite al contratto in concreto stipulato⁵¹. Nella fattispecie in esame, se le parti hanno ritenuto di disciplinare diversamente la cessione del credito non si può che fuoriuscire dallo sconto bancario, né una simile clausola può essere ricavata dall'interpretazione del negozio voluto dalle stesse, perché delle due l'una: o la medesima è stata inserita nel testo contrattuale e conseguentemente nel regolamento, e allora si può parlare di sconto, o non è stata recepita, e per questo motivo la fattispecie esula dal contratto disciplinato dall'art. 1858 c.c.⁵².

⁴⁹ Del tutto condivisibili sono in questo senso le considerazioni di G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, cit., 218 e 236; nonché IDEM, *Clausola contrattuale*, cit., 243 e 244, che ha sottolineato come detta valutazione dovesse dunque compiersi in modo oggettivo, valeva a dire guardando alla struttura del negozio e non alla volontà delle parti. In senso critico rispetto a quest'ultimo assunto v. però A. GENTILI, *op. cit.*, 140, il quale, con riguardo ai contratti atipici, ha reputato arduo distinguere fra clausole principali e secondarie senza fare alcun riferimento all'esito che i contraenti si prefiggevano di realizzare con la stipula negoziale.

⁵⁰ In questa direzione si rinvia agli approfondimenti monografici di G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, cit., 220.

⁵¹ V. C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, 186. In argomento cfr. pure F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., 367 e 368. A giudizio dell'Autore la distinzione fra clausole principali e secondarie di un contratto non si basava sulla classificazione fra elementi del medesimo in essenziali, naturali ed accidentali, poiché anche questi ultimi, una volta introdotti nel negozio, avrebbero acquistato la stessa importanza degli altri. Tale tesi era successivamente richiamata e fatta propria da M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 146.

Che anche gli elementi accessori, una volta inseriti nel contratto, divenissero indispensabili è affermazione sostenuta pure da E. BETTI, *op. cit.*, 503; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1973, 168, che evidenziava come il concetto di *accessorietà* indicasse solo che per la validità del negozio la loro presenza non era in astratto indispensabile anche se lo diventava quando entravano a far parte del contenuto effettivo del contratto. Negli stessi termini metteva in evidenza come l'accidentalità di detti elementi andasse riferita al negozio tipico mentre l'essenzialità a quello specificamente concluso in una data circostanza F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1981 (ristampa edizione 1966), 193.

⁵² Su questi temi si rinvia più diffusamente alle considerazioni svolte *infra*, § 8.

§ II.5. - La mancata autonomia della clausola salvo buon fine

L'essere giunti ad individuare nel contenuto dell'espressione *salvo buon fine* un'unità elementare del regolamento contrattuale non è di per sé sufficiente a comprendere se sia o meno configurabile un negozio indipendente, espressivo della regola dell'indennizzo in ipotesi di mancato adempimento del debitore ceduto. Il piano sul quale è necessario porre ora l'attenzione è rappresentato dall'esigenza di capire se una simile pattuizione costituisca una clausola della cessione del credito ovvero se la stessa si identifichi in un contratto del tutto autonomo sebbene collegato al negozio traslativo. Più in particolare la domanda a cui occorre dare risposta è se l'inciso *salvo buon fine* integri, secondo la tradizionale distinzione di matrice dottrinale, una *clausola-negozio*, definita anche *clausola autosufficiente* o *clausola-contratto*, idonea a sopravvivere al di fuori della cessione del credito, in quanto dotata di vita propria rispetto al più ampio regolamento contrattuale in cui è inserita - sul presupposto che la manifestazione di volontà dei privati, tesa a dare forma ad un loro concreto interesse, sfoci in una fattispecie completa di tutti gli elementi necessari alla produzione degli effetti determinati dall'ordinamento - o una *clausola-parte*, denominata anche *clausola non autosufficiente*, che, quale frammento della disciplina negoziale, potrebbe concepirsi solo all'interno del negozio in cui è collocata⁵³. Propendere per una soluzione piuttosto che per l'altra non è, ai fini della vicenda che si sta approfondendo, del tutto irrilevante. In effetti, qualora il *salvo buon fine* si elevasse ad autonomo accordo ci si dovrebbe interrogare, per quanto interessa ai fini dell'indagine intrapresa, a quale schema giuridico esso potrebbe essere assimilato; diversamente, nel caso in cui il medesimo costituisse una pattuizione all'interno del negozio di trasferimento del credito, lo stesso dovrebbe essere analizzato congiuntamente alle prestazioni ed agli effetti di quest'ultimo al fine di comprendere come lo schema causale della cessione, volto a creare la liquidità di cui abbisogna lo scontata-

⁵³ Sulla generale distinzione fra clausola facente parte di un più ampio contratto e clausola autosufficiente si sono espressi diversi studiosi, fra i quali M. FRAGALI, *op. cit.*, 313; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964, 252, sebbene quest'ultimo avesse posto la questione in termini soprattutto di difficoltà ad individuare in modo netto il *discrimen* tra la clausola «come frammento di un'individua normativa negoziale» e quella che assumeva «autonomia di negozio»; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1972, 176, che affermava l'esistenza di una *clausola-negozio* laddove una manifestazione di volontà, volta a realizzare un concreto interesse delle parti, mostrasse i tratti di una fattispecie dotata di tutti gli elementi necessari per produrre gli effetti predisposti dall'ordinamento, parlandosi di contro di *clausola-parte* per indicare una porzione articolata del contratto. La suddetta differenza ricordata dalla dottrina poc' anzi citata si rinveniva implicitamente anche in M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte II)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 483 ss. Più di recente la distinzione sopra proposta è ripresa e sviluppata anche da V. ROPPO, *op. cit.*, 433.

rio, venga ad essere arricchito dalla nuova disciplina contenuta nella clausola stessa, ed in particolare se essa venga a modificarsi per effetto di detta integrazione.

Va innanzitutto osservato che, se da un lato, sotto il profilo logico prima ancora che giuridico, risulterebbe alquanto difficile ammettere la sussistenza, con riguardo al *salvo buon fine*, di una *clausola-negozio* dal momento che la previsione della prestazione in essa contenuta è per vero già individuata dalla legge all'interno di un negozio tipico, dall'altro è altrettanto indiscutibile come un simile argomento potrebbe essere agevolmente sconfessato tanto dalla circostanza che anche nello sconto bancario il legislatore prevede all'interno di un contratto tipico un ulteriore contratto - quello di cessione del credito - quale prestazione sinallagmatica dello scontatario, quanto più in generale dal fatto che non esistono difficoltà concettuali a ricondurre la clausola autosufficiente ai casi di collegamento negoziale tra più atti negoziali contenuti all'interno dello stesso documento⁵⁴.

Ciò premesso è noto come di *clausola autosufficiente* si discorra nel caso in cui la stessa riesca a definire obblighi separati e autonomi rispetto al contratto in cui è inserita⁵⁵. Si è soliti affermare quindi che ci si trova dinanzi a *clausole-contratto* in presenza di una serie di patti volti a disciplinare un certo rapporto la cui caratteristica si ravvisa nella funzione che solo alcuni degli stessi rivestono, vale a dire di regolare in modo autonomo dagli altri una determinata situazione, cosa che si sarebbe potuta realizzare anche ponendo in essere accordi separati, ma che invece si è voluta creare contestualmente⁵⁶. Tuttavia, se si tiene in considerazione la ricostruzione che la letteratura civilistica ha dato della *clausola non autosufficiente* l'impressione che si ricava parrebbe, invece, consentire un inquadramento della vicenda in esame quale *clausola-parte*, espressiva di una singola pattuizione di un più ampio contratto che di per sé non esaurisce l'accordo tra i contraenti⁵⁷. Ad esclusione della *clausola-negozio*, ciascuna pattuizione è, infatti, una *articolazione* del contratto⁵⁸. Ciò è quanto si riscontra anche in relazione al *salvo buon fine*. A favore di una simile conclusione è possibile addurre una serie di considerazioni. Innanzitutto è ben vero che nulla osta a che un atto negoziale sia formato, al pari del caso di specie, da un'u-

⁵⁴ In questi ultimi termini v. G. SICCHIERO, *Clausola contrattuale*, cit., 247.

⁵⁵ Così, con riferimento allo specifico tema della mancata sopravvivenza alle cause di nullità del negozio in cui era inserita la clausola arbitrale per compromesso irrituale a differenza di quella per arbitrato rituale, Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Arbitrato*, n. 61, 162, il cui pensiero è stato poi ripreso in termini più generali da G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, 246.

⁵⁶ In luogo di molti cfr. G. SICCHIERO, *op. et loc. ult. cit.*

⁵⁷ Analogamente a quanto vorrebbe la tradizionale ricostruzione della nozione di *contratto* in termini di polisemie e sinonimie. Sull'argomento si rinvia a V. ROPPO, *op. cit.*, 21.

⁵⁸ V. M. FRAGALI, *op. cit.*, 314.

nica clausola⁵⁹, ma se si volesse tentare in astratto di giustificare detto accordo quale *clausola-negozio* si dovrebbe nondimeno ammettere che una siffatta categoria presupporrebbe la sussistenza di una ragione giustificatrice propria e non di quella comune all'unità negoziale nella quale essa stessa fosse inserita. A tal proposito, infatti, la prevalente dottrina è solita fondare la distinzione tra *clausola-parte* e *clausola-negozio* proprio sulla base del criterio della causa, coincidente con quella del negozio a cui appartiene nella prima fattispecie, del tutto autonoma nella seconda⁶⁰ anche se non mancano opinioni divergenti che han-

⁵⁹ Ammetteva infatti che si potesse parlare di *clausola-negozio* anche laddove il contratto fosse costituito da una sola clausola, in assenza di pattuizioni secondarie, M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte I)*, cit., 154.

⁶⁰ Già parecchi lustri or sono G. OPPO, *Contratti parasociali*, Milano, Vallardi, 1942, 37, aveva ritenuto che la questione volta a interrogarsi se si fosse in presenza di un unico contratto tipico con clausole atipiche o di più negozi poteva essere risolta attraverso diversi parametri, tra i quali, ad esempio, la causa, affermando che si era dinanzi ad un contratto unico dotato di clausole se gli elementi estranei allo schema della fattispecie tipica potevano entrare a far parte della funzione del negozio tipico. In termini sostanzialmente conf. v. V. PANUCCIO, *Cessione di locazione e clausola di garanzia*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, 1020, il quale aveva proposto il criterio distintivo secondo il quale si sarebbe trattato di dichiarazione accessoria nel caso in cui le parti avessero voluto «solo arricchire, ridurre, specificare, determinare la sfera di efficacia del tipo negoziale», entro i limiti dello schema tipico del negozio; ci si sarebbe invece trovati davanti ad un negozio autonomo, collegato o indipendente, qualora le stesse avessero predisposto un effetto diverso oppure avessero oltrepassato quei confini. A non dissimili conclusioni era giunto aderendo al criterio della causa al fine di concludere per l'unità o per la pluralità di negozi pure L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1947, 305 e 306. Anche S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in IDEM, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, 267 ss., nel riflettere sulla circostanza se si potesse individuare un negozio autonomo con causa fiduciaria, aveva in realtà affermato che la funzione era «l'indice d'identificazione del negozio», dovendo questa essere considerata l'elemento di individuazione dei singoli tipi negoziali. Aveva inoltre osservato come la causa divenisse fondamentale per verificare se una clausola fosse parte di un contratto o se desse invece luogo ad un negozio a sé stante M. FRAGALI, *op. cit.*, 313. Del tutto in linea con la prevalente dottrina era pure l'opinione di altri Autori. V., al riguardo, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1959, 185, per il quale la *clausola-negozio* rappresentava uno specifico negozio autonomo, in quanto caratterizzata da una funzione propria, e di contro la *clausola-parte* si inquadrava invece nell'unità negoziale, sotto il profilo della medesima causa dell'atto cui accedeva; E. BETTI, *op. cit.*, 305, secondo il quale si aveva un negozio unitario, formato da più dichiarazioni fra loro complementari, quando queste ultime riunite nell'unico negozio, ancorché produttive di conseguenze giuridiche a sé stanti, mantenevano carattere secondario, preliminare o preparatorio, purché gli effetti che naturalmente scaturivano dal negozio stesso fossero ricollegati solo al complesso delle dichiarazioni riunite; nonché M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte II)*, cit., 483, che ricordava come una clausola assumesse le sembianze di una *clausola-negozio* qualora, ancorché inserita in un contesto più ampio, presentasse oltre che una causa anche un'individualità propria. Che l'autonomia funzionale della clausola costituisse un requisito indispensabile per affermare l'autosufficienza della pattuizione è stata affermazione espressa altresì in epoca meno risalente da S. POLI, *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 39 e 44, il quale ha sostenuto che la valutazione dell'autonomia di un patto dal contratto in cui era inserito avrebbe dovuto determinarsi in ragione di «una indipendenza funzionale del [prim]o dal negozio contenitore» da valutare alla stregua di criteri che avrebbero dovuto concentrarsi «sul contratto e sull'assetto di interessi che in esso le parti [avevano] obbiettizzato», alla luce del comportamento dei contraenti e del principio di buona fede e correttezza. Anche G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, 247, ha rimarcato come la *clausola-negozio* risultasse compiuta a tal punto da presentare una fisionomia analoga a quella che l'art. 1325 c.c. disponeva affinché si potesse parlare di completezza dello schema negoziale.

no nel tempo declassato il rilievo del criterio della funzione quale indice distintivo o, quanto meno, non l'hanno esplicitamente richiamato ai fini del suddetto *discrimen*⁶¹. D'altra parte quando una clausola si caratterizza non solo per un contenuto precettivo, e pertanto per la sussistenza di un oggetto, ma anche per un fondamento proprio, è pacifico che rispetto ai requisiti del contratto di cui all'art. 1325 c.c. – essendo la forma prescritta dalla legge a pena di nullità e l'accordo insito nella volontà tra le parti – nessun elemento potrà dirsi carente.

Ora, raccogliendo i preziosi insegnamenti della più attenta letteratura in argomento, è alquanto evidente come la funzione della pattuizione in esame non sia indipendente rispetto a quella della cessione. La medesima resta infatti quella di creare liquidità anche se l'inciso *salvo buon fine* prevede l'obbligo di un indennizzo da parte dello scontatario qualora si verifichi il mancato adempimento del debitore ceduto. Tale prestazione ha, in effetti, lo scopo di garantire lo scontatore riducendo il rischio dell'operazione nel suo complesso ma non certo la forza di trasformare il contratto di cessione a causa di liquidità in un negozio misto che tenga conto della funzione assicurativa dell'inciso *salvo buon fine*. Il trasferimento del credito, che contiene in sé una siffatta clausola, quale negozio autonomo all'interno dello sconto, non si fonde con detta previsione indennitaria dando vita ad un'unica fattispecie negoziale mista caratterizzata da più prestazioni contraddistinte da cause diverse, vale a dire la funzione di liquidità, da un lato, e quella di garanzia, dall'altro. D'altronde la costruzione dottrinale del negozio misto non può mai conciliarsi con un contratto tipico, qual è per l'appunto lo sconto bancario, essendo stata una simile elaborazione creata per lo più al fine di definire i contratti atipici e per erigere attorno a questi una disciplina giu-

Conf. sul fatto che l'atto fosse unitario quando unica fosse stata la causa v., altresì, Cass., 20 settembre 1950, n. 2550, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, 593 ss., secondo la quale si sarebbe trattato di un solo negozio e non di una somma di contratti quando la connessione degli elementi dei diversi schemi negoziali si fosse fondata su una causa unica in conseguenza della quale le varie prestazioni fossero risultate preordinate tutte al raggiungimento dello stesso intento contrattuale oltre che, già in epoca ancor più risalente, App. Torino, 13 giugno 1947, con nota di V. PANUCCIO, *Cessione di locazione e clausola di garanzia*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, 1015 ss., nella cui pronuncia si evinceva che un negozio dotato di tutti gli elementi costitutivi di un tipo espressamente disciplinato dalla legge non avrebbe potuto perdere la propria natura nemmeno se avesse contenuto elementi particolari o clausole che, in quanto secondarie, non fossero state in grado di incidere «sulla [sua] vera essenza».

⁶¹ V. V. ROPPO, *op. cit.*, 433; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, Cedam, 1999, 229 ss. ed in particolare 238; aveva altresì criticato il riferimento alla nozione di *causa* al fine di distinguere tra clausole autosufficienti e non autosufficienti N. LIPARI, *op. cit.*, 252, 253, 257 e 258. La svalutazione del criterio della ragione giustificatrice pareva desumersi anche in A. CANDIAN, *Illiceità della causa e ordine pubblico nelle clausole di esclusiva dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *IDEM, Saggi di diritto*, II, Padova, Cedam, 1935, 106. Pure F. MESSINEO, *op. et loc. ult. cit.*, sembrava giungere ad un ridimensionamento della portata della causa, parlando di «clausola-negozio» quando una manifestazione di volontà dell'autonomia privata presentasse i tratti di una fattispecie completa di tutti gli elementi necessari per produrre gli effetti previsti dall'ordinamento.

ridica che in realtà i negozi tipici già hanno. Al riguardo non bisogna, infatti, confondere il piano su cui si innesta la ragione giustificatrice del contratto traslativo – *id est* la creazione di liquidità – dagli obblighi insiti in fatti aggiuntivi e modificativi della generale vicenda di trasferimento del credito, qual è la previsione di un indennizzo che arricchisce l'unico negozio esistente di cessione del credito. Introdurre, come ha fatto il legislatore all'art. 1858 c.c., un patto ulteriore – il *salvo buon fine* – significa integrare lo schema causale del contratto di cessione senza alterarlo in modo sostanziale, ovvero plasmare il medesimo nei limiti della struttura del tipo contrattuale e della disciplina imperativa che ne regola gli effetti propri. L'inciso in esame diviene quindi un elemento fondante con cui la cessione del credito crea liquidità. Se esso non ci fosse lo scontatario non riuscirebbe ad ottenere quella disponibilità monetaria per lui indispensabile, corrispondendo l'indennizzo alla necessità di assicurare allo scontatore una garanzia in termini di incasso del credito che di per sé risulta decisiva ai fini dell'erogazione dell'anticipazione del credito stesso da parte di quest'ultimo. Tra l'altro, quando la manifestazione di volontà costituisce, analogamente alla fattispecie in esame, solo un patto aggiuntivo di un unico negozio – poiché in questo caso detta integrazione si inserisce nell'atto già esistente e lo modifica nei limiti di quelle parti per le quali è contenuta una nuova disciplina – si esula non solo dalla sussistenza di una *clausola-contratto* ma anche dal tema del collegamento negoziale⁶².

In definitiva, quindi, la clausola *salvo buon fine* si innesta sulla disciplina della cessione del credito di cui all'art. 1267 c.c. sostituendo al principio generale secondo cui il cedente non risponde della solvenza del debitore ceduto la regola in forza della quale il cessionario ha titolo di pretendere una somma di denaro quale reintegrazione del mancato incasso del credito a scadenza, senza che ciò configuri il proposito delle parti di voler dar corso ad un autonomo contratto dalla funzione di garanzia. Molto più semplicemente è la legge che prevede un obbligo di indennizzo da parte dello scontatario al verificarsi dell'inadempimento del debitore ceduto e non la volontà dei contraenti. Il che significa che la cessione del credito si arricchisce di una prestazione di garanzia senza la quale il negozio di sconto non sarebbe idoneo a realizzare quella liquidità voluta dalle parti. In altri termini, il legislatore interviene sulla struttura del negozio-tipo affiancando allo schema del trasferimento del credito quella che si suole definire una *prestazione di garanzia*⁶³. Tra l'altro poiché nella causa in concreto occorre far riferimento al contesto voluto e programmato dalle parti ovvero alle finalità ed agli interes-

⁶² Come sostenuto da N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 363.

⁶³ Per un approfondimento su tale concetto v. *infra*, cap. III.

si oggetto della volontà dei contraenti⁶⁴, non pare potersi dubitare che nella fattispecie in esame ci si trovi di fronte ad una *clausola-parte*, anche per l'ulteriore considerazione che sembra alquanto indiscusso che i contraenti nell'adottare lo schema civilistico imposto dall'art. 1858 c.c. hanno inteso limitare la loro volontà a far sì che lo scontatario venga dotato di una specifica pattuizione per introdurre uno strumento volto ad indennizzare lo scontatore in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto. Detto diversamente, se non vi fosse una cessione del credito una simile clausola non potrebbe regolare alcunché e, conseguentemente, non sopravviverebbe al di fuori del regolamento contrattuale in cui fosse inserita. D'altra parte, anche laddove la letteratura ha individuato una clausola dotata di autonomia contrattuale, lo ha per vero fatto pressoché esclusivamente con riferimento a singole ipotesi disciplinate dal Codice civile quali la clausola penale⁶⁵, quella compromissoria⁶⁶ e il pat-

⁶⁴ Cfr., sull'argomento, V. ROPPO, *op. cit.*, 344.

⁶⁵ A tal proposito V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954, 21 ss., sul presupposto che si parlasse di *clausola-contratto* ogniqualvolta la pattuizione fosse dotata di un'autonomia causa, era giunto ad affermare l'autosufficienza della clausola penale, in quanto negozio contraddistinto da una causa propria, aspirando con essa i contraenti a conseguire un obiettivo diverso da quello del contratto al quale si accostava. La possibilità di individuare una precisa funzione giuridica della penale, ossia uno scopo pratico a sé stante, aveva poi consentito a A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 189 e 190, di ritenere la stessa un negozio autonomo. Neppure A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, Jovene, 1984, 68 ss., mancava di optare per l'indipendenza dello schema negoziale della clausola penale collocando lo stesso su un piano differente dal rapporto che si instaurava tra il medesimo ed il contratto a cui accedeva. Conf. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1991, 211, il quale ha inoltre concluso affermando che quanto veniva denominato clausola penale costituiva in realtà un negozio autonomo, dotato di un proprio schema causale di carattere cauzionario.

⁶⁶ Sul tema F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 327 ss., già parecchi decenni fa, aveva escluso che la stessa costituisse una vera e propria clausola - ossia una parte della convenzione o del contratto che di questo seguisse le sorti - affermando come essa rappresentasse «una convenzione, che si costitui[va] contemporaneamente a un'altra, o, per meglio dire, nella occasione di questa», al fine di evidenziare il nesso logico e storico che legava la seconda alla prima e non per designare l'una come parte e l'altra quale intero, potendo determinarsi la distinzione fra clausola e contratto sotto il profilo sia della funzione che della struttura. Anche per C. GRASSETTI, *op. ult. cit.*, 185, la «clausola compromissoria» costituiva esempio di *clausola-negozio*, avendo essa una individualità ed una causa del tutto proprie. A non diverse conclusioni giungeva pure M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 441, sostenendo che i rapporti nascenti dal contratto e dalla clausola arbitrale ad esso apposta erano diversi e dunque due erano i negozi idonei a costituirli. In argomento cfr. inoltre P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 23, a parere del quale la clausola compromissoria, proprio in quanto la legge stessa ammetteva che potesse sostanziarsi sotto forma di atto formalmente e temporalmente distinto dal contratto cui accedeva, costituiva una clausola a sé stante rispetto a quest'ultimo, pur legata ad esso da un vincolo di accessorietà; nonché N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 654, che ha rammentato come caratteri essenziali della clausola in commento, compatibili fra di essi in quanto operanti su piani diversi, fossero l'autonomia, intesa quale «isolamento normativo», e l'accessorietà che esprimeva il vincolo della stessa con un dato negozio.

Sul tema v., anche, Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, cit., dalla quale si desumeva l'autosufficienza della clausola per arbitrato rituale, che sopravviveva alle sorti del contratto cui accedeva qualora quest'ultimo venisse colpito da una causa di invalidità.

to di non concorrenza⁶⁷; fattispecie queste che, tuttavia, esulano dal caso che ci occupa.

In conclusione, sul piano ricostruttivo, tenendo conto di tutte le osservazioni sinora formulate, è corretto ritenere che il *salvo buon fine* integri una convenzione accessoria e non costitutiva di una fattispecie negoziale autonoma e distinta. La cessione del credito di cui allo sconto bancario si profila, quindi, come un negozio unitario che consta tuttavia di più clausole complementari, tra cui per l'appunto quella relativa all'inciso in esame, la quale è elemento che ricorre sempre nella figura del contratto-tipo in oggetto. Mentre, ad esempio, la clausola che prevede la riserva di proprietà nella compravendita o ancora il patto di corresponsione degli interessi nel mutuo non identificano elementi essenziali imprescindibili per la validità e la sussistenza del negozio – tant'è che in loro assenza, rispettivamente, la compravendita determinerà l'immediato trasferimento della proprietà ed il mutuo non sarà feneratizio ma gratuito – quella relativa al *salvo buon fine* è invece fondamentale al fine di individuare la sussistenza di un contratto di sconto bancario. Senza la stessa viene infatti meno la configurabilità del negozio tipico. In altri termini, la previsione dettata dall'art. 1858 c.c. non si presta ad essere di supporto per un certo numero di negozi eterogenei tra di loro quanto alla tipologia come, ad esempio, la clausola risolutiva espressa ovvero la penale, ma ha attitudine a servire il solo contratto di sconto e – qualora si ritenga l'espressione *salvo incasso* di cui all'art. 1829 c.c. del tutto identica – anche quello di conto corrente. L'assunto appare ora pacifico: la pattuizione in esame non ha carattere di generalità per tutti i contratti configurati dal Codice civile ma di particolarità per il solo negozio tipico in cui essa è stata prevista e disciplinata e come tale dovrà essere presa in considerazione nel prosieguo dell'indagine intrapresa.

§ II.6. – Interpretazione, qualificazione ed integrazione del regolamento contrattuale di sconto: il ruolo dell'espressione salvo buon fine

Nell'ambito delle considerazioni fin qui intraprese, ci si deve per completezza interrogare se sia possibile integrare il regolamento negoziale qualora, sussistendo in astratto tutti gli altri elementi indetificativi dello sconto bancario, le parti abbiano omesso di trasfondere nel testo contrattuale la specificazione che la cessione del credito deve avvenire *salvo buon fine* ovvero se diversamente la mancanza di quest'ultimo connotato sia in realtà già di per se stessa espressiva della volontà

⁶⁷ Il rinvio è a G. SICCHIERO, *Studi preliminari*, cit., 1253.

di escludere che le medesime abbiano inteso stipulare il negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c. In altri termini vi è da chiedersi se una sua assenza nel regolamento contrattuale determini la possibilità di un inserimento d'autorità, essendo lecito domandarsi fino a che punto sarebbe possibile parlare di contratto di sconto se non si riscontrasse la clausola *salvo buon fine*.

L'interrogativo ha una propria ragion d'essere in quanto, in via generale, non è inverosimile che tanto il testo contrattuale quanto il successivo regolamento, che dal precedente trae origine, possano nella prassi operativa presentarsi lacunosi a dispetto delle prescrizioni dettate in materia dalla legge. D'altra parte, in termini più generali, è stato sostenuto come la circostanza per cui i contraenti non menzionino con terminologia tecnica determinate clausole non escluda che i medesimi abbiano comunque voluto creare, modificare o estinguere effetti giuridici propri di quel particolare contratto, dovendosi comprendere la direzione verso cui si rivolge la volontà effettiva delle parti tenendo anche in considerazione il linguaggio empirico in concreto utilizzato⁶⁸. Del pari corre, infatti, l'obbligo di ricordare come il contratto vincoli le stesse non solo in relazione a quanto è stato in esso convenzionalmente espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivino secondo la legge e, in mancanza, gli usi e l'equità⁶⁹. Il suo contenuto è, tra l'altro, atto di autonomia privata: esso costituisce l'autoregolamento fissato dai contraenti - vale a dire la *lex contractus* - e va tenuto distinto dalla disciplina legale che concorre ad integrare il rapporto negoziale⁷⁰. Sul tema si insegna comunemente che il contenuto del negozio si identifica con ciò che le parti stabiliscono riguardo ai risultati materiali e agli effetti giuridici⁷¹. In forza di quanto detto va, pertanto, mantenuta ferma la distinzione fra contenuto ed effetti del contratto, posto che il primo «attiene al mondo del fatto», ossia costituisce un fenomeno che esisterebbe anche qualora l'ordinamento giuridico smettesse di riconoscere quell'accordo come tale, quando invero i secondi sono una realtà giuridica⁷². Questi ultimi possono infatti essere più o meno diversi rispetto a quanto si evince dall'accordo dei contraenti essendo tale differenza determinata da innumerevoli fattori tra i quali la presenza di regole fissate dalla legge per l'interpretazione, la qualificazione

⁶⁸ In questa prospettiva C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 319, ha specificato che sui contraenti, che fossero intenzionati ad esprimere il proprio intento, non gravava in realtà l'onere di conoscere ed utilizzare espressioni tecnico-giuridiche.

⁶⁹ Così F. GAZZONI, *op. cit.*, 785, che osserva come spesso il contratto sia frutto dell'intervento normativo.

⁷⁰ In questo senso v. le giuste osservazioni di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 316.

⁷¹ Il rinvio è di nuovo a C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 317.

⁷² Illuminante è stata al riguardo la riflessione di Rodolfo Sacco in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 1993, 21, dove si rinviene la citazione testuale.

del negozio e le conseguenze che *ex lege* discendono da esso⁷³. Peraltro, sull'argomento, la dottrina non ha mancato di osservare come, allorquando il contratto si appalesa deficitario in relazione a determinati precetti previsti dalla legge, l'intero regolamento contrattuale viene ad essere destinatario di una integrazione da parte di fonti eteronome, ossia diverse dall'intento dei contraenti⁷⁴. L'integrazione legale interviene sul rapporto contrattuale, vale a dire sulla relazione che nasce dalla volontà congiunta delle parti, evitando in tal modo di creare una confusione tra il contratto e le sue fonti normative⁷⁵. In base a questa distinzione, ossia tra contenuto del contratto, da un lato, e determinazioni integrative, dall'altro, si evince che solo le disposizioni derivanti direttamente dal negozio sono sottoposte all'interpretazione, e che solo al contenuto di quest'ultimo si deve far riferimento per qualificare il medesimo, ossia per accertare l'interesse pratico e la natura giuridica dell'operazione creata dalle parti⁷⁶.

Ciò premesso, sul presupposto che anche nell'articolato meccanismo di sconto le regole che disciplinano il contenuto e gli effetti del contratto possano rivelarsi incomplete fin dalla loro riproduzione nel testo, è d'obbligo porsi il dubbio, di cui si è accennato in apertura del presente paragrafo, se nell'ipotesi in cui una siffatta situazione dovesse riguardare la mancata previsione dell'inciso *salvo buon fine*, il regolamento contrattuale possa comunque venire integrato e completato dalla disciplina dettata dall'art. 1858 c.c. Sennonché, una corretta impostazione della questione non può, nel caso di specie, prescindere dal necessario riscontro che le parti abbiano voluto effettivamente disciplinare, attraverso il concreto assetto regolamentare posto in essere, un contratto di sconto nei termini di cui all'art. 1858 c.c. In effetti, una volta interpretato l'accordo, ossia messo in luce l'esatto significato dei segni con cui i contraenti hanno esternato la propria volontà negoziale, è

⁷³ La questione in esame è stata approfondita da R. SACCO, *op. ult. cit.*, 22. Per l'Autore il concetto di *effetto* corrispondeva, infatti, all'insieme delle vicende dei diritti e degli obblighi che erano conseguenza della stipula del contratto, potendo peraltro il primo estendersi a ciò che costituiva l'oggetto di una fattispecie più ampia comprensiva dell'accordo o di una *condicio iuris*.

⁷⁴ V., in proposito, V. ROPPO, *op. cit.*, 435 e 436. Pure F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 131, ha affermato che il regolamento contrattuale era formato dalle determinazioni dei singoli, che si sostanziano in una pluralità di clausole, nonché da eventuali previsioni di fonti estranee all'accordo di essi.

⁷⁵ Come ha notato correttamente C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 316. Per di più l'integrazione del regolamento contrattuale era sempre successiva all'interpretazione dell'accordo, al pari di quanto affermato da M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1999, 54.

⁷⁶ In tale ottica, dalle parole di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 316 e 454, è emerso come l'opera di qualificazione del contratto facesse riferimento alla causa concreta, in quanto prima occorreva accertare l'interesse che il negozio era diretto a realizzare e solo in un secondo momento sarebbe stato possibile confrontare quest'ultimo con i modelli e i criteri di classificazione contrattuale.

evidente che il giurista deve procedere alla *qualificazione*, ossia stabilire se esso appartiene ad un tipo legale, piuttosto che ad un altro, ovvero a nessuno, e solo in un secondo momento si dovrà porre il problema di una eventuale *integrazione* del medesimo⁷⁷. Dinanzi ad un contratto specifico, qual è quello di sconto bancario, comprendere le conseguenze effettuali che da esso discendono è quindi possibile accertando innanzitutto il significato oggettivo del testo, in seguito quello legale del medesimo, attraverso l'interpretazione, ed infine aggiungendo, se del caso, elementi mediante l'integrazione⁷⁸. In altri termini, qualificare l'atto negoziale vuol dire individuare le norme che concorrono a determinare il regolamento dello stesso e, solo ove l'accordo delle parti non indichi un aspetto del tipo contrattuale identificato come effettivamente voluto dalle medesime, il regolamento stesso può essere integrato dalla disciplina legale appartenente a quel tipo⁷⁹. In definitiva, quindi, è esclusivamente dopo aver ricercato l'intenzione dei contraenti tramite le regole sull'interpretazione, tese ad evidenziare il concreto fine che gli stessi si proponevano di perseguire concludendo il contratto, che può valutarsi se quest'ultimo sia *sussumibile* nella fattispecie dello sconto bancario.

Nel fare ciò, tuttavia, l'idea che si ricava è quella che il *salvo buon fine* giochi un ruolo decisivo e centrale nell'individuare l'intenzione di porre in essere il negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c., trattandosi di clausola irrinunciabile se si vuole che l'accordo possa essere inquadrato quale sconto. D'altra parte non è assolutamente rilevante la formale denominazione data al rapporto dalle parti essendo frequente nella prassi bancaria l'uso improprio del termine sconto. La qualificazione, da condurre in termini strettamente oggettivi, si realizza, infatti, attraverso un confronto fra l'operazione concreta posta in essere dai privati ed il tipo astratto coniato dalla legge; tale attività il più delle volte presuppone che si sia già conclusa la fase dell'interpretazione, con la quale viene messa in luce in modo chiaro la volontà dei contraenti⁸⁰, anche se nulla esclude che una simile sequenza possa talvolta presentarsi in forma circolare e non rettilinea, laddove interpretazione e qualificazione si intrecciano tra di loro influenzandosi a vicenda⁸¹. Vero è, infatti, che anche nel caso che ci occupa, nulla esclude che la qualificazione possa precedere l'interpretazione allorquando è dato cogliere che il

⁷⁷ L'assunto è pacifico: in luogo di molti v. V. ROPPO, *op. cit.*, 436.

⁷⁸ Del tutto condivisibili in questo senso erano le considerazioni espresse sul più generale tema della costruzione del regolamento da R. SACCO, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 790, il quale sottolineava che per contenuto del contratto doveva intendersi il testo interpretato, mentre per effetti di esso si faceva riferimento al testo integrato.

⁷⁹ Questo è il concetto generale che pare desumersi da V. ROPPO, *op. cit.*, 436 e 437.

⁸⁰ Si ricordi in proposito quanto illustrato da F. GAZZONI, *op. cit.*, 815 e 816, e *ivi* ulteriori riferimenti.

⁸¹ L'insegnamento si rinviene in V. ROPPO, *op. cit.*, 437 e 438.

contratto concluso tra le parti – concorrendo in ciò pure la clausola *salvo buon fine* incorporata nel negozio traslativo del credito – permetta di individuare senza troppe difficoltà la sussistenza di uno sconto bancario⁸². Il che significa che è sempre possibile sussumere il regolamento contrattuale nel negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c. anche quando le parti hanno determinato in modo non completo la fattispecie contrattuale, a condizione tuttavia che si rinvenga quel *nucleo minimo* che consenta di affermare con sicurezza che le stesse abbiano inteso per l'appunto stipulare quel particolare contratto piuttosto che un altro. In definitiva, quindi, per mezzo dell'analisi relativa al tipo contrattuale, l'interprete si pone sempre la questione della configurabilità dell'operazione conducendo un raffronto statico tra schema elaborato dai privati e modello costruito dalla legge⁸³.

Ciò posto, i rilievi fin qui condotti consentono di raggiungere un primo risultato di fondamentale importanza: la collocazione del contratto nello schema-tipo di cui all'art. 1858 c.c. è operazione necessariamente subordinata alla rigida presenza, oltre che della deduzione dell'interesse⁸⁴ e dell'anticipazione della somma⁸⁵, anche della clauso-

⁸² Per un esempio di qualificazione del contratto ad opera del giudice nei termini di uno sconto bancario, nonostante il silenzio serbato sul punto dai contraenti in relazione all'accordo di cessione del credito cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 30 ss., con nota di G.W. ROMAGNO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*, che è giunta a riformare, nel caso di specie, la sentenza della Corte di Appello di Firenze, la quale peraltro a propria volta aveva ugualmente riconosciuto – sulla base dell'equiparazione tra *promissory notes* e titoli di credito – nella complessa operazione oggetto di controversia un contratto di sconto.

⁸³ In questo senso F. GAZZONI, *op. cit.*, 817.

⁸⁴ I contributi in dottrina che affermano ciò sono numerosi: senza pretesa di esaustività non si possono non ricordare A. DE MARTINI, *Sconto di assegni bancari e accreditamento in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II, 67 e 68; G. MINERVINI, *op. cit.*, 75 e 76; R. MICCIO, *op. cit.*, 217; M. TONDO, *Dei contratti bancari art. 1834-1860*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. de Martino, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Novara-Roma, Pem, 1970, 575 e 584; P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 155; G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981, 403, e *ivi* ulteriori rinvii a dottrina e giurisprudenza; G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, 590; M. SPINELLI, G. GENTILE, *Diritto bancario*, II ed., Padova, Cedam, 1991, 220; nonché, in termini per lo più ricognitivi, F. DI FONZO, *Lo sconto bancario*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010, 1205.

Per la giurisprudenza cfr. Cass., 6 ottobre 1954, n. 3334, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, 10 ss.; Cass., 27 giugno 1955, n. 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II, 1 ss.; Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, 598 ss., con nota di N. LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*; App. Roma, 19 dicembre 1947, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II, 61 ss.; App. Brescia, 14 marzo 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, 702, n. 39; Trib. Genova, 26 novembre 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, *Banca*, 260, nn. 67-68; App. Brescia, 30 giugno 1961, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1961, 735; App. Milano, 7 ottobre 1988, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 475 ss.; Trib. Milano, 13 aprile 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 476 ss.; App. Milano, 19 giugno 1990, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 448 ss.; nonché, in parte motiva, App. Milano, 4 maggio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 691 ss.

⁸⁵ Che costituisce un altro elemento indefettibile per la qualificazione dello sconto bancario. In tal senso si rinvia in dottrina ad A. GATTA, *Il Contratto di Sconto secondo le disposizioni del nuovo Codice Civile*, Napoli, Rispoli Editore, 1942, 26, che, già in epoca remota, aveva individuato nel rapporto di prestito che si concretizzava nel pagamento anticipato rispetto

la *salvo buon fine* che caratterizza la vicenda traslativa del credito⁸⁶. In difetto di uno di questi connotati fondamentali ben difficilmente potrebbe individuarsi uno sconto bancario, potendosi semmai parlare di negozi atipici ad esso affini, quali, rispettivamente, un'operazione autoliquidante, se si guarda alla vicenda nel suo complesso, ovvero una cessione a garanzia, qualora si preferisca concentrare l'attenzione sul negozio traslativo del credito, così come, pure in presenza degli altri elementi ma in assenza del *salvo buon fine*⁸⁷, è verosimile che le parti abbiano voluto dar corso ad un contratto di *forfaiting*⁸⁸. L'espressione analizzata identifica quindi il contenuto della dichiarazione di volontà che le parti devono adottare qualora si prefiggano lo scopo di costruire un negozio di sconto, dovendo tale inciso valutarsi quale indice inequivoco – ancorché di per sé solo non sufficiente – rivelatore dell'intenzione delle medesime di avere il proposito di stipulare il negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c., non potendo essa essere derogata se si intende dar corso ad una programmazione di comportamenti e contenuti qualificabili nel contratto di sconto. Sussiste, pertanto, un contenuto minimo – quello, per l'appunto, inerente agli elementi indispensabili per identificare la fisionomia essenziale dell'operazione – che deve essere determinato

alla scadenza del credito da parte della banca un aspetto essenziale e caratteristico del negozio di sconto. V. altresì F. SCORDINO, *I contratti bancari*, Napoli, Jovene, 1965, 310; F. MESSINEO, *Operazioni di borsa e di banca*, III ed., Milano, Giuffrè, 1966, 444 e 445; M. TONDO, *op. cit.*, 576.

La conclusione è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza. V., al riguardo, Cass., 18 maggio 1996, n. 4614, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 509 ss.; nonché, prima, Cass., 8 gennaio 1969, n. 33, in *Mass. Foro it.*, 1969, 14. Sostanzialmente conf. Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, cit. Per il merito v. App. Milano, 4 maggio 1993, cit.; Trib. Milano, 13 aprile 1989, cit.; App. Milano, 7 ottobre 1988, cit.; App. Brescia, 14 marzo 1956, cit.; App. Napoli, 2 luglio 1952, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, II, 190 ss.

⁸⁶ Sulla circostanza che anche la cessione del credito anticipato costituisca elemento fondamentale dello sconto cfr. A. GATTA, *op. cit.*, 26 e 28; G. MINERVINI, *op. cit.*, 76; F. SCORDINO, *op. et loc. supra cit.*; F. MESSINEO, *op. et loc. ult. cit.*; recentemente F. DI FONZO, *op. cit.*, 1206.

Contra G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte II, Lo sconto come contratto tipico dell'intermediazione bancaria*, in *Econ. cred.*, 1984, 852, per il quale, nonostante il disposto dell'art. 1858 c.c., era sempre possibile una mera delegazione di debito o di pagamento al pari di quanto avveniva allorquando oggetto dello sconto era una tratta non accettata o un assegno.

La suddetta affermazione era stata accolta pure dalla giurisprudenza. V., al riguardo, Cass., 18 maggio 1996, n. 4614, cit., per la quale se non vi era cessione del credito – collegata funzionalmente all'anticipazione della somma – non poteva essere individuato uno sconto bancario in senso proprio; Cass., 8 gennaio 1969, n. 33, cit.; Trib. Milano, 6 dicembre 1993, in *Gius.*, 1994, fasc. 7, 151; App. Milano, 4 maggio 1993, cit.; App. Brescia, 30 giugno 1961, cit.; Trib. Genova, 26 novembre 1959, cit.; App. Brescia, 14 marzo 1956, cit.; App. Napoli, 2 luglio 1952, cit.; App. Roma, 19 dicembre 1947, cit.

⁸⁷ Pacificamente ritenuto in dottrina requisito distintivo e significativo idoneo a riconoscere la sussistenza di un negozio di sconto bancario. Sia consentito al riguardo rinviare, *supra*, cap. I, nt. 21.

⁸⁸ Che caratterizzandosi per uno sconto a *forfait* di cambiali, solitamente con scadenza a medio e lungo termine, si differenzerebbe dallo sconto bancario proprio in considerazione dell'assenza della clausola in commento essendo i titoli medesimi girati alla banca «senza garanzia». Una simile conclusione si rinviene in G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, IV ed., a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2008, 121.

volontariamente e non può essere surrogato da fonti esterne, in quanto, se così non fosse, l'accordo tra le parti non costituirebbe più un atto di autonomia e non verrebbe ad esistenza come contratto⁸⁹.

È ben vero che talvolta la letteratura scientifica ha ritenuto di svalutare la rilevanza delle clausole che rinviano a regole legali in quanto carenti di una qualche funzione, giungendo addirittura a definirle pleonastiche⁹⁰, in quanto inidonee a svolgere alcun ruolo all'interno degli atti se non, a tutto concedere, quello di aiutare «le parti nella presunzione, quasi sempre teorica, di conoscenza di legge»⁹¹ ovvero nell'intento di realizzare un regolamento maggiormente completo e soddisfacente degli interessi in gioco, ma questo non può essere il caso di cui ci si sta occupando. L'enunciato in esame corrisponde all'esigenza del legislatore di dettare per lo sconto bancario una regola applicabile al rapporto contrattuale che appartiene al tipo in esame. Non è, pertanto, qui possibile accogliere quell'indirizzo ancorché autorevolmente sostenuto in ambito civilistico⁹² secondo cui, allorquando le clausole finiscono per rispecchiare *norme imperative*, le stesse devono ritenersi escluse dal contenuto in senso proprio del contratto in quanto gli effetti derivano direttamente dalla legge. Il *salvo buon fine* non è un di più del contratto di sconto – al pari di una qualsiasi clausola di stile⁹³ – ma concorre, come si è fin qui delineato, a determinare l'essenza del medesimo apportando allo schema contrattuale voluto dal legislatore l'effetto giuridico dell'assunzione di un rischio da parte dello scontatario: garantire lo scontatore in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto dando origine all'obbligazione indennitaria. La circostanza che l'espressione in esame non dia luogo – se riprodotta nel regolamento contrattuale – ad ulteriori conseguenze giuridiche in quanto le stesse deriverebbero comunque dalla legge, come pare asserire l'indirizzo da cui qui ci si vo-

⁸⁹ La felice intuizione valevole in termini generali è di V. ROPPO, *op. cit.*, 430 e 431.

⁹⁰ In termini netti e chiari cfr. R. BRACCINI, *Le clausole di stile (Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza)*, in *Riv. not.*, 1962, 496 e 503, che si era concentrato prevalentemente sulle pattuizioni di stile degli atti notarili; G. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1225 ss., ed in particolare 1227; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, 68, con riferimento alle clausole riproduttive di norme imperative. Conf. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 169 ss.

⁹¹ G. BONILINI, *op. cit.*, 1227, il quale tra l'altro si esprimeva in termini di clausole superflue ma non inutili. La circostanza che la clausola riproduttiva di una disposizione di legge potesse comunque essere quanto meno vantaggiosa al fine di precisare la volontà delle parti escludendo in tal modo eventuali contestazioni era stata messa in luce ancor prima da Cass., 28 marzo 1960, n. 656, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 511, che si era pronunciata in tema di vendita di un fondo rustico.

⁹² V. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 174; M. TAMPONI, *op. ult. cit.*, 489. *Contra* M. FRAGALI, *op. cit.*, 318, che non rinveniva ostacoli ad ammettere il carattere essenziale delle clausole riproduttive di fattispecie legali.

⁹³ Sulla superfluità di queste ultime v. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, in *Monografie de "Il foro della Lombardia"*. *Studi di diritto civile commerciale e processuale civile*, diretti da F. Messineo e M.T. Zanzucchi, XVI, Padova, Cedam, 1983, 166 in nt. 18, nonché in termini sostanzialmente ricognitivi G. CAVALIERI, *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 939.

le distanziare, non esclude, infatti, che la stessa sia fondamentale per individuare se i contraenti abbiano veramente inteso porre in essere un contratto di sconto e non invero una differente regolamentazione negoziale. Nel semplificare il ragionamento, non si tratterebbe di una clausola pleonastica in quanto volta a trasporre nel contratto la disposizione di cui all'art. 1858 c.c. ma, diversamente, di una pattuizione di fondamentale importanza per quell'operazione logica – precedente, da un punto di vista dell'ordine sequenziale, all'interpretazione – a cui è chiamato il giurista al fine di affermarne, di fronte al caso concreto, la riconducibilità dell'atto di autonomia negoziale perfezionato dalle parti a quello tipico dello sconto bancario. Il *modello della «sussunzione»*⁹⁴ – che si concretizza, da un lato, nel confronto tra la fattispecie concreta e quella astratta disciplinata dal codice e, dall'altro, nella successiva individuazione di una corrispondenza tra il contratto posto in essere dalle parti ed il dettato dell'art. 1858 c.c. – non può che passare anche per il riscontro della sussistenza del *salvo buon fine* che deve caratterizzare la cessione del credito quale controprestazione dell'anticipazione di quest'ultimo oltre che, tra gli altri elementi, della presenza della deduzione dell'interesse e dell'anticipazione della somma ad opera dello scontatore. Alle parti è quindi richiesto di riprodurre, quale aspetto qualificante la fattispecie del negozio-tipo, nella singola convenzione una clausola del tutto identica all'enunciato contenuto nell'art. 1858 c.c. dovendo così replicare detta disposizione, non potendosi ritenere che il *salvo buon fine* si collochi tra le conseguenze che derivano dal contratto secondo la legge e quindi, nel rispetto dell'art. 1374 c.c., anche in assenza di un suo espresso richiamo da parte dei contraenti. Se così è, riesce altresì agevole affermare come l'inciso in commento abbia la funzione di concorrere, unitamente ad altri elementi, ad individuare la fattispecie dello sconto bancario e prima ancora a determinare la scelta dei contraenti di indirizzarsi verso questo tipo di schema negoziale mediante la costruzione del testo contrattuale e l'inserimento in esso di una proposizione che contenga un simile precetto. Attraverso la previsione di cui all'art. 1858 c.c. il legislatore ha sostanzialmente assegnato alla norma il potere di ordinare alle parti il contenuto peculiare del contratto di sconto. Il che significa che dalla clausola in esame la legge fa discendere non solamente determinati effetti giuridici tipici del negozio di sconto ma anche un requisito necessario, sebbene di per sé solo non sufficiente, ai fini della sua sussistenza.

Le suddette considerazioni valorizzano quanto sin qui già tracciato per sommi capi e cioè che il meccanismo di inserzione della legge è inibito di fronte alla necessità che la clausola venga adottata dalle parti quale elemento che individua il negozio di sconto: o questa c'è, al-

⁹⁴ V. ROPPO, *op. cit.*, 407 ss., al quale si rimanda per un approfondimento del medesimo.

lora banca e cliente avranno stipulato un contratto tipo di cui all'art. 1858 c.c., oppure manca e allora nessuna integrazione suppletiva o cogente della stessa sarà possibile. La pattuizione in esame assurge in tal modo ad aspetto imprescindibile del regolamento contrattuale minimo non surrogabile dall'esterno, non potendo, per vero, sorgere dubbio sulla correttezza dell'impostazione, esulandosi nel caso di specie tanto da quelle clausole generiche richiamabili nella gran parte dei negozi - quali, ad esempio, la clausola penale e quella compromissoria - quanto da quelle meramente descrittive ovvero enunciative e pertanto estranee al contenuto dello sconto bancario.

In definitiva è la stessa mancata realizzazione della fattispecie di cui all'art. 1858 c.c. a precludere qualsiasi possibilità di ipotizzare una integrazione della clausola *salvo buon fine* per carenza dei presupposti di legge, non potendosi certo concepire uno sconto bancario in difetto di un enunciato che rientra nella sua definizione legislativa. Peraltro, anche qualora si volesse giungere ad affermare che i contraenti avessero voluto dar corso ad un vero e proprio negozio di sconto pur in assenza della riproduzione di un siffatta disposizione, ben difficilmente sarebbe possibile ipotizzare una integrazione, posto che la scarsa disciplina legale in ordine alla clausola stessa contenuta nell'art. 1858 c.c. - racchiusa, sotto il profilo linguistico, nell'espressione concisa di *salvo buon fine* - svilirebbe la funzione dell'eterointegrazione del contratto. L'inciso in esame è infatti una stringa di vocaboli e le parti non hanno spazio di confezionare un linguaggio performativo diverso idoneo a produrre un simile effetto utilizzando espressioni differenti, non potendo lo stesso tra l'altro - come si avrà modo di meglio specificare nel prosieguo⁹⁵ - essere impiegato per ottenere effetti simili a quelli di cui alla garanzia *pro solvendo* ex art. 1267 c.c.

§ II.7. - *Il comando ordinativo contenuto nell'art. 1858 c.c. ed i riflessi in ipotesi di mancata riproduzione dell'inciso salvo buon fine nel testo contrattuale*

Nonostante il testo contrattuale raccolga la volontà manifestata dalle parti ovvero quello che comunemente la dottrina suole indicare con l'espressione dichiarazione contrattuale⁹⁶, la formazione del negozio di sconto avviene - come già più volte evidenziato - sulla base del modello legale sancito dal disposto dell'art. 1858 c.c. Si sviluppa in tal modo una dialettica tra disposizione - in termini di enunciato norma-

⁹⁵ V. *infra*, cap. V.

⁹⁶ V. in proposito V. ROPPO, *op. cit.*, 182.

tivo – e contratto e, una volta interpretato il primo, tra norma e contratto che non può certo essere trascurata⁹⁷. Lo scopo primario del legislatore è, infatti, quello di predisporre attraverso una siffatta disposizione una regolamentazione equilibrata del rapporto tra scontatore e scontatario, corrispondendo il *salvo buon fine* ad un equo bilanciamento degli interessi delle parti che finisce per costituire – al pari di quanto evidenziato nel paragrafo precedente – un elemento indefettibile per l'identificazione del tipo di contratto voluto dai contraenti.

Ciò premesso è ora giunto il momento di procedere a qualificare la tipologia di norma che contraddistingue la locuzione in esame. A tal proposito, in relazione al profilo della classificazione del significato di una disposizione giuridica che impone un comando, il diritto conosce le due tradizionali locuzioni – il più delle volte caratterizzate da ambiti di sovrapposibilità – di *norme cogenti* e *norme imperative*. Ma, sul presupposto che tra le due suddette nozioni sussista una differenza apprezzabile, la domanda che sorge spontanea è: a quale ambito appartiene il risultato prodotto dall'enunciato legislativo *salvo buon fine*? La risposta all'interrogativo in esame impone una necessaria, seppur breve, ricognizione dei connotati che caratterizzano le tipologie poc'anzi citate. Al riguardo, sul presupposto che detta distinzione attiene al profilo descrittivo del particolare modo in cui la legge finisce per porsi ed operare nei rapporti tra le parti, è innanzitutto doveroso osservare come, mentre la qualificazione di *imperatività*, come pure quella di *inderogabilità*, concorre a definire la portata della disposizione, descrivendola, la *cogenza* è invero un concetto dogmatico che può essere desunto osservando i caratteri della stessa⁹⁸. La difficoltà nel separare le nozioni di norma cogente e di norma imperativa discende innanzitutto dalla circostanza che la dottrina è solita affermare che

⁹⁷ Fermo restando che da tempo la più autorevole dottrina in argomento – v. N. BOBBIO, *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1965, 331 ss. – aveva segnalato il frequente ricorso a diverse accezioni del termine *norma*, dovuto al significato altrettanto generale che, anche tra i giuristi, veniva fatto di esso, si preferisce in questa sede propendere per attribuire al concetto di *norma giuridica* il senso assegnato alla legge a seguito dell'interpretazione delle disposizioni – così come sostenuto in letteratura tra i tanti da G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS, 2016, 24; A. CHECCHINI, G. AMADIO, *Lezioni di diritto privato*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2014, 26; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 574; IDEM, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, Giappichelli, 2000, 52; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, Giappichelli, 1992, 17 e 29 – in luogo di distinguere tra la formulazione in concreto della norma, vale a dire il testo della stessa, ed il precetto rinvenibile dall'attività intellettuale dell'interprete. In quest'ultimo senso v., invece, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2004, 7.

⁹⁸ In questi termini E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., 576 e 598. Tra l'altro già S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, 713, aveva sottolineato l'improprietà del termine *norme cogenti* sulla base che non tutte le norme fossero tali in riferimento al concetto di *ordine pubblico*.

quest'ultima si caratterizza per la sua *necessaria cogenza* o *inderogabilità* e determina la mancata disponibilità dell'interesse protetto⁹⁹.

Tuttavia, gli sforzi profusi dalla letteratura in argomento hanno di recente consentito di addivenire ad una certa distinzione tra i due concetti mettendo a fuoco i tratti maggiormente caratteristici di ciascuno di essi. È stato, infatti, sostenuto che mentre la cogenza di una norma esprime il modo di essere dell'enunciato legislativo qualificabile in termini di precetto, la caratteristica dell'inderogabilità si sostanzia - quale conseguenza - nell'impossibilità dei contraenti di violare il precetto stesso attraverso l'autonomia contrattuale, sì che, sotto il profilo della qualificazione descrittiva, la cogenza della disposizione richiama essenzialmente l'aspetto della sua nderogabilità, quando invece la norma imperativa si caratterizza per essere obbedita, sebbene non siano da escludere interferenze tra di esse¹⁰⁰. Ma, mentre la norma cogente può essere o meno imperativa - in quanto lo è solo se il suo mancato rispetto rende illecito il programma negoziale *ex art. 1418*, comma 1, c.c. - quest'ultima è sempre cogente e la differenza sta nel fatto che la norma imperativa è tale quando alla cogenza della stessa si aggiunge il necessario rispetto dei principi di ordine pubblico e buon costume¹⁰¹, ovvero quando deve essere nderogabilmente rispettata da tutti in quanto carente della previsione di esonero dalla sua osservanza da parte di alcuni dei destinatari della stessa¹⁰², o ancora quando è posta

⁹⁹ V. tra i tanti C.M. BIANCA, *La norma giuridica - I soggetti*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 2002, 11.

¹⁰⁰ Cfr. E. RUSSO, *op. ult. cit.*, 573 e 579.

¹⁰¹ V. ancora E. RUSSO, *op. ult. cit.*, 583 e 586. Ha condiviso, ai fini dell'individuazione del carattere imperativo della norma, la decisività del criterio che si fonda sulla tipologia di interessi tutelati e sugli obiettivi perseguiti dalla stessa E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, Giuffrè, 2006, 426.

Secondo i più sarebbero invece imperative le norme nderogabili. Tra i tanti cfr. A. CHECCHINI, G. AMADIO, *op. et loc. supra cit.*; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 20; I. BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, Cedam, 1990, 1; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, Milano, Giuffrè, 1988, 232 ss. Per una elencazione degli indici di imperatività di una norma v. anche E. CAPUTO, *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, I, 1978, I, 903, secondo il quale era frequente che il legislatore, nel prevedere, in relazione ad una determinata norma, la sua nderogabilità rendesse manifesto il carattere della imperatività che poteva tuttavia desumersi anche dalla natura della stessa o dalla formulazione del comando quando, rispettivamente, fossero evidenti gli interessi di natura pubblicistica della disposizione o venisse introdotto in modo assoluto il rispetto di un comportamento o il divieto di una certa azione.

Sulla difficoltà di individuare una nozione di *imperatività* idonea a rappresentare tutti i caratteri con cui la stessa si manifestava cfr. P.M. PUTTI, *Nuovi profili della disciplina della nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1999, 2198.

¹⁰² Così Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172 ss.

a tutela di interessi pubblici e generali, in sintesi essenziali per l'ordinamento giuridico¹⁰³.

Venendo ora al caso che ci occupa, è evidente come, se non rispettato, il precetto di cui al *salvo buon fine* non sarebbe tale da attribuire alla causa del contratto realizzato dalle parti ed ai comportamenti in esso programmati la qualifica di illiceità dell'attività negoziale. E ciò è quanto basta per escludere in radice la sussistenza di una norma *imperativa*. Il confronto del testo contrattuale con il parametro legale di cui all'art. 1858 c.c. determina invero la mancata qualificazione del contratto come sconto, ma non anche l'illiceità del negozio¹⁰⁴. La violazione di una norma meramente *cogente* che dispone gli elementi fondamentali di un determinato negozio giuridico, quale è quella qui in esame, non è di per sé idonea a determinare la nullità del negozio stesso se l'attività compiuta dalle parti è nel complesso lecita. Il che è di per sé sufficiente per inquadrare il precetto di cui al *salvo buon fine* tra le *norme cogenti* di tipo *ordinativo*, vale a dire nell'ambito di disposizioni che formulano un comando prendendo atto di una determinata programmazione di comportamenti conforme al sistema giuridico i cui limiti sono dettati per la tutela di particolari interessi dei soggetti coinvolti¹⁰⁵ e, al tempo stesso, capaci di individuare i requisiti di sostanza

¹⁰³ Cfr. Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309 ss.; Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, 134 ss., secondo la quale in assenza di un espresso divieto munito di sanzione di nullità, la stessa era sopperita dalla previsione contenuta nel principio generale di cui all'art. 1418 c.c.; e da ultimo Cass., sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081 ss.

¹⁰⁴ Categoria quest'ultima che, peraltro, secondo taluni sarebbe dotata di autonomia concettuale e andrebbe tenuta distinta dalla nullità e più in generale dall'invalidità. In proposito v. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, in *Studi di diritto civile*, diretti da R. Nicolò e F. Santoro Passarelli, Milano, Giuffrè, 1970, 148, il quale sosteneva che, potendo la nullità, in base all'art. 1418 c.c., ricomprendere tanto i casi di incompletezza strutturale del contratto e, pertanto, di sua formazione, quanto le ipotesi in cui la stipula negoziale fosse stata, seppur completa, *contra legem*, solo in questa seconda evenienza erano prese in considerazione le nullità dipendenti dall'illiceità del contenuto o della causa del medesimo o ancora le nullità che derivavano dal fatto che esso fosse stato concluso seguendo modalità non consentite dalla legge; nonché R. SACCO, *op. ult. cit.*, 524 e 525, per cui, qualora l'ordinamento predisponesse un apparato giuridico per reprimere la stipula dell'atto negoziale al fine di sanzionare le parti, l'illiceità e la nullità del contratto – quest'ultima derivante dalla norma sanzionatoria che disciplinava l'invalidità – erano due concetti indipendenti, in quanto l'illiceità si poneva alla base della conseguente nullità ma non si confondeva con essa. Tali considerazioni erano riprese e fatte proprie anche da R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in F. VASSALLI, G. VISENTINI (a cura di), *Legislazione economica*, 1978/79, Milano, Giuffrè, 276.

¹⁰⁵ Per un breve approfondimento sul tema si rinvia di recente a E. RUSSO, *op. ult. cit.*, 583 ss. Che le *norme ordinarie* facciano parte della categoria delle *norme di organizzazione*, vale a dire di quelle che delineano i fatti e le relazioni caratterizzanti un certo contesto di riferimento in cui i singoli si muovono e che si contraddistinguono per descrivere gli istituti, è opinione consolidata in dottrina. In argomento v. G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 140, 141 e 142, il quale, nel ricordare come l'ordinamento prevedesse norme volte a definire i confini naturali e necessari degli istituti giuridici stessi, conferendo ad essi una certa fisionomia, affermava che le stesse non erano suscettibili di deroga dai privati, in quanto il loro contenuto sfuggiva dalla dicotomia disponibilità-indisponibilità. In tal caso – procedeva l'Autore – la distinzione tra aspetti derogabili o meno discendeva «da esigenze di costruzione logica della figu-

e di forma affinché si determinino certi effetti giuridici in grado di raggiungere il fine al quale il comportamento negoziale stesso è diretto.

Tale clausola impone, quanto alla dichiarazione delle parti interessate, l'osservanza di un certo contenuto affinché sia rispettato lo schema-tipo dello sconto bancario, pur potendo la stessa essere disattesa senza che ciò sia di per sé sufficiente a porre la pianificazione negoziale realizzata dai contraenti nel campo della nullità per illiceità. La norma che dispone il *buon fine* prescrive, infatti, gli aspetti materiali e formali che devono caratterizzare la condotta negoziale di scontatore e scontatario affinché essa determini la nascita di quel rapporto giuridico tipico dello sconto consistente nell'assunzione del rischio, ad opera del cliente della banca, del mancato pagamento del credito alla scadenza da parte del ceduto, dal quale discende l'obbligo di indennizzare l'istituto di credito del pregiudizio subito in ragione di tale evento ad esso sfavorevole. Dal concetto di *potere* come *non contrarietà ad un dovere* ossia come liceità - dal latino *licere* - deve, infatti, essere tenuto separato quello di potere inteso quale *concreta attuabilità* - dal latino *posse*¹⁰⁶ - in quanto una siffatta distinzione consente di cogliere la differenza sussistente, rispettivamente, tra la qualifica di *negozio illecito*, da un lato, e quella di negozio semplicemente *illegale* - inteso come non conforme al tipo legale che intendeva riprodurre - o *inutile*, dall'altro: i contraenti compiono il primo nonostante il divieto, ovvero realizzano il medesimo in termini diversi rispetto a quanto previsto dalla legge ed in conseguenza di ciò vengono sanzionati; in relazione al secondo, al contrario, disattendono determinati oneri o limiti - l'inserimento nella fattispecie in esame della clausola *salvo buon fine* nel contratto di sconto - che invece dovrebbero rispettare e la ripercussione negativa è costituita dall'impossibilità di realizzare gli effetti che si riconnettono al

ra». Le considerazioni del Ferri erano riprese successivamente da R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 279 e 280, il quale metteva altresì in luce come, di contro, le *norme precettive* fossero quelle che imponevano o vietavano un contegno capace esso stesso di cagionare determinati effetti. Tra l'altro, di carattere *ordinativo* di una norma avevano parlato, già in epoca risalente, E. BETTI, *op. cit.*, 6, che aveva individuato nelle *norme ordinarie* - definite dallo stesso Autore oltre che di *organizzazione* anche di *configurazione* - quelle volte a disciplinare, nel rispetto di specifici requisiti di legalità e validità, la condotta che le parti dovevano tenere nel compiere certi atti idonei a creare quella conformazione per tipi che caratterizzava il regolamento giuridico dei rapporti sociali, nonché L. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, 597, con riguardo a quelle norme che statuivano i requisiti essenziali del contratto. Nella vigenza del vecchio Codice civile cfr. pure F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914, 17.

Per completezza si segnala che all'espressione *ordinativo* è stato anche attribuito il significato di norma che subordina l'acquisto o l'esercizio di certe posizioni soggettive attive al rispetto di oneri. Si era espresso in questo senso F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., I, cit., 49, che aveva collocato le *norme ordinarie* in una categoria intermedia fra le disposizioni cogenti e quelle non cogenti, in quanto in esse il destinatario ben poteva astenersi dall'osservarle senza conseguenze negative, arrecando nondimeno in tal modo un pregiudizio a se stesso.

¹⁰⁶ Il rinvio è a R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 276 ss.

contratto legale disciplinato dalla legge¹⁰⁷. Alla dicotomia tra *posse* e *licere* corrisponde, infatti, la distinzione fra norme ordinarie – che si riferiscono per l'appunto al *posse* – e norme precettive – che si fondano invece sul *licere*¹⁰⁸ – e, per quanto qui interessa, anche il *discrimen* tra l'*inosservanza* di una norma ordinativa (dettata per un interesse proprio), che si verifica quando è confezionato un negozio non conforme rispetto alla norma voluta dalla legge il quale così risulta inutile per raggiungere un determinato obiettivo, e la *violazione* di una norma precettiva (volta a tutelare un interesse altrui), situazione in cui le parti, invero, perfezionano un negozio contrario alla legge e, pertanto, riprovato dall'ordinamento¹⁰⁹.

In definitiva, quindi, nel caso che ci occupa il *comando ordinativo* si preoccupa di dettare una regola di contenuto del contratto di sconto che finisce per diminuire lo spazio di manovra dei contraenti, ma, trattandosi di una norma cogente che protegge interessi privati e non principi di ordine pubblico e di buon costume, una sua eventuale violazione non potrà mai essere idonea a determinare per questo una invalidità del negozio¹¹⁰. Se le parti infrangono la regola del *salvo buon fine* in relazione alla quale la legge ha posto una disposizione diretta a far rispettare i requisiti dello sconto bancario, omettendola all'interno del contratto, la conseguenza sarà che si esulerà semplicemente da quest'ultima tipologia di negozio ma nulla di più. In altri termini il mancato rispetto del contenuto di cui all'art. 1858 c.c. finisce per negare ai contraenti le conseguenze giuridiche che si vorrebbero far derivare dal contratto in oggetto, non potendo sussistere uno sconto amputato della clausola *salvo buon fine*, che finirebbe così per essere inutile in quanto inidoneo a realizzare lo scopo che le parti si erano prefissate con il *contratto-tipo* di cui all'art. 1858 c.c. Il che non è sotto il profi-

¹⁰⁷ Sul punto occorre richiamare gli studi di E. BETTI, *op. cit.*, 111 ss. In termini sostanzialmente simili ma dai contorni maggiormente sfumati v., ancor prima, F. FERRARA, *op. et loc. supra cit.* La tesi era poi stata successivamente ripresa da R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 283 e 284, e accolta inoltre dalla giurisprudenza di legittimità. Sul tema cfr. Cass., 26 aprile 1969, n. 1361, in *Foro it.*, 1969, I, 1720 ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 279.

¹⁰⁹ Chiarissima sul punto era stata Cass., 26 aprile 1969, n. 1361, cit., che aveva ripreso le conclusioni a suo tempo raggiunte da E. BETTI, *op. cit.*, 111 ss., ed in particolare 114, e, successivamente, condivise da R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 282 e 283.

¹¹⁰ Che la norma ordinativa cogente avesse come scopo la salvaguardia di un interesse privato dettando un certo assetto delle relazioni tra singoli, mentre quella imperativa o di ordine pubblico tutelasse un interesse pubblico creando una determinata sistemazione nei rapporti fra i consociati o tra questi e la pubblica amministrazione era opinione affermata pure da R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 325. Per completezza corre l'obbligo di segnalare che non tutta la dottrina ritiene che le norme imperative si pongano a tutela di un interesse esclusivamente pubblico. In quest'ultimo senso cfr. G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 159 e 160, secondo cui la norma imperativa a volte era posta in funzione della realizzazione di un interesse privato, da tutelare in modo necessario ed essenziale, altre volte era invece preordinata a svolgere una funzione capace di realizzare un fine pubblico, prevalente rispetto a tutti gli interessi privati.

lo giuridico irrilevante: il comportamento ad esso conforme di banca e cliente nell'adottare tale clausola non viene ad inquadrarsi in un vero e proprio obbligo, quanto piuttosto in un *onere* sprovvisto di sanzione e volto a realizzare un interesse del soggetto onerato attraverso un determinato comportamento consistente nella sussunzione di determinate clausole contrattuali¹¹¹. In una siffatta ipotesi, l'ordinamento giuridico fa, in effetti, dipendere la protezione di un soggetto o di un determinato aspetto del contratto dall'osservanza di certi requisiti di forma e materiali affinché il negozio stesso «sia accolto nel campo giuridico»¹¹², non potendo mai mancare ciò che la legge impone quale elemento essenziale del contratto tipo. Un elemento decisivo capace di orientare verso una corretta soluzione è di certo rappresentato dalla circostanza per cui, nel caso che ci occupa, la disposizione normativa in oggetto non è assolutamente assistita da uno strumento di coazione che impone un certo comportamento ai destinatari a pena di nullità del negozio. La sua incidenza sull'attività convenzionale dei privati si riduce a quelle situazioni che si creano tutte le volte in cui la volontà degli stessi sia quella di disciplinare i propri rapporti secondo lo schema dello sconto bancario.

Le considerazioni sopra raggiunte non rispondono a questioni meramente definitorie e come tali non rimangono di scarso interesse. Determinare l'area di attrazione della clausola *salvo buon fine* non è attività giuridicamente priva di conseguenze. Basti pensare che la disciplina legale del tipo di contratto in esame non solo mette fuori gioco il disposto dell'art. 1322, comma 1, c.c. o, quanto meno, limita fortemente la libertà delle parti di regolamentare con una certa autonomia i propri interessi, ma permette, il più delle volte, a fronte di un mancato rispetto della stessa, di salvare il contratto seppur attraverso una qualificazione che escluda la sussistenza di un negozio tipico. E ciò è quanto avviene anche in tema di sconto bancario, laddove il rapporto

¹¹¹ Per una simile ricostruzione in tema di norme ordinarie v. E. BETTI, *op. cit.*, 105, che all'interno della più ampia categoria degli oneri gravanti sulla formazione del contratto aveva individuato quelli c.d. di *legalità* contraddistinti dal fatto di avere ad oggetto - in termini non molto dissimili da quanto avveniva per lo sconto bancario - il rispetto della fattispecie disciplinata dalla legge; G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 142; R. MOSCHELLA, *op. cit.*, 281, per il quale le norme ordinarie dirette ad individuare i requisiti di sostanza degli atti si collocavano sul versante dell'onere, caratterizzandosi per una colorazione maggiormente vicina a quest'ultimo piuttosto che al dovere; V. MARICONDA, *Le cause di nullità*, in AA.VV., *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Tomo I, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1991, 383 e 384, che ha richiamato a propria volta l'indirizzo della giurisprudenza in argomento ed in particolare Cass., 26 aprile 1969, n. 1361, cit. Già in epoca precodificativa pure F. FERRARA, *op. et loc. supra cit.*, si era pronunciato con riguardo a leggi ordinarie violate parlando di negozio «non venuto a completamento e protezione», sul presupposto che in talune circostanze il legislatore si fosse limitato a subordinare il rispetto di determinate condizioni ai fini di proteggere l'individuo senza imporgli materialmente alcunché.

¹¹² F. FERRARA, *op. et loc. supra cit.*

tra banca e cliente rimane sì riconducibile al solo intento dei contraenti ed alla loro autonomia, ma il contenuto è, tuttavia, frutto di *norme cogenti ordinarie*, tra cui il *salvo buon fine* che non possono essere disattese se essi intendono regolare i propri rapporti nel rispetto di cui all'art. 1858 c.c., a meno che non vogliano ripiegare sulla costruzione di un negozio atipico.

§ II.8. – Conclusioni: sul mantenimento della categoria concettuale di clausola ai fini della classificazione dell'espressione *salvo buon fine*

È ora giunto il momento di riepilogare i risultati fino a questo punto raggiunti. Già si è visto come l'espressione *salvo buon fine* costituisca in realtà una *clausola principale* corrispondente all'astratta previsione normativa di cui all'art. 1858 c.c. imposta dalla cogente statuizione del legislatore per la formazione del contratto di sconto. In sostanza la circostanza di mantenere ferma la nozione di *clausola* quale frammento del regolamento negoziale per circoscrivere il precetto in esame in termini di elemento del contenuto dello sconto bancario ha quindi una precisa ragione. Non si tratta di una determinazione superflua in quanto riprodotiva della disciplina dettata dal legislatore, né di una clausola non specificatamente concordata tra le parti, ma di una appositamente prevista dalla legge al fine di caratterizzare il negozio di cui ci si sta occupando. Nel momento in cui i contraenti decidono di regolare le proprie pattuizioni negoziali ricorrendo a quest'ultima tipologia di contratto, l'enunciato di cui all'art. 1858 c.c. in tema di *salvo buon fine* deve essere trasfuso nel testo contrattuale in modo da trasformare la disposizione legale in un patto contrattuale. L'inciso in esame è, quindi, non solo espressione linguistica del testo contrattuale, ma anche proposizione che, nel recepire una statuizione prevista dalla legge, concorre a formare, quale clausola, il regolamento negoziale ai fini del riconoscimento della sussistenza di un contratto di sconto. Il che significa che per il legislatore il rispetto dell'adozione di una siffatta clausola nel contratto è funzionale a controllare che il risultato sia effettivamente quello perseguito dalle parti e non altro.

Da ciò scaturisce un necessario corollario: quando i contraenti convengono di regolare la cessione del credito aggiungendo la clausola *salvo buon fine* in conformità con la previsione dettata dall'art. 1858 c.c., scontatore e scontatario non compiono un'attività inutile o giuridicamente irrilevante. Risponde certamente all'esigenza di completare la fattispecie voluta dal legislatore e fatta propria dalle parti la necessità di riprodurre nel testo contrattuale una proposizione, quale è quella

della cessione *salvo buon fine* del credito, che rifletta il contenuto della relativa *norma cogente ordinativa* racchiusa nell'art. 1858 c.c., vale a dire di una norma che essendo sottratta al potere dispositivo dei contraenti non ammette la possibilità di deroga da parte degli stessi se si vuole configurare un contratto di sconto, tant'è che in difetto di una suddetta disposizione è tale negozio che verrebbe a mancare, non potendosi questo concepire in assenza di un elemento che rientra nella sua stessa definizione legislativa. Quanto testé affermato è anche il riflesso del fatto che l'interesse dello scontatore - protetto attraverso la clausola *salvo buon fine* - non è disponibile dalle parti e in ciò si manifesta la cogenza della norma giuridica che lo prevede quale requisito essenziale dello sconto bancario.

Nell'ambito di un simile inquadramento l'inciso *salvo buon fine* è quindi una *norma cogente ordinativa* che si impone non quale inserzione automatica di una clausola dalla funzione integratrice al pari di quanto prospetta l'art. 1339 c.c.¹¹³, ma in termini di elemento imprescindibile del negozio di sconto e come tale decisivo ai fini di discernere se quello costruito dai contraenti sia effettivamente un regolamento contrattuale ascrivibile al *contratto-tipo* di cui all'art. 1858 c.c. Tra l'altro, anche chi sostiene che non siano cogenti le norme che dispongono, al pari del caso di specie, su clausole principali rientranti nella definizione legislativa del contratto pare comunque giungere ad escludere le medesime dal campo applicativo del precetto che impone l'inserimento di diritto nel negozio delle pattuizioni dettate dalla legge così come accade per le norme cogenti proibitive volte ad introdurre per i contraenti particolari divieti di carattere qualitativo¹¹⁴. Solo una chiara trasposizione nel testo contrattuale della proposizione che esprime la clausola *salvo buon fine* è indice inequivocabile della volontà delle parti di regolare il rapporto secondo lo schema riconducibile al tipo qui esaminato. Si tratta, pertanto, di una norma che delinea la struttura del negozio estranea al giudizio di imperatività in quanto essa esula da quelle disposizioni che non si limitano a porre dei confini esterni prescrivendo invece ai singoli determinate pattuizioni vincolanti¹¹⁵. È una questione di esistenza di una particolare tipologia di convenzione e non di una sanzione di nullità dell'accordo voluto dalle parti. In altre parole si tratta non del-

¹¹³ Che, come delineato fin dalla letteratura più vetusta - v. A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, Cedam, 1962, 164 ss. - rappresenta una tipica fattispecie di clausole d'obbligo che vengono introdotte d'autorità in ipotesi di lacunosità della fattispecie contrattuale.

¹¹⁴ Sul punto occorre richiamare lo studio condotto da E. SARACINI, *op. cit.*, 52 ss. ed in particolare 59 e 284. Per la giurisprudenza cfr. Cass., 14 febbraio 1974, n. 420, in *Giust. civ.*, 1974, I, 733 ss., la quale escludeva che l'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c. potesse riferirsi a tutte le norme cogenti.

¹¹⁵ In questi ultimi termini in ordine alle caratteristiche delle norme imperative v. F. GAZZONI, *op. cit.*, 15.

la violazione di una norma imperativa ma dell'inosservanza di una *co-gente ordinativa* che, se rispettata, è utile per la qualificazione del contratto di sconto. In difetto dell'osservanza della stessa ciò che si viene a creare è «un aborto di negozio» ovvero un «negozio informale»¹¹⁶ o, se si preferisce, un «negozio giuridico irregolare o imperfetto»¹¹⁷. Se nel caso di specie i contraenti, non osservando la regola ordinativa disposta dall'art. 1858 c.c., omettono di indicare che la cessione del credito avviene *salvo buon fine* il negozio non sarà illecito – non essendo stata violata alcuna norma precettiva volta ad impedire il raggiungimento di certi effetti – ma semplicemente non conforme alla legge e, conseguentemente, *inutile*, in quanto incapace di realizzare il proprio fine.

L'enunciato presente nel Codice civile quale fonte della norma *co-gente ordinativa* non resta quindi esterno al testo contrattuale ma penetra in esso dando vita ad una clausola e pertanto ad un frammento del regolamento negoziale idoneo a qualificare il contratto-tipo che in sua assenza impedisce l'applicazione della corrispondente disciplina normativa. Ciò, tuttavia, non significa che quanto previsto nell'art. 1858 c.c. venga ad essere degradato a mero testo contrattuale; esso resta come tale una disposizione di legge volta ad individuare e qualificare lo sconto bancario e l'interprete sarà chiamato a ricostruire il suo significato, vale a dire la disciplina in essa contenuta ma non per accertare il senso della proposizione ma per ricostruire il significato dell'enunciato stesso, in una parola la norma¹¹⁸. Il che non è certo irrilevante ai fini dell'interpretazione in quanto, mentre per la clausola negoziale che recepisce una norma dispositiva¹¹⁹ la stessa dovrà avvenire sulla base di una ricostruzione fedele dei principi di cui all'art. 1362 ss. c.c. che privilegia rispetto al significato letterale delle parole la comune intenzione dei contraenti e, quindi, tenendo conto del contesto nel quale è inserita¹²⁰, diversamente nell'ipotesi di applicazione delle conseguenze che derivano dalla fattispecie negoziale secondo la legge la medesima dovrà essere rispettosa dei criteri di cui all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, al pari di quanto pacificamente ammesso per le norme imperative. Infatti, mentre l'interpretazione del

¹¹⁶ F. FERRARA, *op. et loc. supra cit.*

¹¹⁷ G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 161.

¹¹⁸ Come insegna G. PINO, *op. et loc. supra cit.*, il passaggio dalla disposizione di legge alla norma avviene, infatti, attraverso l'interpretazione e quindi l'attività intellettuale volta ad attribuire un senso al complesso dei vocaboli contenuti nel testo di legge. Negli stessi termini v. anche E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, cit., 52.

¹¹⁹ Vale a dire una regola che è tale se le parti non hanno disposto diversamente. In luogo di molti v. F. GAZZONI, *op. cit.*, 16.

¹²⁰ Non ha dubbi al riguardo V. ROPPO, *op. cit.*, 443, laddove afferma che, quando la norma riprodotta in una clausola sia imperativa, l'interpretazione è quella dettata dalla legge; diversamente, qualora si tratti di *norma dispositiva* attratta al regolamento contrattuale, il significato dovrà desumersi in forza dei principi che disciplinano l'interpretazione del contratto. Sostanzialmente conf. M. FRANZONI, *op. cit.*, 54 e 55.

contratto attiene ad un fatto storico - e conseguentemente alla volontà delle parti - e va indagato sulla base della disciplina fissata dall'ermeneutica contrattuale, la qualificazione del medesimo e, pertanto, la sua riconducibilità ad un determinato tipo contrattuale, è una questione di diritto¹²¹, potendosi da ciò trarre la conseguenza che la stessa dovrebbe essere accertata tenendo conto che si verte, per l'appunto, in materia di interpretazione della legge, venendo il suo significato attinto all'esterno dell'atto e, più precisamente, dal lavoro intellettuale di ricostruzione della disposizione.

Nonostante l'innesto nel tessuto del testo negoziale, il *salvo buon fine* resta infatti una disposizione giuridica e come tale va interpretata sulla base dei principi con i quali viene declinato il precetto di legge e non facendo uso delle regole che individuano il significato delle dichiarazioni dei contraenti. Ciò che non deve, infatti, essere confuso è il diverso piano delle clausole del contratto rispetto a quello degli enunciati giuridici che le impongono. L'ambito della disposizione di legge prevista nell'art. 1858 c.c., da un lato, e quello della clausola del negozio riprodotiva del *salvo buon fine*, dall'altro, restano aspetti del tutto separati e il contenuto della seconda essendo conforme alla prima non potrà che essere, quanto al suo significato, desunto dall'interpretazione del precetto imposto dal legislatore. Se, infatti, è ben vero che da quest'ultima la prospettiva è indirizzata verso il contratto, non è ammissibile che l'attività volta a chiarire e stabilire il significato degli enunciati espressi dall'articolazione del testo normativo, subisca una inversione di rotta e che sia, nel caso di specie, la volontà delle parti a guidare l'interpretazione per il solo fatto che detto enunciato è stato recepito nel testo contrattuale.

A tal proposito, si è già detto, anticipando le conclusioni a cui si perverrà nel capitolo III, come il *salvo buon fine* contenga in sé una prestazione particolare idonea a produrre tanto un effetto - l'assunzione di un *rischio* quale vincolo che, come si avrà modo di meglio precisare, non è dedotto in obbligazione ma in *prestazione contrattuale* - quanto una obbligazione che diventerà eventualmente esigibile: quella di *indennizzo*. Come si avrà modo di meglio cogliere nel capitolo che segue, il suo significato potrà in effetti essere desunto facendo ricorso ad una profonda elaborazione che, nel prendere in considerazione taluni istituti fondamentali del diritto privato, sia rispettosa delle regole generali sull'interpretazione della norma. L'espressione clausola con riguardo al *salvo buon fine se*, da un lato, al pari di quanto in precedenza asserito, è adatta ad individuare la scomposizione in frammenti del regolamento negoziale, dall'altro, essendo una mera indicazione de-

¹²¹ Il rinvio è ancora a V. ROPPO, *op. cit.*, 407.

scrittiva, non è di per sé sufficiente per comprenderne l'esatto contenuto in termini di effetti che produce, occorrendo ora stabilire il suo significato ed in particolare le conseguenze giuridiche che ad essa sono proprie; aspetti questi ultimi che verranno affrontati nel capitolo che segue.

III. Il vincolo non obbligatorio dello scontatario ed il superamento delle teorie tradizionali in ordine ai rimedi risolutivi del negozio

1. *Premessa: la difficoltà di ricostruire il significato dell'espressione salvo buon fine*

2. *Il rigetto della sussistenza di un obbligo dello scontatario in termini di qualità del credito ceduto e di risultato promesso da parte dello scontatario*

3. *Sulla necessità di chiarire l'ambigua nozione di garanzia*

4. *Il difficile inquadramento dell'obbligazione di garanzia*

5. *La prestazione di garanzia quale effetto contrattuale che origina l'indennizzo dello scontatario*

6. *La garanzia pura dello scontatario contro il rischio del mancato incasso del credito ceduto: la natura del vincolo non obbligatorio*

7. *L'effetto giuridico della garanzia pura e l'individuazione del fatto costitutivo dell'obbligo di indennizzo*

8. *L'assunzione di rischio dello scontatario*

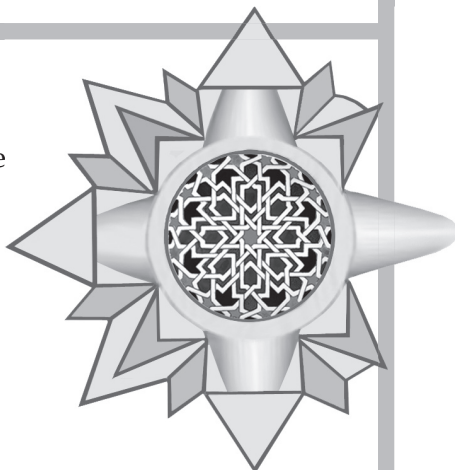
9. *Il contratto di assicurazione: elementi comuni e prime differenze con la garanzia pura*

10. *Il rigetto dello schema contrattuale assicurativo nello sconto*

11. *L'individuazione di una prestazione assicurativa transtipica in capo allo scontatario*

12. *La confutazione dell'orientamento che propende per la sussistenza di un negozio condizionato*

13. *Il rigetto della tesi che riconosce in capo allo scontatore un diritto potestativo di recedere dal rapporto*



§ III.1. – *Premessa: la difficoltà di ricostruire il significato dell'espressione salvo buon fine*

Riepilogando i risultati sin qui raggiunti, si è visto nei capitoli precedenti come l'espressione *salvo buon fine* costituisca un enunciato di legge dettato dal legislatore affinché lo stesso venga riprodotto dalle parti nel testo contrattuale con l'intento, da un lato, di completare quel negozio traslativo del credito che assicura – nell'ambito dello sconto bancario caratterizzato da profili di assoluta autosufficienza – una funzione di liquidità e, dall'altro, di qualificare, rispettando in tal modo una *norma cogente ordinativa*, la fattispecie voluta dai contraenti quale negozio tipico di cui all'art. 1858 c.c. D'altra parte la definizione testuale di *sconto* che si rinviene da quest'ultimo non è solo descrittiva di un fenomeno giuridico ma racchiude anche una parte precettiva costituita dall'inciso *salvo buon fine* che detta un comando di come deve avvenire la cessione del credito; clausola questa caratterizzata da un contenuto normativo che, nell'imporre un determinato concetto tecnico, finisce per costituire «una porzione della norma stessa»¹.

Senonché pur potendosi strutturare in termini di *clausola non autosufficiente* del contratto, la locuzione in rassegna resta pur sempre una *disposizione* e come tale necessita, per essere compresa, di venire interpretata secondo i criteri di cui all'art. 12 delle Preleggi. Alla luce del dettato normativo, volendo investigare quale sia il senso da attribuire alla clausola *salvo buon fine* e, dunque, quali siano gli strumenti offerti dalla legge per stabilire la portata del suddetto inciso, il giurista deve *in primis* porre la propria attenzione i) sul *significato proprio delle parole*, ii) sulla *connessione* delle medesime e iii) sull'*intenzione del legislatore*. Avendo quest'ultimo emanato norme sull'interpretazione, quale per l'appunto l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, se ne deve quindi dedurre che essa non sia un «“affare” esclusivo e personale dell'interprete», ma «del legislatore»²; in ragione della assorbente delicatezza dell'attività ermeneutica la stessa non è dunque lasciata completamente al libero arbitrio dello studioso, ma è condotta seguendo i principi dettati dalla legge. Difatti la circostanza di interpretare la norma costituisce il risultato con cui si comprendono il testo descrittivo della fattispecie ed al tempo stesso dell'effetto, tant'è che la letteratura non ha esitato pure di recente ad affermare che anche la norma sull'esegesi «rimane nell'orizzonte legislativo» non potendo scendere al di sotto di esso³.

¹ C. GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, Giuffrè, 1939, 301 ss., in specie 303, che a propria volta aveva richiamato la dottrina tedesca e francese, e ivi ulteriori riferimenti.

² N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1139.

³ Così testualmente N. IRTI, *op. cit.*, 1142.

Ne emerge dunque che il legislatore, disciplinando la regola sul processo ermeneutico della legge, ha equiparato l'atto interpretativo all'atto legislativo ponendoli sullo stesso livello; pertanto solo seguendo i criteri positivi previsti dall'estensore della legge il giurista può raggiungere un esito della sua attività volta a chiarire e stabilire la portata dell'enunciato in cui si articola il testo normativo connotato da assoluta legalità. Ciò comporta che l'esegesi giuridica non possa essere qualificata come una comune pratica di ricerca di un significato qualunque da attribuire alla norma, trattandosi di una analisi svolta attraverso i canoni prescritti dal legislatore stesso, di talché l'accezione della medesima identificata seguendo detti parametri presenta un *valore procedurale*⁴. Nel solco tracciato dal legislatore, l'interprete, partendo dalle *parole* che compongono il testo esaminato, assume il ruolo del costruttore di un nuovo linguaggio conforme alla legge e, in particolare, ai criteri dell'art. 12 delle Preleggi⁵. Il diritto prescrive le modalità di decodificazione delle norme, pertanto è nel complesso (o sistema) delle stesse che va ricercata la loro chiave di lettura e, nel caso che ci occupa, della locuzione *salvo buon fine*. Se ne evince quindi che l'attività esegetica di tale clausola deve senz'altro dipanarsi attraverso l'esame del dato testuale (*significato proprio*), del senso comune che le parole componenti il medesimo hanno nella lingua italiana⁶ e della *connessione* tra le stesse⁷, ma occorre altresì tenere conto della *intenzione del legislatore*, concetto di per sé vago e talora foriero della necessità di indagare eventuali elementi extra-testuali⁸. Non si tratta però di elementi tra di

⁴ Espressione quest'ultima di N. IRTI, *op. cit.*, 1141, il quale ha ritenuto che il significato di un testo normativo si raggiungeva attraverso la messa in opera di una ordinata successione di canoni prestabiliti. Al riguardo F. BENATTI, *Tra dottrina e giurisprudenza, l'interpretazione delle norme di legge*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 383 e 384, evidenzia di recente, con particolare accenno critico, le «propensioni culturali» dell'interprete, rammentando al contrario che il risultato a cui giunge il medesimo – che può anche differire da quello a cui pervengono altri suoi pari in quanto ognuno si conforma a una propria realtà sociale – non deve snaturare la regola rispetto al tessuto normativo in cui essa è collocata, altresì considerando come la qualità della moderna legislazione rechi talora tracce di scarsa accuratezza e precisione nella formulazione della disposizione che contiene il precetto.

⁵ In tal senso si legga l'espressione *commutatore* utilizzata da N. IRTI, *op. cit.*, 1141 e 1162, il quale a propria volta ha citato A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987, 258, 262 e 263, secondo il quale l'interpretazione era funzione e compito della scienza giuridica, la quale «non [era] che la ripetizione di un contenuto immutato in forma mutata».

⁶ In ordine a quest'ultimo aspetto, v., *ex plurimis*, G. IORIO, *Prime pagine di diritto privato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2013, 91.

⁷ Secondo F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, Cedam, 2012, 447, è proprio questa relazione che attribuisce il valore semantico all'enunciato, in quanto i singoli lemmi ricevono diversi significati a seconda delle proposizioni in cui sono contenuti. In ordine alla necessità di prendere in considerazione la sintassi, vale a dire il legame che intercorre tra le parole che compongono l'enunciato normativo, si veda anche V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Edizioni ETS, 2013, 73.

⁸ V., in argomento, G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, 18, secondo il quale il giurista doveva sondare e sviluppare la *ratio legis* così come la volontà del legislatore; nonché G. IORIO, *op. cit.*, 92.

loro del tutto autonomi. A tal proposito un nodo nevralgico dell'art. 12 delle Preleggi è stato identificato nel rapporto tra il significato proprio delle parole e l'intenzione del legislatore⁹.

In particolare nell'indagare il valore intrinseco da attribuire ai lemmi occorre distinguere tra senso comune tipico del linguaggio ordinario (ricavabile dal dizionario della lingua italiana) e tecnico-giuridico afferente all'ambito linguistico del diritto (rinvenibile nella dogmatica), accentuandosi la difficoltà di giungere ad un significato univoco qualora i vocaboli, al pari del caso qui preso in considerazione, non siano utilizzati esclusivamente nel mondo del diritto, sebbene abbiano subito in tale ultimo campo un processo di elaborazione da parte della dottrina¹⁰. Dunque non si deve cadere nell'erroneo convincimento di considerare che la norma sia una mera combinazione di caratteri di stampa¹¹. Il canone di lettura *in claris non fit interpretatio* è espressione di una «direttiva metodologica» di interpretazione della norma¹² che il giurista - dinnanzi ad una clausola contenente un precetto - adotta al fine di attribuire ad essa il significato più immediato e intuitivo. Ciò accade per far sì che la regola esprima e diffonda la propria *vox iuris*, ricadendosi in tal caso nell'esegesi dichiarativa.

Nell'ipotesi in commento, tenuto conto della *sintassi* della disposizione da decifrare, ossia del rapporto tra le parole, nella locuzione *salvo buon fine* si appalesa quindi la relazione tra il termine *salvo* che regge *buon* (aggettivo, ossia positivo) e *fine* (sostantivo, nel senso di esito), potendosi il vocabolo *salvo* qualificare sia come preposizione sia come aggettivo, esprimendo in entrambi i casi l'idea di individuare un confine per escludere un pericolo e certe situazioni figurando quale sottrazione da rischi di qualche cosa che è tutelato o rispettato¹³. In definitiva, dunque, pare corretto e logico inferire che, per cogliere il significato proprio dell'espressione *salvo buon fine*, le parole che la compongono deb-

⁹ V. V. VELLUZZI, *op. cit.*, 60 ss., il quale configura in proposito quattro soluzioni: a) l'interprete deve ricorrere all'intento dell'estensore della legge solo qualora il senso proprio dei termini non sia chiaro né univoco; b) il significato delle parole è criterio sussidiario rispetto all'intenzione del legislatore e va utilizzato solo se quest'ultima non è chiara; c) il valore dei vocaboli e l'intenzione dell'estensore della legge sono pari ordinati e, in caso di esito contrastante nell'utilizzo interpretativo, va individuato un terzo criterio di scelta; d) i parametri in esame sono complementari, in quanto il senso dei termini rappresenta la base di comprensione della disposizione normativa sulla quale si innesta la volontà del legislatore per risolvere i casi incerti nonché per selezionare il significato da attribuire alla disposizione affinché meglio la realizzi.

¹⁰ Questa è l'interessante riflessione a cui è giunto R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2004, 187 e 188.

¹¹ Così F. BENATTI, *op. cit.*, 383, che a propria volta rinvia a F. FERRARA SR., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, II (1900-1935), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 1577, il quale ritiene erroneo ridurre la legge alla «nuda lettera».

¹² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 34, dove si rinveniva la citazione testuale.

¹³ V., in termini di consulenza linguistica, quanto riportato in <https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/salvo/1053>.

bano essere considerate in una relazione progressiva che le unisca l'una di seguito all'altra.

Già si è precisato come nonostante il lemma *salvo* venga generalmente inteso quale locuzione di una condizione che fa dipendere dal verificarsi dell'incasso l'efficacia della cessione del credito all'interno dello sconto bancario, subordinandone la produzione di effetti, nulla escluda che dello stesso possa essere data, anche sotto il profilo del tenore letterale, una differente lettura di cessione del credito *con salvezza che vi sia il buon fine*, che vuol dire *garantendo e assicurando il buon fine dell'incasso* del credito. Al pari di quanto precisato dall'art. 12 delle Preleggi si tratta ora di intendere il senso delle regole scritte dal legislatore e delle disposizioni poi trasfuse nel rispetto della legge dalle parti nel contratto. Detto diversamente, il compito che ci aspetta è quello di far discendere un senso univoco da una sequenza di termini assolutamente ambigua e poco chiara. Il ruolo che compete allo studioso è, infatti, quello, di attribuire il significato ascrivibile al precetto in esame tenendo conto del sistema di proposizioni nel quale esso è contenuto. Il valore intrinseco della legge si rinviene infatti nella disposizione giuridica ed in particolare nella qualificazione delle proposizioni in cui si esprime l'enunciato legislativo stesso. Di conseguenza, unendo in combinata progressione le tre *parole* che compongono la clausola e assegnando loro lo spessore semantico che le contraddistingue, appare coerente concludere che all'espressione qui in rassegna venga riconosciuto il significato, con riguardo alla cessione del credito, di *salvezza che vi sia il buon fine*. Infatti, lo scontatore acconsente ad anticipare le somme di denaro dedotto l'interesse in relazione al valore nominale del credito ceduto con la garanzia che - *salvo* - alla scadenza il credito gli sia regolarmente e integralmente pagato dal debitore - *buon fine*. Dunque nel rapporto tra la banca e il cliente, l'avverarsi dell'esito positivo - il buon fine dell'operazione di sconto - è, per l'appunto, assicurato alla prima dal secondo che tutela in tal modo l'incasso del credito ceduto¹⁴. Tra l'altro aiuta ad inquadrare l'inciso in termini di garanzia e non invero di una condizione anche la ricostruzione storica dell'istituto in esame. L'art. 1859 c.c., dettato in tema di sconto cambiario, è, in effetti, espressione della circostanza che in origine il contratto trovava la propria principale diffusione con riguardo alla circolazione di cambiali ed assegni, laddove la disciplina della girata comportava, quale effetto naturale della stessa, la garanzia del pagamento del titolo¹⁵, di-

¹⁴ A riprova di ciò v. Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, in *Giust. civ.*, 1991, I, 51 ss., con nota di V. SANTARSIERE, *Profili in materia di apertura di credito, regolata in conto corrente, e sconto bancario*, in cui la Suprema Corte ha avuto occasione di precisare che, quanto allo sconto, il *cattivo fine* della cessione del credito era rappresentato dall'inadempimento del debitore ceduto.

¹⁵ In questi termini G. TERRANOVA, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I, Lo sconto come contratto di credito*, in *Econ. cred.*, 1984, 558.

venendo lo scontatario girante obbligato in via di regresso in ipotesi di mancato pagamento del debitore principale così finendo per rispondere nei confronti dello scontatore per l'inadempimento del debitore ceduto. Non a caso sotto il vigore del previgente Codice civile era infatti prevalente l'opinione che lo sconto dovesse configurarsi quale vicenda riguardante i soli titoli cambiari¹⁶. Sotto il profilo evolutivo il contratto in esame nasceva dunque in origine come un'operazione in cui l'anticipazione della somma veniva inquadrata soprattutto in contropartita della girata di un titolo cambiario e solo in un secondo momento ha finito per prevalere l'attuale costruzione caratterizzata dall'entrata in gioco della cessione del credito di cui agli artt. 1260 ss. c.c. di cui lo sconto cambiario rappresenta un *sottotipo*¹⁷.

In sostanza, come si avrà modo di approfondire più diffusamente nei paragrafi che seguono, lo scontatario non è tenuto a rivalere lo scontatore rispondendo con la propria garanzia patrimoniale di un debito da risarcimento danni per il mancato incasso del credito da parte di quest'ultimo, ma, sussistendo una particolare clausola, quella per l'appunto relativa al *salvo buon fine* - che non si pone sul versante delle conseguenze derivanti dai rimedi risolutivi del negozio inadempito ma su quello dell'indennizzo - è chiamato a ristorare il cessionario senza che si configuri alcun inadempimento attribuibile al medesimo. Di mancato adempimento dello scontatario si potrà semmai parlare se questi non dovesse provvedere ad eseguire l'obbligo di indennizzo non corrispondendo quanto dovuto in luogo del pagamento che doveva effettuare il debitore ceduto.

A questo punto però non resta che affrontare il più arduo tra i molti problemi che la clausola *salvo buon fine* impone: scoprire il significato dell'inciso che discende dall'attività dell'interprete. Ma per far ciò occorre dapprima dimostrare che lo scontatore non può sciogliersi dal negozio di sconto allorquando il credito non venga ad essere fatto oggetto di estinzione da parte del debitore ceduto attraverso il pagamento alla scadenza, non potendosi, in presenza di un simile evento, affermare che il credito scontato ha perso quelle caratteristiche monetarie che ne avevano giustificato l'anticipazione, essendo innanzitutto escluso, al pari di quanto meglio verrà esposto nel paragrafo seguente, che sia corretto parlare, con riferimento all'incasso del credito medesimo, di una qualità di quest'ultimo.

¹⁶ A tal proposito C. VIVANTE, *I titoli all'ordine. La cambiale*, in *Trattato di diritto commerciale*, V ed., III, *Le Cose*, Milano, Vallardi, 1924, 253, n. 1118, aveva addirittura parlato, con riferimento al negozio in commento, di «rapporto meramente cambiario». Anche per L. BOLAFFIO, *La prescrizione cambiaria e il rapporto giuridico fondamentale*, in *Foro it.*, 1907, I, 576, lo sconto consisteva nella vendita di una cambiale prima della sua scadenza allo scopo di procurarsi la somma di denaro portata dal titolo.

¹⁷ Con riguardo ad una simile classificazione v. *infra*, nt. 227, § 13.

§ III.2. – *Il rigetto della sussistenza di un obbligo dello scontatario in termini di qualità del credito ceduto e di risultato promesso da parte dello scontatario*

Se si parte, al pari di quanto affermato nel paragrafo che precede, dalla lettura della proposizione in rassegna attribuendo alla stessa il significato che nello sconto bancario la cessione del credito debba avvenire *garantendo ed assicurando il buon fine dell'incasso*, forte è il tentativo di concludere che ciò a cui è chiamato in termini di prestazione lo scontatario consiste nel trasferimento di un credito oggetto effettivamente di pagamento da parte del debitore ceduto alla scadenza. Tuttavia, un siffatto epilogo non corrisponde al comportamento che il cedente deve tenere ed in particolare alla natura giuridica del vincolo che finisce per ricadere nella sua sfera. Solo apparentemente la formulazione in rassegna è espressiva della circostanza di voler attribuire in capo allo scontatario l'obbligo di trasferire un credito di cui egli assicura l'adempimento del ceduto come se quest'ultimo rappresentasse una qualità del bene medesimo, né detto incasso può costituire un esito a cui il cedente si impegna. Diverse sono le argomentazioni a sostegno di una simile conclusione che, tuttavia, è bene scorrere distinguendo tra il rigetto dell'impostazione che vede nella riscossione del credito un attributo particolare di quest'ultimo, da un lato, e la confutazione di tale evento quale obbligo di risultato promesso, dall'altro.

Quanto al primo dei due suddetti aspetti, si è sostenuto come l'espressione «bontà» del credito, che sarebbe tipica di un pretesa creditoria incassabile a scadenza, non integri – al pari di quanto farebbe propendere l'etimologia del termine – una qualità del diritto alienato: del tutto dirimente è la considerazione per cui la riscossione del medesimo è in realtà determinata da una serie di fattori che, attenendo esclusivamente alla situazione giuridico-patrimoniale del debitore ceduto ed alla sua evoluzione nel tempo fino alla scadenza dell'obbligazione stessa, non possono per nessuna ragione costituire «un modo di essere» del primo¹⁸. L'affermazione merita di essere condivisa. Lo scontatario attraverso la clausola *salvo buon fine* non assume l'obbligo giuridico di trasferire un credito contraddistinto dalla qualità di essere incassabile alla scadenza e, pertanto, non si impegna a far sì che il pagamento da parte del debitore ceduto costituisca una caratteristica intrinseca del medesimo, limitandosi invero ad assicurare – co-

¹⁸ G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, 364, il quale, pur ricordando che la solvibilità del debitore ceduto era spesso descritta come una qualità del credito, sosteneva come ciò non significasse che la stessa difettesse in ipotesi di mancato pagamento, esprimendo il termine *solvibilità* solo una prognosi di probabilità che il credito venisse, alla scadenza, incassato.

me si avrà modo di meglio precisare tra breve - un indennizzo in ipotesi di inadempimento di quest'ultimo. In altri termini l'incasso non è un requisito specifico del credito¹⁹, né una particolare caratteristica del medesimo che lo scontatario è in grado di produrre, sì che la mancata riscossione del credito non potrà mai costituire prestazione difforme da quella a cui il medesimo era tenuto. Di qualità di quest'ultimo potrà tutt'al più parlarsi in relazione alle caratteristiche in ordine alla sua scadenza - che è possibile individuare dalle parti come prossima o protratta nel tempo - piuttosto che alla sussistenza di eventuali accessori quali garanzie particolari, privilegi, ovvero altri fattori che si misurano al momento del passaggio, ma mai con riferimento a quelle attività esecutive di adempimento - al pari della riscossione - che attengono alla sfera esclusiva del debitore ceduto. Altrimenti detto, mentre rientra nella qualità del credito, trattandosi per l'appunto di un attributo del medesimo, l'esigibilità dello stesso che può essere più o meno protratta nel tempo - aspetto quest'ultimo che è irrilevante tra l'altro ai fini dell'esatta esecuzione o meno del debitore ceduto - ben più difficile è ipotizzare un inadempimento dello scontatario per un fatto - il mancato pagamento a scadenza - del ceduto.

Peraltro, anche qualora si volesse accedere ad una diversa ricostruzione²⁰, sarebbe alquanto difficile immaginare che il cedente possa impegnarsi a trasferire determinate caratteristiche del credito. Le ragioni sono presto dette. Al riguardo particolarmente significativa è la considerazione che spinge a riflettere sulla circostanza che l'attribuzione traslativa del diritto è un *effetto reale* prodotto *ex art. 1376 c.c.* dal mero consenso dei contraenti e non l'oggetto di una obbligazione *ex venditione*. Non sarebbe possibile concepire, nel caso che ci occupa, un'obbligazione concernente la cessione di un credito munito delle qualità promesse, posto che una volta che il consenso traslativo dispiegasse i propri effetti ed il diritto relativo passasse nella sfera dello scontatore, allo scontatario sarebbe precluso qualunque contegno dedotto in obbligazione volto a garantire l'adempimento a scadenza del debitore ceduto.

¹⁹ Potendolo essere per G. PANZARINI, *op. et loc. supra cit.*, solo se al perfezionarsi dello sconto bancario il debitore ceduto si fosse trovato in una procedura concorsuale di per sé idonea a supportare la conclusione che detto credito non sarebbe più stato astrattamente pagabile a scadenza in forza dei principi civilistici di adempimento delle obbligazioni, posto che l'assoggettamento a concorso avrebbe introdotto tempi e modalità di soddisfacimento completamente differenti.

²⁰ Di qualità del credito ceduto ha parlato con riferimento all'art. 1267 c.c. L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, Giuffrè, 2003, 57 ss., per la quale la *solvibilità* - intesa quale caratteristica specifica o modo d'essere del credito talmente legato ad esso da condizionarne la contrattazione - poteva assumere il carattere di qualità del bene alienato che era già dovuta al momento della cessione e di cui pertanto risultava responsabile il cedente anche se era idonea a manifestarsi solo in un momento successivo al trasferimento.

Né, invero, come poc'anzi accennato si tratta di un problema di inadempimento del cedente ad un obbligo di risultato promesso. A tal proposito militano a favore di una siffatta conclusione una serie di argomenti che inducono ad escludere che la clausola abbia il preciso significato di impegnare lo scontatario alla realizzazione di un determinato obiettivo voluto dalle parti: l'incasso del credito a scadenza ad opera dello scontatore. Ad essere oggetto di prestazione dovuta da parte dello scontatario – tanto da costituire violazione dell'impegno assunto in ipotesi di difformità – non è il *buon fine* del credito nel momento in cui diviene esigibile, e ciò sul presupposto che non potrebbe ammettersi che il bene trasferito finisca per essere diverso da quello promesso in vendita sotto il profilo non tanto della sua qualità quanto degli esiti che lo stesso si prefigge di raggiungere. Con la stipula del contratto il cedente non si è impegnato a far sì che il cessionario incassi sempre e comunque – a pena di inadempimento e conseguenti rimedi risolutivi del negozio – il credito direttamente dal debitore ceduto, avvenendo la sua liberazione solo a fronte della completa riscossione del medesimo da parte della banca. La fattispecie in esame non comporta, infatti, un'obbligatoria scissione tra il piano del trasferimento – che si realizza quale effetto reale del contratto con il perfezionamento dello stesso – e quello dell'esecuzione del fine voluto dalle parti in relazione a cui occorre attendere la scadenza del credito ceduto, posto che l'esito finale, lungi dal porsi quale autonoma obbligazione di risultato, non si colloca sul fronte dell'adempimento del debitore in termini di promessa di un certo epilogo conclusivo, vale a dire l'incasso del credito: l'effetto traslativo si realizza, in realtà, come poc'anzi accennato, immediatamente e senza la necessità di alcuna attuazione da parte del cedente.

Infatti, se da un lato, si può in astratto dedurre in obbligazione un certo risultato in quanto realizzabile tramite un'attività di fare, alla qual cosa si riallaccia la possibilità, in generale, di ricorrere all'azione di adempimento per ottenere una sentenza di condanna ad eseguire quella stessa prestazione rimasta inadempita o ad integrare un'ulteriore attività per regolarizzare un adempimento non esatto²¹ in alternativa al rimedio risolutivo del negozio, dall'altro, non per questo è possibile ampliare acriticamente ed in modo indiscriminato senza alcuna indagine sulla struttura del contratto stesso il concetto di *obbligazione* fino a ricomprendere in essa l'impegno del cedente di immettere nel patrimonio del cessionario un credito che, quale risultato promesso, possa essere utilmente incassabile da parte di quest'ultimo. In defi-

²¹ Così F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 568.

nitiva, nello sconto bancario il diritto relativo viene acquistato nei termini e con le modalità che le parti hanno voluto nel loro programma negoziale e pertanto non si potrà mai porre con riguardo al mancato incasso una fattispecie di risultato difforme da quello dovuto dallo scontatario in termini di inadempimento, ma, analogamente a quanto si dirà nel prosieguo, più semplicemente un problema di ripartizione del rischio di riscossione del credito stesso. Nel caso che ci occupa, l'assunzione di garanzia dello scontatario esula dal suo mero comportamento e mira a raggiungere un fine esterno ed ulteriore rispetto al rapporto obbligatorio con il cessionario del credito: il *trasferimento del rischio* in capo al primo di un evento sfavorevole per il secondo costituito dal mancato pagamento da parte del debitore ceduto. Pertanto, l'incasso del credito trasferito da parte dello scontatore non incide sull'esecuzione dello sconto bancario. Non si tratta di alienare una cosa - il diritto di credito - viziata. Né lo scontatario è responsabile per inadempimento, essendo questi semplicemente garante in ipotesi di mancato incasso da parte dello scontatore. Nell'oggetto del negozio rientra, infatti, anche l'effetto dell'assunzione del rischio da parte del cedente. Come si è poc'anzi concluso solo in corrispondenza dell'evento mancata riscossione del credito sorge un obbligo esecutivo di indennizzo per il cedente, non potendosi configurare una simile fattispecie obbligatoria di risultato in relazione ad una vicenda circolatoria immediata che è già avvenuta. D'altra parte, sotto questo profilo, il buon fine del credito non può che essere sottratto dall'effetto traslativo del diritto relativo per essere fatto oggetto, come meglio si vedrà nel prosieguo, di una *prestazione di assicurazione*.

In conclusione, quindi, non pare possa riscontrarsi nel caso di specie - a differenza di quanto si giungerà ad ammettere in tema di cessione *pro solvendo*²² - un modello obbligatorio che consenta di inquadrare l'adempimento del debitore ceduto quale raggiungimento di un particolare risultato voluto dalle parti e ciò in quanto un simile evento non può essere incluso nell'impegno traslativo o fatto oggetto di obbligazione del cedente, trattandosi per di più di un fatto del tutto estraneo alla sfera di influenza e controllo dello stesso. In altri termini l'esatto risultato promesso da quest'ultimo è quello di trasferire un credito di cui egli stesso ha assicurato l'indennizzo del danno che lo scontatore subirà se l'inadempimento del debitore ceduto si verificherà e non invero quello di immettere un credito sempre e comunque incassabile. A fronte di un tale accadimento non si riscontra infatti una prestazione difforme da quella a suo tempo programmata dai contraenti, prevedendo lo sconto bancario ancora una prestazione negoziale, vale a dire l'in-

²² V. *infra*, cap. V.

dennizzo dello scontatario. Detto diversamente, nel caso che ci occupa, l'ordinamento ammette che un contratto, quello per l'appunto di sconto, si caratterizzi per il fatto che una parte, lo scontatario, prometta una condotta d'altri, assumendo su di sé, in via indennitaria ed in favore di controparte, il rischio che il terzo non tenga quel determinato comportamento. Nonostante la genericità del dettato legislativo e l'atecnicità dell'espressione *salvo buon fine*, vi è, quindi, da ritenere – in forza di quanto sin qui evidenziato – che nello sconto bancario il cedente predisponga in favore del cessionario garantito una *posizione di sicurezza* in ipotesi di mancato adempimento del debitore ceduto, escludendosi che un simile fatto possa essere produttivo di un rimedio risolutorio idoneo a determinare lo scioglimento del contratto e la sua conseguente distruzione sul presupposto per l'appunto che detta riscossione costituisca un evento dedotto in prestazione capace di generare, qualora non si dovesse verificare, un inadempimento dello scontatario.

In verità, mediante l'indennizzo lo scontatore finisce per incassare un credito proprio che si origina dal contratto di sconto e non invece la restituzione dell'anticipazione a suo tempo erogata. L'impressione che si ricava dall'art. 1858 c.c. è, infatti, quella secondo cui la clausola *salvo buon fine* impone allo scontatario un particolare obbligo: garantire la banca dal rischio di mancato incasso che, quale circostanza sfavorevole, sarebbe idonea ad integrare una fattispecie di garanzia del tutto particolare. In effetti, se alla scadenza il debitore ceduto non ha corrisposto le somme dovute, la norma in esame autorizza la banca a pretendere un indennizzo corrispondente al valore nominale del credito, con ciò dovendosi concludere che *salvo buon fine* significa che la cessione si deve ritenere eseguita puntualmente non solo quando il ceduto abbia pagato il debito adempiendo alla propria obbligazione, ma anche quando – *ex contractu* – il cedente scontatario abbia indennizzato lo scontatore della diminuzione patrimoniale subita a seguito dell'inadempimento del terzo.

§ III.3. – Sulla necessità di chiarire l'ambigua nozione di garanzia

Volendo sintetizzare i risultati sino ad ora raggiunti, l'indagine in rassegna ha messo in evidenza come la *prestazione contrattuale* che si origina per effetto della riproduzione della clausola *salvo buon fine* nel regolamento contrattuale determini un'assunzione di *garanzia* da parte dello scontatario contro il rischio che si realizzi l'evento, futuro ed incerto, sfavorevole allo scontatore, idoneo a provocare un oggettivo depauperamento del patrimonio di quest'ultimo, costituito dal mancato incasso a scadenza del credito ceduto. Si tratta a questo punto di appro-

fondire tanto il concetto di *sicurezza* che si verrebbe a determinare a favore della banca attraverso detta prestazione, quanto quello di *rischio*.

A tal proposito, se da un lato numerosi sono i contributi della dottrina, per lo più in ambito assicurativo, sulla definizione di quest'ultimo²³, ciò che, dall'altro, non aiuta a comprendere la vera portata di un siffatto vincolo è l'ambiguità che contraddistingue l'espressione *garanzia*, la quale nel lessico giuridico assume differenti significati²⁴ ricomprendendo – soprattutto a causa della povertà di linguaggio sviluppatasi in argomento e della caratteristica plurale e aperta dei fenomeni ad essa riconducibili²⁵ – figure differenti ed eterogenee quanto alla loro origine e ai loro effetti²⁶.

Nel solco di un simile inquadramento, restringendo il raggio d'azione al solo diritto privato, da un punto di vista sinottico il concetto è impiegato in almeno tre diversi e fondamentali contesti. Innanzitutto l'espressione viene utilizzata al fine di individuare il complesso dei beni che, costituendo la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., consentono al creditore di ottenere un soddisfacimento mediante l'espropriazione forzata; in secondo luogo si parla di garanzie con riguardo alle cause legittime di prelazione – vale a dire pegno, ipoteca e privilegio – ovvero in relazione alla tradizionale distinzione dogmatica tra le prime due, definite *garanzie reali*, e le *garanzie personali*, di cui la fideiussione costituisce il prototipo; infine l'accezione in commento è altresì utilizzata quando si vuole fare riferimento a quella particolare tipologia di garanzia, chiamata *pura* o *in senso tecnico*, caratterizzata dal fatto che sul garante verrebbe a ricadere una prestazione contraddistinta dall'assunzione di un *obbligo di indennizzo* al verificarsi di un certo evento o di un danno da risarcire. Ma mentre la prima delle tre fattispecie appartiene a quei fenomeni da tempo individuati con l'espressione *garanzia generica*, le restanti due costituiscono *forme speciali di garanzia*²⁷ ovvero, come affermato di recente, *garanzie aggiuntive* o

²³ Per il cui tema si rimanda *infra*, § 8.

²⁴ V., in una prospettiva del tutto generale, *Garanzia* [di A. anonimo], in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 446 ss. Tra l'altro per G.A. NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1954, 36, l'equivocità del significato di detto termine spesso ostacolava anche la prospettiva volta a definire il tipo di rapporto tra esso e la responsabilità.

²⁵ Così si era espresso M. FRAGALI, *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, 448, le cui considerazioni sono state riprese da U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Milano, Giuffrè, 2004, 755 e 756, in nt. 5.

²⁶ V., in tal senso e senza pretesa di esaustività, G. BO, *Garanzia*, in *Nuovo Dig. it.*, VI, Torino, UTET, 1938, 192; A. MONTEL, *Garanzia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, 742; G. ROSSI, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, Milano, Giuffrè, 1962, 8; M. FRAGALI, *op. et loc. supra cit.*; G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, VIII, Torino, UTET, 1992, 581; nonché G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1999, 18.

²⁷ V. G. BO, *op. et loc. supra cit.*

specifiche in quanto destinate ad arricchire la prima²⁸, rendendo in tal modo maggiormente certo per il creditore il risultato voluto. Entrambi i modelli di tutela hanno peraltro una funzione di conservazione essendo volti a proteggere l'intero patrimonio dell'obbligato, nell'ipotesi di *garanzia generica*, ovvero determinati beni, in caso di *garanzia specifica*, permettendo in tal modo che l'azione esecutiva avente ad oggetto l'aggressione da parte del creditore dei beni del debitore possa essere efficacemente portata a termine²⁹. A tal proposito è, infatti, noto come nel campo delle obbligazioni la *garanzia specifica* presenti sempre un connotato funzionale nonché strutturale di dipendenza da un differente rapporto soggettivo, oltre che un interesse peculiare, che essa stessa mira a tutelare e a rafforzare, rendendone più certa la realizzazione³⁰.

A prescindere da una simile ricostruzione dogmatica, innumerevoli sono comunque i tentativi della dottrina di addivenire ad una definizione del concetto in esame. In particolare, nell'ambito del primo gruppo di situazioni, vale a dire quello in cui il termine viene impiegato nel senso di garanzia patrimoniale del debitore, si è, in realtà, fatto ricorso all'espressione in rassegna per evidenziare un qualunque mezzo idoneo ad assicurare l'adempimento di una obbligazione³¹. Del pa-

²⁸ V. L. PIAZZA, *Garanzia, I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Treccani, 1989, 3.

²⁹ In questi termini v. L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971, 50 e 51.

³⁰ Ciò è quanto pare desumersi da D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, VI ed., II, *Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, Torino, UTET, 1965, 127, che aveva ritenuto la garanzia personale un meccanismo per raddoppiare o moltiplicare quella patrimoniale generica del debitore principale, così offrendo al creditore una maggiore tranquillità e una più elevata probabilità di futuro soddisfacimento; L. PIAZZA, *op. cit.*, 4, che ricordava come le figure a cui tipicamente il Codice civile assegnava una funzione di garanzia presentassero la caratteristica comune di costituire diritti soggettivi accessori al credito che, fornendo al soggetto attivo del rapporto i relativi poteri, rendevano più sicura la sua posizione.

³¹ V. G. BO, *op. et loc. supra cit.*, la cui accezione andava tenuta distinta da quella destinata a rappresentare l'obbligo di assicurare il godimento di un diritto e la sua esistenza, tipico quest'ultimo della garanzia per evizione nella vendita. Sul tema della garanzia in senso tecnico v. ancor prima F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936, 834, per cui dal punto di vista del creditore, l'oggetto della responsabilità si poteva anche indicare come oggetto della garanzia, in quanto ciò che costituiva la responsabilità per il debitore serviva a tutelare il primo e da questo aspetto scaturiva l'affermazione secondo cui il patrimonio dell'obbligato rappresentava la garanzia per il creditore. Anche per G.A. NUTI, *op. cit.*, 34, la generica nozione del lemma in commento esprimeva la reazione legale preventiva all'inadempimento, in quanto, in base a tale funzione, la tutela della legge era diretta, tra l'altro, a garantire, assicurando la pratica attuazione della responsabilità patrimoniale, la conservazione dei beni del debitore per l'espropriazione forzata. Successivamente pure R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, in AA.VV., *Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, II ed., in *Commentario del codice civile, Libro IV*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1955, 2 e 3, aveva identificato il cosiddetto diritto di garanzia del creditore e quello di aggredire i beni del soggetto vincolato nell'azione esecutiva, ossia in uno strumento processuale al servizio del medesimo per soddisfare il proprio diritto sostanziale di credito, essendo la responsabilità del debitore solo uno stato di soggezione in cui i beni dello stesso erano posti dalla legge di fronte all'azione esecutiva del soggetto attivo del rapporto. In argomento v. inoltre A. MONTEL, *op. et loc. supra cit.*, che nel richiamare Bo aveva preferito impiegare in luogo dell'espressione «assicurare» quella sostitutiva di mezzo idoneo ad «accrescere la sicurezza». Nel

ri la letteratura non ha mancato di porre in risalto come il vocabolo in oggetto possa, fra i vari significati, assumere anche quello di misura del potere di aggressione di ciascun creditore, in relazione alla restante parte del ceto creditorio, sui beni che appartengono al patrimonio del debitore³². Di recente, sempre in relazione ai crediti, con la parola garanzia si è pure inteso il rimedio che offre al soggetto attivo del rapporto la sicurezza di raggiungere il risultato dedotto in obbligazione a cui è interessato, o quanto meno di ottenere il suo equivalente economico, anche nel caso in cui controparte non ponga in essere la propria prestazione o nel caso in cui questa venga meno, attraverso l'azione esecutiva sui beni della medesima o l'intervento di un terzo soggetto³³. Si parla, in tal modo, tecnicamente e in senso proprio di *garanzie del credito* quando si indicano la compulsione e le spinte all'adempimento del debitore o di un terzo, così favorendo la sicurezza del creditore di realizzare il proprio interesse, di neutralizzare o di impedire – o quanto meno arginare – il rischio di rimanere insoddisfatto e pertanto di non conseguire risultati economici ovvero vantaggi o utilità³⁴. Più precisamente, infatti, nel diritto privato, con riferimento ai diritti di credito derivanti da fonte contrattuale, il termine indica i mezzi con i quali la legge vuole tutelare e rendere sicuro il conseguimento o l'esercizio del diritto, sia sotto il profilo dell'adempimento della prestazione oggetto

solco di un simile indirizzo M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, Giuffrè, 1968, 173 e 174, aveva altresì definito il fenomeno richiamato in testo un aspetto essenziale della responsabilità patrimoniale dello stesso, avendo i suoi beni la funzione di garantire l'adempimento dell'obbligazione, al fine di far conseguire alla controparte una somma di denaro coincidente con l'oggetto della prestazione dovuta o con l'equivalente monetario del danno subito dalla medesima a causa dell'inadempimento e ciò per mezzo dell'espropriazione forzata. L'Autore sottolineava pure come il fenomeno in esame fosse stato creato proprio dall'astratta possibilità di escutere il patrimonio dell'obbligato e di imprimere su di esso una speciale disciplina, potendo tale facoltà essere definita quale fase potenziale della destinazione dei beni del debitore al soddisfacimento del creditore. A tal proposito L. PIAZZA, *op. cit.*, 1 e 2, affermava, in effetti, che in quest'ultima ipotesi, non di garanzia si sarebbe trattato in quanto questa si sarebbe riferita esclusivamente ai mezzi indirizzati a dare sicurezza alla pretesa creditoria, ma di vere e proprie obbligazioni assunte all'interno di un rapporto contrattuale prive di una funzione di rafforzamento di un diverso vincolo, coerenti con la causa del negozio in cui erano inserite. Sul tema v. pure G. TUCCI, *op. et loc. supra cit.*, che giungeva alle medesime conclusioni riportate in testo.

³² È questo il caso di quanto affermato da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, Milano, Giuffrè, 1959, 69.

³³ Questa la definizione in senso stretto e tecnico data da F. MASTROPAOLO, *Contratti costitutivi o conservativi di garanzie nei rapporti di obbligazione*, in AA.VV., *I contratti di garanzia*, Torino, UTET, 2006, 9 nonché 36, laddove ha specificato che essa stava ad indicare le conseguenze tanto di inadempimenti dell'obbligato quanto le imperfezioni delle prestazioni di quest'ultimo, afferendo essa non solo al diritto all'adempimento ma anche al godimento delle posizioni soggettive sull'oggetto della prestazione, in tal modo permettendo alla parte creditrice di realizzare la correlata utilità.

Contra M. FRAGALI, *op. cit.*, 451 e 452, per il quale l'art. 2740 c.c. nell'attribuire al creditore il diritto di agire *in executivis* finiva per individuare nei beni del patrimonio del debitore solamente i mezzi che erano messi a disposizione del primo per la relativa azione esecutiva.

³⁴ Questo è anche il pensiero che si desume da G. GRISI, *op. cit.*, 3, 13 e 14.

del medesimo, sia riguardo all'aspetto della tutela risarcitoria dei danni nel caso di inadempimento³⁵.

Quanto invece al secondo gruppo dei fenomeni sopra individuati che fanno riferimento alle cause legittime di prelazione, fin dai primi studi sul tema la dottrina non ha esitato a ricomprendere tra i mezzi rafforzativi dell'adempimento dell'obbligo del debitore tanto le *garanzie personali*, caratterizzate dall'esistenza di una obbligazione a carico di un terzo che si impegna ad eseguire la prestazione in luogo del soggetto vincolato in via principale in ipotesi di inerzia di quest'ultimo, quanto le *garanzie reali*, contraddistinte da un particolare rapporto tra l'obbligazione ed un determinato bene in grado di assicurare al beneficiario un diritto di preferenza nel risultato utile in sede di azione esecutiva escludendo dal concorso altri eventuali creditori³⁶. È questo un fenomeno che consente di affermare come gli strumenti a disposizione del creditore al fine di proteggere il proprio credito non si esauriscano nella garanzia patrimoniale ed in particolare nella sanzione che segue all'inadempimento, costituita per lo più dall'esecuzione forzata, ponendo l'impegno obbligatorio dell'originario debitore essere rafforzato attraverso la costituzione di un vincolo da parte di un terzo, *garanzia personale*, ovvero mediante l'originarsi di un particolare diritto su uno specifico bene del soggetto passivo del rapporto o di un terzo, *garanzia reale*³⁷. In particolare tanto il pegno quanto l'ipoteca o il privilegio finiscono in effetti per rafforzare la posizione della parte attiva del rapporto e specularmente per accentuare il profilo di responsabilità patrimoniale di quella passiva³⁸.

Infine, con riferimento invece al terzo gruppo di situazioni è stato sostenuto come la parola che qui viene in rilievo sia espressiva di un obbligo di risarcimento condizionato all'avverarsi di un atto dannoso, potendosi in tale ultimo caso parlare, al pari di quanto si accennava poc'anzi, di *garanzia in senso tecnico*³⁹. In una simile accezione il termine viene utilizzato per rappresentare un fenomeno di accresciuta sicurezza dell'adempimento di un'obbligazione o di un diritto in grado di determinare l'assunzione del rischio che quanto si assicura si profili poi nella realtà in modo difforme dai termini della garanzia stessa⁴⁰.

³⁵ V. F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia delle obbligazioni*, in AA.Vv., *I contratti di garanzia*, cit., 21 e 22.

³⁶ V. A. MONTEL, *op. et loc. supra cit.*

³⁷ Per una simile riflessione si rinvia a G. Bo, *op. cit.*, 193 e 194.

³⁸ V. L. PIAZZA, *op. cit.*, 3 e 4.

³⁹ È questo il caso di quanto affermato da F. MESSINEO, *op. et loc. ult. cit.*

⁴⁰ V. già parecchi lustri or sono A. MONTEL, *op. et loc. supra cit.* In argomento cfr. successivamente anche E. RUSSO, *Evizione e garanzia. 1959/1965*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986, 132, 133 e 134, per il quale *garanzia* significava offrire sicurezza contro la possibilità del verificarsi di un evento riconducibile alla sfera di controllo dell'uomo, rientrando nel contenuto di essa la componente rappresentata dalla attiva partecipazione del garante in ordine alla mancata verifica dell'accadimento garantito.

Da sempre la figura in commento, è stata definita, con una nozione ristretta, come qualsiasi mezzo che un soggetto mette a disposizione di un altro al fine di porre quest'ultimo al riparo da una diminuzione giuridica del suo patrimonio che il primo è chiamato ad indennizzare⁴¹, assumendosi esso stesso un rischio avversato dalla controparte, determinandosi in tal modo a favore di quest'ultima una utilità ancor prima che l'evento temuto si verifichi⁴². Il rapporto di garanzia consiste, infatti, in una relazione in cui un determinato soggetto, il garantito, è tenuto sollevato da un altro, il garante, nel caso in cui subisca una diminuzione patrimoniale derivante dalla pretesa creditoria avanzata nei suoi confronti⁴³. In un siffatto contesto la dottrina non ha, infatti, ravvisato ostacoli nel ritenere che sussista quindi una prestazione di garanzia laddove qualcuno si addossi l'obbligo di corrispondere un'indennità al verificarsi di un certo evento o di risarcire il danno cagionato da un certo fatto⁴⁴. L'assunzione di garanzia da parte dello scontatario diviene in realtà un modo per raggiungere l'obiettivo che i contraenti vogliono realizzare con il negozio: il trasferimento in capo al medesimo dell'accadimento sfavorevole per il titolare del credito costituito dalla mancata riscossione dello stesso a scadenza. In termini generali, ad un interesse da tutelare viene, infatti, conferita la veste giuridica della garanzia in presenza di due esigenze materiali: l'impossibilità per il creditore di ottenere un risultato utile ricorrendo all'obbligazione – essendo questa inidonea, stante l'assenza in capo al garante di qualsiasi potere di determinazione sull'esito ultimo, a far conseguire il fine a cui questi si è impegnato – o l'obiettivo di attribuire al beneficiario l'interesse finale senza la cooperazione di chi ne promette il soddisfacimento, che viene sostituita dall'assunzione del rischio integrale della mancata realizzazione dello stesso⁴⁵.

⁴¹ Una simile presa di posizione si trovava già in epoca risalente in E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, 211 e 212.

⁴² Significativamente, in termini di assicurazione, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, 41, 42. Che per contratto di garanzia si dovesse intendere quel negozio in cui una parte, al fine di sostenere un'attività già iniziata o promuoverne una ancora da intraprendere, assumeva pattiziamente, di solito senza corrispettivo, totalmente o entro certi limiti, il rischio connesso all'attività stessa era stata opinione anche di A. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, Jovene, 1953, 272. In argomento pure A. RAVAZZONI, *La fideiussione*, Milano, Giuffrè, 1957, 133, 134 e 202 in nt. 50, aveva inteso l'istituto in analisi come meccanismo negoziale atipico grazie al quale il creditore non avrebbe subito danni da una certa obbligazione o li avrebbe sopportati solo in misura contenuta. Al riguardo F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 101, nel riprendere il pensiero di Graziani e di Ravazzoni, aveva ricordato come, con il sintagma *contratto di garanzia*, si potesse indicare il caso in cui una parte assumesse su di sé, di regola senza corrispettivo, in tutto o in parte un futuro rischio collegato all'iniziativa della controparte.

⁴³ V. A.G. DIANA, *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, Cedam, 2018, 538.

⁴⁴ Così M. FRAGALI, *op. cit.*, 448 e 449.

⁴⁵ Così F. PIRAINO, *op. cit.*, 569 e 570.

Sennonché, l'ampiezza e la disomogeneità delle numerose fattispecie prospettate dalla letteratura scientifica si sono ben presto rivelate di ostacolo ai fini di una ricostruzione degli elementi comuni che contraddistinguono le varie accezioni sin qui esaminate⁴⁶. Quei pochi Autori che si sono avventurati con coraggio ed intraprendenza nel delicatissimo tentativo di rinvenire un comune denominatore al concetto in esame hanno, da un lato, affermato come questo possa essere verosimilmente rintracciato nella circostanza che in capo a chi assume una garanzia o su chi vi sia tenuto per legge grava il rischio di una divergenza tra una realtà immaginata, presente o futura, a cui il garantito è interessato, ed una situazione effettiva, attuale o prossima, che frustra le aspettative di quest'ultimo⁴⁷ e, dall'altro, hanno individuato quali elementi usuali alle varie specie di garanzia l'ampliamento della sfera soggettiva debitoria ed un corrispondente mutamento, in termini di rafforzamento qualitativo, della posizione creditoria, aspetti questi due capaci di avvicinare la garanzia al modello assicurativo e volti a far perno sull'autonomia dell'obbligazione assunta dal garante rispetto a quella gravante sul debitore al fine della tendenziale sterilizzazione, mediante traslazione, dei rischi⁴⁸. Ciò non deve tuttavia preoccupare eccessivamente. In modo condivisibile è stato invero ricordato come non sia tanto rilevante individuare un significato ed una disciplina comune dell'obbligo di garanzia, quanto piuttosto porre in evidenza i diversi mezzi che si utilizzano al fine di rendere sicure certe situazioni giuridiche⁴⁹. Sotto questo profilo, il termine, pur assumendo svariate accezioni nell'ordinamento, è, infatti, volto soprattutto a creare sicurezza nei rapporti giuridici, specie nella fase attuativa dei diritti soggettivi di credito; si tratta, pertanto, di uno strumento che dà certezza ai titolari di diritti soggettivi, assoluti o relativi⁵⁰.

Premesso quanto sin qui esposto e tenendo conto che non è certo possibile giungere, anche in forza delle suddette considerazioni, ad una definizione univoca del concetto in commento è, a questo punto, alquanto evidente come nel caso che ci occupa il vincolo che finisce per gravare sullo scontatario non possa certo essere assimilato ad una vicenda giuridica da intendersi nel senso che sul cedente incombe – nell'intento di rafforzare la posizione del creditore con riguardo al rischio di inadempimento del debitore ceduto – l'obbligo di fornir-

⁴⁶ L'osservazione era di G. ROSSI, *op. cit.*, 11, che tra i tanti significati attribuiti al termine aveva richiamato quello generale della garanzia personale specifica, consistente nella costituzione di un'obbligazione nuova capace di rafforzare un vincolo giuridico già esistente fra le parti e dal quale la prima era anche distinguibile concettualmente.

⁴⁷ Così F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995, 21.

⁴⁸ V. G. GRISI, *op. cit.*, 19 e 20.

⁴⁹ V. G. TUCCI, *op. et loc. supra cit.*

⁵⁰ F. MASTROPAOLO, *Contratti costitutivi o conservativi di garanzie*, cit., 4 e 9.

re una garanzia reale o personale ai sensi dell'art. 1179 c.c. Né del pari l'accezione qui in rassegna può essere impiegata al fine di individuare un fenomeno di *garanzia generica* dal momento che l'assenza, al pari di quanto concluso in precedenza⁵¹, di un obbligo del cedente in termini di qualità del credito ceduto e di risultato da parte del medesimo esclude che si renda necessaria la creazione di una vicenda volta a conservare il patrimonio dello scontatario ai fini di una più efficace esecuzione in ipotesi di un suo inadempimento. Quella che rileva nella presente analisi è invece una vera e propria *garanzia pura* o *in senso tecnico*. Già da tempo la letteratura scientifica ha ritenuto che al vocabolo in esame possa essere attribuito il significato di *clausola contrattuale* o *prestazione di garanzia, effetto* – derivante, in alcuni contratti, da norme di diritto suppletivo derogabili, in certa misura, dai contraenti – in base al quale il garante non si impegna ad adottare un certo comportamento ma assume un vero e proprio *rischio contrattuale*, assicurando la controparte del godimento di un diritto o di un bene⁵². Questo è quanto accade anche nella fattispecie in esame. Al riguardo, se volessimo ricorrere ad una espressione desueta, cara ai giuristi romani, ma alquanto espressiva del significato che la stessa racchiude in sé, lo scontatario sarebbe chiamato a *praestare* o a *star garante*⁵³, e di ciò si darà atto nel paragrafo che segue.

⁵¹ V. *supra*, § 2.

⁵² V. G. TUCCI, *op. et loc. supra cit.*, il quale ha precisato che a detta assunzione di rischio conseguiva, al suo verificarsi, la produzione in capo al garante di effetti che sotto certi aspetti si avvicinavano a quelli propri dell'inadempimento delle obbligazioni.

⁵³ Nel diritto romano il *praestare* rappresentava la terminologia che meglio si adattava ad indicare il contenuto dell'obbligazione primitiva (v. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Parte I, Padova, Cedam, 1960, 34 e 35, per il quale detto termine, inteso quale vincolo di garanzia, nell'evoluzione del pensiero giuridico era giunto ad indicare il risultato al quale era rivolta l'aspettativa del creditore nonché gli strumenti di soddisfazione dell'interesse tipico del medesimo – sovrapponendosi in tal modo al significato moderno di *prestazione* – ossia i mezzi ai quali ineriva fin dall'origine l'idea di una convertibilità in un valore monetario) pur mancando una compiuta concettualizzazione attinente alla prestazione. In quest'ultimo senso v., per la dottrina italiana, G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, III ed., Torino, Giappichelli, 1966, 12 e 30 ss., laddove, dopo aver ricordato che la portata tecnica del *praestare* non era facile da determinare, potendo invero l'espressione assumere un significato molto vasto, aveva evidenziato come esso avesse insito un senso di garanzia e fosse capace di riferirsi a casi di obbligazione difficilmente riconducibili agli schemi del *dare* o del *facere*, potendo nell'immediato esprimere l'idea di garantire e di rispondere.

Negli ordinamenti più recenti, i primi studi sul *praestare* risalgono al R. MAYR, *Praestare*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Zweiundvierzigster band, I.V. Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Weimar, Hermann Bohlaus Nachfolger, 1921, 201 ss., ed in particolare 204, 205 e 209, dai quali si evinceva che il verbo veniva spesso utilizzato per indicare non tanto una certa prestazione come contenuto dell'obbligazione, quanto la responsabilità in base a cui il debitore avrebbe risposto nel caso concreto in ipotesi di inadempimento, essendo così possibile risalire da questo significato al valore originale etimologico dello stesso (*praes* e *stare*) di assunzione di una garanzia ossia di una responsabilità.

§ III.4. – *Il difficile inquadramento dell'obbligazione di garanzia*

È ora giunto il momento di affrontare in modo specifico i profili giuridici che caratterizzano la situazione di sicurezza che si viene a creare per lo scontatore a seguito degli effetti prodotti dalla stipula del contratto di sconto ed in particolare dell'efficacia della clausola *salvo buon fine*. Se si esclude, al pari di quanto concluso in precedenza⁵⁴, che detta fattispecie possa costituire una qualità del credito ovvero una obbligazione di risultato che quest'ultimo ha diritto di pretendere, non sembra certo fuori luogo inquadrate una simile vicenda giuridica nell'ambito dei fenomeni di assunzione, da parte dello scontatario, di una garanzia avverso il rischio di mancato incasso del credito trasferito. A tal proposito si è correttamente osservato come il legislatore o la volontà delle parti ben possano imputare a una di esse la mancata realizzazione di un fine che esula dalla sua sfera di incidenza, ma in tale ipotesi è necessario escludere la forma giuridica dell'*obbligazione* per ricadere in quella della *garanzia*⁵⁵. È ciò è quanto si osserva nel caso che ci occupa: il legislatore imputa allo scontatario la mancata realizzazione da parte dello scontatore dell'obiettivo costituito dall'incasso del credito trasferito.

Come si è già avuto modo di apprezzare in più occasioni, la cessione del credito di cui allo sconto bancario non si esaurisce nel mero trasferimento della titolarità del diritto a pretendere l'adempimento del debitore ceduto. L'inserimento voluto dalla legge della clausola *salvo buon fine* implica che, se durante la prosecuzione del rapporto giuridico – e più precisamente alla scadenza del credito ceduto – si verifica un evento sfavorevole, costituito dalla mancata riscossione dello stesso ad opera dello scontatore, questi, per il fatto che il trasferimento si è rivelato inidoneo a soddisfare il suo interesse, potrà far valere il diritto ad ottenere un indennizzo. Tuttavia, la carenza di una esauriente e precisa regolamentazione del fenomeno, da un lato, e la laconicità del linguaggio impiegato dall'estensore dell'enunciato, dall'altro, non aiutano ad individuare con precisione la natura ed il contenuto di detta garanzia. Lo scopo della ricerca è quindi quello di tentare di cogliere e di descrivere i connotati dell'inciso in commento sotto il profilo del suo significato in termini giuridici. L'indagine in rassegna non può, quindi, che prendere avvio dalla necessità di comprendere se detta assunzione di rischio ad opera dello scontatario configuri o meno una obbligazione del medesimo.

⁵⁴ V. *supra*, § 2.

⁵⁵ In tal senso si è espresso F. PIRAINO, *op. cit.*, 610.

Da tempo la letteratura, sul presupposto che possa essere dedotto in *obbligazione* qualsiasi fatto che si traduca in una utilità per il creditore, si interroga sull'ammissibilità di una *obbligazione di garanzia* caratterizzata per l'appunto dall'assenza di un contegno di controparte⁵⁶.

⁵⁶ Per la risposta affermativa cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, 82 ss., specie 83 e 90, laddove aveva ricordato che i *vincoli obbligatori di garanzia*, costituivano ipotesi di mancanza in capo al debitore del potere di fatto di produrre l'evento per cui il medesimo era comunque chiamato a rispondere, potendo sussistere nel nostro ordinamento casi, benché eccezionali, di responsabilità slegata da un inadempimento; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1954, 151, in nt. 160, e 158, per cui la garanzia offerta da un contraente all'altro poteva costituire l'oggetto di un'obbligazione ed essere ritenuta qualcosa che veniva effettivamente dato al garantito, anche in assenza di una concreta attività di dare, potendo una simile prestazione essere definita «assunzione della cura dell'interesse dell'altra parte»; G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955, 68 e 69, per il quale la prestazione di garanzia si identificava nel fatto stesso di sopportare il rischio e aveva una disciplina propria e autonoma, in quanto lo strumento di detta cooperazione era l'obbligazione che si esauriva nella responsabilità che conseguiva ad un avvenimento esterno al rapporto. In argomento cfr. inoltre F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Jovene, 1959, 165, 166 e 169, il quale, richiamando la letteratura tedesca sviluppatasi sul punto, aveva messo in evidenza come la caratteristica dei rapporti obbligatori di garanzia in senso tecnico fosse la presenza di un impegno a risarcire un soggetto dai danni a lui derivanti dalla mancata realizzazione di un interesse, che però non si era tenuti ad attuare attraverso un contegno personale; nonché G. GROSSO, *op. cit.*, 30 ss., per il quale il *praestare*, inteso nel significato di una garanzia e quindi diverso dal *dare* e dal *facere*, poteva costituire oggetto dell'obbligazione. Pure a giudizio di U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, 155, di garanzia quale oggetto di quest'ultima si parlava anche nel senso di un'assunzione, tramite contratto, della garanzia di un determinato esito o con riferimento alla natura stessa dell'obbligazione. In argomento A. DI MAJO, *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1991, 23, non ha mancato di riconoscere alla categoria degli obblighi di garanzia o di rischio autonomia rispetto a quelli di dare. Sul punto E. PERRIER, *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in AA.VV., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, Egea, 1994, 66, in tema di promessa del fatto del terzo, ha in termini ricognitivi ripreso le posizioni di Betti e di Scalfi, secondo cui la funzione di garanzia si esplicava nell'impegno assunto dal promittente di sopportare fin da subito il rischio che il terzo non si compiesse o non si obbligasse a compiere quanto promesso, essendo il pagamento dell'indennizzo del tutto eventuale oltre che successivo. L'esistenza di prestazioni, consistenti nella sopportazione di un rischio, non riconducibili ad una condotta era ricordata pure da C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, II ed., Tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1999, 40. Nel senso del testo cfr. altresì M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1999, 471 e 472; R. PARTISANI, *L'obbligazione di garanzia*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, UTET, 2004, 1421, laddove è stato evidenziato come anche l'obbligazione di garanzia presentasse la particolare funzione di tenere indenne da un pregiudizio, consistendo essa nell'assunzione di un rischio; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, III ed., II, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, Cedam, 2015, 18, per cui oggetto del legame obbligatorio può essere anche una prestazione di garanzia, caratterizzata dall'assenza di un comportamento e dalla presa in carico della possibilità dell'avverarsi di un fatto dannoso.

Sotto la vigenza del precedente Codice cfr. G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Torino, UTET, 1937, 89, che si era espresso con riferimento alla garanzia in termini di «promessa di indennità» e G. PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, II ed., in IDEM, *Diritto civile italiano*, Parte II, *Diritto delle obbligazioni*, II, Padova, Cedam, 1936, 77, per il quale il *praestare* indicava il rendersi garante del verificarsi o meno di un determinato esito, potendo detta espressione essere riferita a quelle ipotesi in cui taluno garantiva una certa pena - verosimilmente da intendersi quale prestazione - per il caso che accadesse o meno di un certo fatto promesso.

È, infatti, oramai pacifico in dottrina che la prestazione quale oggetto dell'obbligazione non necessariamente consiste nel solo comportamento del debitore, potendo l'obbligazione stessa concepirsi anche quale conseguimento di determinati risultati che, pur non derivando da una attività materiale di quest'ultimo, sono comunque ad esso attribuibili⁵⁷. La conclusione ha radici profonde: già sotto il vigore del Co-

⁵⁷ Per vero già nei decenni passati gli studiosi avevano messo in luce come la condotta del debitore non rappresentasse elemento sufficiente per comprendere l'essenza del rapporto obbligatorio, trattandosi di un aspetto del tutto parziale. A tal proposito aveva enfatizzato la circostanza che la produzione di un risultato fosse alla base di quest'ultimo anche laddove sussisteva un comportamento L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 188. Al pari di quanto rilevato da P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1297, la prestazione soggettiva - tale in quanto riferita al contegno debitorio, ossia al ruolo strumentale che l'obbligazione svolgeva - e quella oggettiva - con riguardo al fine cui tendeva il vincolo - non costituivano altro che profili diversi dai quali valutare la medesima utilità. Più di recente lo stesso Autore - v. IDEM, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 562 - si è spinto oltre e, senza per questo rigettare quanto precedentemente sostenuto, ha ammesso, tenendo conto delle novità introdotte dalla disciplina di fonte comunitaria in ordine alla compravendita di beni di consumo, la «necessità di riformulare il concetto di *prestazione dovuta* come oggetto dell'obbligazione, nel senso di attenuare il profilo del comportamento dovuto e di concedere prevalenza a quello del risultato oggettivo che si [doveva] garantire al creditore». Pure a giudizio di A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, Giuffrè, 1964, 337, esistevano nel nostro ordinamento legami obbligatori che non trovavano necessariamente esecuzione tramite l'adempimento di una prestazione. Avevano inoltre posto l'accento sull'importanza della soddisfazione dell'interesse del creditore e del raggiungimento dell'esito dedotto nel negozio: G.A. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, Giuffrè, 1975, 59 ss.; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1320, III ed., Tomo I, (Titolo I), in *Commentario del Codice civile*, Libro IV, Torino, UTET, 1982, 4; G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in G. ALPA, V.Z. ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, Giuffrè, 1987, 23; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Artt. 1173-1176, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro IV - *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988, 111, 112 e 116; IDEM, *Obbligazione I) Teoria generale*, cit., 21. Particolarmente idonea a sintetizzare la complessa tematica in esame è stata l'opinione di U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 135 e 136, secondo cui la prestazione dovuta nell'attuazione del rapporto contrattuale si coglieva solo tenendo in considerazione il concorso di un elemento personale - rappresentato dal comportamento o dal contegno del debitore - e di uno oggettivo, consistente nell'utilità spettante al creditore. Significative aperture in tal senso si sono potute rinvenire anche in C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in IDEM, *Diritto civile*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, 68 ss., che ha rigettato l'idea indirizzata a ridurre la prestazione esclusivamente all'attività del soggetto vincolato. Questa parrebbe essere la direzione verso cui si è mossa anche la più recente letteratura. Nonostante i tentennamenti di C.A. CANNATA, *op. cit.*, 37 e 40, che - pur parendo prediligere la tesi soggettiva della prestazione fondata sull'intervento del debitore - ha, tuttavia, ammesso che esistevano prestazioni non riconducibili ad un comportamento, numerosi sono stati, infatti, gli Autori che hanno ritenuto che debba essere accordato maggior rilievo ad un concetto di *prestazione* quale strumento per attuare il risultato vantaggioso del negozio e conseguentemente l'interesse che il creditore si aspettava e ciò sul presupposto che il contegno dell'obligato costituiva solo una tendenza dell'ordinamento a cui si affiancavano numerose eccezioni che davano per l'appunto importanza al fatto che la relazione instauratasi fra le parti era diversamente considerata a seconda del peculiare interesse che di volta in volta le stesse si prefiggevano di realizzare. In tal senso cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, Artt. 1346-1349, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2001, 19 e 20; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 41; A. FONDRIESCHI, *Prestazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiornamento, Tomo II, Torino, UTET, 2007, 969; G. BOZZI, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in AA.VV., *Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, Tomo I, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 72 ss.; S. TAGLIAPIETRA, *La prestazione. Struttura e contenuti dell'obbligazione*, Padova,

dice civile del 1865 si era affermato il principio secondo cui il diritto del creditore sarebbe stato configurabile quale diritto al conseguimento del bene dovuto e non invero alla condotta del debitore che rappresentava solo il mezzo per la realizzazione del diritto di credito⁵⁸, escludendo che il suo interesse potesse tendere alla sola prestazione del debitore intesa quale attività da questi dovuta. L'indirizzo prevalente poc' anzi descritto aveva, infatti, manifestato una certa insoddisfazione per lo schema della cosiddetta teoria soggettivistica o personale⁵⁹ – considerata di per sé inidonea a ricostruire la vicenda obbligatoria, in quanto incentrata esclusivamente sulla condotta del soggetto passivo del rapporto – senza, tuttavia, aderire completamente all'opposta tesi patrimoniale, che declassava del tutto quest'ultima, anch'essa sviluppata in quello stesso periodo⁶⁰.

Cedam, 2013, 12; F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato. Le obbligazioni. I Contratti. L'impresa*, Milano, Giuffrè, 2014, 13.

⁵⁸ Così F. INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, Cedam, 1934, 96. Che l'oggetto dell'obbligazione non fosse la prestazione ma l'oggetto di quest'ultima, valeva a dire il bene che essa doveva procurare era stata opinione affermata anche da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in IDEM, *Raccolta di scritti* (già Milano 1936), Tomo II, Milano, Giuffrè, 1980, 1043, 1044, 1045, 1046 e 1049; nonché IDEM, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 2; G. ANDREOLI, *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, Cedam, 1937, 7 e 8; E. GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, Giuffrè, 1938, 5 e 6.

La tesi in commento aveva trovato accoglimento anche nei primi anni successivi all'entrata in vigore del Codice civile del 1942. Cfr. a riguardo L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, Cedam, 1943, 63 e 64; nonché D. BARBERO, *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, II ed., Milano, Giuffrè, 1950, 62.

⁵⁹ Per vero, l'impostazione concettuale della tesi che pone al centro dell'obbligazione il contegno del debitore ha per buona parte del ventesimo secolo ottenuto l'adesione del giurista italiano. V., *ex plurimis*, E. GIUSIANA, *L'atto del terzo, il diritto di credito e l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I, 232 e 233; S. ORLANDO CASCIO, *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, Giuffrè, 1938, 63 e 138; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, I, La struttura*, Milano, Giuffrè, 1946, 21; L. BUTTARO, *op. ult. cit.*, 94, in nt. 2; M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1965, 598; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 184; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, Milano, Giuffrè, 1984, 55; B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988, 17; M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Adempimento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988, 1; A. CHIANALE, *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, UTET, 1995, 341.

Di recente l'indirizzo in esame ha trovato accoglimento in talune isolate voci. Partendo dalla suddetta tesi soggettivistica F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, II. Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2008, 38, hanno sostenuto che beni ed utilità venivano in rilievo non in quanto tali, ma sempre dentro ad una relazione in cui un soggetto era tenuto a fare qualcosa verso un altro. Anche L. GENGHINI, R. APICELLA, *Le obbligazioni*, Padova, Cedam, 2015, 1, giungono ad affermare che il creditore ha diritto di pretendere dal debitore un comportamento, consistente in una prestazione, volto a soddisfare un interesse del primo.

⁶⁰ Avevano di contro affermato che la prestazione si sostanziasse nella soddisfazione dell'interesse creditorio ovvero nell'esito del rapporto intercorrente tra creditore e debitore a prescindere dalla condotta di quest'ultimo, incentrando sul patrimonio l'obiettivo conclusivo del diritto all'equivalente pecuniario, essendo il debitore assoggettato al potere coattivo di controparte, F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni, II, Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 529 ss.; IDEM, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *AA.VV., Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*

I risultati raggiunti in argomento non sono irrilevanti ai fini dell'indagine che qui si sta cercando di compiere. Nulla escluderebbe, infatti, che anche una garanzia del tipo di quella che contraddistingue il disposto dell'art. 1858 c.c. possa essere inquadrata nell'ambito del fenomeno obbligatorio, in tal modo accogliendosi la costruzione che supera la necessità e l'esclusività di un comportamento da parte del debitore. In effetti pure nel caso di specie, non si assisterebbe ad un vero e proprio obbligo comportamentale del cedente, né potrebbe esserlo trattandosi di *obbligazione di garanzia*. La circostanza che lo scontatario possa o meno influire sul fatto che il debitore ceduto adempia non impedirebbe, infatti, la nascita, in capo al primo, di un impegno giuridicamente rilevante nei confronti dello scontatore al fine di evitare un pregiudizio nel patrimonio di quest'ultimo a causa del mancato incasso del credito trasferito⁶¹. Il potere di controllo non dovrebbe mai essere confuso con il fatto che un soggetto debitore possa essere chiamato a rispondere. A ragion del vero, infatti, la prestazione di garanzia, che si distingue per la singolare funzione di tenere indenne il creditore da un preciso pregiudizio che potrebbe accadergli in conseguenza del verificarsi di un certo evento rischioso non consiste in un'attività materiale del soggetto vincolato, ma si caratterizza per l'assunzione da

*nel venticinquesimo anno del suo insegnamento, Padova, Cedam, 1927, 251 e 252, poi ripreso in F. CARNELUTTI, Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni, in IDEM, Studi di diritto processuale, II, Padova, Cedam, 1928, 219, 220 e 221; A. ROCCO, Il fallimento. Teoria generale ed origine storica, Titolo I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1917, 28; C. GANGI, Il debito e la responsabilità. Le obbligazioni naturali, in IDEM, Scritti giuridici vari, I, Padova, Cedam, 1933, 317, 322, 328 e 343. Anche F. FERRARA JR., L'esecuzione coattiva della compra-vendita commerciale, Milano, Giuffrè, 1937, 76, 77 e 78, in epoca risalente aveva rilevato come il diritto del creditore potesse essere soddisfatto anche a prescindere da un contegno e da un impegno del debitore essendo il contenuto del diritto di credito sempre «un'utilità economica» da ricavare dal patrimonio altrui, risolvendosi l'obbligo in «un onere sul patrimonio del debitore». Pure L. COSATTINI, La revoca degli atti fraudolenti, Padova, Cedam, 1939, 7 e 8, aveva affermato che, in caso di mancato adempimento dell'obbligazione da parte del debitore, il creditore avrebbe potuto realizzare il proprio diritto servendosi o dell'esecuzione diretta sulla *res* dovuta o dell'esecuzione indiretta sul patrimonio del debitore, venendo così realizzato coattivamente, in modo diretto o mediato, il diritto di credito stesso. Successivamente anche E. BETTI, *op. ult. cit.*, 71, 72, 76, 77, richiamando in argomento gli studi di una parte di Autori di dottrina tedesca – per cui l'aspettativa di prestazione del creditore era sempre soddisfatta per il solo fatto che si desse vita al risultato oggettivo di essa, della cui produzione il debitore rispondeva, indipendentemente dall'autore della medesima – aveva asserito che l'aspettativa del creditore alla prestazione finiva per porsi in termini più ampi rispetto al dovere di collaborazione dell'obbligato.*

⁶¹ L'aspetto è stato affrontato fin dai primi studi. Già in epoca risalente E. BETTI, *op. ult. cit.*, 84 e 85, aveva segnalato come per i giuristi romani fosse irrilevante ai fini dell'esistenza dell'obbligazione la sussistenza di una impossibilità di produrre l'evento di cui il debitore era chiamato a rispondere. Pure P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 16 e 17, più di recente, ha sottolineato come anche nel diritto romano fosse sentita l'esigenza di una «tutela oggettiva» da assicurare attraverso un trasferimento del rischio e la contestuale promessa di una prestazione a fronte del verificarsi di determinati fatti sì che era dato riscontrare casi in cui il vincolo del *praestare* era riferito in modo specifico a situazioni tali da far nascere in capo al debitore l'obbligo di pagare una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno al verificarsi oggettivo di un fatto del tutto indipendente dalla propria signoria.

parte di quest'ultimo di un rischio⁶². In ragione di quest'ultimo aspetto alle obbligazioni di garanzia non è applicabile l'art. 1218 c.c., che presuppone, invero, un comportamento⁶³. Pertanto, qualora fosse dedita in obbligazione, la prestazione di garanzia andrebbe quindi collocata al di fuori della tradizionale tripartizione tra *dare, fare e non fare* caratterizzandosi per un concetto più ampio e per la circostanza di determinare sul patrimonio dell'obligato un *vincolo* alla sopportazione del rischio altrui⁶⁴. Al termine *prestare* non andrebbe quindi attribu-

⁶² Così F. GALGANO, *op. ult. cit.*, 18 e 75 ss., per il quale, mentre da un lato l'avverarsi del rischio si sostanzia nel fatto giuridico idoneo a far sorgere l'obbligazione di garanzia, dall'altro il fatto produttivo di quest'ultima non sarebbe valutabile quale inadempimento. In argomento anche C.A. CANNATA, *op. et loc. supra cit.*, ha ricordato come esistessero prestazioni non riconducibili ad un comportamento, al pari di quando la prestazione consisteva nell'assunzione di un rischio. Sul tema v., inoltre, quanto ricordato da A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, cit., 114 e 116, secondo il quale, ancorché eccezionali, sussistevano nell'ordinamento giuridico ipotesi in cui la prestazione aveva il significato della garanzia di un risultato indipendentemente dall'attività del debitore, quali ad esempio la garanzia per vizi nella vendita, nella locazione e nell'appalto; oltre che IDEM, *Obbligazione I) Teoria generale*, cit., 23, laddove ha ritenuto ancora dotata di autonomia l'antica categoria di obblighi di *praestare*, riscontrabile nelle obbligazioni di garanzia o di indennità, in base alla quale una parte assicurava all'altra che avrebbe sostenuto al posto di quest'ultima il costo di un pregiudizio, di un evento o di un inadempimento, ciò costituendo già di per sé un'utilità oggetto di contrattazione e dunque nascita di un vincolo obbligatorio. Conf. U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 155, in cui l'Autore si è espresso in termini di assunzione di un certo risultato. In questa direzione cfr. altresì M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, III ed., Milano, Giuffrè, 1975, 275 e 276, che, pronunciandosi con riferimento alla prestazione del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c., a quella dell'assicuratore e a quella del fideiussore, affermava come essa costituisse oggetto di un'obbligazione di garanzia, intesa non già quale prestazione diretta ad un certo obiettivo, bensì quale «promessa di risarcimento», nel caso di mancato raggiungimento dell'esito ultimo.

Che il *praestare* nel suo significato tecnico - volto a mettere in luce l'elemento della responsabilità (*praes stare*) ovvero la situazione in cui un soggetto si presentava per rispondere di qualcosa, ponendosi dinanzi ad essa (*prae stare*) - esprimesse l'elemento della responsabilità insito nell'impegno era stato messo in luce già da G. GROSSO, *op. et loc. supra cit.*, che aveva altresì ricordato come tale categoria fosse dotata di un'autonomia propria rispetto a quella del *dare* e del *facere*, idonea a contenere tutti quei vincoli che difficilmente avrebbero potuto essere ricondotti a queste ultime, in quanto espressione non di un dovere di condotta bensì di un impegno di responsabilità; nonché, in epoca precedente, G. SCALFI, *op. ult. cit.*, 70, secondo il quale le *obbligazioni di garanzia* potevano essere definite rapporti di responsabilità, consistendo in primo luogo la prestazione del garante nella sopportazione di un rischio, sotto l'aspetto soggettivo, e nella sicurezza relativa all'avvenire del garantito, in senso oggettivo; e E. BETTI, *op. ult. cit.*, 82 ss., che aveva ricordato come esistessero casi - le obbligazioni di garanzia per fatti oggettivi che si sottraevano in tutto o in parte al controllo del debitore - in cui questi rispondeva per un evento nonostante egli non avesse alcuna signoria di fatto di produrre il medesimo.

⁶³ Che detta norma non trovi applicazione a fronte di una mancata condotta del debitore è opinione diffusa in letteratura. Si ricordi in proposito quanto affermato da P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione*, cit., 1273; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1967, 286 e 287; IDEM, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 114; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, IV ed., II, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004, 17 e 78 nt. 64; nonché IDEM, *Le obbligazioni in generale*, cit., 18, 75 e 76, in nt. 66.

⁶⁴ La considerazione, peraltro non sconosciuta neppure nel vigore del Codice di commercio (v., in tal senso, F. CARNELUTTI, *Nota in tema di competenza per garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, 305 e 306, che aveva messo in luce come col termine *garanzia* ci si riferisse «al prendere su di sé un dato fatto» ascrivendo detta nozione non solo al campo del trasferimento di un diritto o della coobbligazione, ma anche a quelle situazioni giuridiche nelle quali, in base alla legge o al contratto, taluno era tenuto, in via diretta, a rivalere un altro

ita una precisa corrispondenza con una specie di obbligazione⁶⁵. Ma, come si avrà modo di meglio cogliere nel paragrafo che segue, pur essendo in astratto ammissibile configurare la garanzia in termini di vincolo obbligatorio, l'impressione che si ricava nel caso che ci occupa è invero tutt'altra, essendo opinione di chi scrive che l'assunzione di garanzia – al pari dell'effetto traslativo – che discende dalla cessione del credito non costituisca una vera e propria obbligazione ma una *prestazione contrattuale*.

§ III.5. – *La prestazione di garanzia quale effetto contrattuale che origina l'indennizzo dello scontatario*

Volendo ora circoscrivere l'analisi all'espressione *prestazione* merita di essere innanzitutto ricordato come duplice sia il valore semantico che alla medesima riserva il giurista. La stessa è, infatti, utilizzata sia per indicare la vicenda giuridica che al contraente è imposta dal negozio, sia per specificare il comportamento richiesto al debitore, individuando tale termine, in via generale, ogni sacrificio di natura patrimoniale⁶⁶. Dalle norme contenute nel Codice civile la parola «prestazione» può, infatti, assumere un significato generico, essendo riferibile a qualunque conseguimento di guadagni derivante da un atto giuridico o da un comportamento materiale di un soggetto, purché le condotte siano integrate direttamente per «realizzare l'effetto utile loro proprio a vantaggio di un determinato soggetto»⁶⁷. La nozione di *pre-*

soggetto) era stata ripresa nell'attuale ordinamento codicistico da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, cit., 41, che aveva concordato nell'affermare che il vincolo obbligatorio di garanzia consistesse nella sopportazione di un rischio e non «in un contegno controllabile ad una stregua di diligenza, e neppure nel risultato utile di un operare» e da G. SCALFI, *op. ult. cit.*, 45, 46 e 47, per il quale l'assunzione da parte del debitore di una garanzia relativa ad un eventuale danno costituiva l'oggetto dell'obbligazione di garanzia in senso tecnico, nel suo significato originario di *star garante*, così potendosi individuare un ulteriore tipo di prestazioni accanto a quelle di dare, fare e non fare. Che l'accollo del rischio costituisse una garanzia in termini economici del risultato dell'impegno a cui era tenuto il debitore era stato pensiero anche di M. GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, cit., 598 e 599, secondo cui l'assunzione *ex lege* ovvero *ex voluntate* del suddetto rischio accompagnava il comportamento del debitore.

Da allora il panorama si è arricchito di ulteriori contributi. V., al riguardo, quelli più recenti di E. PERRIER, *op. et loc. supra cit.*; C.A. CANNATA, *op. cit.*, 39 e 40. In termini di rischio quale prestazione oggetto dell'obbligazione cfr., inoltre, R. PARTISANI, *op. cit.*, 1421 e 1422.

⁶⁵ Questa era l'opinione di M. TALAMANCA, *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 30, nt. 200, il quale rammentava come, a livello storico, il verbo fosse utilizzato, con un significato del tutto generico, per indicare non tanto un tipo di prestazione oggetto dell'*obligatio*, quanto il modo in cui si determinava il criterio di responsabilità in ragione del quale si era chiamati a rispondere, nel caso concreto, in ipotesi di inadempimento.

⁶⁶ Questa la riflessione di Rodolfo Sacco in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 1993, 589 e 590.

⁶⁷ A. CHECCHINI, *Prestazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991, 2.

stazione può in effetti essere addirittura ampliata sino a ricomprendere in sé qualsiasi apporto di utilità come, ad esempio, l'acquisto definitivo o temporaneo di certi beni, l'introito derivante da attività produttive, la fruizione di servizi⁶⁸, ovvero diversi oggetti quali una somma di denaro, una *res* specifica o generica, una garanzia⁶⁹. I risultati che possono essere dedotti come prestazione di un rapporto obbligatorio si raggiungono grazie all'intermediazione di un obbligo e sono da tenere distinti dai fini che le parti intendono perseguire all'interno di un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto in questo secondo caso il concetto di *prestazione* è così ampio da ricomprendere esiti che si possono realizzare anche senza l'intervento di una obbligazione, vale a dire tramite la produzione di effetti⁷⁰.

Sotto questo profilo è, infatti, noto come il contratto origini non solo obbligazioni ma anche conseguenze non obbligatorie le quali non necessitano di alcun strumento attuativo al fine della loro realizzazione essendo deducibili, per l'appunto, nell'accordo negoziale⁷¹. Se così è, appare, quindi, evidente come la vicenda contrattuale in esame determini un duplice effetto: il trasferimento del diritto di credito e l'assunzione da parte dello scontatario della garanzia contro il rischio e quindi la possibilità che si realizzi l'evento sfavorevole allo scontatore, futuro ed incerto, costituito dal mancato incasso del medesimo ad opera della banca; evento di per sé idoneo a provocare un oggettivo depauperamento del patrimonio di quest'ultima. Nulla vieta che anche una formulazione sintetica e, sotto l'aspetto, della costruzione della proposizione estremamente stringata quale è l'inciso *salvo buon fine* possa produrre più conseguenze giuridiche ed autonome rispetto al trasferimento del credito quali l'assunzione di garanzia e l'obbligo indennitario⁷². Sono queste, per l'appunto, le prestazioni contrattuali ovvero l'oggetto del contratto⁷³. Ma mentre nel caso che qui ci occupa la prima delle due si muove nella direzione di determinare un incremento del patrimonio dello scontatore, la seconda si caratterizza, invece, per mettere in sicurezza tale avvenuto accrescimento, impedendo che il cessionario finisca per sopportare le conseguenze negative del mancato incasso a scadenza del credito di cui è divenuto titolare.

⁶⁸ V. G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, UTET, 1959, 503.

⁶⁹ Così S. TAGLIAPIETRA, *op. cit.*, 132.

⁷⁰ V. P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 1276.

⁷¹ Per i ragguagli bibliografici, pur con accenti e sfumature diverse, si rimanda agli Autori di nt. 62.

⁷² Sulla generica produzione da parte di una dichiarazione del negozio linguisticamente unica di effetti giuridici multipli v. R. SACCO, *Come individuare il contratto. Come contare i contratti*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, UTET, 2016, 70.

⁷³ Che in forza del linguaggio con cui si esprime il Codice civile l'oggetto del contratto si identifichi nelle c.d. prestazioni contrattuali è comune a molti Autori in dottrina. V. tra i tanti, V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 317 ss.

Se queste considerazioni sono esatte, non resta, quindi, che attribuire, nella vicenda portata all'attenzione del presente contributo, all'espressione *prestazione* un significato più esteso di quanto la stessa voglia far intendere in riferimento al mero oggetto dell'obbligazione⁷⁴. È da tempo risaputo che il termine *prestazione* non ha un valore semantico univoco per il nostro Codice⁷⁵. Tra l'altro che nei contratti ad effetti reali la *prestazione* contrattuale si identifichi nella vicenda traslativa è ormai opinione dominante⁷⁶. L'assenza dell'intermediazione di un vin-

⁷⁴ La letteratura più accorta in ambito civilistico non ha dubbi: la *prestazione* oltre a poter essere individuata in un'obbligazione può essere rinvenuta, specie nei contratti onerosi, anche con riferimento a quelle modificazioni di situazioni che determinano un vantaggio giuridico-economico per una parte a fronte di un eguale sacrificio per l'altra. In questi termini v. l'insegnamento di V. ROPPO, *op. cit.*, 412 ss. Su posizioni non dissimili cfr., inoltre, G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, Giuffrè, 1999, 153, che, pronunciandosi in tema di transazione, ha affermato, in via generale, che mentre nei contratti obbligatori l'oggetto si identificava con il diritto alla prestazione o con la semplice prestazione, in quelli traslativi, costitutivi, modificativi od estintivi di un rapporto giuridico preesistente esso era rappresentato dal diritto sulla cosa, ovvero dalla cosa, o ancora dal rapporto giuridico preesistente. Pure G. DE NOVA, *op. et loc. supra cit.*, affermava che l'oggetto del contratto erano le prestazioni intese non già quale contenuto dell'obbligazione, bensì come risultato dedotto ed in particolare che con la locuzione *prestazioni corrispettive* si indicava qualunque risultato voluto dalle parti e non solo il vincolo che contraddistingueva le obbligazioni. In epoca più remota anche M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 598, aveva letto in ambito contrattuale il termine *prestazione* quale attribuzione patrimoniale anche non obbligatoria. Di *prestazione* contrattuale in senso diverso e più esteso rispetto a quello di *prestazione* inteso quale contenuto dell'obbligazione si era inoltre già espresso P. SCHLESINGER, *op. et loc. ult. cit.* Sul tema v. altresì M. ALLARA, *La vendita, Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1958, 58 e 60, che, a proposito di contratti con prestazioni corrispettive, aveva affermato che quest'ultimo sostantivo in realtà era da intendersi come plurimi esiti che le parti si prefiggevano di raggiungere e non invero in termini di molteplici prestazioni o pluralità di vicende dei rapporti giuridici.

Sull'argomento cfr. inoltre G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, Cedam, 1987, 241, per cui, essendo la *prestazione* sempre un'entità giuridica che si identificava nell'effetto stesso del negozio, con riferimento al contratto con efficacia reale, essa coincideva con il trasferimento di un diritto soggettivo assoluto o relativo o con la costituzione di un diritto assoluto; se invece si considerava il contratto a effetti obbligatori, il risultato utile poteva consistere in una situazione prodromica e strumentale idonea a soddisfare di per sé l'interesse della controparte oppure in una obbligazione che necessitava di adempimento, valeva a dire del comportamento del debitore.

⁷⁵ V. R. SACCO, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, UTET, 1975, 825 ss., che parlava, riferendosi ad essa, in termini di «parola polisensa».

⁷⁶ In argomento cfr., *ex plurimis*, G. BOZZI, *op. cit.*, 66, per il quale nella vendita la *prestazione* si identifica con il dare la cosa attraverso il trasferimento della proprietà che avviene tramite il mero consenso legittimamente manifestato, ad eccezione di tutte quelle ipotesi in cui il passaggio della titolarità si verifica in un momento successivo a quello in cui si è dato il consenso contrattuale, vale a dire casi riconducibili alle vendite obbligatorie. Sull'argomento anche A. FONDRIESCHI, *op. cit.*, 965, ha messo in luce la difficoltà di individuare una nozione esatta di *prestazione*, soprattutto in campo contrattuale con riferimento ai negozi a effetti reali, per i quali il significato di detto termine esulava spesso dal testo dell'art. 1174 c.c. Allo stesso modo si sono pronunciati in dottrina, fra gli altri, A. CHECCHINI, *op. cit.*, 6, che ha rammentato come la *prestazione* potesse consistere altresì nel trasferimento o nella costituzione di un diritto reale o di un altro diritto, analogamente a quanto previsto dall'art. 1376 c.c.; U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, 134, il quale, nell'aderire alle riflessioni di Giorgianni, ha sottolineato che, qualora il legislatore avesse parlato di contratti con prestazioni corrispettive, il termine *prestazione* andava riferito pure all'effetto del trasferimento del diritto contestuale alla stipula del negozio e ciò nel caso in cui si trattasse di contratti sottoposti al principio del consenso traslativo. Pure G. FURGIUELE, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974, 139, metteva in luce il contrasto tra la definizio-

colo obbligatorio con riferimento ai contratti a cui si riferisce l'art. 1376 c.c. è infatti la diretta conseguenza della circostanza che il trasferimento del diritto avviene a seguito del consenso⁷⁷. Il concetto riferito all'effetto del contratto si rivela infatti produttivo di modifiche rilevanti per l'ordinamento nella sfera dei contraenti in quanto attiene al profilo dinamico del rapporto giuridico quando invero sotto quello statico della struttura l'espressione si limita ad indicare l'oggetto dell'obbligazione. Infatti, non sempre i sacrifici patrimoniali sono dedotti in obbligazione, potendo gli stessi essere presenti anche qualora la prestazione costituisca una vicenda giuridica e, pertanto, un effetto del negozio⁷⁸. D'altra parte la prestazione consiste nello svolgimento di attività o nella realizzazione di risultati, in base al contenuto che di volta in volta es-

ne di prestazione utilizzata per i contratti ad effetti obbligatori, nei quali la stessa rappresentava davvero l'oggetto dell'obbligazione, e la nozione della medesima riferibile a quelli ad effetti reali, in cui essa assumeva una dimensione così elastica da poter essere inserita, senza ostacoli, nello schema traslativo. L'utilizzo di un significato univoco di prestazione avrebbe condotto ad un esito inaccettabile in tema di contratti a prestazioni corrispettive, finendo per identificare questi ultimi esclusivamente con quelli caratterizzati da obbligazioni reciproche senza ricomprendervi quelli ad effetti reali. In tal senso cfr. M. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 34, che aveva evidenziato come nel contratto con prestazioni corrispettive fosse presente un nesso di corrispondenza fra le posizioni contrattuali di entrambe le parti, ossia un collegamento o una interdipendenza sinallagmatica tra le prestazioni o le attribuzioni, che non doveva però per forza essere creato ricorrendo ad un duplice rapporto obbligatorio, e G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1960, 16 e 17, e *ivi* ulteriori riferimenti, che nel descrivere il contratto con prestazioni corrispettive aveva affermato che il concetto in esame non era utilizzato per indicare l'oggetto dell'obbligazione ma - rinviando alle considerazioni della dottrina prevalente - in un'accezione più ampia, nel senso di vantaggio o utilità procurati con il negozio.

Sul punto si sono espressi altresì G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., I, *Definizione e requisiti delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1930, 9, che già parecchi lustri or sono aveva ricordato che il primo Codice civile italiano aveva abolito il principio romanistico in base al quale la proprietà delle cose sarebbe stata trasferita attraverso la consegna e l'usucapione e non tramite i meri accordi; IDEM, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., IV, *Fonti delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1930, 265, per cui, una volta riconosciuta dal legislatore del Codice civile italiano del 1865 al contratto efficacia reale, si potevano risolvere positivamente i dubbi sul fatto che il trasferimento costituiva non un effetto dell'adempimento dell'obbligazione, bensì una conseguenza del consenso legittimamente manifestato dalle parti attraverso la convezione negoziale. In tempi più recenti P. RESCIGNO, *Contratto 1) In generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988, 9, 26 e 27, ha rilevato che l'operatività della regola dell'effetto traslativo, in virtù del quale la cosa o il diritto si trasmettevano grazie al solo consenso legittimamente manifestato, poteva essere impedita solo dalla natura della cosa (futura, di altri, generica) o dal meccanismo negoziale (vendita con alternativa, con riserva della proprietà o sotto condizione sospensiva), venendo in tal modo alla luce la vendita cosiddetta obbligatoria, che avrebbe dovuto peraltro essere limitata ai soli casi in cui un comportamento del disponente fosse necessario e rappresentasse materia dell'obbligo nascente dal contratto.

⁷⁷ Ciò è quanto ha ricordato G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, Giuffrè, 1995, 31, laddove ha ripreso le considerazioni già poste in essere da R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 1135 e 1136, in tema di adempimento del terzo.

⁷⁸ Chiaro al riguardo è stato Rodolfo Sacco in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 589 e 590, laddove si è espresso ammettendo che fossero risolvibili i negozi caratterizzati da sacrifici patrimoniali corrispettivi non necessariamente capaci di comportare assunzioni di obbligazioni.

sa assume; così anche le conseguenze di diritto o di fatto, non del tutto dipendenti dal debitore, possono costituire i fini ultimi della stessa, dovendo in ogni caso, questi essere imputabili al soggetto passivo del rapporto in quanto riconducibili alla sua sfera giuridica⁷⁹. Acutamente si è sostenuto che la prestazione oggetto della relazione debito-credito tra le parti può essere analizzata tanto con riguardo ad una prospettiva strutturale, vale a dire nel momento in cui il rapporto viene ad esistenza sotto forma di entità complessa volta al raggiungimento di uno scopo proprio attraverso il contegno dell'obbligato e dove l'attenzione è incentrata sul programma da realizzare, quanto da una visuale funzionale, proiettata a realizzare il diritto di credito nella fase attuativa o esecutiva del rapporto medesimo⁸⁰. Ne consegue che è proprio da quest'ultima che si può cogliere una portata del tutto diversa del termine *prestazione*, consentendo infatti la legge di raggiungere l'interesse creditorio anche con mezzi diversi dall'attività personale del debitore⁸¹. Allontanandosi così dal campo delle obbligazioni reciproche la letteratura non ha, infatti, mancato nel tempo di focalizzarsi sugli arricchimenti e sui vantaggi procurati mediante il contratto⁸².

Più precisamente, venendo ora alla fattispecie dello sconto che ci occupa, il risultato che un contraente ambirebbe a far conseguire attraverso l'acquisizione di una garanzia contro un peculiare rischio - e

⁷⁹ Così C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 68.

⁸⁰ La duplice angolazione da cui può essere osservato il rapporto obbligatorio è stata proposta da P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 43 e 44.

Particolare enfasi al programma da realizzare tramite il vincolo obbligatorio era stata data da L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 163 ss., ed in specie 168, che - nel ripercorrere e nel rielaborare gli approfondimenti condotti dalla dottrina tedesca sull'oggetto dell'obbligazione - aveva messo in luce il fine a cui il vincolo obbligatorio era preordinato, asserendo che il contegno debitorio era in grado di realizzare l'interesse del creditore solo «attraverso il risultato cui mette[va] capo», costituendo il contenuto dell'obbligo lo strumento finalizzato a raggiungere uno scopo; nonché da C.A. CANNATA, *op. cit.*, 36 e 37.

Per un'analisi della fase attuativa del rapporto e della sua tensione verso la realizzazione dell'interesse del creditore v., invece, R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, 1021, 1022 e 1024, il quale, in tema di adempimento ad opera del terzo dell'obbligo altrui, rilevava che l'interesse del soggetto attivo del rapporto era diretto non già alla prestazione intesa quale comportamento personale del debitore ma come utilità che, tramite l'attuazione del contenuto della prestazione, l'obbligato avrebbe dovuto assicurare a controparte; S. PUGLIATTI, *La «cessio bonorum» e la realizzazione dei diritti di credito*, in *IDEM, Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, 592, in cui testualmente si leggeva che «per intendere bene il meccanismo del rapporto giuridico, in relazione alla sua tipica funzione, occorre[va] considerare la realizzazione del diritto del creditore, e non già l'adempimento dell'obbligo del debitore»; nonché *IDEM, Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, 10, il quale aveva altresì specificato che, essendo l'obbligazione anche un impegno verso il creditore, una volta conseguita da quest'ultimo l'utilità dovutagli, il vincolo avrebbe perso di senso, così estinguendosi, non potendo esso sussistere in presenza del solo lato passivo e non di quello attivo: non essendo più nulla dovuto al creditore, nulla era più obiettivamente dovuto dal debitore.

⁸¹ Questa la conclusione cui è pervenuto P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 44.

⁸² Sull'ampiezza del concetto di *prestazione* nella nozione di *contratto sinallagmatico* era infatti intervenuto anche G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, 458, affermando l'accezione più ampia di prestazione rispetto a quella oggetto dell'obbligazione.

quindi rispetto alla possibilità che si verifichi un evento dannoso – consisterebbe, per l'appunto, in una *situazione di sicurezza* che si verrebbe a determinare automaticamente a favore di una delle parti del negozio in seguito alla sottoscrizione del medesimo, che conterrebbe un germe capace di creare in futuro un'obbligazione, del tutto eventuale, di indennizzo – in quanto dipendente dal prodursi di un fatto giuridicamente rilevante contrario rispetto a quello garantito – a carico della parte che ne sopporta il sacrificio⁸³. Se la prestazione ha come contenuto un *praestare* in senso specifico, l'aspettativa del creditore è indirizzata non tanto ad un contegno del debitore, bensì al fatto che quest'ultimo lo tenga indenne da un eventuale pregiudizio qualora questo dovesse verificarsi⁸⁴. Ciò è quanto avviene anche nello sconto bancario laddove lo scontatario si impegna ad indennizzare lo scontatore in modo tale che quest'ultimo non patisca un danno in ipotesi di mancato pagamento alla scadenza da parte del ceduto.

In una simile ottica sarebbe quindi sufficiente l'effetto del contratto per creare quella situazione di messa in sicurezza del creditore che è data dall'assunzione della garanzia, escludendosi in tal modo l'intervento dell'obbligazione. Con lo sconto il cedente fin dalla stipula del negozio presta a favore di controparte una garanzia. Il suo non è un impegno a concedere in futuro la medesima, ma una *prestazio-*

⁸³ V., in termini generali e con riferimento alla prestazione nel diverso significato rispetto a quello attinente all'oggetto dell'obbligazione, P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 1276 ss., secondo cui l'assunzione del suddetto rischio avrebbe rilevato esclusivamente sul versante funzionale del rapporto, quale risultato assicurato sotto il profilo della struttura del negozio, da una prestazione di dare consistente nel pagamento dell'indennizzo.

Contra M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, Tomo I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1992, 188 e 189, il quale ha escluso la possibilità che la promessa di fornire garanzie ai sensi dell'art. 1179 c.c. e le obbligazioni indennitarie costituissero una categoria autonoma di obbligazioni, ricordando che, mentre la dottrina era solita ricondurre le stesse agli obblighi di dare, la giurisprudenza tendeva ad annoverarle tra quelle di fare. In quest'ultimo senso v., in tema di promessa del fatto del terzo, Cass., 23 maggio 1980, n. 3411, in *Giur. it. Mass.*, 1980, 863; Cass., 27 febbraio 1980, n. 1379, in *Giur. it. Mass.*, 1980, 339; Cass., 13 novembre 1974, n. 3601, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1206 ss.; Cass., 7 agosto 1967, n. 2098, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 956 ss.; Cass., 16 giugno 1964, n. 1531, in *Giust. civ.*, 1964, I, 2268 ss.

⁸⁴ V. S. TAGLIAPIETRA, *op. cit.*, 135, che specifica altresì come, seguendo tale approccio si darebbe ingresso nell'ordinamento ad una nozione di *rapporto obbligatorio* in cui è compreso il concetto di *garanzia*. La rilevanza della distinzione fra obbligazione e garanzia è più in generale l'analisi dell'obbligazione di *praestare* si è ritrovata in M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2003, 164, 166 e 168, per cui coloro che affermavano che l'obbligazione potesse avere anche un contenuto di garanzia non tenevano in considerazione che la fattispecie descriveva non già una specie peculiare di rapporto, bensì un certo tipo di effetti, i quali ben potevano trovare fonte immediata nell'atto di autonomia negoziale senza la necessità di passare attraverso il filtro di un'obbligazione né per la ricostruzione di un rapporto obbligatorio generale con contenuto il *praestare*, non potendo al di fuori dal legame con un contratto o quanto meno con un'obbligazione avente ad oggetto un dovere primario di prestazione esistere un vero obbligo avente ad oggetto il mero dovere secondario di risarcire i danni: un impegno secondario volto a tenere il creditore indenne da certi eventi pregiudizievoli, indipendente da un dovere primario di prestazione, si ricollegava direttamente ad un regolamento contrattuale o quanto meno ad un altro vincolo comprendente nel suo contenuto un dovere primario di prestazione.

ne contrattuale istantanea coeva al perfezionamento del contratto di cui all'art. 1858 c.c. che produce, quale effetto dell'accordo negoziale, un *vincolo non obbligatorio* capace di determinare *quotidie et singulis momentis* una situazione di sicurezza per lo scontatore caratterizzata dal fatto che, se in un tratto successivo rispetto alla conclusione del negozio dovesse verificarsi l'inadempimento del debitore ceduto, detta prestazione di protezione avverso il rischio di mancato pagamento di quest'ultimo si tradurrebbe in un debito - futuro ed eventuale in quanto dipendente per l'appunto dall'avveramento dell'evento scongiurato - consistente nell'obbligo di indennizzo. Il vincolo che il *salvo buon fine* pone sullo scontatario fin dalla stipula del negozio crea una situazione di sicurezza per lo scontatore nella fase che precede la scadenza del credito ceduto e, pertanto, l'evento oggetto di garanzia, imponendo un immediato pagamento dell'indennizzo dopo che l'avvenimento stesso si è verificato.

Il rischio di mancato pagamento da parte del ceduto che si è, in base alle regole generali del sistema, trasferito in capo allo scontatore a seguito della cessione del credito, in conseguenza dell'atto di assunzione stesso si ritrasferisce, quale effetto del contratto, automaticamente in capo allo scontatario determinando, qualora l'evento garantito accadesse, un obbligo di indennizzo. In altri termini è l'effetto del contratto che fa sì che qualora l'evento venisse ad esistenza - e solo nell'ipotesi in cui si produrrà - quest'ultimo sarebbe idoneo a costituire una fattispecie generatrice di una *prestazione indennitaria* che il cedente dovrebbe eseguire qualora la banca ne dovesse fare richiesta. Detta conseguenza giuridica dello sconto si manifesta immediatamente a fronte del perfezionamento del negozio che non abbisogna, in realtà, dell'intermediazione di alcuna obbligazione per realizzare quel principio di preservazione dello scontatore da eventuali diminuzioni patrimoniali, creando già di per sé stessa le condizioni per far nascere l'obbligo indennitario in capo al cedente al verificarsi dell'evento contrario a quello voluto. A seguito della prestazione contrattuale di assunzione del rischio lo scontatore viene, infatti, ad essere protetto in modo irreversibile da qualunque rimozione del vincolo formatosi a suo favore e nessun elemento dovrà essere acquisito per completare la fattispecie che è già di per sé idonea a far sorgere automaticamente, senza la necessità di alcuna ulteriore manifestazione di volontà, l'obbligo di indennizzo qualora si verifichi l'inadempimento del debitore ceduto. A tal proposito, infatti, affinché detto obbligo si origini è sufficiente che l'evento contrario rispetto a quello garantito - costituito dalla mancata riscossione del credito a scadenza a causa dell'inadempimento del ceduto - si produca e nulla più. Non a caso già parecchi lustri or sono si era sostenuto che la garanzia costituiva un «surrogato dell'obbligazio-

ne», potendosi la stessa posizionare accanto all'obbligazione medesima⁸⁵. Rispetto ad allora il quadro non è assolutamente cambiato: l'assunzione del rischio è un puro effetto contrattuale che non necessita di un vincolo obbligatorio idoneo a realizzare una attribuzione patrimoniale che invero nasce eventualmente solo in un secondo momento. L'incertezza e la correlativa venuta ad esistenza di diritti ed obblighi rispettivamente in capo allo scontatore ed allo scontatario resta esclusivamente legata all'accadimento del futuro – in difetto del quale non sarebbe incerto – mancato incasso del credito; aspetto quest'ultimo del tutto estraneo al rapporto tra cessionario e cedente del credito stesso.

A differenza dell'impostazione cara ai fautori della sussistenza di una obbligazione di garanzia che individua in un fatto successivo al suo originarsi – nel caso che ci occupa l'inadempimento del debitore ceduto – ciò che rende esigibile l'obbligazione stessa sul presupposto che la garanzia medesima contempra quale evento detto inadempimento nell'oggetto della prestazione di indennizzo⁸⁶, la tesi qui sostenuta della *prestazione contrattuale quale effetto non obbligatorio* del contratto merita di essere apprezzata perché consente di distinguere in modo netto e chiaro il momento di assunzione del rischio – carente e sprovvisto di un contegno – che discende dal perfezionarsi del contratto di sconto bancario dall'obbligazione di indennizzo che sorge invero quale conseguenza dell'attualizzazione del mancato incasso del credito e che determina un obbligo comportamentale in capo allo scontatario. Peraltro, un'eventuale configurazione di un obbligo di indennizzo preesistente al verificarsi dell'accadimento rischioso sarebbe – nel rapporto tra scontatario e scontatore – priva di utilità. Se si accogliesse, infatti, una concezione del rapporto obbligatorio come mera garanzia contro un rischio, prima del verificarsi di quest'ultimo l'esistenza dell'obbligazione non avrebbe alcun significato; infatti l'obbligo di garantire l'accadere di un evento slegato, dal punto di vista causale, da un comportamento del debitore condurrebbe alla conseguenza inaccettabile di riconoscere un diritto che si esaurirebbe nella posizione inattiva del creditore, mentre quest'ultima, intesa quale pretesa, trova un senso solo quale posizione giuridica attiva speculare a un obbligo di comportamento di controparte⁸⁷. Nel caso che ci occupa, se si ipotizzasse la sussistenza di detta obbligazione ancor prima del verificarsi

⁸⁵ Così G. GORLA, *op. ult. cit.*, 88.

⁸⁶ Così M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 472. Anche a giudizio di E. BETTI, *op. ult. cit.*, 42 ss., l'obbligazione di garanzia sarebbe stata contraddistinta da due fasi: quella potenziale, caratterizzante il dovere di prestazione del garante, che forniva a controparte una sicurezza a fronte dell'assunzione, sin dalla sottoscrizione del contratto, di un rischio, e quella attuale, che si riscontrava al verificarsi dell'evento temuto e che imponeva al debitore di assumere una condotta di cooperazione reale. Di «esazione del credito» a fronte dell'avverarsi del rischio quale accadimento futuro ed incerto ha parlato anche R. PARTISANI, *op. cit.*, 1422.

⁸⁷ V. P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 1279 in testo ed in nt. 14.

dell'evento, non si comprenderebbe quale potrebbe essere il vantaggio per la banca che dovrebbe invero restare comunque in un atteggiamento del tutto passivo in attesa del prodursi del fatto giuridicamente rilevante che le consentirebbe di pretendere dallo scontatario il pagamento del credito scaduto e non onorato dal debitore ceduto. Qualora non si verifichi il fatto pregiudizievole contemplato dalle parti, il garante non è, infatti, chiamato ad eseguire alcuna prestazione nei confronti del garantito sebbene l'interesse di quest'ultimo – cioè la sicurezza di non dover sopportare le conseguenze negative dell'evento stesso – venga pienamente soddisfatto⁸⁸.

In conclusione, pertanto, ciò che discende dalla clausola *salvo buon fine* della cessione del credito qui in esame non è una obbligazione di garanzia, che per natura e contenuto tende ad eliminare i vizi del mancato incasso, ma l'assunzione – quale effetto del contratto – di un rischio in capo al cedente che determina – all'accadere del fatto giuridicamente rilevante costituito dal mancato incasso del credito da parte della banca – l'obbligo di soddisfare lo scontatore mediante il pagamento di quanto dovuto dal debitore ceduto eliminando in tal modo il pregiudizio che il medesimo ha sofferto e ciò per l'appunto sul presupposto che lo scontatore stesso è sollevato dal rischio di mancato adempimento di quest'ultimo. D'altra parte è comune in dottrina l'affermazione secondo cui le garanzie scaturiscono non solo da appositi contratti, ma anche da negozi uni-, bi-, o plurilaterali, oppure da previsioni di legge in riferimento a specifici contratti di cui rappresentano uno degli effetti, oltre che nel quadro dei collegamenti negoziali⁸⁹: ciò è quanto avviene nell'ipotesi qui in commento, laddove il contratto di cessione del credito geneticamente collegato allo sconto produce una prestazione contrattuale, vale a dire l'assunzione della garanzia contro il rischio che si verifichi l'inadempimento del debitore ceduto.

§ III.6. – *La garanzia pura dello scontatario contro il rischio del mancato incasso del credito ceduto: la natura del vincolo non obbligatorio*

Già si è visto come nello sconto bancario – a differenza della cessione a scopo di garanzia – non si assista alla volontà delle parti di costituire a favore del cessionario un rapporto, sottoposto ad una disciplina autonoma, parallelo rispetto al finanziamento in modo da creare

⁸⁸ A tal proposito P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 253 e 254, ha specificato che il vincolo in esame sarebbe stato per vero costituito da una coppia di situazioni: non già credito ed obbligo, bensì aspettativa sul lato attivo e soggezione su quello passivo.

⁸⁹ Così F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia delle obbligazioni*, cit., 93.

un rafforzamento ad *hoc* della garanzia patrimoniale in ipotesi di inadempimento del cedente nella restituzione del collegato contratto di finanziamento⁹⁰. La garanzia volta a proteggere lo scontatore avverso l'evento sfavorevole costituito dal mancato incasso del credito non va quindi inquadrata nell'ambito di un impegno del cedente a far conseguire al cessionario il bene esente da vizi in ordine alla riscossione di quanto dovuto dal debitore a scadenza, ma si prefigge piuttosto l'intento di salvaguardare lo scontatore dalle conseguenze negative che il mancato incasso del credito ceduto produce nel patrimonio di quest'ultimo⁹¹.

È quella qui in esame una *garanzia* che, sotto il profilo classificatorio, può essere per l'appunto definita, al pari di quanto in precedenza anticipato⁹², *pura* ovvero *in senso tecnico* e ciò al fine di evidenziare non tanto la circostanza che la qualità di garante sarebbe assunta da uno dei due contraenti in luogo di un terzo⁹³, quanto il fatto che la legge farebbe gravare su tale soggetto determinate conseguenze giuridiche sfavorevoli che non opererebbero in forza dell'ordinaria disciplina del contratto e delle obbligazioni⁹⁴. Anche chi in origine ha ricondotto la figura in esame nel campo di un rapporto obbligatorio non ha infatti mancato di rilevare come in essa l'elemento della responsabilità dell'obligato non costituiva una sanzione dell'inadempimento ma il contenuto diretto e principale del vincolo essendo la medesima dedotta quale prestazione volta a sopperire il venir meno di un'altra⁹⁵. Sotto questo profilo, infatti, la garanzia poteva costituire l'oggetto di vincoli obbligatori volti a riparare un danno non risarcibile o di cui il debitore non fosse responsabile, potendosi altresì presentare collegata alla responsabilità, personale o patrimoniale del soggetto passivo del rapporto⁹⁶.

Nonostante il modello di garanzia in rassegna abbia formato oggetto di particolare attenzione della dottrina già dai primi contributi

⁹⁰ Che tale intento costituisse diversamente la sostanza della cessione dei crediti in garanzia è stato evidenziato in termini netti e decisi da G. GUERRIERI, *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, aggiunta del 2001, 4.

⁹¹ Ritiene, invero, che questa costituisca una lettura che apparirebbe eccessiva stante la circostanza in forza della quale la clausola medesima opererebbe una sorta di distribuzione fra cedente e cessionario del rischio dell'inadempimento del debitore ceduto che peraltro sfuggirebbe dal controllo di entrambi i contraenti G.W. ROMAGNO, *Dello sconto bancario. Artt. 1858-1860*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2017, 58, 64 ss.

⁹² V. *supra*, § 3.

⁹³ Come diversamente pare aver messo in rilievo P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 208.

⁹⁴ In questi esatti termini A. LUMINOSO, *La compravendita*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2011, 354, secondo cui la garanzia è per l'appunto dotata di una struttura del tutto differente da quella dell'obbligazione.

⁹⁵ V. V. ANGELONI, *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, Gennaio Majò Editore, 1924, 33 e 34.

⁹⁶ V. G.A. NUTI, *op. cit.*, 37.

successivi all'introduzione del Codice civile⁹⁷, lo stesso si è per lo più sviluppato a seguito degli studi condotti sulla *garanzia per vizi* tanto del bene nella vendita⁹⁸ quanto dell'opera nell'appalto⁹⁹. Tuttavia, più

⁹⁷ In epoca risalente aveva riconosciuto alla base della garanzia il rischio, nel senso che la libera assunzione di certi stati o posizioni fondava sul soggetto interessato l'obbligo di risarcire il danno o il pericolo di danno che per effetto di detta condizione assunta poteva essere arrecato ad altri, a prescindere da qualunque violazione del diritto e dal dolo o dalla colpa, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale*, II ed., II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1906, 607 e 608. A giudizio di G. GORLA, *op. ult. cit.*, 89 ss., la garanzia si presentava, con riferimento alla struttura del negozio, come una «promessa di indennità». Pure C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957, 115, in nt. 19, se da un lato aveva riconosciuto che nel rapporto di garanzia le vicende dell'obbligazione erano in grado di determinare le sorti dell'intero legame intercorrente tra le parti – in quanto un'impossibilità dell'adempimento avrebbe portato alla liberazione del debitore – aveva tuttavia messo in evidenza come l'obbligazione si ponesse in rapporto di accessorietà rispetto alla garanzia e come la valutazione della colpa attenesse non già al concetto di quest'ultima ma alla teorica della prima.

Particolare era stata la posizione di L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1946, 1059 ss., in specie 1060 e 1089, il quale, traendo spunto dal ragionamento secondo cui nel nostro ordinamento giuridico le fattispecie di inosservanza diverse dagli obblighi di diligenza e dalla conseguente responsabilità soggettiva o per colpa sarebbero state ascrivibili esclusivamente a fenomeni di garanzia, per indicare quest'ultima aveva utilizzato una nozione dai confini eccessivamente dilatati, ricomprendente anche quelle vicende giuridiche che la dottrina invero inquadrava in termini di responsabilità oggettiva.

⁹⁸ Per una prima adozione dell'espressione *garanzia pura* nel nostro ordinamento v. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 16 e 17, per il quale ci si trovava dinanzi ad essa qualora il promittente non si fosse obbligato ad eseguire una prestazione promessa, ma avesse assunto su di sé la garanzia dell'adempimento. Anche chi come P. GRECO, *Lezioni di diritto commerciale. I contratti. Vendita-Riparto-Contratto estimatorio-Somministrazione-Appalto*, Roma, Libreria Editrice Ricerche, 1955, 69 e 70, si era espresso in termini di obbligazioni che importavano una responsabilità oggettiva nascente dalla sola mancata verifica di un risultato previsto indipendentemente da ogni imputabilità al debitore non aveva esitato ad individuare in una siffatta fattispecie una garanzia che nella vendita era diretta o a reintegrare l'acquirente nello *status quo* precedente il contratto, risarcendogli l'interesse negativo (di regola nei limiti del danno emergente), o a limitare la sua prestazione in rapporto alla riduzione della controprestazione. Che la garanzia in senso tecnico costituisse una tutela a cui il soggetto ricorreva proprio a causa dell'assenza di un rapporto obbligatorio che gli attribuisse una pretesa al mancato verificarsi di un avvenimento pregiudizievole per i suoi interessi era opinione sostenuta inoltre da F. MARTORANO, *op. cit.*, 165 e 166, il quale aveva utilizzato l'espressione «garanzia in senso tecnico» per individuare una tutela alternativa al legame obbligatorio pur non riconoscendola nelle azioni edilizie.

⁹⁹ Hanno sostenuto che gli artt. 1667 ss. c.c. disciplinano una fattispecie di *garanzia pura* o in senso tecnico, A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale* VI ed., Napoli, Morano, 1961, 174; F. MARINELLI, *In tema di garanzia per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 277, salvo poi propendere successivamente per ricondurre la vicenda in esame nell'ambito della responsabilità oggettiva in IDEM, *La responsabilità civile dell'appaltatore*, in *Dir. e impresa*, 1986, 139; A. DI MAJO, *op. et loc. ult. cit.*; G. TUCCI, *op. cit.*, 586; O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, II ed., in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, Padova, Cedam, 2009, 573 ss., che si pronunciano manifestando non poche perplessità nei confronti dell'opposto indirizzo che reputava la disciplina inquadrabile nello schema della responsabilità contrattuale; nonché, seppur in termini sommari e al fine di corroborare le conclusioni elaborate in tema di disciplina di derivazione europea sulla vendita di beni di consumo, A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 554 e 555.

Pur avendo ricordato come l'ordinamento conoscesse la figura della *garanzia in senso tecnico*, consistente nella promessa di una indennità (in senso ampio) nel caso in cui si fosse verificato un fatto dannoso per il garantito, presentandosi l'indennizzo come obbligazione primaria nascente direttamente dalla promessa, ossia dal negozio di garanzia, esclude-

di recente, un significativo apporto all'inquadramento dogmatico della figura in commento è giunto da quella letteratura che ha riconosciuto quali espressioni del modello della *garanzia pura* oltre al contratto di assicurazione contro i danni anche la promessa del fatto del terzo, la clausola dello *star del credere*, la c.d. garanzia di fabbrica e quella della solvenza del debitore ceduto nella cessione del credito¹⁰⁰.

Attraverso la *figura iuris* in esame il garante è, quindi, chiamato non ad assicurare il verificarsi di un fatto – consistente nel caso di specie nell'incasso del credito da parte dello scontatore – che peraltro non sarebbe neppure nella sua materiale disponibilità, ma a far sì che le previsioni connesse a quest'ultimo mancato evento non siano lese se la vicenda sperata non si avvera in quanto tradotte in una somma di denaro equivalente, escludendo il concetto di *garanzia* – in antitesi rispetto all'obbligazione – l'individualità dello sforzo del debitore come mezzo normale per raggiungere un certo esito: quest'ultimo ha interesse a prevenire il non verificarsi della circostanza negativa ma non è obbligato, tant'è che è tenuto all'indennizzo anche se ha compiuto ogni sforzo perché la stessa non si verificasse¹⁰¹. In aggiunta, la dottrina da tempo, infatti, precisa che il difetto di conformità della *res* non consente, in ambito di compravendita di beni, che si parli di inadempimento di una obbligazione di dare, il quale presuppone invece la possibilità di adempiere: in una siffatta vicenda ciò è, in effetti, escluso a priori dall'essere la cosa venduta così com'è¹⁰². Sotto questo profilo, la fattispecie che caratterizza il contratto di compravendita non è molto dissimile da quella che si presenta nello sconto bancario: in comune vi è la mancata sussistenza di una obbligazione di dare da parte rispettivamente del venditore e dello scontatario, con l'ulteriore differenza che il primo è tenuto ad un obbligo di fare affinché il bene trasferito non sia viziato ed il secondo neppure a quello, in quanto si tratta di un *vincolo non obbligatorio* consistente in una *garanzia pura*.

Le considerazioni fin qui esposte consentono di confermare un'affermazione già da tempo propugnata nella progressione argomentati-

vano poi che la stessa fosse rinvenibile nell'appalto laddove riconoscevano invece una fattispecie di responsabilità da inadempimento D. RUBINO, *L'appalto*, IV ed., Tomo III, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Torino, UTET, 1980, 476; D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*. Art. 1655-1677, IV ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 2007, 382.

¹⁰⁰ V. P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 9 e 19, che ha ricordato come tale locuzione descrivesse in termini giuridici quello stesso fenomeno a cui si faceva riferimento, in ambito socio-economico, tramite il concetto di *copertura, assunzione, trasferimento, deviazione* o simili del rischio.

¹⁰¹ V. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, 1059 ss., ed in particolare 1063, per il quale l'unica obbligazione di cui si poteva discorrere era, quella relativa al pagamento di una somma di denaro qualora, nonostante lo sforzo del garante, le aspettative fossero rimaste deluse perché il fatto non si era avverato.

¹⁰² V. nell'ambito della vendita di beni di consumo C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 966.

va del presente studio: nello sconto bancario l'assunzione di garanzia di cui alla clausola *salvo buon fine* non configura certo un'obbligazione nel significato moderno del termine in quanto ad essa non si accompagna mai una responsabilità da inadempimento, non potendosi tale ultimo concetto riferire alla stessa che per l'appunto è un vincolo generato da un effetto del contratto, vale a dire da una prestazione contrattuale¹⁰³. L'evento mancato pagamento del credito a scadenza, se da un lato legittima il creditore ad agire nei confronti del ceduto inadempiente con tutte le conseguenze che ne seguono ai fini della responsabilità *ex art.* 1218 c.c. di quest'ultimo, dall'altro determina la cessazione del rischio dello scontatario facendo contemporaneamente scattare in capo al medesimo l'obbligo di corrispondere la prestazione indennitaria.

Quest'ultimo soggetto nel garantire il *buon fine* del credito non è obbligato ad eseguire una prestazione assumendo invero la garanzia dell'adempimento. La mancata prestazione da parte del debitore ceduto finisce per determinare non una responsabilità in senso tecnico del cedente e neppure una *condicio iuris* di efficacia della garanzia prevista nel contratto¹⁰⁴; l'impegno indennitario dello scontatario diviene attuale nel momento in cui si verifica tale situazione, sussistendo precedentemente in forma embrionale nel vincolo non obbligatorio consistente nella garanzia assunta dal primo. È noto, infatti, che la dottrina non ha esitato a ritenere che l'istituto della condizione legale sia un evento futuro ed incerto dal cui verificarsi dipende, per opera del diritto e a prescindere dalla volontà dei contraenti, l'esistenza del rapporto giuridico, riscontrando che esso è utilizzato dall'ordinamento qualora quest'ultimo voglia tutelare, rispetto ai fini in concreto perseguiti dalle parti – cosiddetti interessi interni al contratto – quelli esterni di un soggetto estraneo all'atto, in grado di incidere negativamente sui primi¹⁰⁵. Nel caso che ci occupa è fin troppo evidente come il meccanismo in esame finisca invero per proteggere la posizione del cessionario os-

¹⁰³ Per C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 969, la garanzia pura si configurava come «obbligazione di risultato assoluto».

¹⁰⁴ Come vorrebbero invero coloro che hanno sostenuto questa seconda tesi in tema di garanzia per vizi occulti nella vendita. In questi termini cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 17. Ancor prima aveva concluso che nella vendita la responsabilità del venditore per vizi non era dedotta in obbligazione ma in *condicione* L. RAAPE, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1949, 483.

In argomento v. anche F. PIRAINO, *op. cit.*, 560 in nt. 40, che ha ricordato come il presupposto della ricostruzione del Mengoni fosse il rifiuto di identificare il concetto di *adempimento del contratto* con quello di *adempimento di un'obbligazione contrattuale*, riconoscendo piuttosto tra i due un rapporto di genere a specie. L'Autore ha rimarcato, altresì, che, se la garanzia era – come voleva il Mengoni – una norma primaria, l'inadempimento del contratto con riguardo alla alienazione del bene difettoso rappresentava non una *condicio iuris* di efficacia della garanzia bensì violazione della stessa e *condicio iuris* delle azioni edilizie, così come l'inadempimento di una obbligazione era il presupposto per l'azione di adempimento.

¹⁰⁵ V., al riguardo, la generale trattazione condotta da A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, 96, 106, 111.

sia di un soggetto che, prendendo parte al negozio di sconto, non può che essere portatore di un interesse interno ad esso.

Se da un lato può essere qui accolta quella costruzione proposta da chi ha ritenuto che non sempre, ancorché si tratti della fattispecie più frequente, la *lex contractus* detti un vincolo obbligatorio, potendo il medesimo difettare realizzandosi la tutela del contraente in forza dei meri effetti che il contratto sprigiona¹⁰⁶, dall'altro non per questo si deve necessariamente ammettere, al pari delle conseguenze che ne trae il suddetto orientamento, che la garanzia discenda da un vero e proprio inadempimento contrattuale¹⁰⁷. L'obbligo di indennizzo che si origina dalla garanzia pura è invero attuazione del contratto di sconto e non violazione di esso. In altri termini, se la garanzia consistesse in un mancato adempimento dello sconto dovrebbe essere parimenti logico e consequenziale concludere che sarebbe necessario attivare gli strumenti remediali di tipo distruttivo del negozio - quali la risoluzione ed il recesso - configurandosi in tal modo uno scioglimento del contratto che impedirebbe all'indennizzo di operare in quanto verrebbe a mancare la sua fonte. Vero è, infatti, che la *garanzia pura* provoca nella sfera dello scontatario determinate conseguenze pregiudizievoli - quali l'obbligo di corrispondere un indennizzo - a fronte del verificarsi in capo allo scontatore dell'evento mancato pagamento del debitore ceduto senza imporre al primo di dar corso ad una preventivo controllo volto a prevenire l'evento stesso ovvero ad una condotta anche solo strumentale - diversamente da quanto avviene per il cedente in tema di cessione *pro solvendo* ex art. 1267, comma 1, c.c. - per realizzare l'interesse del secondo, nel caso di specie ad incassare a scadenza il credito scontato; aspetto quest'ultimo tipico invero delle obbligazioni.

Pertanto, se l'episodio mancato pagamento del ceduto accade, mai potrà dirsi sussistente un inadempimento contrattuale. Proprio perché l'indennizzo è attuazione dello sconto ben difficilmente ciò che è esecuzione del contratto può originarsi da una violazione del medesimo. Quest'ultimo non può essere disatteso, anche solo in parte, pertanto inadempito e risolto, ed al tempo stesso attuato nella sua completezza in forza del verificarsi dell'evento che legittima nel caso di specie l'indennizzo dovuto dallo scontatario.

¹⁰⁶ In questi termini con riguardo alla garanzia per vizi occulti nella vendita cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 16 e 17.

¹⁰⁷ Che, qualora la cosa non avesse le caratteristiche che le parti avevano convenuto, si potesse al più parlare di *inadempimento* del negozio, ma non già di una obbligazione di dare, intendendo con tale termine il mancato rispetto del programma negoziale deciso dai contraenti e quindi in un senso più ampio rispetto a quello del non aver eseguito la prestazione oggetto dell'obbligazione era affermato anche da L. CAO, *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 309 e 310.

§ III.7. – *L'effetto giuridico della garanzia pura e l'individuazione del fatto costitutivo dell'obbligo di indennizzo*

Già è stato assodato il fatto che l'obbligo di indennizzo sorge nel momento in cui si verifica l'inadempimento del debitore ceduto non essendo configurabile – al pari di quanto si è concluso nel paragrafo 5 – una obbligazione nascente fin dalla sottoscrizione del contratto e volta a divenire esigibile in corrispondenza del verificarsi dell'avvenimento contrario rispetto a quello garantito. Sennonché, descrivere senza precisione giuridica la prestazione dello scontatario non consente di cogliere a pieno gli effetti giuridici che dalla medesima discendono. In considerazione di ciò è, pertanto, gioco forza chiedersi, in modo più approfondito di quanto non sia stato fatto fino ad ora, quale sia la natura e soprattutto quali siano gli effetti prodotti dalla prestazione contrattuale consistente nell'assicurare lo scontatore contro il rischio di inadempimento del ceduto stesso. Mentre a questi ultimi sarà dedicato il paragrafo in esame, l'individuazione della tipologia di prestazione dello scontatario dovrà necessariamente essere rinviata in conclusione del presente capitolo essendo necessario acquisire ulteriori elementi che permetteranno di affrontare il tema procedendo per categorie giuridiche, posto che un simile metodo di approccio è un portato ineliminabile nella cultura del giurista.

Per quanto qui interessa una prima considerazione appare acquisita e inequivocabile: nel contratto di sconto bancario l'effetto della *garanzia pura* si compie istantaneamente all'atto della stipula del contratto, quando invero l'obbligo dello scontatario diviene attuale solo al verificarsi del *mancato pagamento del ceduto*. Ad un siffatto aspetto va aggiunto che il vincolo non obbligatorio di cui alla garanzia in senso stretto pone lo scontatario in uno stato di sopportazione delle conseguenze economiche che discendono dal rischio le quali, in difetto dell'inciso *salvo buon fine*, graverebbero invero esclusivamente sulla controparte. Per di più che si tratti di un vincolo non obbligatorio si evince dalla considerazione che se l'accollo del rischio da parte dello scontatario integrasse una obbligazione vera e propria, una volta per l'appunto che il medesimo lo avesse fatto proprio egli stesso sarebbe liberato, in quanto avrebbe eseguito la propria prestazione. Se da un lato tale effetto è quindi utile allo scontatore anche se l'evento non accade, poiché il vincolo in esame produce una situazione di certezza che si traduce nel sorgere di un futuro diritto all'indennizzo, dall'altro lo stesso non equivale a far sì che l'assunzione di un simile rischio comporti per lo scontatario l'obbligo di garantire che l'accadimento stesso non si verifichi. In altri termini non vi è alcuna attiva partecipazione di quest'ultimo in ordine all'esclusione dell'evenienza che il debitore

ceduto a scadenza non paghi. Né il vero e proprio rischio in capo allo scontatore può essere eliminato: ciò che invero viene ad essere annullato – e sempre che lo scontatario sia adempiente – sono le conseguenze economiche negative prodotte dal fatto rischioso in termini di lesione del patrimonio del primo. Infatti, nello sconto bancario – a differenza del contratto di assicurazione stipulato con un soggetto professionalmente qualificato – difetta la sicurezza in termini di solvibilità dello scontatario. Il che significa che il patrimonio dello scontatore potrà dirsi protetto dagli eventi lesivi del mancato pagamento a scadenza del debitore ceduto solo a condizione che la controparte contrattuale corrisponda l'indennizzo ovvero che la banca possa trovare utile collocazione quanto alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. in una eventuale azione *in executivis* a fronte di un inadempimento di quest'ultimo a detto impegno.

Seguendo una simile impostazione, la fattispecie che si viene quindi a delineare per effetto del contratto di sconto è evidentemente composta¹⁰⁸: il negozio di cui all'art. 1858 c.c. sprigiona un effetto costitutivo non obbligatorio – determinato dall'assunzione del rischio in capo allo scontatario di un eventuale inadempimento a scadenza del debitore ceduto – in grado di produrre subito una situazione di sicurezza per lo scontatore e non invero un rapporto obbligatorio condizionato – che si trascina fino alla scadenza del credito cessando in corrispondenza del pagamento da parte del debitore ceduto e che origina, in difetto di quest'ultimo, una obbligazione da indennizzo. Infatti anche nello sconto il rischio, al pari della condizione, consiste in un avvenimento futuro ed incerto, ma si differenzia da quello tipico di quest'ultima in quanto il primo è un elemento essenziale del contratto e non invero accidentale. In definitiva quale effetto giuridico della *garanzia pura* lo scontatore acquista il diritto all'indennizzo al verificarsi dell'evento inadempimento del ceduto, ma nulla più in termini di pretesa risarcitoria.

Infatti, mentre la *prestazione di sicurezza* è in grado di modificare la sfera giuridica dello scontatario creando il presupposto affinché un certo obbligo possa in futuro sorgere in corrispondenza dell'avvenimento di un determinato fatto e si caratterizza per essere un effetto giuridico non sospeso ma attuale, l'*obbligo di indennizzo* nasce solo a seguito dell'eventuale inadempimento del debitore ceduto, potendo le obbligazioni trarre origine, a norma dell'art. 1173 c.c., da qualunque «fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». La prima delle due vicende giuridiche è dunque strumentale alla

¹⁰⁸ Analogamente a quanto avviene nel contratto di assicurazione come si avrà modo di approfondire *infra*, § 9.

seconda e, nel soddisfare fin dalla stipula dello sconto l'interesse dello scontatore creando in capo a quest'ultimo la suddetta situazione di sicurezza, permette altresì di individuare quell'elemento – l'inadempimento a scadenza del debitore ceduto – a cui la clausola *salvo buon fine* ha ritenuto di attribuire efficacia al fine di realizzare, nel rispetto della disciplina sulle fonti delle obbligazioni, il fatto costitutivo dell'obbligazione indennitaria. In difetto di una siffatta attribuzione il mancato pagamento a scadenza del debitore ceduto non assumerebbe alcun rilievo giuridico in termini di fattispecie costitutiva di quest'ultimo. È, pertanto, la legge stessa che all'art. 1858 c.c. genera un impegno indennitario; tuttavia nel fare ciò non agisce direttamente ma si avvale invero dell'azione mediata caratterizzata dal sopraggiungere di un fatto giuridico a cui essa stessa riconosce la capacità di produrre un vincolo obbligatorio: l'inadempimento del ceduto.

In forza delle considerazioni sin qui svolte è pertanto possibile affermare come nello sconto bancario l'indennizzo medesimo nasca non direttamente dal contratto ma dall'evento esterno – il mancato pagamento del debitore ceduto – in esso richiamato dalle parti. Infatti, queste ben possono anche volere non già predisporre un mezzo – il comportamento – per raggiungere un obiettivo ultimo ma solo prevenire gli effetti dannosi di un fatto considerato esclusivamente sul piano oggettivo; tant'è che in tale secondo caso la dottrina non ha mancato di osservare come il negozio sia diretto ad attribuire a quest'ultimo accadimento il ruolo di «fattispecie costitutiva di un'obbligazione di indennizzo»¹⁰⁹. D'altra parte, lo scontatore desidera che il ceduto paghi e non trarrebbe alcun vantaggio dalla circostanza che accadesse il contrario. Il suo interesse, sotto il profilo dei rapporti con lo scontatario, è semmai rivolto alla tutela indennitaria, ma quale rimedio di una diminuzione patrimoniale che potrebbe verificarsi e non certo in termini di un ulteriore vantaggio da acquisire in aggiunta al credito trasferito per effetto del negozio di sconto.

In conclusione, quindi, la garanzia pura di cui allo sconto bancario si sostanzia in un effetto che crea una situazione di consapevolezza per lo scontatore che un certo evento non provocherà danni futuri al suo patrimonio facendo assumere rilievo giuridico – e in ciò sta la modifica del rapporto prodotta dal vincolo di garanzia – nella veste di fonte *ex art. 1173 c.c.* di un impegno obbligatorio di indennizzo, all'accadimento di un fatto che la disciplina di cui all'art. 1858 c.c. identifica nel mancato pagamento del debitore ceduto. Detto in modo completamente rovesciato ma del tutto identico nella sostanza, l'avvenimento *mancato pagamento del debitore ceduto* è di per sé idoneo a produrre in ca-

¹⁰⁹ P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 1278, in nt. 12.

po allo scontatario l'obbligazione da indennizzo in quanto ciò è la conseguenza della prestazione contrattuale di garanzia, posto che solo a seguito degli effetti prodotti da tale prestazione, capace di modificare la posizione giuridica delle parti, la situazione che si viene a creare acquista rilevanza ai fini del diritto quale fonte in futuro di obbligazioni.

§ III.8. - L'assunzione di rischio dello scontatario

Poc'anzi si è fatto cenno ad un presupposto fondamentale dal quale si origina l'effetto costitutivo non obbligatorio dello scontatario rappresentato dalla garanzia pura: l'assunzione del rischio in capo a quest'ultimo di un eventuale inadempimento a scadenza del debitore ceduto. Diviene a questo punto necessario approfondire non solo il concetto di *rischio* ma anche quello collegato al trasferimento del medesimo dalla sfera del garantito a quella del garante, vale a dire, nel caso che ci occupa, dallo scontatore allo scontatario. Va innanzitutto evidenziato che una siffatta indagine merita di essere apprezzata in quanto il Codice civile non dà una definizione di *rischio* e l'espressione in esame si presta ad essere impiegata in relazione ad una varietà di accezioni¹¹⁰, trattandosi di nozione, come pacificamente riconosciuto, ampia ed elastica in grado di ricomprendere vicende e situazioni capaci di influire in senso negativo sul negozio, ostacolando in tal modo la realizzazione dell'operazione contrattuale¹¹¹.

Nell'ambito dei primi contributi forniti dalla letteratura in argomento il termine in rassegna era stato per la verità utilizzato al fine di rappresentare la probabilità di un danno¹¹²; fin dagli iniziali studi in ambito assicurativo era, infatti, emerso che con il vocabolo in oggetto si doveva intendere la possibilità di un *evento lesivo* ovvero uno *stato di pericolo*¹¹³. Secondo tale dottrina, mentre il rischio costituiva la possibilità che un concreto fatto di danno si avverasse, rappresentando

¹¹⁰ La problematica era stata messa ben in evidenza da A. GAMBINO, *op. cit.*, 60 ss., e da G. FANELLI, *Le assicurazioni*, Tomo I, *Introduzione. Analisi e qualificazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1973, 100. Già in epoca risalente era stato osservato come al sintagma *rischio assicurativo* si fossero attribuite diverse accezioni, in tal modo confondendo il senso economico e tecnico dell'espressione con quello giuridico. Così D. VIDALI, *Il concetto del rischio nell'assicurazione*, in *Dir. prat. comm.*, 1929, 439 ss., laddove l'Autore aveva dato corso ad una critica dei vari significati.

¹¹¹ In questi termini E. GABRIELLI, *Il rischio contrattuale*, in AA.VV., *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, UTET, 1991, 635.

¹¹² In argomento v. A. BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 778.

¹¹³ Cfr. D. VIDALI, *op. cit.*, 453, che a propria volta aveva rinviato agli Autori di origine tedesca.

dunque un'eventualità, il danno era invece un fatto realizzato e certo¹¹⁴. Enucleata una prima embrionale definizione di rischio quale possibilità del verificarsi di un fatto capace di provocare un bisogno dinanzi al quale difettavano i mezzi per soddisfarlo¹¹⁵, la dottrina non aveva poi mancato di approfondire il significato del medesimo continuando ad osservare come lo stesso finisse per concretarsi nella probabilità dell'avverarsi di un accadimento futuro e incerto - o di cui non erano conosciuti il momento e gli esatti effetti del suo verificarsi - destinato a produrre conseguenze economiche negative nel patrimonio di un determinato soggetto¹¹⁶ o comunque tale da provocare un bisogno nell'uomo, individuandosi nel concetto di *sinistro* l'evento stesso¹¹⁷. Successivamente non è mancato chi ha evidenziato che con l'espressione in commento si rimandava sia alle eventualità o circostanze che potevano rendere più difficile l'esecuzione del contratto, sia all'insieme dei meccanismi operanti sul rischio stesso, che facevano sì che quest'ultimo fosse trasferito da un contraente all'altro o addirittura al di fuori del contratto¹¹⁸.

Nel tempo gli studiosi approfondendo la ricerca sono altresì giunti a distinguere, pur con sfumature diverse, fra rischio economico e rischio giuridico, intendendo essenzialmente riferirsi con la prima delle due espressioni a ogni situazione in cui l'incertezza ineriva alla possibilità di verifica di eventi privi di valenza nel diritto, ancorché idonei a riversarsi sulla sfera patrimoniale del soggetto coinvolto, e con la seconda allo stesso fenomeno ma in relazione a conseguenze finali giuridicamente rilevanti¹¹⁹. Più in particolare, la letteratura aveva parlato di rischio economico (o extra-assicurativo) per indicare la le-

¹¹⁴ Il riferimento è ancora una volta a D. VIDALI, *op. cit.*, 446 ss.

¹¹⁵ V. U. GOBBI, *L'assicurazione in generale*, in *Annali di economia*, XIII, Padova, Cedam, 1938, 7 e 21.

¹¹⁶ V. L. BUTTARO, *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 448. Sostanzialmente conf. A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 254, che - aderendo a quanto già affermato da S. SOTGIA, *Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1956, II, 153, laddove per rischio in senso giuridico e nel contratto di assicurazione doveva intendersi la possibilità di un evento di danno considerato in concreto con riferimento ad una situazione in cui un soggetto o il bene si venivano a trovare - si era espresso in termini non di fatto dannoso ma di eventualità che il medesimo si verificasse. In argomento v. altresì G. FANELLI, *op. ult. cit.*, 68, per il quale il rischio consisteva in un accadimento futuro, rispetto al momento della stipula negoziale, ma non impossibile, né necessario, pertanto incerto (in termini oggettivi o soggettivi) nell'an o nel quando.

¹¹⁷ In questa direzione cfr. A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, I. Concetto-Evoluzione storica-Fonti, Milano, Giuffrè, 1952, 6.

¹¹⁸ Quanto in testo prospettato non può che riportare il pensiero agli studi di G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VI, Torino, UTET, 1986, 863.

¹¹⁹ V. A. GAMBINO, *op. cit.*, 60 e 186, che aveva ulteriormente puntualizzato come il rischio giuridico indicasse la soggezione ad eventuali cambiamenti giuridici vantaggiosi o pregiudizievoli. Tuttavia che la distinzione fra rischio economico e giuridico, pur essendo utile, non dovesse far dimenticare che anche il primo si tramutava in giuridico quando la norma lo disciplinava era opinione sostenuta da G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, 95.

sione del patrimonio che si verificava in capo all'assicurato – ossia un semplice fatto accertabile in modo obiettivo – e di rischio giuridico (assicurato o contrattuale) per riferirsi alla possibilità per l'assicurato di essere chiamato a pagare una certa somma in dipendenza dell'evento avvenuto, entro determinati limiti legali o convenzionali, essendo la possibilità dell'accadimento e la situazione concreta in questo secondo caso solo elementi della struttura dell'obbligazione assunta dall'assicurato¹²⁰. Si è altresì specificato come il rischio costituisca, sotto il profilo del diritto, la possibilità di un avvenimento favorevole o svantaggioso, non cagionato dalla sola volontà dell'individuo, potendo in esso venire in considerazione, oltre ai fattori naturali, anche fatti umani e volontari o comunque riconducibili all'intenzione di soggetti terzi o di quello direttamente coinvolto, purché essi non siano del tutto controllabili¹²¹.

Il che significa, per quanto qui interessa, che nulla esclude che anche il mancato adempimento del debitore ceduto, essendo riconducibile all'intenzione e alla determinazione causale di quest'ultimo, possa integrare il concetto di *rischio*. Sotto il profilo giuridico ciò che in definitiva caratterizza il medesimo è dunque la potenziale capacità dell'accadimento di provocare conseguenze dannose¹²², al pari di quelle a cui sarebbe esposto lo scontatore successivamente alla stipula del negozio di cui all'art. 1858 c.c. Anche la letteratura più moderna sembra porsi nel solco di quanto già elaborato in precedenza, laddove sostiene che il rischio è ancor oggi definibile in termini di eventualità obiettiva del verificarsi del fatto garantito¹²³, mettendo in luce come la sua principa-

¹²⁰ Sul punto v. G. FANELLI, *op. ult. cit.*, 101 ss., ed in particolare in termini riepilogativi, 108. Tale pensiero era peraltro già stato formulato dall'Autore in IDEM, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, Edizione della rivista Assicurazioni, Giuffrè, 1945, 131; nonché in maniera sostanzialmente identica sebbene formalmente più vaga in IDEM, *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1944, I, 44.

¹²¹ V. G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, 91 e 92.

¹²² In tale direzione cfr. G. FANELLI, *op. ult. cit.*, 47 e 48, a giudizio del quale, nell'assicurazione contro i danni, per la verifica del rischio assicurato occorre accertare non solo che quest'ultimo si fosse realizzato nelle circostanze disposte dalla legge o dal contratto, ma anche che esso avesse realmente prodotto un danno; pensiero poi ripreso in IDEM, *Le assicurazioni*, cit., 70, in cui l'Autore evidenziava che nell'assicurazione contro i danni l'idea di *rischio* era fortemente collegata con il concetto di *interesse*, nel senso che il primo consisteva nell'eventualità della lesione del secondo, ossia nella possibilità di patire un danno. In tal senso v. pure M. ROTONDI, *Considerazioni sui concetti di sinistro e di rischio nell'assicurazione sulla responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 340, che si era per vero pronunciato in tema di copertura assicurativa per un sinistro compiuto dall'assicurato.

Che l'evento potesse essere fonte di danno era stato evidenziato anche da L. BUTTA-RO, *op. ult. cit.*, 449.

Parzialmente difforme era stato il parere di A. PINO, *op. cit.*, 255, laddove aveva ricordato come l'evento dovesse essere necessariamente foriero di effetti negativi nell'assicurazione contro i danni ma non così in altre forme di assicurazione, quali quella sulla vita.

¹²³ In tal senso v. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2004, 18 ss., specialmente 20.

le caratteristica sia l'incertezza¹²⁴ e la considerazione che lo stesso possa indicare sia il caso del mancato raggiungimento di un esito rispetto al quale la parte interessata aveva ricevuto la promessa del conferimento (inteso come vantaggio o di attribuzione) sia le ipotesi di completa inattuazione e di attuazione non esatta¹²⁵. Pure la definizione a suo tempo data di *rischio giuridico*, in contrapposizione a quello economico, ha ancora una certa valenza. Di recente il primo è stato descritto quale stato di incertezza determinata dalla possibilità che un soggetto subisca ripercussioni lesive in conseguenza delle dinamiche relative ai suoi rapporti di rilievo per il diritto o dall'accadere di eventi esterni ad essi ma comunque collegati alla sua sfera personale e/o patrimoniale, quando il secondo si limita ad indicare qualunque circostanza in cui l'incertezza riguarda una possibilità di vicende capaci di incidere sul piano patrimoniale¹²⁶.

Detta dicotomia si rinviene anche nello sconto bancario. Espressivi del medesimo fenomeno, *rischio*, da un lato, e *garanzia pura* o *in senso stretto*, dall'altro, individuano quindi, rispettivamente, le conseguenze economiche negative di un accadimento futuro ed incerto di possibile verifica e lo strumento tecnico per fronteggiare un simile evento sterilizzandone gli effetti depauperativi che si produrrebbero sul patrimonio del destinatario¹²⁷. Non a caso la garanzia è stata, infatti, definita quale traduzione giuridica del rischio¹²⁸. Nella fattispecie che ci occupa è proprio attraverso la traslazione di quest'ultimo che lo scontatore può aspirare, se lo scontatario sarà adempiente, ad evitare qualsiasi perdita economica dovuta al mancato pagamento a scadenza del credito da parte del debitore ceduto. La circostanza poi che detto risultato perseguito dalle parti si sottragga pressoché completamente al controllo dello scontatario, che successivamente alla cessione del diritto di credito ben difficilmente potrà agire anche in via cautelare sul debitore ceduto, non è rilevante al fine di imporre comunque sul cedente medesimo un vincolo idoneo a produrre una obbligazione volta a ristore la diminuzione subita dallo scontatore.

La sussistenza di una garanzia contro il rischio di inadempimento nel pagamento da parte del debitore ceduto rappresenta, infat-

¹²⁴ Così M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, I, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Milano, Cedam, 2011, 754.

¹²⁵ V. A.G. DIANA, *op. cit.*, 4.

¹²⁶ Questo il pensiero di V. FERRARI, *Il concetto di fatto assicurativo*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 10 e 13.

¹²⁷ In argomento v. la riflessione già compiuta da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., 315, nt. 52 - che aveva ritenuto la garanzia il correlato giuridico dell'idea economica di rischio, per tale indicandosi i casi in cui la legge accollava in capo a un soggetto un risarcimento indipendentemente dalla colpa di questi e dalla sua violazione di un dovere - e ripresa, successivamente, da P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 19.

¹²⁸ V., in proposito, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, Giuffrè, 1991, 208.

ti, l'aspetto decisivo – sul versante dello scontatore – del programma contrattuale. Il modello della cessione del credito è, infatti, retto dai principi che governano le vicende dei negozi di alienazione – non essendo sufficiente ad escludere ciò il fatto che alla causa generica di trasferimento propria della disciplina civilistica degli artt. 1260 ss. c.c. si affianchi, quella concreta della vicenda traslativa nel suo insieme costituita dallo *scopo di liquidità*¹²⁹ – ed in specie dalla regola secondo la quale il rischio del verificarsi di eventi in grado di pregiudicare l'interesse dell'acquirente non imputabili a nessuna delle due parti viene ad essere sopportato dall'alienante solo qualora derivi da una causa anteriore al momento dell'acquisto della titolarità del diritto trasmesso, dovendo invero essere attribuito in via esclusiva all'acquirente in ipotesi contraria¹³⁰. Poiché nel caso analizzato è alquanto evidente come detto rischio, che sorge a seguito del trasferimento del diritto di credito, venga in realtà a concretizzarsi per lo scontatore in un evento sfavorevole solo nel tempo ed in particolare in un momento successivo al perfezionarsi dello sconto bancario, vale a dire alla scadenza del credito ceduto, non vi è dubbio che l'art. 1858 c.c. introduca – rispetto alla regola generale – una rilevante eccezione. Mentre l'allocazione del rischio nelle pattuizioni convenzionali di garanzia è rimessa alla volontà dei contraenti, in quelle legali, al pari della fattispecie in esame, è, invece, il legislatore stesso che sceglie su quale soggetto far gravare determinati rischi e le conseguenze economiche che ne derivano. Sotto questo profilo non c'è, infatti, da stupirsi che parte della dottrina¹³¹ abbia richiamato tra le garanzie anche quelle riguardanti situazioni giuridiche soggettive ulteriori rispetto ai diritti già ottenuti da un contratto, come le aspettative della recezione di comportamenti che una parte debitrice – nel caso in esame lo scontatario – è vincolata a dare o a realizzare per un creditore, *id est* lo scontatore.

Sennonché, una volta preso atto di tale traslazione è altresì necessario tenere distinto il pericolo di inadempimento del debitore ceduto dalla circostanza che detto evento si verifichi e ciò in analogia all'esigenza, da tempo manifestata in tema di contratto di assicurazione, di separare il concetto di *rischio* da quello di *sinistro*. Con riferimento a quest'ultimo ambito contrattuale, tradizionalmente mentre il primo è sempre stato individuato, al pari di quanto sin qui evidenziato, nella possibilità che si verificasse un fatto economicamente dannoso – vale a dire una minaccia potenziale di danno – nella sfera giuridica ed economica dell'assicurato, il secondo veniva identificato nell'accadimento

¹²⁹ Con riferimento a quest'ultima considerazione si rinvia a quanto concluso *supra*, cap. I, § 7.

¹³⁰ Così P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 181.

¹³¹ Sul punto v., in termini generali, F. MASTROPAOLO, *op. ult. cit.*, 43.

stesso, futuro e incerto, dal quale dipendeva la prestazione dell'assicuratore¹³². Più di recente, invero, con il termine *sinistro* si è inteso indicare una fattispecie complessa – formata da evento e danno – da cui nascerebbe l'obbligo di indennizzo in capo all'assicuratore¹³³; affermazione questa ribadita sostanzialmente anche laddove si è concluso che se il rischio indica l'eventualità di conseguenze svantaggiose derivanti da un fatto incerto, il sinistro delinea solo tale accadimento¹³⁴. Anche oggi devono ritenersi attuali quelle considerazioni che in passato avevano condotto a credere che il fatto assicurato non consistesse nel rischio ma nella sua fine, in quanto al verificarsi del primo cessava automaticamente il secondo, essendo il rischio equiparabile alla durata e il fatto al momento conclusivo tant'è che confondere il concetto di *rischio* con quello di *danno* avrebbe condotto all'assurda conseguenza di rendere quest'ultimo un elemento essenziale del contratto di assicurazione¹³⁵.

Le suddette argomentazioni possono essere fatte proprie anche nella fattispecie in commento. Nell'ipotesi dello sconto non si può, infatti, certo dire che l'inadempimento del ceduto sia un elemento essenziale dello sconto. Il mancato pagamento da parte di quest'ultimo non si crea quale conseguenza del contratto: il rischio che ci occupa si origina prima del negozio di sconto e ha come presupposto la sussistenza di un intervallo temporale tra l'esecuzione della prestazione di colui che diverrà lo scontatario e quella del soggetto che acquisirà il ruolo di debitore ceduto. Lo stesso, dunque, preesiste all'operazione volta a creare liquidità per lo scontatario e si colloca al di fuori del rapporto tra quest'ultimo e lo scontatore nel senso che è estraneo all'intento dei

¹³² Così A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1949, 48 e 119. Già in epoca precodicistica D. VIDALI, *op. cit.*, 443, 450 e 451, aveva messo in luce come i due termini non fossero assimilabili, in quanto se il sinistro aveva il valore di una indicazione storica – ossia di fatto certo e realmente accaduto – sotto il profilo giuridico, lo stato di rischio rappresentava invece una condizione di pericolo sull'eventualità che il sinistro si verificasse, essendo elemento determinante per la responsabilità di entrambe le parti. Pure C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1936, 22 ss., aveva parlato, da un lato, di rischio, attribuendo a tale lemma il significato di sinistro possibile, probabile, imminente o avvenuto, e, dall'altro, di stato di rischio per riferirsi alle circostanze di fatto esistenti in un certo momento storico, preso in esame in relazione alla probabilità che si verificasse il sinistro. Successivamente, V. SALANDRA, *Dell'assicurazione. Art. 1861-1932*, III ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1966, 187 e 188, non aveva mancato di osservare come il rischio fosse l'effetto economico derivante dal verificarsi di un dato evento incerto ed il sinistro quest'ultimo, anche colposo, economicamente svantaggioso per l'assicurato ed indipendente dalla sua volontà.

¹³³ In questi termini G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, il Mulino, 1992, 67.

¹³⁴ V. G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, UTET, 1991, 50 e 51, per il quale il concetto di *rischio* aveva riguardo ad una situazione in cui si valutava possibile un evento futuro ma non sicuro, idoneo ad influire negativamente nella sfera dell'assicurato, mentre quello di *sinistro* faceva riferimento all'evento stesso.

¹³⁵ Così D. VIDALI, *op. cit.*, 447 e 450.

contraenti. E quando poi l'evento dedotto in contratto si verifica, è alquanto evidente che il rischio corso dalla banca cessa. A tal proposito si osservi come anche nell'assicurazione solo se l'accadimento è in realtà esterno al contratto¹³⁶, oltre che dannoso, il garantito si troverà esposto ad un rischio in senso proprio¹³⁷ e il limite di quest'ultimo sarà rappresentato dall'illecito, in quanto, laddove fosse possibile imputare il fatto produttivo di danni ad una delle due parti, la stessa dovrebbe rispondere secondo le regole della responsabilità contrattuale, risarcendo le conseguenze dannose arrecate¹³⁸.

§ III.9. - Il contratto di assicurazione: elementi comuni e prime differenze con la garanzia pura

In più di una occasione è stato messo prima d'ora in evidenza come sia particolarmente stretta la relazione tra la *garanzia pura* e il contratto di assicurazione. In dottrina, per lungo tempo erano prevalsi tanto l'opinione secondo cui «l'idea di assicurazione» era connessa a quella di *garanzia*¹³⁹, quanto il principio in base al quale nella nozione di *garanzia* si ritrovava la struttura del contratto di assicurazione¹⁴⁰. La

¹³⁶ Al pari di quanto aveva messo in evidenza A. RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni private e sociali*, II ed., Parte I, Milano, Società Editrice Libreria, 1934, 195.

Conf. a quest'ultima impostazione della dottrina Cass., 16 febbraio 1977, n. 718, in *Giust. civ.*, 1977, I, 570 ss., che aveva definito il rischio come «la possibilità di un evento dannoso che incombe[va] su [un] bene con il quale l'assicurato [era] in relazione», nonché per il merito App. Napoli, 1° febbraio 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1957, *Assicurazione (imprese di)*, n. 75, 235, che non aveva esitato a considerare nulla un'assicurazione laddove il rischio non fosse mai esistito, essendo elemento essenziale del contratto.

¹³⁷ Sul punto v. P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 258.

¹³⁸ V. C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 491, nt. 153.

¹³⁹ Così testualmente V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 135, in nt. 177. In argomento v. altresì L. BARASSI, *op. ult. cit.*, 1063, che aveva messo in evidenza come garantire da un determinato fatto significasse assicurare le aspettative di un soggetto ricollegate al verificarsi dello stesso. Il tema del rapporto tra i due concetti era stato accennato, sebbene in modo non del tutto chiaro e lineare, anche da R. LUZZATTO, *La compravendita secondo il nuovo Codice*, Parte I, Genova, Edizioni Lupa, 1946, 142 ss. Un timido accenno all'intersecazione tra di essi si rinveniva pure in M. ALLARA, *Delle obbligazioni, Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, a.a. 1938-39, 174, nella parte in cui si ammetteva che il legislatore per indicare la garanzia aveva utilizzato l'espressione «sicurtà o sicurezze». In modo embrionale cfr. altresì R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, VII ed., III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Milano-Messina, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1935, 142; G. PACCHIONI, *Lezioni di diritto civile*, Padova, La Litotipo, 1926, 44 e 45; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914, 590. In tempi assai remoti G.P. CHIRONI, *op. cit.*, 607 ss. aveva parlato di garanzia come assunzione di un rischio; mentre G.P. CHIRONI, L. ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano, I. Parte generale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1904, 583, avevano ritenuto che la *garanzia* indicasse qualunque modo con cui potessero essere assicurati l'esistenza e l'esercizio di un diritto.

¹⁴⁰ Cfr. sul punto G. GORLA, *op. ult. cit.*, 89 e 90, il quale aveva affermato, dopo aver aderito ad una assimilazione fra i due negozi, che «la garanzia [era] dunque strutturalmente una promessa accessoria d'assicurazione contro alcuni rischi insiti nel contratto o nell'atto del contrarre»; nonché, anche se in termini più sfumati, IDEM, *Le garanzie reali dell'obbliga-*

commistione fra le due figure era tale che, peraltro, si era anche giunti ad affermare che nell'assicurazione si rinveniva lo schema della garanzia¹⁴¹. In linea con ciò si era, in effetti, affermato che la prestazione di garanzia si rinveniva anche nel negozio assicurativo laddove l'assicuratore assumeva l'obbligo di corrispondere un indennizzo alla controparte in coincidenza con il verificarsi di un danno da risarcire causato da un determinato evento¹⁴².

Anche di recente gli approfondimenti monografici compiuti in materia di *garanzia pura* hanno condotto ad affermare che quest'ultimo fenomeno si riscontrerebbe in termini chiari e lineari nel contratto di assicurazione contro i danni che ne costituirebbe l'archetipo¹⁴³. Nel solco di un siffatto indirizzo, è facile intuire come il rapporto giuridico di garanzia che si viene ad instaurare tra garante e garantito in termini rispettivamente di soggezione, sotto il profilo passivo, e di aspettativa, sotto quello attivo, consenta di soddisfare la funzione essenziale di copertura – ovvero di trasferimento o di assicurazione – del rischio, che viene così ad assumere un carattere di autonomia rispetto alle altre cause tipiche del negozio¹⁴⁴.

A tal proposito una indagine in ordine all'individuazione della vicenda giuridica che caratterizza la prestazione dell'assicuratore e più in generale il meccanismo del fenomeno assicurativo appare l'utile e necessaria premessa per l'individuazione della sussistenza di eventuali analogie e sovrapposizioni con la *garanzia pura* nel contratto di sconto. Al riguardo, mentre secondo una prima impostazione, per vero risalente nel tempo, la prestazione dell'assicuratore sarebbe venuta in rilievo solo dopo l'avveramento dell'evento dannoso, e l'obbligazione avrebbe avuto un contenuto esclusivamente monetario – consistente nell'indennità da corrispondere a controparte – essendo condizionata al verificarsi dell'evento temuto¹⁴⁵, a giudizio di altri quest'ultimo

zione. *Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1935, 3, per il quale garantire l'obbligazione significava «assicurarne» l'adempimento.

¹⁴¹ V. in proposito quanto esposto nelle pagine di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura*, cit., 83, il quale aveva individuato nel contratto di assicurazione un esempio di una responsabilità pura per garanzia (*Garantiehftung*). Anche E. ALLORIO, *op. cit.*, 211, aveva in precedenza sostenuto come l'assicurazione contro i danni in tutti le sue forme costituisse una garanzia.

¹⁴² V. M. FRAGALI, *op. cit.*, 448.

¹⁴³ Significativamente P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 9 e 263.

¹⁴⁴ V., ancora una volta, P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 9 e 10.

¹⁴⁵ La teoria dell'*obbligazione condizionale* in forza della quale l'assicuratore sarebbe stato chiamato a pagare solo nel caso in cui si fosse verificato il sinistro aveva trovato l'adesione della maggior parte della dottrina italiana più vetusta. V. C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, I, *Le assicurazioni terrestri*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1885, 43; A. RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni*, Milano, Vallardi, 1921, 191 e 192; P. GRECO, *Recensioni a Haymann F., Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlin-Leipzig, 1933, W. De Gruyter, 103, in *Assicurazioni*, 1934, I, 564 e 565; L. LORDI, *Le obbligazioni commerciali*, II ed., II, Milano-Roma, Soc. ed. Libreria-Soc. ed. "Athenaeum", 1936, 622. La teoria dell'obbligazione condizionale sembra esser presente pure in G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*,

non avrebbe rappresentato una *condicio facti* ma un presupposto necessario, volendo riservare il concetto di *condicio iuris* a quegli elementi pur sempre dettati dalla legge ma estranei alla natura del negozio¹⁴⁶. Nell'ambito di quest'ultimo indirizzo si è, infatti, ritenuto che il contratto di assicurazione fosse caratterizzato per la sussistenza di un sinallagma genetico perfetto fra le promesse dei contraenti - l'unico rilevante per la determinazione della struttura del contratto - e di uno funzionale attenuato fra le prestazioni finalizzate ad eseguire gli obblighi in precedenza assunti, essendo incerta l'esecuzione della prestazione indennitaria gravante sull'assicuratore¹⁴⁷.

Altri ancora, pur senza aderire alla tesi del negozio condizionato, avevano invece sostenuto che oggetto del contratto di assicurazione fosse l'accollo del rischio, ossia lo spostamento del peso economico di un evento sfavorevole da un soggetto ad un altro e non la garanzia del non verificarsi dello stesso; assunzione che in termini giuridici si traduceva nella promessa da parte dell'assicuratore di pagare l'indennità nel caso in cui l'evento futuro ed incerto si fosse concretizzato¹⁴⁸. Nel rigettare la tesi dell'obbligazione condizionale - focalizzata in particolare modo sulla prestazione di dare del garante - l'indirizzo in rassegna aveva inoltre affermato come il rischio fosse un elemento necessario del contratto, in grado di delineare la funzione a cui quest'ultimo veniva preordinato¹⁴⁹. Era così stata respinta la teoria che dava importan-

cit., 96, laddove l'Autore aveva parlato, con riferimento all'assicuratore, del pagamento di una somma condizionato al verificarsi di un evento dannoso.

Di condizione propria non integrante un elemento essenziale del contratto aveva parlato pure C. VITERBO, *Il contratto d'assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 58 e 59; IDEM, *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, IV, 148, il quale aveva messo in luce come la struttura del contratto di assicurazione presentasse una peculiarità di grande rilievo, consistente nell'asimmetria creata dal fatto che, mentre l'obbligazione dell'assicurato di pagare il premio era pura e semplice, quella dell'assicuratore di corrispondere l'indennizzo era condizionata.

¹⁴⁶ Così A. DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1937, I, 419, 421 e 422, il quale non aveva mancato di specificare che, se per *condicio iuris* si fosse invece voluto intendere qualunque elemento imposto dalla legge ma non dalla natura del negozio, sarebbe allora stato più corretto affermare che l'obbligazione dell'assicuratore era subordinata ad un presupposto necessario, ossia ad un requisito di efficacia disposto dalla legge e dipendente dall'essenza del contratto.

¹⁴⁷ V., ancora, A. DONATI, *op. ult. cit.*, 426 ss., 432 e 433, per il quale il rapporto di bilateralità intercorreva fra le promesse individuali delle parti, e non già fra le prestazioni; nonché IDEM, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1954, 35 ss.; e IDEM, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, I, in AA.Vv., *Le assicurazioni private nel Codice civile commentario*, Roma, Edizioni della rivista Assicurazioni, 1943, 25 e 26, nel cui contributo aveva precisato che l'obbligazione dell'assicuratore non presentava una struttura unitaria, evidenziando che, a fronte dell'assunzione di un'obbligazione pura da parte dell'assicurato, ben poteva porsi l'assunzione di un obbligo subordinato «ad un evento *incertus quando* od anche *incertus an*» da parte dell'assicuratore. La tesi del Donati era stata successivamente ripresa e condivisa in tempi più recenti da R. IPPOLITO, *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1981, I, 167 e 168.

¹⁴⁸ Così G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., Torino, UTET, 1960, 723.

¹⁴⁹ V. L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, cit., 107, 110, 112, 113 e 115.

za al solo sinallagma genetico, affermandosi invece la rilevanza anche del nesso funzionale, non essendo sufficiente lo scambio delle promesse di certe prestazioni, poiché a queste occorre aggiungere l'esecuzione delle prestazioni stesse e ciò al fine di realizzare gli effetti cui il contratto era stato preordinato, essendo l'assicuratore tenuto ad una prestazione positiva, il cui contenuto si identificava nella posizione di sicurezza consistente nel sollevare l'assicurato dalla preoccupazione che un evento futuro e incerto potesse arrecare un pregiudizio alla sua sfera patrimoniale¹⁵⁰.

Nel tempo si è tuttavia formato un diverso indirizzo secondo cui l'obbligazione dell'assicuratore sarebbe complessa e si svolgerebbe in due fasi, l'una successiva all'altra: la prima, inizierebbe dal momento della conclusione del contratto, sostanziandosi nell'esecuzione di una *prestazione di sicurezza* (o di *garanzia*) immediata e continuativa, la seconda consisterebbe nel pagamento eventuale dell'indennità¹⁵¹. La prestazione dell'assicuratore si caratterizzerebbe, dunque, per essere formata da un accollo del rischio – a cui seguirebbe quella di garanzia o di sicurezza – e dalla corresponsione dell'indennizzo; l'assunzione del primo costituirebbe dunque la prestazione certa, immediata e continuativa (il *prius*), a cui farebbe seguito, eventualmente, la prestazione di indennizzo (il *posterius*)¹⁵². Sul presupposto che la condizione riguardi non già il contratto bensì la sola obbligazione gravante sull'assicuratore, è stato osservato come quest'ultima, pur restando ferma quella di controparte, non venga ad esistenza se l'evento non accade, dovendosi escludere che possa trattarsi di condizione intesa quale elemento accidentale del negozio, riscontrandosi invero una fattispecie di «condizione legale o presupposto necessario dell'obbligazione dell'assicuratore, in quanto la subordinazione di tale prestazione ad un dato evento attiene l'essenza stessa del contratto»¹⁵³. Sotto

¹⁵⁰ In tal senso si rinvia ancora a L. BUTTARO, *op. ult. cit.*, 123, 125 e 160.

¹⁵¹ V. G. MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, Giannini, 1979, 145. Per G. SCALEI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, UTET, 1987, 341, l'obbligo di indennizzo si sarebbe convertito in prestazione di denaro e sarebbe divenuto attuale quando si fosse realizzato l'evento cui il primo fosse stato strutturalmente collegato. In argomento cfr. anche G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, 161, 181 e 182, per il quale la prestazione dell'assicuratore sarebbe stata certa e determinata in quanto rappresentata dalla copertura assicurativa dell'assicuratore riconoscibile anche se non si fosse verificato l'episodio lesivo poiché utile pure in assenza del pagamento dell'indennizzo. L'indirizzo di Maresca è stato poi ripreso di recente da L. LEPIANE, *La controversa natura del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 117, 118 e 119.

¹⁵² Così testualmente G. MARESCA, *op. cit.*, 144 e 145. Già parecchi decenni prima D. VIDALI, *op. cit.*, 451 e 452, aveva sostenuto come la responsabilità dell'assicuratore andasse tenuta distinta dal rischio: l'obbligazione dell'assicuratore di sopportare i danni sarebbe esistita sin dalla stipula del contratto, mentre il secondo costituiva la premessa imprescindibile affinché la responsabilità – che in astratto sussisteva sempre – potesse originarsi.

¹⁵³ V. L. LEPIANE, *op. cit.*, 116 e 117.

questo profilo la prestazione dell'assicuratore verrebbe ad essere individuata nella creazione delle condizioni tecnico-giuridiche necessarie a garantire, qualora fosse dovuto, il pagamento della somma a titolo di indennizzo¹⁵⁴. Pertanto, la caratteristica principe del contratto di assicurazione sarebbe proprio la circostanza che l'utilità dell'assicurato derivante dal rapporto obbligatorio consisterebbe in una situazione strumentale dove la prestazione dell'assicuratore si identificherebbe con la copertura assicurativa, da intendere quale situazione giuridica di soggezione che soddisfa in modo immediato l'interesse dell'assicurato, mentre l'adempimento dell'eventuale situazione successiva, rispetto all'avvenimento assicurato, di obbligazione costituirebbe solo un atto consequenziale ed esecutivo¹⁵⁵. E sotto questo profilo è possibile cogliere una forte analogia con quanto si verifica nello sconto bancario in termini di prestazione di garanzia dello scontatario ed obbligo di indennizzo nei confronti dello scontatore, già in precedenza rappresentato¹⁵⁶.

Inoltre la *traslazione del rischio* che si verifica nello sconto bancario è altresì propria del contratto di assicurazione di cui costituisce la causa. Pacifico sul punto è l'indirizzo della dottrina¹⁵⁷ oltre che l'orientamento della giurisprudenza¹⁵⁸. Da tempo la letteratura ha sottolineato come la funzione sociale dell'assicurazione sia proprio costituita dalla rimozione di un'alea economica, che si attua attraverso il suo passag-

¹⁵⁴ In questa direzione, v. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015, 176.

¹⁵⁵ Questa la posizione assunta da G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, 242 e 243.

¹⁵⁶ V. *supra*, § 7.

¹⁵⁷ Conf. A. DONATI, *op. ult. cit.*, 24, che aveva asserito come la causa del contratto consistesse nel soddisfare il bisogno presente e di durata dell'assicurato di avere la certezza di soddisfare quelle necessità che eventualmente sarebbero sorte a seguito del verificarsi di un evento incerto, definendosi detta funzione, in sintesi, *previdenza*; nonché IDEM, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione, cit., 20 e 21, laddove si era espresso oltre che in termini di trasferimento della probabilità di un danno anche di protezione contro il medesimo. Che la ragione giustificatrice dell'assicurazione consistesse, a prescindere dall'organizzazione dell'impresa, nel *trasferimento del rischio* da un patrimonio a un altro, costituendo detto passaggio un'utilità per entrambi i contraenti, era stata affermazione sostenuta in epoca risalente anche da C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 149, per cui, testualmente, «la causa del contratto [era] l'utilità che in via generale deriva[va] per entrambi i contraenti dallo scambio fra il rischio ed il premio». Sullo scopo del contratto di assicurazione v., pure, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V. Milano, Giuffrè, 1958, 177, per il quale lo stesso si sostanzialmente nel fatto di riversare gli effetti economici della possibilità di un fatto dannoso sull'assicuratore; nonché F. CARRESI, *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 125 e 126, secondo il cui giudizio ogni contratto di assicurazione aveva come fine quello di sollevare l'assicurato dalle possibili conseguenze negative, di carattere economico e psicologico, che sarebbero derivate dall'avverarsi del sinistro. Più di recente il principio è stato ribadito anche da P. CORRIAS, *Sulle peculiarità della disciplina del rischio nelle assicurazioni marittime*, in *Dir. traspr.*, 1995, 37 e 38.

Contra, nell'utilizzare l'espressione *trasferimento del rischio* nel contratto di assicurazione era stato D. VIDALI, *op. cit.*, 452, posto che, a differenza della vendita, nel negozio in esame non era possibile modificare la «cosa in relazione a vari diritti sulla cosa stessa».

¹⁵⁸ V. *infra*, nt. da 160 a 163.

gio dal soggetto sul quale sarebbe gravata naturalmente, l'assicurato, all'assicuratore, che la assume e vi fa fronte tramite la sua organizzazione tecnica, la quale consiste nel ripartire tra tutte le persone soggette alle stesse alee l'onere di quelle che si verificano¹⁵⁹. Anche per la giurisprudenza di legittimità la causa del contratto di assicurazione è rappresentata dal trasferimento dell'alea economica dalla sfera dell'assicurato a quella dell'assicuratore¹⁶⁰, sebbene in altre pronunce la stessa abbia tuttavia affermato che la funzione del contratto di assicurazione è costituita dal trasferimento del rischio¹⁶¹ ovvero che quest'ultimo costituisce l'oggetto in senso tecnico-giuridico¹⁶² oppure ancora un presupposto di validità del negozio¹⁶³. D'altronde nell'assicurazione non si può prescindere dal rischio¹⁶⁴. La stessa è, infatti, rappresentata da ogni contratto diretto a coprire, mediante corrispettivo, un rischio preesistente al negozio, avendo quest'ultimo proprio la finalità di rimuovere il medesimo, con ciò intendendosi non la sua eliminazione ma il

¹⁵⁹ V. V. SALANDRA, *op. ult. cit.*, 185.

¹⁶⁰ V. Cass., 29 aprile 1988, n. 3234, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 975 ss., con nota di G. SCALFI, *Limiti alla intrasmissibilità della indennità per assicurazione infortuni*.

¹⁶¹ Cfr. Cass., 18 maggio 1971, n. 1462, in *Assicurazioni*, 1972, II, 2 ss., con note di V. GERI, *Eccezione di inadempimento e facoltà di sospensione nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, e di E. SALAFIA, *Sull'applicabilità dei rimedi previsti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ. al contratto di assicurazione contro i danni*. Successivamente cfr. altresì Cass., 17 novembre 1982, n. 6156, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1319 ss.; Cass., 13 ottobre 1986, n. 5981, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 879 ss.; Cass., 17 maggio 1988, n. 3443, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, 429 ss.; Cass., 1° marzo 1990, n. 1572, in *Arch. giur. circ.*, 1990, 867 ss.; Cass., 22 dicembre 2006, n. 27458, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 148 ss.; Cass., 2 marzo 2007, n. 4937, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 481, in *www.dejure.it*. Per il merito cfr. Trib. Novara, 3 giugno 1983, in *Assicurazioni*, 1984, II, 126; Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 3, 774 ss., con nota di G. LOCASCIO, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*.

Sulla rilevanza causale del rischio v. pure Cass., 24 aprile 1961, n. 919, in *Assicurazioni*, 1961, II, 2, 230 ss., che aveva sostenuto come l'assenza del medesimo determinasse la nullità dell'assicurazione per difetto di causa giuridica; Cass., 18 settembre 1961, n. 2033, in *Assicurazioni*, 1962, II, 2, 36 ss., con nota di S. FERRARINI, *La classe della nave nell'assicurazione marittima corpi*, per cui nell'economia del rapporto di assicurazione esso espletava una funzione causale; Cass., 7 aprile 1982, n. 2142, in *Giust. civ.*, 1983, I, 238 ss., con nota di P. Russo, *Fideiussione, assicurazione del credito, assicurazione fideiussoria*, che qualificava come assicurazione del credito e non come fideiussione il contratto concluso dall'assicuratore con il creditore, valeva a dire proprio con il soggetto su cui gravava la possibilità di verificazione del sinistro costituito dal fatto futuro ed incerto del terzo, ossia dall'inadempimento del debitore, e che era volto a coprire i danni conseguenza del medesimo; nonché tra la giurisprudenza di merito Trib. Roma, 30 aprile 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2116 ss.; Trib. Trieste, 27 aprile 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2363 ss., dai quali emerge che il concetto in esame costituisce l'elemento tipico della causa del negozio di assicurazione.

¹⁶² V. Cass., 7 settembre 1977, n. 3907, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 694 ss., in motivazione; nonché Cass., sez. un., 29 aprile 1967, n. 799, in *Assicurazioni*, 1967, II, 156 ss.

¹⁶³ In questi ultimi termini cfr. Cass., 16 febbraio 1977, n. 718, cit., in tema di assicurazioni sociali obbligatorie; Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3151 ss., per la quale l'inesistenza del rischio al momento della conclusione del contratto avrebbe comportato la nullità dello stesso, quando invero un'inesistenza sopravvenuta dopo la perfezione del negozio avrebbe provocato lo scioglimento del medesimo. Sul punto la Suprema Corte afferma che, se l'evento rischioso assicurato è già avvenuto, il contratto di assicurazione risulta privo della propria funzione causale e, pertanto, deve ritenersi nullo. In tal senso v. Cass., 30 giugno 2011, n. 14410, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2361 ss.

¹⁶⁴ Così L. BUTTARO, *op. ult. cit.*, 99.

trasferimento su un altro individuo ovvero una ripartizione di esso su individui diversi, derivando la necessità dell'interesse all'assicurazione dalla necessità dell'esistenza della probabilità di un danno¹⁶⁵.

Da tale ricostruzione emerge quindi che ciò che si trasferisce sono solo le conseguenze economiche dannose che vengono a gravare su un soggetto diverso in quanto, nel caso che ci occupa, la sfera dello scontatore continua ad essere bersagliata dalla probabilità che si verifichi l'evento dannoso. Il rischio in sé e per sé rimane, pertanto, in capo alla banca – e non potrebbe sotto il profilo naturalistico essere diversamente – in quanto, per l'appunto ciò che si trasmette allo scontatario sono solo le conseguenze in termini di indennizzo, determinando la prestazione di garanzia in capo allo scontatore una situazione di sicurezza nel caso in cui la possibilità di verifica dell'evento si traduca in quest'ultimo. Sotto questo angolo di prospettiva la formula assunzione del rischio sarebbe dunque una espressione ellittica, volta ad indicare non che il medesimo si trasferisce in capo all'assicuratore, ma il fatto che quest'ultimo si obbliga a sollevare la controparte, nei modi previsti nel contratto, dal bisogno che quest'ultima avrebbe al verificarsi del sinistro¹⁶⁶. Al riguardo è stato affermato come la funzione del contratto coincida con l'obbligazione principale dell'assicuratore e si identifichi nella tutela dell'interesse dell'assicurato, consistente nel *trasferimento del rischio* sulla controparte: l'assicurato si procura qualcuno che, al verificarsi dell'evento produttivo della lesione, contro il pagamento dell'indennità lo liberi dalle ripercussioni pregiudizievoli che questi altrimenti sarebbe costretto a subire, cercando in tal modo la sicurezza che il proprio patrimonio risenta il meno possibile delle conseguenze dell'accadimento dannoso¹⁶⁷. La causa della prestazione dell'assicurato nonché dell'intero negozio di assicurazione è quindi costituita

¹⁶⁵ V. F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Studi sulle assicurazioni*, Roma, Edizione dell'Istituto nazionale delle assicurazioni, 1963, 211 e 212.

¹⁶⁶ V. IDEM, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, 191 in testo e in nt. 44; A. PINO, *op. cit.*, 250, 257 e 261, per il quale il rischio, inteso come la situazione in cui un soggetto si trovava per la probabilità del verificarsi di un sinistro, esulava dalla struttura del contratto, dato che rischio e negozio giuridico non erano nozioni omogenee e solo il secondo apparteneva al mondo del diritto, in quanto l'assicurazione si riferiva al primo ma non era costituita da esso; nonché A. FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 48, che aveva ritenuto il rischio non un elemento del rapporto assicurativo bensì un presupposto essenziale per l'esistenza dello stesso, poiché esso si poneva anteriormente e al di fuori del contratto, non potendo di contro essere creato in modo artificioso da quest'ultimo. Anche a giudizio di G. SCALFI, *op. et loc. ult. cit.*, l'assicuratore non avrebbe sostenuto il rischio del sinistro e ciò sul presupposto che successivamente alla stipula del contratto di assicurazione sarebbe stato il bene del contraente tutelato a continuare a subire il pericolo di essere danneggiato essendo individuabile nell'obbligo di indennizzo un rischio d'impresa dell'assicuratore.

¹⁶⁷ Cfr. L. BUTTARO, *op. ult. cit.*, 210 e 211. A giudizio di A. FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 29, l'interesse assicurativo indicava proprio il rapporto fra un soggetto ed un bene (o un patrimonio) sottoposto ad un rischio; relazione in forza della quale nella sfera patrimoniale del soggetto interessato si producevano gli effetti dannosi del verificarsi del sinistro.

dall'assunzione del rischio da parte di altri soggetti¹⁶⁸. In definitiva, quindi, l'assetto di interessi che sta alla base del negozio assicurativo è realizzato dall'effetto consistente nell'imputazione a priori in capo all'assicuratore di danni eventuali, in quanto la modifica giuridica prodotta dal contratto consiste proprio nel trasmettere le possibili conseguenze economiche negative dalla sfera di chi dovrebbe sopportarle secondo le consuete regole di distribuzione del rischio – l'assicurato – a quella di colui che se le assume pattiziamente, ossia l'assicuratore¹⁶⁹.

Un siffatto schema si ritrova anche – analogamente a quanto già detto prima d'ora¹⁷⁰ – nel contratto di sconto. Per effetto del passaggio del credito, il rischio di mancato adempimento a scadenza del debitore ceduto finisce per essere traslato dallo scontatore deputato – in forza dei criteri generali sulla ripartizione del medesimo – a sostenerlo allo scontatario su cui ricade per effetto del negozio.

Tuttavia, non sempre la *garanzia pura* è stata pacificamente ricondotta alla categoria del *negozio assicurativo*. A tal proposito, pur non disconoscendo la sussistenza di elementi comuni – tra i quali l'oggetto, consistente nel risarcimento degli effetti dannosi, la circostanza per cui la prestazione era subordinata ad un evento futuro ed incerto rispetto alla stipula del negozio (il danno) e l'assunzione di un rischio – in passato era stato obiettato¹⁷¹ come non poche fossero le differenze esistenti fra la garanzia, da un lato, e l'assicurazione, dall'altro: mentre quest'ultima era bilaterale e aveva quale elemento essenziale la controprestazione dell'assicurato costituita dai premi, la prima si caratterizzava per essere concepita quale atto unilaterale in cui l'obligato di regola si vincolava all'assunzione della probabilità di un danno senza ricevere una controprestazione dal garantito, in aggiunta al fatto che se l'assicurazione presupponeva la disposizione a monte, da parte dell'assicu-

¹⁶⁸ V. S. SOTGIA, *Diritto delle assicurazioni. Appunti di lezioni*, Padova, Cedam, 1946, 47.

¹⁶⁹ Così P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 39, in nt. 16, per il quale l'effetto proprio dell'assicurazione, valeva a dire la traslazione del rischio, si realizzava tramite «il particolare congegno condizionale che caratterizza[va] l'obbligazione (cosiddetto obbligo di garanzia in senso proprio od in senso tecnico) alla quale [era] tenuto l'assicuratore», con la conseguenza che l'assicurazione mostrava la struttura di un contratto unilateralmente aleatorio, in cui lo scambio si verificava «tra una obbligazione pura e determinata (pagamento del premio) e una obbligazione indeterminata con riferimento al suo oggetto (pagamento dell'indennizzo)».

In argomento v. pure L. DEVOTO, *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Saggi in scienze assicurative*, I, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1935, 72 e 73, che aveva sostenuto come l'utilità che l'assicurato traeva dall'assicurazione fosse la somma di denaro a titolo di indennità o l'eventuale attività riparatrice degli effetti discendenti dal sinistro. Era invece giunto a criticare che le promesse di assumersi un'obbligazione potessero considerarsi prestazioni – in quanto se così fosse stato non vi sarebbero più stati contratti obbligatori – A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., 28 ss.

¹⁷⁰ V. *supra*, § 8.

¹⁷¹ V. A. GRAZIANI, *Studi di diritto civile e commerciale*, cit., 274 e 275.

ratore, di un fondo premi idoneo a fronteggiare i rischi, la garanzia era di regola stipulata dal garante isolatamente.

Che si trattasse di forme di protezione distinte si evinceva anche ponendo l'attenzione agli studi giunti a sostenere che avverso il rischio era possibile una duplice difesa: adottare misure volte a diminuire la probabilità che il fatto lesivo si verificasse, ovvero riversare le conseguenze su altri, vertendosi in quest'ultima circostanza in tema di assicurazione, la quale dunque aveva la funzione non di ridurre le possibilità del sinistro, ma di «tenere indenne l'assicurato e [di] dare a costui la tranquillità, che deriva[va] dalla consapevolezza di essere al coperto dal rischio, la cui possibilità resta[va] immutata»¹⁷².

Addirittura ancora più netta è stata la distinzione tracciata da chi¹⁷³ ha ritenuto che il controllo e la capacità di governare gli eventi rendessero possibile distinguere il concetto di *assicurazione* da quello di *garanzia*, in quanto il primo sarebbe stato riferibile a quegli accadimenti sottratti alla disponibilità umana, il secondo a quelli che diversamente fossero rientrati in essa ed in cui fosse concorso l'attiva partecipazione del garante ad escludere che l'evento per l'appunto garantito si verificasse. L'indirizzo in rassegna ha asserito, infatti, che mentre la garanzia sarebbe stata indirizzata a difendere un soggetto da un determinato accadimento – potendosi portare quale esempio la garanzia per evizione nella vendita *ex art. 1476, n. 3, c.c.* – l'*assicurazione* sarebbe, invece, stata prestata per un particolare fatto: in definitiva si sarebbe, rispettivamente, garantito taluno da un evento e assicurato qualcuno per un evento, trattandosi di due diversi mezzi di tutela¹⁷⁴.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sorge pertanto il fondato dubbio se i punti di contatto tra l'assicurazione e lo sconto bancario in precedenza illustrati siano di per sé sufficienti a rimuovere i suddetti aspetti ostativi consentendo dunque di poter giungere ad affermare che nella prestazione di garanzia dello scontatario è insito un negozio assicurativo. Anticipando le considerazioni a cui si perverrà nel prossimo paragrafo, la risposta ad un siffatto interrogativo è però negativa. Numerosi sono infatti gli elementi che fanno propendere per un tale punto di arrivo come si avrà modo di illustrare più diffusamente nel prosieguo.

¹⁷² F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 172.

¹⁷³ V. E. RUSSO, *op. cit.*, 132 ss.

¹⁷⁴ In questi termini cfr. ancora una volta E. RUSSO, *op. cit.*, 133 e 134.

§ III.10. – *Il rigetto dello schema contrattuale assicurativo nello sconto*

Se si prende avvio da una lettura aderente al testo dell'art. 1882 c.c., è agevole desumere come il contratto di assicurazione sia caratterizzato dallo scambio fra le prestazioni del pagamento da parte dell'assicurato di un premio, da un lato, e della corresponsione ad opera dell'assicuratore di un indennizzo al primo al verificarsi di un determinato avvenimento, dall'altro¹⁷⁵. L'assicurazione è, infatti, definibile come quell'operazione economica in cui un soggetto – chiamato per l'appunto assicuratore – assume su di sé un rischio relativo alla persona o al patrimonio di un terzo definito assicurato verso il corrispettivo di un premio¹⁷⁶. Ciò nonostante è però necessario sgombrare fin da subito il campo da possibili equivoci: al di là delle considerazioni esposte nel paragrafo che precede in ordine agli aspetti che avvicinano il negozio di sconto a quello di cui agli artt. 1882 ss. c.c., appare alquanto difficile rinvenire una possibile sovrapposizione tra assicurazione contro i danni e clausola *salvo buon fine*. Se, infatti, comune alle due vicende è la circostanza che il rischio è dedotto in contratto – consistente quanto alla prima nel sinistro individuato pattiziamente e in relazione allo sconto, nella cessione *salvo buon fine* – e del pari che in entrambe le fattispecie ci si trova dinanzi alla presenza di un diritto di credito rispettivamente dell'assicurato nei confronti di chi, avendo compiuto il sinistro, è tenuto a risarcire il danno e dello scontatore nei confronti del debitore ceduto, sussistono a ben vedere, come accennato¹⁷⁷, non poche differenze sistematiche. Tra *garanzia pura* e sconto, da un lato, e *contratti di assicurazione* contro i danni, dall'altro, pur riscontrandosi un minimo comun denominatore non sempre si assiste alla possibilità di tratteggiare le vicende come fattispecie perfettamente accostabili sotto il profilo della disciplina e prima ancora della struttura e ciò per una nutrita serie di ragioni che si procederà ad esporre.

Innanzitutto, a differenza di quanto accade nell'assicurazione, nello sconto bancario lo scontatore non paga un premio al fine di otte-

¹⁷⁵ L'assunto è pacifico: in luogo di molti cfr. G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., 28. Ancor prima V. SALANDRA, *op. ult. cit.*, 182 e 183, aveva riconosciuto nell'assicurazione il trasferimento di una situazione patrimoniale avente valore negativo – valeva a dire l'esposizione ad una necessità – dall'assicurato all'assicuratore, con la conseguenza che il primo vedeva la sua incertezza circa la disponibilità dei mezzi per coprire il fabbisogno in un certo periodo sostituita dalla certezza giuridica della provvista di tali strumenti da parte del secondo, il quale, in ultima analisi, si occupava di creare una copertura del rischio.

¹⁷⁶ In questi esatti termini v. V. FERRARI, *op. ult. cit.*, 23. Sul punto cfr. pure F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 179, per il quale il premio era la controprestazione che l'assicurato doveva verso la prestazione di assunzione del rischio sostenuta da controparte.

In parziale disaccordo si pone G. VOLPE PUTZOLU, *op. ult. cit.*, 65, la quale considerava il premio il corrispettivo non del rischio assicurato, ma di uno medio determinato su una massa di rischi omogenei.

¹⁷⁷ V. *supra*, § 9.

nere dallo scontatario l'indennizzo. Mentre, in effetti, la prestazione di sicurezza dell'assicuratore, consistente nell'assunzione di rischio, troverebbe nel premio pagato dall'assicurato il suo equivalente economico¹⁷⁸, o meglio il suo corrispettivo giuridico¹⁷⁹, balza immediatamente agli occhi come nulla di tutto ciò accada con riguardo alla clausola *salvo buon fine*. In altri termini manca nello sconto bancario un elemento indefettibile del contratto di assicurazione: il pagamento di un premio da parte dello scontatore o quanto meno la sussistenza di uno scambio anche solo in termini indiretti tra scontatore e scontatario, venendosi quindi a determinare una mancanza di corrispettività, posto che l'anticipazione di denaro che caratterizza nello sconto la prestazione dello scontatore costituisce certamente un corrispettivo ma non dell'indennizzo bensì della cessione del credito effettuata dallo scontatario. Il trasferimento del rischio dallo scontatore allo scontatario non avviene – al pari di quanto si riscontra nei contratti di assicurazione – a titolo oneroso. Il secondo si assume il rischio in quanto il primo gli ha anticipato

¹⁷⁸ V. V. SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., II, *I contratti commerciali. I titoli di credito*, Bologna, Zuffi, 1950, 27 ss., ed in particolare 29.

¹⁷⁹ Ciò desumendosi dal fatto che il pagamento del medesimo era definito un vero e proprio obbligo per chi avesse concluso l'assicurazione – così G. FERRI, *op. ult. cit.*, 728 – premio in cambio del quale l'assicuratore si assumeva, come controprestazione, un rischio che altrimenti sarebbe gravato su controparte. In questo senso, ancor prima, G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Bologna, Zanichelli, 1956, 538. In argomento cfr. pure S. SOTGIA, *Mutamento ed intensità del rischio*, cit., 157, laddove aveva ricordato che al momento del contratto l'assicuratore doveva considerare il rischio sotto l'aspetto giuridico al fine di stabilire le probabilità di verificazione dell'evento dannoso e di conseguenza fissare la causa del negozio nonché determinare il rapporto fra premio e indennizzo; e già in precedenza IDEM, *Diritto delle assicurazioni*, cit., 47, ove aveva messo in luce come le obbligazioni delle parti – da un lato l'assunzione del rischio, dall'altro il pagamento del premio – fossero in relazione di reciproca subordinazione. Pure A. VIGORITA, *Appunti in tema di aggravamento del rischio e di spese della lite*, in *Assicurazioni*, 1954, II, 4, aveva affermato come il legislatore avesse previsto che sin dall'origine il consenso dei contraenti dovesse fondarsi sulla corrispondenza delle prestazioni, costituite, rispettivamente, dal pagamento del premio e dalla sopportazione del rischio. Che dalla natura aleatoria del negozio di assicurazione privata derivasse un'imprescindibile esigenza di raggiungere un equilibrio fra i rischi assunti dalle parti contraenti, nella specie fra la copertura di questi ad opera dell'assicuratore e contributi corrisposti dagli assicurati, era stato messo in evidenza pure da A. BOSELLI, *Il rischio nell'assicurazione sociale e nell'assicurazione privata*, in *Assicurazioni*, 1949, II, 95. Per A. DURANTE, *L'alea e il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 575, nel contratto in considerazione doveva sempre esistere «un assoluto e costante equilibrio tra le due prestazioni», prevedendo il Codice civile una stretta correlazione tra il rischio ed il premio, rendendo la tecnica assicurativa elemento cardine dei rapporti contrattuali. Già A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, cit., 25, aveva affermato che il rapporto assicurativo fosse sempre oneroso, essendo i due corrispettivi rappresentati dall'assunzione dell'obbligo da un lato del pagamento del premio e dall'altro della corresponsione di una somma. In epoca risalente pure P. COPPA-ZUCCARI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, Roma, Tipografia partenopea F.lli Amoroso, 1899, 34 e 35, aveva messo in evidenza come il premio fosse il corrispettivo offerto dall'assicurato all'assicuratore in cambio dell'obbligazione assunta da questo verso il primo.

In un secondo momento anche V. SALANDRA, *Dell'assicurazione. Art. 1861-1932*, cit., 192, rispetto alle sue iniziali riflessioni (v. *supra*, nt. 175) si era espresso in termini di rapporto sinallagmatico tra la prestazione dell'assicurato – consistente nel pagamento dei premi – e la situazione in cui si poneva l'assicuratore, la quale a sua volta integrava la sopportazione del rischio di dover essere chiamato a pagare la somma assicurata.

il credito ma non per questo il trasferimento del peso economico delle conseguenze sfavorevoli dovute all'evento mancato pagamento del debitore ceduto può dirsi, analogamente a quanto avviene nel nucleo essenziale del fenomeno assicurativo, necessariamente sinallagmatico.

Nello sconto la corrispettività è data dallo scambio che si viene ad originare tra la cessione del credito - che ha in sé una *clausola parte* qual è l'inciso *salvo buon fine* - e l'anticipazione della somma di denaro dedotta per l'appunto l'interesse. È alquanto evidente che la banca non paga una somma per il rischio che si assume lo scontatario, essendo la fattispecie completamente rovesciata: è semmai quest'ultimo che corrisponde, mediante la decurtazione dell'interesse dall'importo anticipato, allo scontatore il prezzo per l'anticipazione, rispetto alla scadenza, di quanto portato dal credito stesso. Se così non fosse e si volesse per assurdo ammettere la sussistenza di un premio si dovrebbe del pari accettare la conclusione che questo corrispettivo dovrebbe essere decurtato dell'interesse dedotta dall'anticipazione al cliente del credito verso terzi non ancora ceduto ed oggetto di cessione. Ma di quanto testé affermato non vi è evidentemente traccia alcuna nell'ambito della disciplina del contratto-tipo; mancherebbe in altri termini la sussistenza di un sinallagma genetico tra assunzione di rischio e pagamento del premio. In definitiva, quindi, a differenza di quanto accade nel negozio di cui all'art. 1882 c.c., lo scontatario non decide se stipulare un contratto di assicurazione sulla base della possibilità di verifica dell'evento dannoso, né tenendo conto della medesima fissa il premio, né ancora si modificano le obbligazioni delle parti¹⁸⁰. In altre parole non si assiste nello sconto ad un fenomeno assicurativo dai connotati tipici della bilateralità e, pertanto, della contrattualità essendo per l'appunto *l'atto di garanzia* una prestazione del tutto *unilaterale*. Nell'operazione in commento, il rapporto sinallagmatico va cercato nella causa di liquidità che genera l'intero meccanismo negoziale e, pertanto, la relazione di interdipendenza su cui si regge la prestazione indennitaria dello scontatario va inquadrata in relazione allo scambio giuridico della monetizzazione di un credito non ancora esigibile.

Per di più se prima della stipula del negozio l'assicuratore non viene mai in contatto con il terzo danneggiante in relazione alla vicenda che origina il danno, diversamente nello sconto bancario lo scontatario intrattiene rapporti giuridici con il debitore ceduto fino a quan-

¹⁸⁰ Aspetti tutti questi che a giudizio di A. FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 55 e 56, non avrebbero potuto invero essere ignorati dall'assicuratore, per il quale la possibilità del verificarsi dell'evento dannoso doveva essere determinata in concreto, ossia con specifico riferimento alla situazione in cui si sarebbe venuto a trovare il valore assicurato, definendosi quest'ultima «situazione di pericolosità» o «stato del rischio» e gli elementi in grado di influire sulla probabilità del sinistro o sulla gravità dei suoi effetti nonché sulla determinazione del rischio «circostanze del rischio».

do non si perfeziona il trasferimento del credito, assumendo su di sé il rischio del suo precedente debitore con il quale sono intercorsi fino ad un istante prima del passaggio del diritto di credito rapporti obbligatori. Semmai sotto questo profilo una certa vicinanza si potrebbe cogliere tra *prestazione assicurativa* dello scontatario e *assicurazione di un credito* o contro l'insolvenza del debitore¹⁸¹. Ma anche qui le differenze non sono irrilevanti. Quest'ultima figura, retta dalle norme generali riguardanti il contratto omonimo e non da fonti normative specifiche¹⁸², è generalmente conclusa dal creditore¹⁸³ sebbene si ammetta che possa essere stipulata anche per conto di chi sarà creditore – nel caso che ci occupa la banca ovvero lo scontista (vale a dire lo scontatore)¹⁸⁴ – ma di certo non può essere conclusa dall'assicuratore – vale a dire, nell'ipotesi in cui si giungesse a voler riconoscere la sussistenza di un simile schema giuridico anche nello sconto, dallo scontatario – con se stesso per conto dell'assicurato – *id est* lo scontatore. In tale ultima circostanza, infatti, quando l'istituto bancario stipula il negozio di cui all'art. 1858 c.c. lo stesso non è ancora creditore del debitore ceduto diventandolo per effetto del suddetto negozio, dovendosi pertanto prendere atto, qualora si ritenesse di dover accogliere la suddetta impostazione, del fatto che sarebbe lo scontatario a sottoscrivere, all'interno del negozio di sconto, la garanzia per conto della banca divenendo esso stesso garante di quest'ultima. Il che sarebbe inaccettabile, finendo per confluire in capo ad un medesimo soggetto la veste tanto di assicuratore quanto di terzo che agisce per l'assicurato ed avendo per di più l'iniziativa dell'assicurazione origine dall'assicuratore e non dall'assicurato interessato.

¹⁸¹ Per una sintesi della particolare tipologia di assicurazione si rinvia, *ex multis*, a A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012, 179, laddove gli Autori, nel riconoscere che la funzione dell'assicurazione del credito è alquanto simile a quella della fideiussione, giungono a distinguere i due negozi tanto con riguardo alla struttura – nella prima il rischio è l'oggetto del negozio quando invero nella seconda è l'effetto che discende dall'assunzione dell'obbligo di soddisfare un debito altrui – quanto in relazione alla natura, essendo la prima un negozio autonomo ed il secondo uno accessorio. Che l'assicurazione di un credito o contro l'insolvenza del debitore si differenziasse dalla fideiussione era già stato affermato fin dagli iniziali commenti sull'argomento da A. DONATI, *op. ult. cit.*, 29, in quanto la prima era necessariamente onerosa, mentre la seconda era di regola gratuita, ed in ragione del fatto che l'assicurazione era volta a risarcire il danno cagionato dal mancato pagamento del debito, quando invece la fideiussione non aveva come scopo quello di garantire l'adempimento del debitore principale ma quello di aggiungere a quest'ultimo un altro obbligato di pari grado capace di adempiere tramite una prestazione fungibile con quella oggetto dell'obbligazione del debitore principale.

¹⁸² Così L. VILLANI, *L'assicurazione del credito*, in M. FRANZONI (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016, 83.

¹⁸³ V. A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 52.

¹⁸⁴ Così sempre in tema di assicurazione A. DONATI, *op. ult. cit.*, 60. Per la verità si tratta di riconoscere il più generale principio secondo cui nulla esclude che il contratto di assicurazione possa essere concluso da un terzo soggetto – il contraente per l'appunto – diverso dall'assicurato il quale tuttavia lo sottoscrive in nome e per conto di quest'ultimo. V. in merito, *ex multis*, M. ROSSETTI, *op. cit.*, 682.

Non va peraltro dimenticato come mentre nel contratto di cui agli artt. 1904 ss. c.c. l'assicuratore assume su di sé un rischio di un bene che appartiene al patrimonio dell'assicurato e che rimane nella sfera di quest'ultimo, non essendo assolutamente oggetto di cessione, nello sconto bancario l'assunzione del rischio da parte del cedente è, invero, contestuale al trasferimento del credito e trova giustificazione proprio in considerazione di detta alienazione. La differenza che qui si riscontra non è, per certi aspetti, di molto distante da quella che si rinviene dal confronto tra vendita e assicurazione. A tal proposito, se nella prima il passaggio dei rischi (del verificarsi di un evento tanto sfavorevole quanto vantaggioso) è una conseguenza dell'acquisto in proprietà della *res* sulla quale gli stessi gravano e costituisce un effetto accessorio e ulteriore rispetto a quello principale, di contro, nella seconda il trasferimento del rischio (necessariamente sfavorevole) avviene in modo autonomo e, anzi, rappresenta l'oggetto del rapporto, avendo per di più rilievo solo i rischi relativi alla possibilità di verificarsi di uno o più eventi determinati¹⁸⁵.

A ciò si aggiunga che l'evoluzione degli studi in merito al contratto di assicurazione ha da tempo condotto ad affermare come, in linea generale, l'assicuratore distribuisca il rischio sui vari contraenti, non potendosi concepire la sussistenza di singoli rapporti dell'assicuratore con gli assicurati se non nell'ambito dell'esercizio sistematico di un'attività d'impresa da parte del primo¹⁸⁶. L'indirizzo in rassegna è stato,

¹⁸⁵ V. L. BUTTARO, *Assicurazione in generale*, cit., 451.

¹⁸⁶ La *teoria dell'assicurazione quale attività d'impresa* ha raccolto un deciso seguito nella letteratura ad iniziare dalle risalenti affermazioni di C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, *Le assicurazioni sulla vita*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1887, 4, secondo le quali l'assicurazione era «l'affare di un'impresa». In forza di questa prospettiva il negozio in esame offriva all'assicurato un vero e proprio servizio assicurativo che si sostanziava nella realizzazione di un risultato di un'attività professionale di intermediazione nei rischi - svolta da un'impresa assicurativa autorizzata nella forma giuridica di un istituto di diritto pubblico o di una società per azioni - comprensiva della prestazione di denaro al verificarsi dell'evento dannoso; servizio che era ritenuto essenziale nella ricostruzione della funzione espletata dal contratto, che sarebbe stato in tal modo volto a predisporre un meccanismo di interesse pubblico di neutralizzazione tecnica del rischio. In argomento cfr., già in epoca risalente, A. ASQUINI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni*, in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1936, 121; L. LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, III, *Assicurazioni - Titoli di credito*, Padova, Cedam, 1943, 10; A. DURANTE, *op. cit.*, 571 ss.; G. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, Casa Editrice Cya, 1948, 104; A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Le assicurazioni*, Roma, Società Editrice Alighieri, 1951, 15 e 16; L. MOSSA, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicurazioni*, 1953, I, 148 ss.; R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 1031, il quale aveva affermato che nella fattispecie di cui agli artt. 1904 ss. c.c. si realizzava una vera e propria eliminazione economica del rischio anche per l'assicuratore, grazie alla struttura assicurativa in forma di impresa e al fatto che quelli di assicurazione fossero contratti appartenenti alla sfera di quest'ultima. Di medesimo avviso erano stati pure N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, UTET, 1959, 585; S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1959, I, 397 e 398, il quale aveva ulteriormente specificato che quello in esame costituiva un contratto di impresa, nella specie di servizio assicurativo, a cui sarebbe stato tenuto l'assicuratore a prescindere dal fatto che si realizzasse o meno l'evento incerto; R.A. CAPOTOSTI, *L'alea nell'assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, 16, a giudizio del quale la prestazione dell'assicuratore pre-

supponeva una organizzazione tecnico-aziendale essendo essa una prestazione d'impresa; A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, VII ed., Napoli, Morano, 1968, 233; G. FANELLI, *op. ult. cit.*, 38 e 39; R. IPPOLITO, *op. ult. cit.*, 174 e 176; IDEM, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 490 e 491, laddove reputava l'aspetto impresa elemento essenziale ma esterno alla struttura contrattuale; G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, UTET, 1985, 56, per cui detto elemento invero si compenetrava nella struttura del negozio così imponendo una disciplina speciale; Alfredo De Gregorio in A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, revisione e aggiornamento a cura di A. La Torre, in AA.Vv., *Diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 1987, 22 e 23.

Più di recente cfr. V. FERRARI, *Il fatto assicurativo nelle sue articolazioni strutturali*, in AA.Vv., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 28; M. ROSSETTI, *op. cit.*, 677 ss., secondo il quale un'assicurazione stipulata da chi non è imprenditore assicurativo deve ritenersi nulla per illiceità della causa presupponendo la medesima l'idea della mutualità con riguardo alla comunione dei rischi ed il frazionamento del premio tra gli assicurati; aspetti questi che sussistono solo laddove l'attività assicurativa sia esercitata imprenditorialmente assumendo al riguardo un ruolo decisivo l'ordinamento di settore ed in particolare l'art. 167 cod. ass. che prevede la nullità del contratto stipulato da chi dia corso all'esercizio abusivo di detta attività senza l'autorizzazione amministrativa anche se nelle vesti di imprenditore; nonché A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 5.

Particolare è stata la posizione di G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, X ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, UTET, 1996, 961 e, ancor prima, di G. SCALFI, *op. ult. cit.*, 347, i quali non ritenevano nullo l'accordo stipulato al di fuori della mutualità ed in via del tutto occasionale al fine di tenere indenne un soggetto dalle conseguenze dannose di un determinato evento, ma escludevano semplicemente che potesse trattarsi di un'operazione assicurativa. Altrettanto peculiare era stata la posizione di A. GAMBINO, *op. cit.*, 366 ss., in specie 404 ss., 410, il quale nei porsì l'interrogativo se si potesse giungere a qualificare l'assicurazione come negozio di impresa, aveva concluso in senso negativo, sulla base dell'assenza nell'ordinamento giuridico di una disciplina in senso opposto, finendo l'attività d'impresa stessa per rilevare solo in via subordinata e strumentale rispetto alla componente aleatoria che rivestiva un ruolo dominante.

Più articolata è stata la posizione assunta sul punto da P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., 51 ss. nonché 264 e 265, il quale, pur avendo riconosciuto che il ruolo di assicuratore nel contratto potesse essere rivestito solo da un imprenditore, ha respinto la tesi di coloro che erano giunti a sostenere che l'assicuratore dovesse per forza gestire i rischi discendenti dall'operazione negoziale attraverso la tecnica statistico-attuariale, ben potendo il medesimo adottare anche una tecnica diversa. L'Autore è giunto, infatti, a riconoscere nella prestazione consistente nella gestione dei rischi una mera attività strumentale e non invero la controprestazione principale della corresponsione del premio da parte dell'assicurato. Per completezza, sulla fisionomia degli *obblighi integrativi*, intesi soprattutto come impegni volti a conservare l'interesse attuale della controparte e in quanto tali distinti dal positivo adempimento della futura aspettativa creditoria v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, cit., 96; L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 370, che aveva evidenziato come la funzione degli obblighi integrativi strumentali fosse costituita dall'essere al servizio dell'esatto adempimento di quelli primari rappresentando i primi specificazioni del contenuto di questi ultimi; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, 68, laddove aveva parlato di doveri preparatori all'adempimento dotati di contenuto proprio ma diretti a realizzare lo stesso scopo della prestazione principale; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, Giuffrè, 1965, 53, che aveva ricordato la distinzione fra obblighi autonomi, seppur accessori, e quelli costituenti una mera precisazione di quella principale. Sulla differenza in seno ai «c.d. doveri integrativi» v. altresì U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, Milano, Giuffrè, 1974, 17 ss. In argomento cfr. anche C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 75 e 76, per cui in ogni obbligazione erano rilevanti tanto il momento strumentale quanto quello finale, poiché entrambi soddisfacevano l'interesse creditorio; nonché C.A. CANNATA, *op. cit.*, 41 e 42, secondo cui accanto a quella principale potevano riscontrarsi ulteriori prestazioni dipendenti da essa definibili alcune accessorie altre sussidiarie.

Avevano negato, di contro, che l'impresa costituisse elemento essenziale per la validità dell'assicurazione L. FRANCHI, *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, in *Il Filangieri*, 1892, I, 456, 457 e 458 e L. DEVOTO, *op. ult. cit.*, 61, i quali in epoca remota avevano criticato la tesi del Vivante. In termini maggiormente nitidi v., pure V. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1939, I, 9, per il quale l'organizzazione

peraltro, accolto senza riserve anche dalla giurisprudenza di legittimità più risalente¹⁸⁷. Ferma restando, dunque, la separazione concettuale tra il singolo negozio di assicurazione disciplinato all'art. 1882 c.c. e l'attività professionale esercitata dall'assicuratore – che l'art. 1883 c.c. riserva in via esclusiva agli istituti di diritto pubblico o alle società per azioni nel rispetto della normativa speciale di settore – in cui il primo si colloca¹⁸⁸, non pare dunque ammissibile che si possa configurare un patto di natura assicurativa in assenza di un imprenditore assicurativo. Per assicurazione in senso tecnico ed economico si indica pertanto quell'operazione di mutualità, costituita tramite l'intervento di un imprenditore intermediario fra un gruppo di soggetti esposti ad un certo rischio, in quanto non riveste alcun rilievo effettivo l'assunzione isolata del medesimo, intesa quale puro e semplice spostamento degli effetti economici di quest'ultimo dalla sfera patrimoniale del soggetto che vi è naturalmente esposto a quella di colui che li assume a proprio carico¹⁸⁹. Nell'assicurazione si ritiene dunque necessario rinvenire la pre-

sistemica della gestione dei rischi non costituiva una condizione di validità del contratto di assicurazione in sé ma una caratteristica riferibile a uno dei due soggetti del rapporto negoziale. Pure C. VITERBO, *op. ult. cit.*, 145, aveva ricordato che già in uno scritto precedente era giunto a criticare che l'organizzazione imprenditoriale fosse un requisito giuridico del contratto. L'assunto per cui l'organizzazione sotto forma di impresa costituiva un elemento essenziale del concetto giuridico di assicurazione era rifiutato anche da A. FIORENTINO, *op. ult. cit.*, 7 e 8. Su medesime posizioni si erano posti inoltre T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in IDEM, *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952, 362; IDEM, *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, III ed., Milano, Giuffrè, 1962, 385 ss., in specie 388; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, cit., 213 ss., ed in particolare 218 e 219; nonché IDEM, *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana*, in *Assicurazioni*, 1962, I, 184 e 185; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., 17; IDEM, *Economia, tecnica e diritto nell'assicurazione*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, 1961, 671; F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1963, I, 456; A. PALERMO, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, La Tribuna, 1969, 204, 205 e 206. Più di recente anche L. FARENGA, *op. cit.*, 154, rigetta la tesi della nullità degli atti stipulati da chi si assume il rischio in difetto delle qualità di imprenditore assicurativo, inquadrando una siffatta fattispecie nell'ambito dei contratti atipici.

¹⁸⁷ V., a tal proposito, Cass., 16 ottobre 1972, n. 3096, in *Giust. civ.*, 1973, I, 464 ss., con nota di A. DI AMATO, *Ancora in tema di dissesto dell'assicuratore e tutela dell'assicurato*; Cass., 4 gennaio 1974, n. 11, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1629 ss., con nota di A. DI AMATO, *Cenni sulla prestazione dell'assicuratore nell'assicurazione contro i danni*.

¹⁸⁸ L'osservazione è propria di A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012, 37.

¹⁸⁹ V. G. FANELLI, *op. ult. cit.*, 19. Sul tema v. pure F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Studi sulle assicurazioni*, cit., 213, per il quale, dal momento che l'assicurazione si esplicava attraverso l'impresa, quest'ultima costituiva un momento causale del contratto. In modo conforme si era espresso, sostenendo che l'impresa costituisce un presupposto oggettivo rientrante nello schema funzionale del negozio G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., cit., 719, 720 e 721, che chiaramente aveva evidenziato come «nel contratto di assicurazione, i due termini del sinallagma non si determina[va] no uno in funzione dell'altro, ma passa[va]no necessariamente attraverso il diaframma dell'impresa», ponendosi il rapporto fra le reciproche prestazioni non in riferimento alla singola assicurazione, ma alla massa di contratti di quel tipo facenti capo alla medesima.

Anche la più moderna letteratura ritiene che attraverso il negozio in esame un soggetto riesca a garantirsi nei confronti dei danni prodotti dal verificarsi di un determinato

senza di un piano di organizzazione imprenditoriale, e l'aspetto per cui l'impresa assicurativa si caratterizza ai fini del tipo negoziale che discende dalla sua attività è costituito dalla sussistenza di una massa di contraenti e da un insieme di contratti che fanno capo ad un unico soggetto, l'assicuratore¹⁹⁰, sì che detto accordo contrattuale può essere concepito esclusivamente all'interno di una attività assicurativa basata sulla comunione dei rischi, sulla loro distribuzione e ripartizione¹⁹¹. In altri termini non può esser definito assicurazione il contratto diretto a porre per un soggetto una garanzia o un'assicurazione dinanzi ad un certo evento o rischio, non potendo concepirsi un negozio di tale genere non collegato ad un'impresa assicuratrice¹⁹². È, pertanto, evidente che nel caso che ci occupa, quindi, mancando il carattere della mutualità e verificandosi solo uno spostamento del rischio dalla sfera dello scontatore a quella dello scontatario si finirebbe al di fuori dello schema dell'assicurazione. Infatti, mentre l'assicuratore è solitamente un imprenditore che svolge professionalmente l'esercizio dell'attività d'impresa assumendo, attraverso la stipula del contratto con l'assicurato, l'obbligo di esercitare in modo corretto la stessa per mezzo dell'adozione della tecnica assicurativa secondo cui il calcolo dei premi viene eseguito distribuendo su tutti gli assicurati – sulla base di criteri statistici e attuariali – i rischi che l'impresa si assume con la stipula di ogni contratto, non altrettanto si verrebbe a riscontrare con riguardo allo scontatario nello sconto bancario.

Né sarebbe, del pari, possibile, a giudizio di chi scrive, individuare nello sconto bancario la sussistenza di un *fatto assicurativo*. Da tempo la letteratura ammette che il rischio ed il sinistro, considerati in modo unitario, diano luogo, in ragione della loro stretta connessione, al *fatto dell'assicurazione*, vale a dire al «fatto che produce per l'assicurato il diritto all'assicurazione», costituito da «uno stato di certezza quale sostitutivo dello stato di incertezza precedente»¹⁹³. L'evoluzione del pensiero dottrinale è corsa, in materia, lungo questa direzione. L'obiettivo raggiunto dai recenti studi in argomento è stato, infatti, quello di creare un concetto di *fatto assicurativo* che potesse prevalere rispetto al-

rischio venendo gli stessi ripartiti «tra una pluralità di soggetti esposti al medesimo tipo di rischio». In questi termini v. A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 3.

¹⁹⁰ Il riferimento è a S. SOTGIA, *Diritto delle assicurazioni*, cit., 50 e 54, laddove aveva parlato di «coordinazione del contratto all'impresa da un lato e del contratto alla massa dei contraenti dall'altro» quali aspetti essenziali della struttura del tipo.

¹⁹¹ In tal senso G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, 154, 155 e 158, per cui, se il negozio in commento era diretto a frantumare, distribuendolo, il rischio, la funzione di esso non poteva essere quella di lucro incerto ossia di alea. Che la concezione moderna della causa dell'assicurazione facesse leva sulla distribuzione dei rischi fra i vari soggetti interessati a determinate fasi della vita economica è stata opinione riaffermata di recente da G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, X ed., cit., 956.

¹⁹² Così ancora una volta S. SOTGIA, *op. ult. cit.*, 64.

¹⁹³ S. SOTGIA, *op. ult. cit.*, 79 e 80.

la semplice analisi del contratto di assicurazione. È stato in effetti osservato come pur a fronte di una pluralità strutturale delle fattispecie assicurative unica sia la funzione, potendosi in tal modo delineare una nozione unitaria di fatto assicurativo definibile come l'evento rilevante per il diritto al quale l'ordinamento riconnette effetti costitutivi, modificativi o estintivi di posizioni soggettive caratterizzate da interessi collegati all'operazione economica di neutralizzazione di un rischio che si realizza nel rapporto giuridico originatosi fra quelle stesse situazioni¹⁹⁴. Lo *scopo assicurativo* può infatti esplicarsi nei più svariati campi dell'attività umana, ossia in presenza di una necessità da soddisfare a fronte di conseguenze derivanti da specifici fatti¹⁹⁵. Si è, pertanto, venuta a definire una nozione astratta del concetto in esame che può così essere impiegata nei vari campi del diritto rispondendo con ciò alle iniziali sollecitazioni della dottrina più vetusta la quale, al fine di comprendere la natura e la portata del vincolo assicurativo, non aveva tardato ad affermare che il meccanismo assicurativo avrebbe dovuto essere studiato prima ancora del contratto e ciò al fine di comprendere la natura e la portata del vincolo¹⁹⁶. A tal proposito l'accezione di *fatto giuridico* diviene quindi utile per indicare «tutti i comportamenti e gli atti dai quali sorgono rapporti giuridici di natura assicurativa»¹⁹⁷, prescindendo pertanto dalla presenza necessaria di un contratto di assicurazione. D'altronde, come noto, gli effetti di un *fatto giuridico* possono comportare la costituzione, la modificazione o l'estinzione di una situazione giuridica soggettiva¹⁹⁸. La legge, infatti, prevede e disciplina

¹⁹⁴ In questi termini V. FERRARI, *La funzione unitaria del fatto assicurativo*, in AA.Vv., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 7, 44 e 45, il quale è giunto a tale conclusione dopo aver preso le mosse dall'intento di descrivere il medesimo come «elemento monistico dell'intero sistema delle assicurazioni, onde pervenire ad una concezione unitaria del sistema stesso ma anche per andare oltre» e dopo aver sostenuto che tutti gli istituti assicurativi si connotavano per la causa consistente nella neutralizzazione del rischio.

¹⁹⁵ V. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, II ed., cit., 721. Più di recente anche M. FRANZONI, *L'operazione assicurativa*, in IDEM (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016, 1, sottolinea come il fenomeno assicurativo tragga origine dalla percezione che nel tempo ha la collettività dei rischi che si originano dall'insicurezza dei comportamenti dell'uomo.

¹⁹⁶ Così S. SOTGLIA, *op. ult. cit.*, 32 e 33.

¹⁹⁷ V. FERRARI, *Il concetto di fatto assicurativo*, cit., 8.

¹⁹⁸ Sul concetto generale di *fatto giuridico* v. il contributo di A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2000, 1, per il quale in senso lato esso ricomprendeva ogni avvenimento al cui verificarsi conseguiva una modifica della situazione giuridica. Invero, una parte della dottrina aveva avvertito che la capacità dei fatti a produrre certi effetti veniva modulata dalla norma giuridica. In tal senso v. R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, VIII ed., I, Milano-Messina, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1951, 91, che avevano definito fatti giuridici gli avvenimenti a cui l'ordinamento attribuiva la virtù di produrre effetti giuridici, valeva a dire l'acquisto, la perdita e la modifica di un diritto. Conf. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1966, 111, il quale non aveva dubbi nel ritenere che la norma giuridica non potesse essere fonte immediata degli effetti in quanto questi venivano dalla norma stessa collegati ad un'ipotesi di fatto. In aggiunta si sottolineava che il legame tra fatti ed effetti rappresentava una cau-

appositamente i fatti giuridici, ossia le cause capaci di fare sorgere, modificare o estinguere diritti¹⁹⁹. Inquadrata in questi termini la vicenda che ci occupa è quindi possibile affermare che essa costituisce – quanto al sostantivo *fatto* – una situazione giuridica rilevante che – con l’aggiunta dell’aggettivo qualificativo *assicurativo* – diviene un’operazione in cui un rischio viene trasferito a titolo oneroso. Ma anche il fatto assicurativo si caratterizza per essere tipico di un meccanismo economico nel quale in aggiunta al passaggio di quest’ultimo si affianca, in qualità di controprestazione, l’obbligo di pagamento di un corrispettivo in denaro che costituisce il premio²⁰⁰. E sotto tale profilo le distanze rispetto allo sconto bancario tendono di nuovo a dilatarsi per le ragioni poc’anzi sviluppate in tema di assenza del pagamento di un premio.

In definitiva, tirando le fila di questo lungo discorso, se, con riguardo alla prestazione indennitaria dello scontatario, di una vicenda assicurativa si volesse parlare, non si potrebbe che ricorrere all’idea di una forma imperfetta di assicurazione dovendosi escludere l’ammissibilità di un contratto appartenente a tale tipo. Ma ciò non appare del tutto appagante in quanto esulerebbe dai connotati di una corretta indagine sulla dogmatica; pertanto non resta che procedere oltre nella ricerca al fine di tentare di rinvenire una soluzione maggiormente consona al caso di specie.

§ III.11. – L’individuazione di una prestazione assicurativa transtipica in capo allo scontatario

Nel paragrafo che precede si è visto come nell’inciso *salvo buon fine* il fenomeno assicurativo non si presenti con la linearità che è propria del modello del contratto di assicurazione. D’altra parte l’atto di *garanzia pura* è unilaterale e si origina dalla legge che lo disciplina in termini di effetti del contratto di sconto a differenza dell’assicurazione che è bilaterale. In una siffatta vicenda i contratti sono quello di sconto e, all’interno di esso in veste di contropartita dell’anticipazione, la cessione del credito, non altri. Ciò nondimeno, escluso, dunque, che nella fattispecie di cui agli artt. 1858 ss. c.c. si possa rinvenire un contratto di assicurazione o un fatto assicurativo, l’impressione che si ricava sulla base dell’indagine sin qui svolta è che quanto si riscontra nel caso che ci occupa sia invece una vera e propria *prestazione assicurativa* che, come tale, assumerebbe natura *transtipica*.

salità non naturale ma giuridica. Così R. MOSCHELLA, *Fatto giuridico*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989, 1.

¹⁹⁹ Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLI ed., Padova, Cedam, 2004, 77.

²⁰⁰ In questi termini V. FERRARI, *op. ult. cit.*, 23 e 24.

Già in passato non erano sorti particolari ostacoli ad accogliere l'idea che un'obbligazione inserita in un contratto sinallagmatico potesse essere considerata separatamente da quest'ultimo²⁰¹, ovvero, in termini ancora più netti e chiari, che la disciplina della prestazione di un contratto, quale espressione obiettiva della funzione dello stesso, potesse essere applicata ogni volta in cui, all'interno di fattispecie diverse da quella tipica venisse individuata tale funzione²⁰². È stato così pertanto agevole riconoscere la validità di una simile conclusione anche con riferimento alla prestazione contrattuale intesa quale effetto del negozio. La letteratura più moderna ammette, infatti, pacificamente che una *prestazione contrattuale* possa essere suscettibile «di figurare in tipi contrattuali diversi»²⁰³. E così avviene anche con riguardo al contratto di sconto, laddove un soggetto, lo scontatario, si assume per legge il rischio di uno specifico evento oltre che incerto anche dannoso capace di provocare un oggettivo depauperamento del patrimonio di un altro; accadimento questo assolutamente non voluto dallo stesso scontatore. La circostanza, quindi, che una determinata prestazione – nel caso che ci occupa dell'assicuratore – sia disciplinata in un contratto – quello per l'appunto di cui all'art. 1882 c.c. – e semplicemente accennata anche in un altro – il negozio di sconto – venendo in tale ultimo adottata al fine di completare la disciplina del medesimo, non deve assolutamente stupire²⁰⁴.

Infatti, la regolamentazione delle prestazioni tipiche contrattuali è prevista «all'interno della più generale disciplina di un tipo di contratto in senso pieno», ma si applica alla prestazione corrispondente a prescindere dal contratto in cui essa risulta essere stata collocata²⁰⁵. La stessa è, in realtà, contraddistinta da tratti comuni che si rinvencono per l'appunto in altri negozi tipici, sussistendo una sorta di fisionomia ricorrente tra le diverse prestazioni dei rispettivi contratti. Nell'assicurazione è, infatti, regolata una prestazione contrattuale, quella dell'assicuratore, destinata ad essere riprodotta ed inserita dal legislatore

²⁰¹ V. C. VITERBO, *Il contratto d'assicurazione*, cit., 59, che così si era espresso con riferimento all'obbligazione condizionata dell'assicuratore di pagare l'indennizzo. L'Autore aveva precisato, infatti, che era sempre possibile considerare in modo isolato ognuno degli obblighi del sinallagma. Sul punto un contributo decisivo si deve pure alla letteratura tedesca. Cfr., al riguardo, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di C. Fadde e P.E. Bensa, II, Torino, UTET, 1925, 245 e 246, in nt. 2, e 252, in nt. 16.

²⁰² V. G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, Cedam, 1934, 183 e 184.

²⁰³ V. ROPPO, *op. cit.*, 404 e 405. Una determinata prestazione può infatti essere presente in più schemi contrattuali tipici o atipici come riconosceva senza ostacoli pure O. CAGNASO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, Giuffrè, 1983, 77.

²⁰⁴ La conclusione interpretativa raggiunta trova, del resto, conferma anche in U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, Giuffrè, 1967, 170 e 171, che a suo tempo non aveva esitato ad ammettere che una particolare prestazione regolamentata in un contratto-tipo potesse essere estesa anche «ad una intera serie di contratti nei quali la prestazione [era] semplicemente menzionata».

²⁰⁵ Così V. ROPPO, *op. et loc. supra cit.*, laddove si rinviene la citazione testuale.

stesso anche in altre fattispecie tipiche, quale è per l'appunto lo sconto, sebbene la causa di liquidità di quest'ultimo negozio, come si è potuto in precedenza riscontrare²⁰⁶, sia completamente differente rispetto alla funzione che connota il fatto assicurativo. Nel caso di compresenza di vari schemi negoziali, le regole degli stessi, purché compatibili, operano insieme, incidendo su un'unica convenzione, essendo i regolamenti dei contratti tipici «destinati, più che a “contratti” veri e propri, a clausole, a “pezzi di contratto”» e ciò sul presupposto che i precetti che disciplinano i contratti tipici trovano applicazione alle prestazioni e non invero all'accordo negoziale, essendo, per l'appunto, i diversi *tipi di contratto* «“tipi di pezzi di contratto”»²⁰⁷. Non è, quindi, del tutto fuori luogo il fatto che un negozio – quale è lo sconto – venga ad essere disciplinato dal concorso simultaneo di norme dettate in corrispondenza di contratti differenti, tra cui per l'appunto quello di assicurazione, che finisce in tal modo per completarlo²⁰⁸.

Ciò consente, pertanto, di affermare che la tipica prestazione dell'assicuratore – che consiste nell'attuare per l'assicurato una situazione di sicurezza idonea a trasferire il rischio e a creare il presupposto perché sorga un indennizzo se si verifica il sinistro dedotto in contratto e che coincide con la *garanzia pura* – può essere considerata isolatamente dal contratto di assicurazione ed asportata da esso per ritrovarsi introdotta in altri contesti contrattuali, come lo sconto. Il che permette di estrarre dall'art. 1882 c.c. questa prestazione e la relativa disciplina – senza dar corso alla stessa operazione con riguardo alla sua controprestazione consistente nel pagamento del premio – per condurla nel contratto di sconto, continuando, tra l'altro, a chiamarla prestazione dell'assicuratore, volendo con ciò riferirsi agli effetti del contratto di assicurazione e non alle obbligazioni discendenti dal medesimo. In altri termini sotto il profilo della struttura del contratto di assicurazione è alquanto verosimile che la prestazione dell'assicuratore possa essere inquadrata quale *prestazione tipica* che si inserisce anche in contratti diversi da quello in cui è disciplinata. L'elemento capace di giustificare questa prestazione assicurativa transtipica non è dunque la singola controprestazione dello scontatore – vale a dire l'anticipazione del credito che costituisce, come in realtà più volte accennato, il corrispettivo della cessione del credito stesso – ma l'operazione di sconto nel suo

²⁰⁶ V. *supra*, cap. I, § 7.

²⁰⁷ Così R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 804 e 805.

²⁰⁸ In termini generali, aperto ad una siffatta eventualità era, già da parecchi decenni or sono, U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 170, che non aveva esitato a dipingere la sussistenza nel nostro ordinamento giuridico di una «tavola pitagorica» nel senso che un dato effetto giuridico poteva automaticamente discendere dalla combinazione dei vari elementi contrattuali della norma corrispondente.

complesso, concorrendo a legittimare la pretesa della stessa da parte della banca il fatto che l'interesse di quest'ultima è quello di essere tenuta indenne dalle conseguenze economiche dannose che si venissero a generare in ordine al mancato incasso del credito a scadenza. La *prestazione assicurativa transtipica* finisce, quindi, per collocarsi nell'ambito del contratto di sconto che ha causa di liquidità e quindi essa si configura in modo peculiare rispetto al campo assicurativo in cui è nata. Sotto una diversa prospettiva, nell'assumere il rischio lo scontatario non è spinto da un mero intento di liberalità, trovando giustificazione detto spostamento patrimoniale nell'interesse quindi del medesimo all'operazione di sconto. In conseguenza di ciò, pertanto, il sacrificio del garante è giustificato, anziché dallo scambio giuridico tra le prestazioni che caratterizzano il contratto di sconto, dal vantaggio complessivo derivante da quest'ultimo ed in particolare dalla funzione del medesimo.

In conclusione, pertanto, volendo ora ripercorrere in sintesi i risultati raggiunti è possibile affermare come l'indennizzo dello scontatario non si riduca ad un contratto di assicurazione ma si identifichi semmai in una prestazione assicurativa. In comune con il fatto assicurativo – che nella moderna ricostruzione della letteratura meglio descrive il fenomeno delle assicurazioni – vi è senza dubbio il trasferimento del rischio di insolvenza del debitore ceduto dallo scontatore allo scontatario, ma ciò non è sufficiente a configurare la vicenda in termini di un vero e proprio contratto di assicurazione contenuto nell'inciso *salvo buon fine* quale clausola che contraddistingue la cessione del credito all'interno dello sconto bancario. In quest'ultimo negozio la previsione di un indennizzo non richiede alcuna manifestazione di volontà delle parti e si istaura automaticamente nel momento in cui si perfeziona il contratto stesso quale effetto della cessione di crediti *salvo buon fine*. La volontà delle parti di dar corso ad un contratto di sconto racchiude in sé implicitamente anche quella di originare una prestazione assicurativa ed è per questa ragione che non è necessaria una specifica ed espresa manifestazione in tal senso avendo il negozio di sconto in sé, quale elemento centrale, una clausola che contiene una siffatta prestazione a prescindere dall'intento esplicito dei contraenti. Sotto questo profilo, la *garanzia pura* è, prima ancora che un *rapporto giuridico*²⁰⁹, una *prestazio-*

²⁰⁹ Come ha sostenuto P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 253 e soprattutto 254, in ragione del fatto che il vincolo di garanzia pura era rivolto nei confronti di un soggetto determinato.

È noto come tale nozione debba essere intesa quale legame ovvero correlazione di vita tra due soggetti, l'uno in posizione attiva, l'altro in uno stato passivo o di soggezione, rilevante per l'ordinamento e regolata pertanto dal diritto in modo tale da attribuire al primo di essi di regola un diritto soggettivo e al secondo un dovere o comunque una condizione di subordinazione, al fine di realizzare l'interesse perseguito da controparte. Tra i vari contributi cfr., senza pretesa di esaustività, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed., Milano, Giuffrè, 2018, 52; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napo-

ne contrattuale²¹⁰ consistente in un vincolo non obbligatorio che discende dal contratto o, se si preferisce, un effetto del negozio idoneo, da un lato, a dar vita ad una situazione di sicurezza attraverso il trasferimento del rischio – da intendersi quale assunzione del peso economico del medesimo da parte di uno dei due contraenti – e, dall’altro, a creare i presupposti perché possa sorgere un obbligo indennitario se si verifica l’evento dedotto in contratto. Più precisamente ciò che si rinviene nello sconto – così come in altre fattispecie di garanzia pura quali la promessa del fatto del terzo *ex art.* 1381 c.c. o lo *star del credere* a cui è tenuto a norma dell’art. 1736 c.c. il commissionario – è in realtà la prestazione contrattuale tipica dell’assicuratore. La stessa è in grado di originare tra scontatario e scontatore un particolare rapporto che dà diritto a quest’ultimo di pretendere dal primo – nel rispetto della disciplina del tipo contrattuale delineata dagli artt. 1858 ss. c.c. – un indennizzo al verificarsi dell’evento mancato pagamento del debitore ceduto. Né va-

li, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 61; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2004, 63; S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, 300 e 306; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XXVI ed., Padova, Cedam, 1983, 51; V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, UTET, 1970, 471; G. LAZZARO, *Rapporto giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, UTET, 1967, 789, e *ivi* ulteriori riferimenti; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., I, *La teoria generale della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, 191 ss., 243 e 244; L. CARIOTA FERRARA, *Rapporto successorio, rapporto giuridico e rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 729; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., I, Milano, Giuffrè, 1957, 123 e 124; S. PUGLIATTI, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *IDEM*, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, 395 in testo ed in nt. 2; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, II ed., Torino, UTET, 1950, 6 e 7; A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 1949, 32 e 33; G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, Giuffrè, 1944, 60 ss.; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, III ed., Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1933, 3.

Peraltro una parte della dottrina aveva affermato che il concetto di *rapporto giuridico* potesse essere esteso sino a ricomprendere anche le ipotesi in cui il termine passivo di esso fosse costituito non da un obbligo bensì da una soggezione. In tal senso cfr. A. GAMBINO, *op. cit.*, 191; G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, UTET, 1960, 740; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1951, 141 ss. e 169; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, 264 e 267. Un ampio concetto di *rapporto giuridico*, inteso quale relazione fra due posizioni correlate rispetto a un certo bene a prescindere dal contenuto delle suddette posizioni, si rinveniva pure in R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, cit., 1141.

Peculiare e più complessa era la posizione di P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1979, 267 ss., secondo il quale la relazione essenziale all’interno di un rapporto giuridico era quella strutturale tra centri d’interessi, senza che fosse necessario presupporre la nozione di *soggetto* per individuare il nucleo fondamentale del rapporto medesimo, intercorrendo quest’ultimo, sotto il profilo strutturale, fra posizioni soggettive complesse e sostanzandosi, sul versante funzionale, in un regolamento di contrapposte situazioni di interessi o di collegati centri di interesse.

Contrari alla definizione tradizionale erano invece stati F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1959, 17 ss. e D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II ed., I, *Introduzione-Parte preliminare-Parte generale-Diritti della personalità-Diritto di famiglia-Diritti reali*, Torino, UTET, 1949, 105, i quali avevano parlato di rapporto giuridico in termini di collegamento diretto fra soggetto e ordinamento, valeva a dire fra un termine soggettivo e le norme giuridiche applicabili alla fattispecie, quali oggetto del rapporto medesimo.

²¹⁰ Da intendersi in termini di effetto del contratto e non di oggetto dell’obbligazione.

le ad escludere quanto sin qui affermato la circostanza che nello sconto bancario lo scontatario non sia un assicuratore professionale. Nulla vieta, infatti, che la situazione di sicurezza creata dalla *garanzia pura* possa in effetti essere diversamente graduata. Sarà maggiore quando il garante svolgerà l'attività professionale di assicuratore, potendosi in tal caso confidare sulla suddivisione del rischio tra gli assicurati in base a criteri statistici e sulla sinallagmaticità con la controprestazione dei premi pagati – elementi questi che garantiscono in misura più affidabile il ristoro consistente nel rivalere il soggetto assicurato – potrà essere eventualmente minore quando, al pari dello sconto bancario²¹¹, lo scontatario non sarà in grado di coprire il rischio professionalmente con la tecnica assicurativa.

Contratto di assicurazione, da una parte, e di sconto, dall'altra – quest'ultimo relativamente all'inciso *salvo buon fine* – hanno quindi in comune la prestazione contrattuale tipica del primo dei due negozi-tipo ed in ciò sta per l'appunto la *transtipicità* della prestazione assicurativa la quale, una volta che si verifica l'evento dedotto in contratto, fa scattare l'obbligo indennitario subendo per l'appunto una mutazione e trasformando il vincolo originariamente non obbligatorio in una vera e propria obbligazione indennitaria dalla natura di dovere primario.

§ III.12. – *La confutazione dell'orientamento che propende per la sussistenza di un negozio condizionato*

La conclusione tracciata nei paragrafi che precedono che intravede nella clausola *salvo buon fine* di cui allo sconto bancario una prestazione contrattuale di garanzia – nella specie assicurativa transtipica – capace di creare uno stato di sicurezza per lo scontatore idonea a soddisfare il suo interesse, in quanto al verificarsi del mancato incasso del credito ceduto sorge il diritto di quest'ultimo di pretendere dallo scontatario un indennizzo, consente ora di prendere le distanze dell'orientamento tradizionale e prevalente secondo il quale la ricostruzione dogmatica dell'enunciato in esame tenderebbe a identificare nello stesso un particolare *meccanismo condizionale* dalla natura legale²¹².

A tal proposito da tempo la giurisprudenza ha oscillato tra l'individuazione di una condizione di tipo risolutivo ed una sospensiva. In

²¹¹ Ma la stessa conclusione può essere estesa al promittente di cui alla promessa del fatto del terzo e alla clausola dello *star del credere* ex art. 1736 c.c.

²¹² Per una più ampia critica v., pure, G. PANZARINI, *op. cit.*, 346 ss. Che sia alquanto difficile immaginare una alienazione dello scontatario sottoposta a condizione risolutiva o sospensiva, atteso l'evidente suo interesse «a spogliarsi immediatamente e irrevocabilmente della titolarità di un diritto presente nel suo patrimonio», è opinione sostenuta anche da G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, 57.

particolare talune pronunce hanno invocato l'inadempimento del debitore ceduto quale fatto che legittima la banca a pretendere nei confronti del cedente la restituzione dell'importo del credito anticipato, trattandosi di un evento dedotto in *condizione risolutiva* del rapporto ovvero del contratto o ancora dell'anticipazione o dell'erogazione²¹³. In altri arresti la Suprema Corte ha invece subordinato il suddetto obbligo di retrocessione alla *condizione sospensiva* del mancato pagamento del credito trasferito da parte del terzo ceduto; circostanza quest'ultima che, nel fungere da accadimento futuro e incerto, sarebbe destinata a rendere esigibile la pretesa della banca scontatrice verso il cedente²¹⁴,

²¹³ V., sia in tema di operazioni di sconto che di cessione del credito *pro solvendo*, Cass., 9 luglio 2014, n. 15605, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 692; Cass., 13 maggio 2003, n. 7317, in *Dir. giust.*, 2003, 108; Cass., 23 settembre 2002, n. 13823, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 1 ss., con nota di O. DE NICOLA, *Sul diritto della banca scontatore alla restituzione della somma anticipata*; Cass., 19 ottobre 2001, n. 12783, in *Giur. imp.*, 2002, 42; Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, cit.; Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, 598 ss., con nota di N. LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*; Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II, 141 ss.; Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, in *Giust. civ.*, 1965, I, 116 ss., con nota di C. GIANNATTASIO, *Ancora dello sconto cambiario e del diniego dell'azione di arricchimento contro il traente*. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Bari, 5 ottobre 2011, in www.giurisprudenzabarese.it, 2011; Trib. Bologna, 4 maggio 1983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 533 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Sulla cessione pro solvendo nel contratto di sconto*.

In generale, con riferimento alla clausola *salvo buon fine* o *salvo incasso*, v. Trib. Perugia, 22 giugno 1960, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 262 ss., nella cui motivazione era stato ricordato come la clausola *salvo incasso* prevista dall'art. 1829 c.c. ed applicabile, in base all'art. 1857 c.c., ad ogni operazione regolata in conto corrente bancario, fosse da qualificare in termini di condizione risolutiva in senso tecnico in base all'art. 1353 c.c. del rapporto di trasferimento del credito in caso di mancata realizzazione di quest'ultimo; App. Roma, 4 settembre 1953, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, II, 466 ss., nella cui parte motiva veniva messa in luce la circostanza che il legislatore, attraverso la clausola *salvo incasso* di cui all'art. 1829, richiamato dall'art. 1857 c.c., aveva voluto dare tutela al creditore non soddisfatto, allocando il rischio dell'insolvenza del ceduto in capo al cedente, operando detta clausola come una condizione risolutiva del trasferimento del credito.

Oltre a ciò, alcuni arresti si sono spinti addirittura ad affermare, in occasione di detto inadempimento, l'automatica retrocessione del credito ceduto in capo al cedente. Così Cass., 23 ottobre 2006, n. 22785, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2487, per la quale, nel caso di sconto bancario di titoli rappresentativi di crediti, a seguito della cessione *pro solvendo* il cedente non era più titolare del credito ma il trasferimento in favore del cessionario era risolutivamente condizionato all'inadempimento del ceduto, evento che comportava la retrocessione del credito in capo al cedente e nello sconto bancario consentiva alla banca di riaddebitare il capitale e le spese al creditore cedente; Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, cit., la quale, pronunciandosi in tema di sconto, affermava che la clausola *salvo buon fine* operava quale condizione risolutiva del trasferimento della titolarità del credito e non già quale garanzia della solvenza del ceduto, verificandosi, in caso di mancata esazione del credito da parte del cessionario, la retrocessione dello stesso in capo al cedente sul quale incombeva così l'obbligo di soddisfare la banca dell'importo anticipatogli.

²¹⁴ Cfr. Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 30 ss., con nota di G.W. ROMAGNO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*. Che l'obbligo restitutorio dello scontatario cedente fosse sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore ceduto è stata opinione altresì di Cass., 15 luglio 1996, n. 6399, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 993, che non ha tuttavia mancato di ricordare come, a sua volta, l'acquisto del diritto di credito dello scontatore fosse sottoposto a condizione risolutiva; Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2571 ss.; Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1575 ss.; Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, cit.

In tal senso parrebbero pronunciarsi anche Cass., 17 maggio 2013, n. 12079, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 519, la quale, in tema di sconto, statuisce, in termini generici, che il diritto della banca di ottenere la restituzione dell'anticipazione dal cliente è subordinato al man-

ripercorrendo in tal modo quella risalente affermazione della dottrina secondo la quale oggetto di condizione sospensiva sarebbe stato il definitivo effetto liberatorio dello scontatario²¹⁵. In forza di un simile orientamento, mentre nella prima fattispecie l'evento dedotto in condizione risolutiva – consistente nel mancato adempimento della prestazione del debitore ceduto – produrrebbe lo scioglimento del contratto, nella seconda il medesimo accadimento, previsto questa volta in condizione sospensiva, determinerebbe invece un mero effetto – diventando attuale l'obbligo del cedente di restituire alla banca la somma corrispondente al credito anticipato – senza che si verifichi necessariamente la risoluzione del negozio.

Per vero i suddetti indirizzi altro non sono che l'evoluzione del pensiero della letteratura più ortodossa. Già da tempo era stato, infatti, sostenuto che alla clausola *salvo buon fine* di cui all'art. 1858 c.c. andasse attribuito lo stesso significato dell'espressione *salvo incasso* dettata dall'art. 1829 c.c., valeva a dire la conformazione di una *condizione sospensiva*²¹⁶ ovvero *risolutiva*²¹⁷, definita, in quest'ultima ipotesi, da ta-

cato adempimento del debitore ceduto; nonché in precedenza Cass., 18 aprile 1975, n. 1465, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, II, 405 ss., per cui in un'operazione di sconto bancario l'accredito al cliente della banca avveniva *salvo buon fine*, ragione per cui l'istituto bancario aveva diritto, nel caso in cui non si fosse verificato il pagamento del titolo scontato, alla restituzione della somma anticipata.

²¹⁵ V. V. ANGELONI, *Lo sconto. Studio di diritto bancario*, Milano, Vallardi, 1919, 123 e 124.

²¹⁶ V., fra i contributi più risalenti, T. GIANNINI, *I contratti di conto corrente. Critica e pratica*, Firenze, Luigi Niccolai editore, 1895, 198 ss., il quale, già prima dell'entrata in vigore del Codice civile del 1942, aveva messo in luce come la clausola *salvo incasso*, allora prevista dall'art. 345 cod. comm., esprimesse il principio secondo cui, qualora oggetto di una rimessa in conto corrente fosse stato un credito, questo sarebbe entrato nel conto medesimo solo nel momento della sua effettiva riscossione, avvenuta la quale gli effetti del trasferimento sarebbero retroagiti al momento in cui la rimessa fosse stata compiuta, essendo «la disponibilità, la proprietà del valore, la novazione e la annotazione in conto [...] condizionate alla realizzazione del valore». Anche E. CIOTOLA, *Le obbligazioni nel fallimento*, Milano, Società Editrice Libraria, 1936, 187, era giunto ad evidenziare, già parecchi lustri or sono, che le rimesse degli effetti di commercio in conto corrente venivano annotate nel conto *salvo incasso*, ossia sotto la condizione sospensiva che i medesimi fossero pagati. Più di recente cfr. S. AMBROSINI, *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XIII, Torino, UTET, 1996, 279, per cui l'obbligo restitutorio del cedente risultava sospensivamente condizionato al mancato pagamento del terzo nei confronti dello scontatore; nonché I. DEMURO, *Lo sconto bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 160.

²¹⁷ Aveva affermato che le clausole del *buon fine* o del *salvo incasso* costituissero mere condizioni risolutive create dagli usi e adattate alle necessità del commercio U. NAVARRINI, *Conto corrente (Contratto di)*, in *Dig. it.*, Torino, UTET, 1895-1898, 991, per il quale nel conto corrente l'accreditamento del credito doveva avvenire al momento della trasmissione della proprietà degli effetti, salvo poi essere revocato, con conseguente restituzione degli effetti stessi, nel caso di mancato pagamento dei medesimi e qualora il ricevente non avesse preferito, non avvalendosi della clausola, tenerseli. Anche L. LORDI, *La clausola «salvo incasso» nel conto corrente e nell'apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 624 ss., aveva messo in luce che la clausola *salvo incasso* e quella *salvo buon fine* erano condizioni risolutive previste dal legislatore. L'indirizzo era stato fatto proprio da P. TEMPESTA, *Conto corrente (Contratto di)*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, UTET, 1938, 1109, 1110. Per l'Autore l'espressione *salvo incasso* significava che l'accreditamento nel conto di un titolo di credito si presumeva fatto a condizione che il titolo venisse realizzato, trattandosi di una condizione risolutiva in quanto l'immissione nel conto del credito condizionato produceva tutti gli effetti ad essa connessi, quali la decorrenza degli interessi.

luni *mista* in quanto caratterizzata dalla circostanza che gli effetti dipendevano da due eventi: il mancato pagamento del terzo e la volontà della banca di far valere contro lo scontatario tale fatto²¹⁸.

Nel voler accogliere la diversa tesi sostenuta da chi scrive, in forza della quale nulla esclude che l'accezione *prestazione* possa essere intesa anche nel suo significato di sacrificio che una parte sopporta al fine di far ottenere da controparte determinati vantaggi, è, pertanto, evidente come l'assicurare, ad opera dello scontatario, l'incasso del credito ceduto costituisca - diversamente da quanto sostenuto dalla prevalente letteratura e dalla ormai consolidata giurisprudenza - una *prestazione di garanzia* e non invero una condizione del contratto. Le riflessioni sin qui condotte consentono ora di disporre, infatti, di argomentazioni sufficienti per confutare l'orientamento tradizionale in precedenza ricordato. Sarebbe, in effetti, non corretto impostare la ricostruzione di una simile fattispecie sulla base della sussistenza di un elemento accidentale del negozio giuridico quale è per l'appunto la condizione. Se da un lato attraverso quest'ultima le parti sono in grado di influenzare gli effetti del medesimo, dall'altro corre l'obbligo di osservare come l'assunzione di garanzia non sia certo subordinata, quanto alle mo-

Successivamente l'argomento era stato affrontato da A. DE MARTINI, *Sconto di assegni bancari e accreditamento in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II, 76, 77 e 79 - per il quale il meccanismo del *salvo incasso* dell'art. 1829 c.c. consentiva l'inclusione nel conto del credito eccetto una sua risoluzione al verificarsi della duplice condizione del difetto di incasso e della scelta della banca di eliminare la partita dal conto (storno) - e ripreso da S. SOTGLIA, *Del conto corrente*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte II, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1949, 89, che, con riferimento all'art. 1829 c.c., pur non ritenendo importante capire se la rimessa del credito in conto corrente fosse soggetta a condizione sospensiva ovvero risolutiva, aveva riconosciuto in capo al ricevente non soddisfatto alla scadenza del credito la duplice facoltà di agire per la riscossione ovvero di eliminare la partita dal conto mediante lo storno. Pure F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, cit., 255, aveva ritenuto che la cessione «salvo buon fine» o «salvo incasso» fosse convenzionalmente sottoposta alla condizione risolutiva del mancato pagamento del debitore ceduto. Sul tema v., inoltre, E. COLAGROSSO, G. MOLLE, *Diritto bancario. Soggetti-titoli negozi giuridici*, II ed., Roma, Casa editrice Stamperia Nazionale, 1960, 351, per i quali la clausola *salvo buon fine* era equivalente a quella «salvo buon esito» configurandosi nel diritto dello scontatore di ottenere l'accredito del «ricavo della cessione» sebbene subordinatamente alla condizione risolutiva del mancato adempimento alla scadenza del debitore ceduto. Di condizione risolutiva del trasferimento di proprietà parlava, in epoca meno lontana, anche S. MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978, 628 e 629. In considerazione della funzione di garanzia svolta dalla cessione dei crediti collegata alle anticipazioni in castelletto C. SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, Cedam, 2001, 502, ha poi sostenuto come detta condizione risolutiva fosse da rinvenire nell'inadempimento del debitore ceduto, sul presupposto che la banca cessionaria ben avrebbe potuto non essere soddisfatta anche in ipotesi di pagamento del terzo debitore direttamente al proprio creditore.

²¹⁸ Così si era pronunciato A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari. Art. 1823-1860*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969, 21 e 170 in nt. 7, le cui osservazioni erano riprese da G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981, 399 e 400, in tema di sconto.

dificazioni di diritti e obblighi che il contratto produce nelle posizioni giuridiche di scontatore e scontatario, ad un evento futuro ed incerto.

Lo sconto bancario non determina, in relazione alla garanzia, un effetto giuridico sospeso, rivelandosi di contro lo stesso del tutto attuale, essendo idoneo fin dalla stipula del negozio a soddisfare, al pari di quanto in precedenza concluso, l'interesse della banca ponendola in una situazione di sicurezza con riferimento alla circostanza che, se si verificherà il mancato incasso del credito ceduto, sorgerà a carico dello scontatario un obbligo di indennizzo. L'effetto dell'assunzione del rischio da parte del cedente è, infatti, stabile nel tempo e non può certo dipendere dal mancato incasso del credito che è invece l'elemento dal quale si origina l'obbligo di indennizzo.

L'interesse alla garanzia dello scontatore è completamente sganciato dal verificarsi dell'inadempimento del debitore ceduto e la tutela in oggetto soddisfa il primo anche antecedentemente e a prescindere dal verificarsi o meno dell'evento, e più precisamente lo appaga a decorrere dalla sottoscrizione del negozio. Successivamente alla stipulazione del contratto di sconto la banca non è più creditrice del cliente in base al rapporto di anticipazione del credito, ma semmai lo diverrà, in forza della garanzia rilasciata, in ipotesi di mancato pagamento del debitore ceduto. Lo scontatore a seguito della cessione del credito perde la possibilità di agire nei confronti del cliente salvo che per l'obbligazione indennitaria, dovendo tuttavia attendere per questa la scadenza del credito. La previsione dell'obbligo indennitario da corrispondere alla banca a cui è chiamato, nel caso di mancato pagamento del debitore ceduto, lo scontatario se da un lato diviene attuale solo a seguito del verificarsi dell'evento mancato buon fine dell'incasso, dall'altro non per questo origina un rapporto obbligatorio condizionato.

D'altra parte, se il rischio del mancato incasso del credito ceduto si ritrasferisce in capo al cedente, è evidente che detta assunzione di garanzia avrà realizzato il proprio scopo sia nel caso in cui il debitore ceduto a scadenza paghi – avendo accompagnato e messo *in sicurezza* il soggetto garantito dal momento del perfezionamento del contratto sino all'incasso del credito – sia in quello in cui l'accadimento futuro costitutivo dell'obbligazione di indennizzo si verifichi, producendo in quest'ultima circostanza il sorgere di un obbligo restitutorio a favore della banca. Solo apparentemente la garanzia in oggetto assolve, quindi, ad una funzione restitutoria dell'anticipazione ricevuta dallo scontatario. Diversamente la stessa, per natura e contenuti, è in realtà volta ad eliminare il pregiudizio che si verifica nel patrimonio del cessionario per effetto del mancato incasso del credito trasferito sì da rendere per lo scontatore strutturalmente ed astrattamente indifferente qualsiasi rischio in termini di mancato pagamento idoneo a pregiudicare la

futura riscossione del credito, e ciò non dal momento in cui l'evento sfavorevole si verifica ma fin dalla sottoscrizione del contratto. Attraverso il pagamento dell'indennizzo dello scontatario la banca, infatti, ottiene un surrogato pecuniario della prestazione dovuta dal debitore ceduto, conseguendo il risultato a cui essa aveva ambito nel rendersi cessionaria del credito e, quindi, grazie alla condotta del cedente, viene altresì a realizzarsi anche il risultato che le parti avevano dedotto in contratto e pienamente pianificato fin dalla sottoscrizione dello sconto bancario nel loro programma negoziale. Solo un eventuale inadempimento dello scontatario all'obbligazione da indennizzo sarà in grado di produrre una *responsabilità contrattuale* di quest'ultimo da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* tale da legittimare l'invocazione dei rimedi risolutivi del negozio.

In effetti, l'evento *inadempimento del debitore ceduto* non interferisce sull'efficacia del negozio di sconto ma più semplicemente rende attuale un'obbligazione indennitaria prevista *ex lege* dalla clausola *salvo buon fine*²¹⁹. La garanzia dello scontatario sussiste fin dalla sottoscrizione dello sconto ed è per questo che l'effetto giuridico è attuale, essendo semmai l'obbligazione avente ad oggetto l'indennizzo - consistente nel diritto della banca di pretendere la somma incassabile dal credito anticipato - a prendere forma e consistenza al verificarsi dell'inadempimento del debitore ceduto²²⁰. In altri termini ciò che costituisce un evento futuro ed incerto è il sorgere dell'obbligazione dello scontatario avente il compito di realizzare la garanzia, ma non certo quest'ultima che è, invero, insita fin da subito nel negozio di sconto e senza la quale lo scontatario non potrebbe garantire alla controparte quel risultato

²¹⁹ Ha affermato che anche nell'ambito dell'art. 1267 c.c. fino a quando non accadesse il fatto dannoso futuro e incerto - ossia l'insolvenza del ceduto - il cedente pur essendo sottoposto ad un vincolo rilevante dal punto di vista giuridico non fosse tenuto ad alcuna condotta personale P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 206 e 208, il quale sul presupposto - sostenuto da A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al d. legisl. n. 24 del 2002*, in M. BIN, A. LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, Cedam, 2003, 24 e 25 nt. 35 - che esistessero in alternativa al legame obbligatorio vincoli consistenti nell'assunzione del rischio di un fatto del tutto estraneo alla sfera di potere dell'assuntore, nonché situazioni che si manifestavano nell'impegno di un risultato che rientrava nell'ambito della signoria di potere del soggetto anche se non collegato alla sua condotta, ha ritenuto che la garanzia della solvenza nella cessione si distanziasse da quella per vizi nella compravendita, prendendosi su di sé l'alienante nel primo caso il rischio di un evento totalmente estraneo alla sua sfera di controllo mentre nel secondo l'impegno di un esito che rientrava nel suo ambito di potere ma che era slegato causalmente dal suo comportamento.

²²⁰ A tal proposito non è mancato chi - v. ancora P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 267 e 268, e *ivi* ulteriori rinvii in tema di principio indennitario riguardo al contratto di assicurazione - ha ritenuto che il gruppo di norme più significativo e idoneo ad imprimere un tratto funzionale proprio a tutte le figure che realizzavano un trasferimento del rischio era rappresentato da quelle disposizioni che regolavano il principio indennitario - artt. 1904, 1905, 1908, 1909 e 1910, comma 3, c.c. - in base a cui la prestazione promessa dall'assicuratore era legata in modo inscindibile con l'interesse dell'assicurato al bene della vita danneggiato dall'evento sfavorevole.

voluto dalla struttura del contratto e quelle finalità perseguite dai contraenti²²¹. Nel momento in cui la garanzia opera, la stessa non produce effetti sull'esistenza del contratto di cessione, originando esclusivamente la prestazione a cui è tenuto lo scontatario²²².

D'altra parte ben difficilmente si potrebbe giungere ad un diverso risultato sulla base delle argomentazioni sin qui delineate. Se l'assunzione del rischio concorre unitamente al trasferimento della titolarità del credito a formare l'oggetto del contratto e, pertanto, costituisce una prestazione contrattuale, è del tutto evidente che la stessa integra uno degli elementi essenziali del negozio di sconto bancario e non potrà quindi mai rivestire la qualifica di condizione, ossia di un elemento accidentale dello stesso. In conclusione, dunque, la nozione di *salvo buon fine* integra quindi un concetto che si pone esclusivamente sul versante della tutela da offrire a chi è chiamato a ricevere il pagamento da parte del debitore ceduto, e non su quello dell'efficacia dell'atto traslativo compiuto dal cedente.

§ III.13. – *Il rigetto della tesi che riconosce in capo allo scontatore un diritto potestativo di recedere dal rapporto*

Nel rigettare la tesi del negozio condizionato, non pochi sono stati gli sforzi, intrapresi da chi in passato ha cercato di spiegare il fenomeno in questione partendo dalla considerazione per cui l'evento costituito dal mancato pagamento del debitore ceduto originerebbe in capo allo scontatore un vero e proprio diritto potestativo che legittimerebbe la banca stessa a recedere dal contratto in luogo della conservazione della titolarità del credito inadempito; scelta quest'ultima da preferirsi nella speranza che il debitore ceduto possa comunque in futuro adempiere, in tutto o in parte, al pagamento del credito o comunque sia maggiormente solvibile rispetto allo scontatario²²³. In altri termi-

²²¹ Ciò è quanto si ricava seguendo l'insegnamento di P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 1276 ss., in tema di assunzione di garanzia. Pareva, invece, aver ritenuto che l'acquisizione di quest'ultima – anche qualora fosse stata, analogamente al caso di specie, *ex lege* – non si discostasse da un comportamento a cui il debitore era tenuto e conseguentemente non fosse possibile distinguere tra il momento in cui il debitore prendeva in carico la garanzia e l'istante in cui nasceva l'obbligo indennitario M. GIORGIANNI, *op. ult. cit.*, 598 e 599.

²²² L'osservazione è stata colta pure da P. CORRIAS, *op. ult. cit.*, 190 e 191, sebbene con riguardo alla vicenda della garanzia della solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267 c.c.; fattispecie, quest'ultima, in relazione alla quale si giungerà, invero, a concludere (v. *infra*, cap. V, § 3) che non di *garanzia pura* si tratti ma di un recesso c.d. di *autotutela*.

²²³ Era questa la posizione assunta da G. PANZARINI, *op. cit.*, 347, 357 ss., 369, 373, il quale esitava ad inquadrare la clausola *salvo buon fine* tra i diritti potestativi in grado di produrre una risoluzione del contratto. Sul tema pure F.D. BUSNELLI, *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, 1, aveva ricordato come, anche qualora si vertesse in tema di clausola risolutiva espressa, l'inadempimento che si fosse verificato avrebbe determinato in realtà il

ni la garanzia della solvenza disciplinata nell'art. 1267 c.c., come pure quella di cui alla clausola salvo incasso prevista dall'art. 1829 c.c. in tema di conto corrente e quella salvo buon fine nel contratto di sconto accorderebbero al cessionario, al ricevente e allo scontatore il potere di risolvere il contratto e di provocare lo scioglimento del rapporto, essendo in capo agli stessi riconosciuto un *diritto potestativo* attribuito *ex lege*²²⁴.

La tesi, pur corroborata da argomentazioni meritevoli di interesse e approfondimento, non appare però del tutto convincente. Dopo aver condotto l'indagine nei paragrafi che precedono sulla struttura del negozio in oggetto ed in particolare sul vincolo non obbligatorio della garanzia pura che fa capo allo scontatario, un duplice ordine di considerazioni che inducono a respingere anche una simile interpretazione può essere ora preso in considerazione. Innanzitutto, se si accogliesse l'indirizzo che riconosce allo scontatore la facoltà di esercitare un potere diretto a provocare unilateralmente lo scioglimento del contratto, si finirebbe ben presto per ammettere risultati non sempre in linea con le aspettative che nel disegno del legislatore il negozio di sconto intende invece riservare alle parti. La liberazione dal vincolo contrattuale che discendesse quale effetto dal recesso, infatti, oltre a produrre la restituzione delle prestazioni anteriormente eseguite e quindi il ritrasferimento del credito ceduto in capo allo scontatario, facendo così venir meno per lo scontatore la possibilità di agire anche nei confronti del debitore ceduto, condurrebbe ben presto all'assurdità di vanificare, a seguito della caducazione del medesimo contratto di sconto, proprio quella *assunzione di garanzia* in termini di indennizzo che per effetto dello stesso ricade invero in capo allo scontatario al fine di realizzare l'interesse dello scontatore.

Peraltro, una siffatta impostazione della problematica porrebbe lo scontatore in una situazione di evidente svantaggio in quanto nella fase patologica dell'operazione lo stesso verrebbe privato non solo della possibilità di aggredire a sua scelta due differenti patrimoni – quello del cedente su cui potrebbe essere esperita l'azione volta ad ottenere l'indennizzo e quello del debitore ceduto in relazione al recupero del credito – ma si troverebbe, per effetto del ritrasferimento, costretto a spogliarsi del credito che gli era stato ceduto prima ancora di essere soddisfatto nella restituzione dell'anticipazione da parte dello scontatario. Diversamente, la circostanza che il legislatore abbia introdotto con la sottoscrizione del negozio di sconto l'obbligo di una clausola contrattuale – quella relativa alla cessione *salvo buon fine* – idonea a

sorgere di un diritto potestativo di recesso unilaterale che, se esercitato, avrebbe prodotto, a propria volta, quale conseguenza giuridica lo scioglimento del negozio.

²²⁴ V. G. PANZARINI, *op. et loc. supra cit.*

produrre, quale effetto del negozio medesimo, l'assunzione da parte dello scontatario di una garanzia, non impone, a fronte della mancata riscossione, alla banca di agire per la risoluzione del contratto, in quanto è per l'appunto attraverso l'esecuzione dell'obbligazione indennitaria che la stessa potrà essere soddisfatta, mantenendo altresì ferma la posizione di soggetto creditore nei confronti del debitore ceduto in attesa di ricevere l'indennizzo. È proprio il verificarsi dell'evento mancato incasso del credito che finisce per attivare una parte dell'esecuzione del contratto: quella avente ad oggetto la garanzia, non potendo così configurarsi detto fatto quale fonte scatenante di un rimedio risolutorio. Di annullamento del contratto si potrà tutt'al più discorrere qualora il cliente divenisse inadempiente non tanto per il verificarsi del mancato incasso del credito da parte dello scontatore quanto per l'omessa restituzione a titolo di indennizzo della somma coincidente con l'importo nominale del credito ceduto, venendosi in tale ultimo caso a delineare una responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* per inadempimento di una obbligazione di dare²²⁵.

In secondo luogo è la struttura della clausola stessa rilevante nella presente analisi ad escludere che si possa assistere all'operatività di un rimedio di autotutela del rapporto. Si dubita infatti che l'obbligazione dello scontatario abbia una vera e propria natura restitutoria, non potendosi agevolmente comprendere come possa, a seguito del mancato adempimento del debitore ceduto, venir meno la causa che ha sortito l'originario trasferimento del credito dallo scontatario allo scontatore, unico evento quest'ultimo idoneo a giustificare la retrocessione del credito stesso nel patrimonio del cedente. Nei contratti che hanno ad oggetto l'alienazione di un bene o di un diritto la facoltà di recesso deve essere solitamente esercitata prima che si produca l'effetto traslativo²²⁶, e solo nei casi in cui la legge lo prevede – al pari di quanto accade, in tema di garanzia per la solvenza del debitore ceduto – alla parte interessata sarà accordato detto diritto potestativo quale reazione contro eventi sopravvenuti che finiscono per modificare in termini significativi la vicenda contrattuale. Ma nulla di tutto ciò si rinviene nella disciplina che regola il contratto tipico di sconto, anzi dalla stessa pare evincersi una conclusione diametralmente opposta rispetto al-

²²⁵ Sull'argomento v. quanto affermato da App. Roma, 26 luglio 1963, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, 398 ss., nella cui parte motiva si leggeva come, qualora il cliente scontatario, in caso di inadempimento del debito cambiario alla scadenza, non avesse adempiuto all'obbligazione di pagare la somma in precedenza ottenuta dalla banca, il medesimo sarebbe incorso in inadempimento contrattuale regolato dai principi generali.

²²⁶ V. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 738. Conf. V. ROPPO, *op. cit.*, 514, il quale, tuttavia, ammette che il principio possa essere derogato in forza dell'«ampia delega data in materia all'autonomia privata».

la sussistenza di un rimedio risolutorio in corrispondenza dell'omesso incasso del credito ad opera dell'istituto bancario.

La conferma di una siffatta conclusione volta ad escludere la sussistenza di un diritto potestativo di recesso da parte dello scontatore e la riprova della sussistenza di elementi a fondamento della tesi qui diversamente sostenuta, può inoltre essere inequivocabilmente rinvenuta nel disposto dell'art. 1859 c.c. secondo il quale, in ipotesi di mancato pagamento da parte del debitore ceduto, la banca, in aggiunta ai diritti derivanti dal titolo, «ha anche il diritto alla restituzione della somma anticipata». A differenza di quanto parrebbe evincersi da una prima frettolosa lettura dell'enunciato in rassegna, detta espressione non ha certo l'obiettivo di introdurre una misura che libera le parti dal vincolo contrattuale a seguito di un difetto del contratto obbligando lo scontatario a restituire l'anticipazione a suo tempo ricevuta. La stessa si pone più semplicemente lo scopo di chiarire che, qualora lo sconto avvenga mediante girata di cambiale o assegno, la sussistenza di un'azione cambiaria o cartolare nel rispetto della disciplina della circolazione dei titoli di credito non esclude il diritto dello scontatore di agire attraverso l'azione causale al fine di ottenere l'indennizzo ad esso spettante. In tema di *sconto cambiario*²²⁷, il legislatore ha, infatti, dotato la parte interessata di due diverse azioni per un duplice scopo: ottenere l'adempimento di quanto alla stessa dovuto dal debitore ceduto, attraverso l'*azione cartolare*, ovvero dallo scontatario in ipotesi di indennizzo, avvalendosi dell'*azione causale*. L'azione cambiaria o cartolare è, infatti, indirizzata al recupero, da parte dello scontatore, della somma oggetto di sconto e si concretizza, con riguardo alla sola cambiale²²⁸, in una pretesa in via diretta contro il debitore principale, ovvero, con riferimento tanto all'assegno quanto alla cambiale, in via di regresso nei confronti sia dello scontatario girante il titolo, obbligato per effetto della girata a favore della banca, sia, nella cambiale tratta, del traente sottoscrittore del titolo, presupponendo, salvo che lo scontatario non sia l'unico girante del titolo²²⁹, in detti casi di regresso la levata di protesto nei confronti del

²²⁷ Fondato sulla cessione di crediti pecuniari incorporati in una cambiale o, più in generale, in un titolo di credito e pertanto sul rispetto delle norme che disciplinano la circolazione del titolo che lo incorpora. Così, tra i tanti, G.W. ROMAGNO, *op. cit.*, 169 ss., al quale si rinvia per una completa bibliografia sull'argomento e per gli approfondimenti in ordine ai vantaggi per la banca che derivano dall'assunzione della qualifica di obbligato cartolare da parte dello scontatario-girante.

²²⁸ Non essendo ipotizzabile nell'assegno un obbligo cartolare della banca trattaria che non ha pertanto alcun vincolo di pagamento nei confronti del portatore del titolo avendolo esclusivamente nei confronti del cliente in forza del contratto di conto corrente. In tal senso cfr. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, VII ed., I, *Impresa-Contratti-Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, Zanichelli, 2015, 232.

²²⁹ In questi termini v. Cass., 24 marzo 2006, n. 6687, in *Contr.*, 2006, 1114 ss., che ha sottolineato come, avendo la levata del protesto la sola funzione di consentire l'esercizio dell'azione di regresso, una volta accertato l'inadempimento del debitore principale, da parte del girante nei confronti dell'emittente, la medesima non fosse necessaria qualora lo

debitore ceduto allo scopo di accertare l'inadempimento di quest'ultimo²³⁰. In alternativa alla citata azione lo scontatore potrà anche agire con quella causale derivante dal contratto di sconto chiedendo allo scontatario una somma di denaro pari all'intero credito ceduto²³¹.

Senonché, mentre con l'azione cartolare lo scontatore si rivolge in via di regresso nei confronti dello scontatario per il solo fatto che la responsabilità di quest'ultimo viene a determinarsi a seguito della particolare circolazione del titolo e della girata – essendo del tutto ininfluyente il contratto di sconto – quella causale trae invece fondamento dal contratto tipico di cui all'art. 1858 c.c. e dalla conseguenze in esso previste in ipotesi di mancato pagamento del debitore ceduto avendo per l'appunto ad oggetto, quanto all'espressione «diritto alla restituzione della somma anticipata» di cui all'art. 1859 c.c., la richiesta del pagamento dell'indennizzo.

Si tratta, quindi, di una norma, quella qui presa in considerazione, ad evidente tutela della banca che, potendo agire sia in via cambiaria che in forza del contratto nei confronti dello scontatario, avrà maggiori probabilità di ottenere quanto avrebbe dovuto percepire dal debitore ceduto se questo fosse stato adempiente, disciplinando inequivocabilmente una fattispecie di sopravvivenza dello sconto e non invero di sua distruzione. In altri termini, quindi, la disposizione contenuta nell'art. 1859 c.c. ha il solo scopo di confermare che, in aggiunta all'azione cartolare, il cessionario vanta una pretesa fondata sul rapporto sostanziale di sconto, pur sussistendo una limitazione al riguardo: il mancato esercizio congiunto, potendo tutt'al più l'una essere esperita subordinatamente all'altra, essendo il credito vantato dalla banca pur sempre unico²³². Se da un lato lo scontatore potrà quindi scegliere qua-

scontatario, nel girare il titolo di credito alla banca, fosse l'unico girante, potendo quest'ultimo esercitare nei confronti dell'emittente unicamente l'azione diretta.

²³⁰ Così E. CAPOBIANCO, *Dello sconto bancario*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1803-1860*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, 960.

²³¹ Cfr., *ex plurimis*, G. MOLLE, *op. cit.*, 426 e 427; R. CICCONE, *Lo sconto bancario*, in F. FIORUCCI (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Padova, Cedam, 2012, 122 e 123; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2014, 389, che non manca di chiarire come la duplicità di azioni tragga il proprio fondamento dalla circostanza che all'operazione di sconto è abbinato, per effetto della girata del titolo di credito, il trasferimento della proprietà del medesimo. *Contra* G. MINERVINI, *L'azione extra-cartolare derivante dal contratto di sconto*, in *Foro it.*, 1950, I, 972, secondo il quale nello sconto di titoli di credito, alla responsabilità cambiaria dello scontatario si aggiungeva una sua garanzia extra-cartolare discendente dalla legge, che di certo non poteva restringere i diritti cambiari dell'istituto creditizio, dovendosi tener distinti il legame fra pretesa cartolare e causale della banca rispetto al rapporto tra obbligazione derivante dal negozio di sconto e quella discendente dal titolo di credito.

²³² Così G. MOLLE, *op. cit.*, 427 e 429, in nt. 95. Conf. R. MARSEGLIA, *Lo sconto*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016, 124.

Di azione causale discendente dallo sconto bancario in grado di originare un diritto di credito condizionato al mancato pagamento del titolo si esprimeva anche M. PORZIO, *Il conto*

le dei due percorsi intraprendere, dall'altro il medesimo non potrà cumulare le pretese se nel frattempo ha recuperato quanto gli spetta²³³. L'espressione *anche* di cui all'art. 1859 c.c. non autorizza, infatti, a concludere che le due azioni – quella cartolare e quella causale – siano tra di loro concorrenti, essendo invero alternative²³⁴.

corrente bancario, il deposito e la concessione di credito, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, IV, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, UTET, 1985, 933.

In giurisprudenza v. Cass., 27 giugno 1955, n. 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II, 1 ss., che aveva ammesso l'azione causale nell'ipotesi in cui quella cambiaria si fosse prescritta. Pure Cass., 26 ottobre 1957, n. 4139, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, 480 ss., aveva ricordato che l'art. 1859 c.c., disciplinando le operazioni di sconto mediante girata di assegni bancari o cambiali, riconosceva al creditore il diritto di avvalersi, in caso di mancato pagamento del titolo, dell'azione causale autonoma per ottenere la restituzione della somma anticipata.

²³³ È questa l'opinione fatta propria da L. CASALINI, *Lo sconto bancario*, in G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2020, 355.

²³⁴ In altri termini la banca non pare possa agire tanto nei confronti dello scontatario – con l'azione causale – quanto con quella cartolare verso il debitore ceduto. Allorquando le due azioni non siano esperite nei confronti del medesimo soggetto, difficilmente potrebbero configurarsi anche subordinate l'una all'altra, poiché il debitore ceduto e lo scontatario sono soggetti differenti nei confronti dei quali lo scontatore agisce per un medesimo credito. Ciò equivale a dire che, in una simile fattispecie, non sussiste un cumulo di mezzi al pari di quanto avviene nell'espropriazione forzata laddove per tutelare il credito il creditore può agire con più azioni esecutive coltivandole tutte in quanto rivolte nei confronti del medesimo soggetto, nonostante esse abbiano ad oggetto differenti beni da aggredire. Una volta che lo scontatario abbia corrisposto allo scontatore l'indennizzo, il primo avrà la possibilità di surrogarsi nell'azione intrapresa dal secondo, estinguendosi invero detto diritto del cedente di surrogazione nell'azione della banca nel caso in cui, invece, nel frattempo il debitore ceduto abbia corrisposto a quest'ultima quanto dovuto. Ciò che si viene a determinare è un fenomeno non molto dissimile da quello proprio della *coobbligazione solidale diseguale*: se paga il debitore ceduto, questi non ha azione verso il cedente, se invece quest'ultimo corrisponde quanto dovuto a titolo di indennità, lo stesso sarà legittimato ad agire nei confronti del primo (su quest'ultimo aspetto si rinvia *infra*, cap. IV, § 7). D'altronde un siffatto cumulo configurerebbe oltretutto un ingiustificato arricchimento, contrario al principio generale per cui il creditore non può, tramite i rimedi contrattuali, ottenere di più di quanto il medesimo avrebbe conseguito con l'esecuzione del negozio stesso. Peraltro il destinatario delle due azioni non necessariamente è il medesimo. Con riferimento allo sconto di cambiali ad essere chiamato a rispondere con l'azione cartolare in via diretta sono gli obbligati principali – che nella tratta accettata sono l'accettante e i suoi avallanti e nel pagherò cambiario l'emittente e i suoi avallanti – quando invero quella causale è rivolta nei confronti dello scontatario e del pari anche le obbligazioni di cui si chiede l'adempimento in sede giudiziale sono nelle due suddette fattispecie del tutto differenti: con la prima delle due azioni l'obiettivo dello scontatore è recuperare il credito nei confronti dei suindicati soggetti, tra cui il debitore ceduto, con la seconda quello di incassare le somme che a titolo di indennizzo deve invece il solo cedente. In conseguenza di ciò, pur originandosi le medesime pretese da un titolo comune alle due fattispecie costituito dalla sussistenza di un credito incorporato in un documento – sia esso una cambiale o un assegno bancario – differente è invece il *petitum* della domanda giudiziale che impedisce quindi di esperire le stesse contestualmente ovvero anche in via subordinata, essendo possibile intraprendere le medesime solo in via alternativa. Ne è possibile giungere ad una differente conclusione in grado di derogare al suddetto principio conferendo la possibilità allo scontatore di esperire una delle due azioni in via principale rispetto all'altra qualora in tema di cambiale la banca dovesse decidere di agire nei soli confronti dello scontatario con l'azione cartolare in via di regresso ed in subordinate con quella causale ovvero viceversa. Anche in una simile fattispecie differente sarebbe l'oggetto della domanda giudiziale, consistendo quanto all'azione cartolare di regresso, nell'incasso dell'originaria somma di denaro dovuta dal debitore ceduto che per effetto della girata del titolo viene ad essere assunta, in termini di responsabilità, anche dal girante, e con riguardo a quella causale nella somma dovuta a titolo di indennizzo.

Sennonché tanto quella cartolare quanto quella causale sono, inequivocabilmente, azioni di adempimento dirette ad ottenere da parte dello scontatore la condanna del debitore – sia che si tratti del debitore ceduto sia con riguardo allo scontatario – all’adempimento delle rispettive obbligazioni e si pongono evidentemente in alternativa alla risoluzione del contratto²³⁵. L’obiettivo è quindi quello di attuare il negozio di sconto conservandolo e non invero, al pari di quanto avviene con gli strumenti estintivi, di annientarlo o di metterne in discussione i suoi effetti²³⁶. Le conseguenze di siffatte pretese sono infatti quelle di una reazione ad un negozio di certo afflitto da un disturbo – il mancato pagamento a scadenza da parte del debitore ceduto – ma che il legislatore vuole mantenere attraverso una serie di correttivi idonei a far sì che gli interessi di entrambe le parti possano ancora essere compiutamente realizzati. Il raggiungimento dell’assetto di interessi programmato che è lo scopo principe della *domanda di adempimento*²³⁷ si rinviene tanto nell’azione cartolare quanto in quella causale: entrambe lungi dal voler porre nel nulla l’originaria sistemazione economica e giuridica voluta dalle parti si pongono quale fine rispettivamente l’incasso delle somme dovute dal debitore ceduto e, in luogo di queste, la riscossione dell’indennizzo a cui è tenuto lo scontatario. Se in termini generali, attraverso le suddette domande di adempimento il creditore potrà conseguire una pronuncia di condanna idonea ad assoggettare il debitore ad azione esecutiva in quanto, come noto²³⁸, la sentenza resa a seguito di detta azione ha lo scopo di far conseguire all’attore un titolo esecutivo, nel caso dello *sconto cambiario* è evidente che essendo, tuttavia, lo scontatore già in possesso del titolo di credito – nella specie la cambiale o l’assegno – lo stesso potrà procedere alla realizzazione coattiva del proprio credito senza la necessità di ottenere una preventiva pronuncia di condanna.

Inoltre, così come in termini generali l’azione di adempimento è diretta a far sì che il creditore possa ottenere lo specifico bene che il debitore gli deve in forza del contratto²³⁹, del pari, nel caso di specie, la legittimazione delle due suddette azioni riservata dal legislatore allo scontatore permette a quest’ultimo di realizzare sia quanto gli deve il debitore ceduto a seguito della cessione del credito di cui allo sconto cambiario sia quanto, in difetto dell’adempimento di quest’ultimo,

²³⁵ Sulla generale alternatività della domanda di adempimento rispetto alla risoluzione del contratto v., tra i tanti, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 264 ss.

²³⁶ Così, sul più ampio tema dei rimedi contrattuali, V. ROPPO, *op. cit.*, 893.

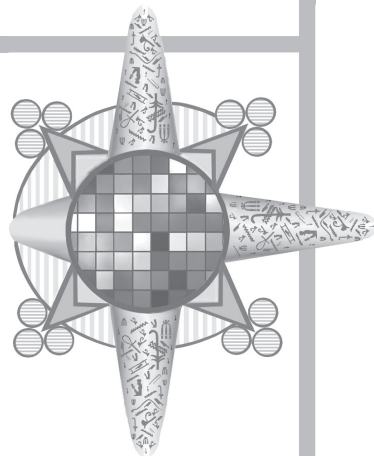
²³⁷ V. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453, § 1-8, § 23-68*, Tomo I, 1, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1990, 15 e 16.

²³⁸ In questi termini cfr. *ex plurimis* C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 263.

²³⁹ V. A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, 16.

è tenuto a corrispondere, a titolo di indennizzo, lo scontatario. In effetti, la disposizione in esame nel precisare che lo scontatore vanta, in aggiunta ai diritti derivanti dal titolo, la pretesa alla restituzione della somma anticipata non fa altro che confermare la circostanza che il negozio di sconto si conserva nonostante l'inadempimento del debitore ceduto. A tal proposito non sarebbe possibile in corrispondenza di uno scioglimento del medesimo ipotizzare un'azione causale e ciò sul presupposto che la medesima si fonda per l'appunto sul rapporto sottostante e quindi sul titolo costituito dal contratto di sconto da cui sorge per l'appunto l'indennizzo dovuto a fronte dell'inadempimento del debitore ceduto; negozio che invero potrà eventualmente sciogliersi a seguito del mancato pagamento dell'indennizzo da parte dello scontatario. Né è sufficiente, ai fini di sconfessare quanto sin qui sostenuto, replicare che detti principi sarebbero applicabili esclusivamente allo sconto cambiario e non anche con riguardo al contratto di cui all'art. 1858 c.c. avente ad oggetto l'anticipazione di crediti ordinari. In tal senso un ostacolo apparirebbe fin da subito insuperabile: non è, infatti, concepibile che il legislatore abbia disposto diversamente a seconda della tipologia di credito presentato allo sconto, prevedendo a fronte dell'inadempimento del debitore ceduto un'azione per l'adempimento, in relazione alla prima, e lo scioglimento del negozio, con riguardo alla seconda fattispecie.

IV. L'indennizzo dello scontatario e la surrogazione nei diritti dello scontatore



1. *La tradizionale distinzione tra indennizzo e risarcimento del danno*
2. *La struttura dell'indennizzo nello sconto bancario: i confini del fenomeno e la comunanza con l'obbligo di «rivalere» dell'assicuratore*
3. *La quantificazione dell'indennizzo dovuto dallo scontatario*
4. *Pagamento dell'indennizzo e retrocessione della titolarità del diritto di credito: impostazione della problematica*
5. *Il tentativo di applicare allo scontatario la surrogazione dell'assicuratore: prime riflessioni*
6. *Il rigetto dell'applicazione analogica del disposto dell'art. 1916 c.c. allo sconto bancario*
7. *Il ricorso al criterio interpretativo della transtipicità in ordine all'estensione della surrogazione dell'assicuratore allo scontatario*
8. *Sulla controversa natura giuridica della surrogazione ex art. 1916 c.c.*
9. (segue) *La successione a titolo particolare dello scontatario nei diritti dello scontatore verso il debitore ceduto*
10. *Il trasferimento ope legis allo scontatario del diritto di credito dello scontatore nei confronti del debitore ceduto*

§ IV.1. – *La tradizionale distinzione tra indennizzo e risarcimento del danno*

Dopo aver chiarito che nello sconto bancario la fattispecie che si viene a configurare – in corrispondenza dell'inciso *salvo buon fine* – è una prestazione contrattuale avente ad oggetto l'assunzione di una garanzia che in sé e per sé non necessita di essere adempiuta e non abbisogna di alcuna obbligazione per realizzare l'effetto che ad essa è proprio, è possibile a questo punto concentrare l'attenzione sull'indennizzo a cui è tenuto lo scontatario.

A tal riguardo è bene ribadire, al pari di quanto già anticipato, come tale impegno sorga – e conseguentemente il rapporto obbligatorio si costituisca – automaticamente al verificarsi dell'evento mancato incasso del credito da parte dello scontatore, non dovendosi preoccupare la banca, in considerazione della situazione di sicurezza che si è venuta a determinare per effetto del vincolo contrattuale, di attivarsi per far scattare *ex contractu* il ristoro in oggetto. L'inadempimento del debitore ceduto è, in realtà, di per sé sufficiente a costituire quel fatto dedotto nel contratto di sconto idoneo a provocare in capo allo scontatore il danno da indennizzare. Il medesimo origina, infatti, una obbligazione dello scontatario volta a ripristinare la situazione che sussisteva nella sfera dello scontatore anteriormente al mancato pagamento del debito ceduto e non invero antecedentemente alla sottoscrizione del contratto di sconto e alla conseguente cessione del credito, diversamente da quanto si avrà modo di illustrare nel cap. V in tema di clausola *pro solvendo*. Una volta che si è prodotto l'evento sfavorevole in oggetto, l'interesse all'indennizzo si trasforma da virtuale in attuale e lo scontatario è chiamato a corrispondere una somma di denaro a titolo di indennità. L'inadempimento del debitore ceduto comporta, quindi, che il rischio assunto dallo scontatario passi dallo *status* di temuto a quello di verificato e – sul presupposto che si tratti di una vicenda giuridica che trae origine in via embrionale alla data di stipula del contratto di sconto – che il credito dello scontatore divenga da potenziale ad effettivo. Appare in tal modo inequivocabile come la reintegrazione del patrimonio di quest'ultimo si verifichi, dunque, sempre a posteriori rispetto al danno subito, ossia una volta che si sia riscontrato alla scadenza il mancato pagamento da parte del debitore ceduto.

Tuttavia, prima di avviare l'indagine relativa alla natura e alla quantificazione dell'indennità oggetto dell'obbligo dello scontatario, è necessario richiamare brevemente quanto in termini più generali è stato osservato con riguardo al dibattito tema della equiparabilità o meno del concetto di *indennizzo* a quello di *risarcimento del danno*. La disputa ha in realtà radici profonde. Da tempo la letteratura aveva messo

in luce la difficoltà di delineare la nozione di *indennità* in considerazione, da un lato, dell'ampio e approssimativo significato che alla stessa era stato attribuito nel linguaggio della dogmatica, intesa quale prestazione in denaro che veniva eseguita in corrispondenza di una lesione o di un sacrificio dell'interesse altrui¹ e, dall'altro, dello scarso interesse manifestato dagli studiosi del diritto nel condurre un'analisi approfondita della vicenda in esame². Ciò nondimeno la prevalente dottrina aveva mostrato una certa condivisione nel distinguere la figura dell'*indennizzo* da quella del *risarcimento del danno*. In particolare era stato osservato che, mentre quest'ultimo aveva una funzione sanzionatoria, il primo si caratterizzava per una natura esclusivamente reintegratoria, risolvendosi nel mero obbligo di corrispondere una somma di denaro parametrata al valore del bene colpito e ad ogni modo inferiore rispetto al risarcimento del danno³. Si era così delineato un quadro di riferimento in cui l'*indennizzo* veniva ascritto in particolar modo a quei casi in cui si prescindeva dalla colpa o dall'antigiuridicità del danno in corrispondenza di quelle vicende giuridiche in cui la legge non utilizzava il termine tecnico «risarcimento» ma parlava di «responsabilità del danno» o di «indennità», che rappresentava solo la prestazione di una somma di denaro commisurata ad una stima, diversa dalla prestazione risarcitoria sotto l'aspetto sia causale che contenutistico, non potendo la prima attuarsi in forma specifica, né estendersi fino a divenire l'equivalente del valore del danno, ma potendo al contrario essere anche inferiore a questo, per volontà delle parti⁴ o per disposizione di legge o del giudice secondo un apprezzamento equitativo⁵. Più nel dettaglio il concetto di *indennizzo* non avrebbe potuto sovrapporsi a quello di *risarcimento del danno* in forza del fatto che, mentre il primo sarebbe con-

¹ In questi esatti termini R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1962, 594.

² Di ciò si avvedeva, con riguardo alla nozione di *indennità*, S. CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 100, in nt. 3, laddove segnalava l'assenza fino ad allora di una trattazione autonoma dell'istituto nell'Enciclopedia giuridica italiana.

³ In argomento F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, Milano, Giuffrè, 1972, 562, sosteneva come l'*indennizzo* esulasse dal campo dell'atto illecito e fosse relativo al solo danno, risolvendosi in una prestazione calcolata sulla base della mera *aestimatio rei*, per il cui significato cfr. IDEM, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, Milano, Giuffrè, 1959, 346, in cui aveva messo in luce come questa corrispondesse al valore corrente della prestazione non adempiuta, identificabile all'incirca con il danno emergente. In termini generali, il *discrimen* fra i due istituti si coglieva anche in E. BONASI BENUCCI, *Considerazioni sulla natura dei danni da ricerca e sfruttamento minerario*, in *Riv. dir. min.*, 1956, 11 e 13, secondo il quale la corresponsione di un *indennizzo* discendeva da un fatto volontario e permesso dalla legge. L'Autore a propria volta aveva fatto rimando a A. MONTELLI, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, Giappichelli, 1952, 260, il quale, con riferimento all'art. 31 r.d. 29 luglio 1927, n. 1443 (cosiddetta legge mineraria), aveva ritenuto che l'*indennizzo* disposto nel caso di immissioni dannose rappresentasse non un risarcimento bensì il costo del sacrificio che si imponeva al fondo vicino.

⁴ È questo il caso del contratto di assicurazione.

⁵ V. G.A. NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1954, 85.

sistito nel solo equivalente pecuniario o economico del pregiudizio patito ed avrebbe avuto un contenuto, oltre che oggettivo, pure minore rispetto al secondo – dovendo essere limitato entro il valore effettivo e attuale del bene oggetto del diritto leso – il risarcimento del danno avrebbe invece potuto essere attuato anche in forma specifica potendo ricomprendere tutti i danni discendenti, in modo immediato e diretto, dal fatto illecito⁶.

Dunque la differenza concettuale fra i termini in esame era stata netta, essendo in definitiva l'indennizzo considerato come un'ipotesi di mera responsabilità patrimoniale⁷. In un simile contesto si era così giunti a coniare una definizione propria di *indennizzo* identificandola nella corresponsione di una somma di denaro determinata di volta in volta dalla legge con criteri proporzionali al sacrificio subito o alla prestazione effettuata⁸. In altri termini, anche qualora l'obbligazione risarcitoria e quella indennitaria avessero avuto un contenuto identico, le due prestazioni avrebbero comunque mantenuto cause differenti in quanto dirette ad attuare rispettivamente il risarcimento *del* danno e la garanzia *dal* danno che non fosse risarcibile⁹ ovvero a realizzare la reintegrazione, quanto alla prima, del patrimonio del danneggiato nel suo complesso e, in relazione alla seconda, del singolo bene leso per equivalente, ricomprendendo in quest'ultima nozione tipica tutti i casi in cui taluno era tenuto ad una prestazione in denaro a titolo di corrispettivo o a fronte di un sacrificio, consentito dalla legge e da altri prestatore o da altri sopportato¹⁰. Con riferimento alla promessa dell'ob-

⁶ Una siffatta differenza era stata acutamente rilevata da R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed., Milano, Giuffrè, 1955, 136 ss., che aveva altresì evidenziato come l'indennità fosse basata su un principio di equità e di giustizia distributiva. L'indennizzo veniva tenuto distinto dal risarcimento pure da C. RIBOLZI, *Risarcibilità e indennizzabilità dei danni provocati dall'attività mineraria*, in *Foro pad.*, 1951, I, 707 e 708, a giudizio del quale, se il secondo si originava dalla violazione della sfera giuridica di un soggetto considerata prevalente dall'ordinamento rispetto a quella del danneggiante, il primo costituiva la riparazione di un pregiudizio economico discendente dall'esercizio di un diritto del danneggiante quale attività lecita; pensiero questo ribadito anche in IDEM, *Ancora sul risarcimento e l'indennizzo dei danni minerari*, in *Foro pad.*, 1962, I, 1159 e 1162.

Che l'indennizzo avesse un contenuto più ristretto rispetto al risarcimento era emerso anche dagli scritti di A. GIAQUINTO, *La responsabilità degli enti pubblici*, II ed., III, *Teoria speciale*, S. Maria Capua Vetere-Napoli, Cavotta, 1914, 48, 49, 68, 71. L'Autore, parlando di danno da atti leciti, aveva affermato che esso non avrebbe coperto – come invece accadeva nel danno da fatti illeciti – tutti i pregiudizi discendenti dall'atto medesimo, non considerando né il valore dipendente da circostanze non ancora verificatesi né i guadagni sperati.

⁷ Alla suddetta conclusione giungeva P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1983, 84, che, in tema di danno cagionato dall'incapace e responsabilità in vigilando del suo sorvegliante, aveva ritenuto che l'indennizzo imposto in via sussidiaria al primo dall'art. 2047, comma 2, c.c., in ipotesi di mancato risarcimento ad opera del secondo, costituisse concetto del tutto differente da quello di risarcimento del danno.

⁸ Così S. CICCARELLO, *op. cit.*, 103 e 105.

⁹ V. G.A. NUTI, *op. cit.*, 86.

¹⁰ In questi termini S. CICCARELLO, *op. et loc. supra cit.* Successivamente v. altresì C. SALVI, *Danno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, UTET, 1989, 71, per cui l'equiparazione tra indennizzo e risarcimento del danno andava rigettata in corrispondenza di tutte quelle

bligazione o del fatto del terzo, la dottrina aveva, infatti, sostenuto che l'obbligo di indennizzo, quale espressione di una funzione di garanzia e finalizzato a soddisfare in via successiva l'interesse del promissario al fatto dedotto nell'oggetto della promessa, corrispondeva al vantaggio che quel fatto rappresentava per il medesimo, costituendo in tal modo «il valore dell'utilità non conseguita»¹¹. Detto diversamente, in forza di una siffatta lettura, le fattispecie indennitarie non prevedevano a carico del debitore un'obbligazione diretta a tutelare contro la violazione dell'altrui diritto, ma svolgevano una funzione di garanzia degli eventuali effetti dannosi della violazione della sfera d'altri verificatisi a causa di un evento fortuito o anche in assenza di colpa del danneggiante¹². Mentre il risarcimento, calcolato sulla base del concreto pregiudizio patrimoniale subito dal creditore (*id quod interest*), cancellava tutte le conseguenze dannose discendenti dall'inadempimento, in ciò rispondendo all'interesse del creditore a che l'adempimento avesse avuto luogo e di conseguenza non si fosse verificato il danno, il criterio del valore corrente della prestazione (*aestimatio rei*), utilizzato per il calcolo dell'indennizzo, non sempre riusciva a fare altrettanto, essendo solo capace di «sostituire, nel patrimonio del creditore, il valore della prestazione (della cosa non-prestata)»¹³. Anche laddove la norma prevedeva l'individuazione di un illecito o nell'ipotesi in cui si riscontravano tutti gli elementi propri del risarcimento, la dottrina non aveva poi mancato di osservare come, rispettivamente, nel primo caso si prescindesse dall'illecito stesso sottolineando la funzione compensativa ed il contenuto pecuniario dell'obbligazione, e, nel secondo, si facesse uso del termine *indennità* giustificandolo in considerazione del fatto che solo in epoca relativamente recente la letteratura si era decisa ad attribuire ad esso un significato tecnico proprio¹⁴.

Successivamente, nel tempo è stato ribadito come l'*indennizzo*, quale compenso in denaro da corrispondere a un soggetto che avesse subito un sacrificio a vantaggio di altri, avesse la «funzione di corrispettivo del bene od interesse compromesso», e si dovesse tenere di-

vicende nelle quali l'indennizzo costituiva il corrispettivo di una modificazione del rapporto giuridico volta a riequilibrare gli interessi delle parti.

¹¹ G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955, 67, 134 e 135. L'Autore aveva sostenuto che nel caso in esame, non trattandosi di risarcimento del danno derivante da inadempimento, il lucro cessante, pur riconosciuto, andasse calcolato in base ad un equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto, come indicato dall'art. 2056, comma 2, c.c. La tesi era poi ripresa anche da M. SEGNI, *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 151, per il quale l'obbligazione di garanzia gravante sul promittente tutelava il promissario dai pregiudizi economici derivanti dall'inerzia del terzo attraverso il pagamento dell'indennità corrispondente al valore economico del fatto non compiuto dal terzo.

¹² Questo il fulcro della ricostruzione operata da G.A. NUTI, *op. cit.*, 84.

¹³ F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 346; nonché IDEM, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, cit., 562.

¹⁴ V. S. CICCARELLO, *op. cit.*, 105.

stinto dal risarcimento del danno o da ogni altra misura relativa ad un danno in senso tecnico, intesa quale lesione materiale del bene o dell'interesse rilevante per il diritto¹⁵. Tuttavia, un significativo contributo alla distinzione in esame si è avuto a seguito delle innumerevoli vicende portate all'attenzione del Supremo Collegio e delle Corti di merito in tema di promessa del fatto del terzo. Dopo che in un primo momento era stato diversamente sostenuto che la mancata attuazione da parte del terzo di quanto fatto oggetto di promessa fosse un inadempimento, con la conseguenza che il termine *indennizzo* doveva intendersi quale sinonimo di risarcimento¹⁶, la prevalente giurisprudenza ha nel tempo messo in luce come la principale differenza fra l'indennizzo disposto dall'art. 1381 c.c. e l'ordinario risarcimento del danno consistesse nella circostanza che mentre il primo era diretto a compensare la lesione dell'interesse patrimoniale di un altro soggetto danneggiato a seguito dell'esercizio lecito di un diritto, il secondo era volto a riparare e conseguentemente reintegrare la sfera di colui che era stato invaso dall'illegittima condotta del danneggiante¹⁷. Sotto questo profilo l'indennizzo discendente da una responsabilità indenitaria sarebbe stato volto a riparare un danno e avrebbe potuto essere calcolato come una restituzione del valore di mercato che avrebbe avuto la prestazione non compiuta¹⁸.

¹⁵ Così R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 595, dove si rinveniva la citazione testuale.

¹⁶ V. Cass., 3 maggio 1955, n. 1236, in *Mass. Foro it.*, 1955, *Obbligazioni e contratti*, 267; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3244, in *Riv. giur. edil.*, 1959, I, 33 ss.; Cass., 13 novembre 1963, n. 2987, in *Giust. civ. Mass.*, 1963, 1398; Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 757 ss.; Cass., 6 aprile 1966, n. 910, in *Foro it.*, 1967, I, 354 ss.; Cass., 7 agosto 1967, n. 2098, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 956 ss.; Cass., 16 novembre 1981, n. 6071, in *Arch. civ.*, 1982, 476 ss.; Cass., 10 febbraio 1984, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3383 ss., con osservazioni di M.C.

¹⁷ V. Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 1094; Cass., 21 giugno 1991, n. 6984, in *Foro it.*, 1992, I, 1248 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*; Cass., 27 settembre 1996, n. 8522, in *Mass. Foro it.*, 1996, 771; Cass., 5 settembre 1997, n. 8614, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1635; Cass., 19 dicembre 2003, n. 19472, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1257, 1259 ss.

Contra di recente, Cass., 12 dicembre 2006, n. 26509, in *Danno e responsabilità*, 2007, 894 ss., con nota di C. LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, nella cui motivazione il giudice di legittimità ha sostenuto che l'indennizzo dovuto ai sensi dell'art. 1381 c.c. corrispondeva ad un risarcimento da inadempimento contrattuale.

Per il merito cfr. App. Napoli, 28 marzo 1962, in *Dir. giur.*, 1963, 559 ss., con nota di R. RASCIO, *Giurisprudenza e dottrina su varie questioni relative ad un caso di promessa del fatto altrui*, laddove era stato messo in evidenza che, se da un lato il risarcimento del danno conseguiva ad un fatto antiggiuridico, come l'inadempimento o il fatto illecito, dall'altro l'indennità o l'indennizzo costituiva invece una somma dovuta per riparare un danno non antiggiuridico; nonché App. Roma, 30 novembre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 193 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*.

¹⁸ Che l'istituto in esame rivestisse la funzione di sostituire l'utilità coincidente con la mancata prestazione del terzo è stato messo in luce da Cass., 5 maggio 1993, n. 5216, in *Riv. dir. sport.*, 1993, 471 ss., con osservazioni di N. Cosentino. Anche App. Milano, 17 luglio 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 1036 ss., con nota di U. BISEGNA, *Locazione di cosa futura in relazione alla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo ed ai presupposti del contratto a condizione sospensiva*, in tema di promessa del fatto del terzo, aveva a suo tempo affermato come l'indennizzo dovuto eventualmente dal promittente non avesse uno scopo sanzionatorio, tipico del risarcimento del danno, ma fungesse da sostituto dell'utilità che il pro-

Sul fronte opposto rispetto all'indirizzo sin qui esposto, nel superare la concezione sanzionatoria della responsabilità civile, parte della dottrina già parecchi lustri or sono era, invece, giunta a criticare la differenza fondata sulla funzione tra il risarcimento e l'indennizzo in quanto ad entrambe le figure sarebbe stata sottesa un'identica *ratio* reintegratoria volta a ristorare la vittima della perdita sofferta in base all'entità del danno¹⁹, spingendosi addirittura ad affermare come non fosse infrequente che i due termini venissero usati in modo interscambiabile²⁰. In relazione a questo angolo di prospettiva l'indennità avrebbe, dunque, presentato caratteri così diversi – potendo sostanzialmente in una riparazione integrale oppure solo parziale da calcolarsi equitativamente dal giudice o meno – da impedire di attribuire alla stessa una struttura omogenea ed autonoma contrapposta a quella del risarcimento²¹. Alla luce delle suddette considerazioni, per taluni fautori dell'indirizzo in rassegna, la distinzione tra i due concetti poteva tutt'al più essere individuata sotto l'aspetto quantitativo. A tal proposito era stato, infatti, sostenuto come l'*indennità*, pur non potendo mai essere superiore al risarcimento, fosse il più delle volte quantita-

missario avrebbe ottenuto se il terzo avesse eseguito la prestazione per cui il promittente si era impegnato.

¹⁹ Tale cambiamento di prospettiva si rinveniva in A. DISTASO, *L'indennità*, in M. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità civile*, I, Bari, Editrice Adriatica, 1970, 190 e 191, le cui considerazioni erano poi riprese da E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Camerino-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981, 190 e 191. In argomento cfr. pure A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II ed., II, Milano, Giuffrè, 1970, 224 ss., che escludeva una sostanziale diversità fra *indennizzo* e *risarcimento del danno*, rientrando il primo nell'ampia nozione del secondo e consistendo nel reintegrare in forma pecuniaria, valeva a dire per equivalente, un interesse leso, e ciò anche nell'ipotesi in cui l'indennità non avesse coperto l'intero danno.

²⁰ L'osservazione risale a D. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, Cedam, 1983, 323 e 324, il quale aggiungeva che l'indennizzo previsto dall'art. 1381 c.c. non aveva il medesimo contenuto della prestazione promessa, né tantomeno modificava l'oggetto dell'obbligo del promittente, ma operava solo sul versante della funzione riparatrice delle conseguenze economiche negative subite dal promissario, valeva a dire sul piano risarcitorio, avendo infatti previsto il legislatore accanto alla responsabilità ordinaria del promittente ex art. 1218 c.c. un'ulteriore responsabilità legale per fatto di altri operante sotto forma di un indennizzo che, anche se diversamente calcolato, era riconducibile al fenomeno risarcitorio. Che in tema di promessa del fatto del terzo l'indennità non differisse dal risarcimento né sotto il profilo funzionale né sotto l'aspetto quantitativo era affermato altresì da E. BRIGANTI, *op. ult. cit.*, 191. Anche G. NEGRI, *Appunti in tema di danni minerari*, in *Riv. dir. min.*, 1951, 60, in tema di indennizzo da danni minerari, non aveva ritenuto che sussistesse distinzione alcuna tra quest'ultimo ed il risarcimento del danno.

²¹ In argomento v. A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, 227. Sul tema aveva ritenuto che la scelta, da parte del legislatore, di parlare di risarcimento piuttosto che di indennizzo non avesse implicazioni normative rilevanti, in quanto, in assenza di una diversa disciplina fra i due, il problema di differenziare tali concetti si riduceva ad una questione puramente terminologica. M. COMPORTELLI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965, 229 ss. L'Autore aveva inoltre concluso sostenendo l'inesistenza di un'autonoma categoria di atti leciti dannosi, riconducendo questi ultimi al sistema della responsabilità oggettiva, in ragione del fatto che si trattava di ipotesi tutte caratterizzate dalla presenza di un danno ingiusto al quale occorreva dare risposta; solo nel caso in cui si fosse parlato di vero e proprio indennizzo calcolato secondo equità poteva affermarsi che esso differisse dal risarcimento del danno per il *quantum* della liquidazione.

tivamente ad esso inferiore, posto che, rispetto a quest'ultimo, che era volto a coprire l'intero ammontare del danno rilevante, la prima non doveva per forza coincidere con tutta l'entità della diminuzione patrimoniale subita dal danneggiato²².

Anche più di recente la letteratura è tornata sulla *vexata quaestio* ed ha osservato come con il termine *indennizzo* la legge abbia in realtà solo voluto escludere che il promittente possa invocare la propria condotta diligente, volta a determinare il terzo ad adempiere, al fine di liberarsi dall'impegno preso nei confronti di controparte, evidenziando altresì la circostanza che, contenendo il lemma *indennizzo* la radice di danno, esso possa essere utilizzato quale sinonimo di risarcimento del danno²³. Tuttavia, che il tema continui a rappresentare uno degli aspetti maggiormente controversi del diritto civile è testimoniato dalla circostanza che altrettanto autorevolmente in epoca moderna altri studi, specie con riguardo alla promessa del fatto del terzo, si sono concentrati nell'individuare in corrispondenza dell'indennizzo il giusto corrispettivo di un bene o di un interesse a fronte di una compressione della sfera di uno dei due contraenti, allontanandosi in tal modo di nuovo dal concetto di *risarcimento del danno*²⁴. Pur non mancando talune per-

²² V. A. DISTASO, *op. cit.*, 192 e 194.

²³ In questi termini si è espresso Rodolfo Sacco, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 1993, 60. Anche C. LEO, *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*, in *Contr.*, 2003, 985, ha avvicinato il concetto di indennizzo a quello di risarcimento del danno, sostenendo come tanto la prestazione propria di quest'ultimo quanto quella dell'indennità fossero volte a reintegrare il patrimonio del promissario dell'utilità non conseguita in conseguenza dell'inerzia del terzo. Ancor prima, propenso a considerare l'indennizzo di cui all'art. 1381 c.c. alla stregua di un vero e proprio risarcimento pareva essere pure F. ALCARO, *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, 80. Per l'Autore il termine *indennizzo* presente nella norma in esame non era utilizzato in senso tecnico, pertanto non indicava una funzione diversa da quella del risarcimento del danno.

Dubita, in termini generali, che l'espressione *indennizzare* fornisca elementi tali da far luce sulla natura e sulla funzione dell'obbligazione da indennizzo C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, Giappichelli, 2012, 166.

²⁴ Cfr., in argomento, C. LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 901 e 902; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 119, che ha rigettato la tesi di coloro che nell'indennizzo da corrispondere al promissario sostenevano che si potesse fare riferimento al risarcimento dei danni conseguente ad una responsabilità per inadempimento; M.C. CHERUBINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 731, in nt. 2, che ha definito l'obbligo di indennizzo di cui alla promessa del fatto del terzo quale impegno primario che esulava da qualsivoglia responsabilità del promittente; la quale peraltro - v. IDEM, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, Giuffrè, 1992, 38, 39, 40 e 45 - con riferimento all'indennizzo dovuto dal promittente, aveva già parlato di obbligo primario che si determinava in capo al medesimo al verificarsi di certi presupposti, differendo esso dal contenuto di una responsabilità per inadempimento di una precedente obbligazione e rappresentando invece un accollo di rischio meglio riconducibile alla figura della garanzia più che allo schema della responsabilità. Che quella indennitaria non corrispondesse ad una responsabilità per inadempimento in senso tecnico ma costituisse l'oggetto di un obbligo di garanzia assunto con la promessa, servendo la scelta del legislatore di utilizzare il termine *indennizzo* in luogo di quello di *risarcimento del danno* a dimostrare che nel caso di specie non ci si trovava dinanzi alla sanzione contro un inadempimento, è stato sostenuto pure da M.R. MARELLA, *La promessa del fatto del terzo*, in AA.VV., *I contratti in generale*, VIII, *Efficacia-Condizione e ter-*

plessità²⁵, non pochi sono ancora coloro che in termini di maggiore nettezza propendono – sempre con riferimento alla disciplina di cui all'art. 1381 c.c. – per tenere distinti i concetti di *indennizzo* e di *risarcimento del danno*²⁶. Di recente, la tendenza a non assimilare i due suddet-

mine. *Esecuzione-Penale e caparra*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, UTET, 2000, 236. Anche M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, UTET, 1999, 1062 e 1064, ha identificato nella prestazione dovuta al creditore dal promittente in caso di inerzia da parte del terzo un obbligo di dare una somma di denaro, assimilando in tal modo la figura disciplinata dall'articolo in commento ai negozi di garanzia, come la fideiussione, il mandato di credito o le altre garanzie atipiche, quali il contratto autonomo di garanzia. Per F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995, 90 e 91, l'indennizzo dovuto dal promittente discendeva da un obbligo riconducibile al concetto di garanzia, ossia ad un istituto volto a far conseguire al creditore un determinato risultato economico; IDEM, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacati di voto*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, Cedam, 1992, 753, 754 e 758 e 759, laddove ha sostenuto che l'obbligo di indennizzo gravante in capo al promittente si sostanzava nel fatto di tenere indenne il creditore dal pregiudizio che questi avesse subito a causa dell'inerzia del terzo, esulando da esso l'idea di risarcimento o di esecuzione in forma specifica, in ragione del fatto che il medesimo costituiva un equivalente o un surrogato in denaro del fatto del terzo e trovava il proprio fondamento nell'obbligo di garanzia previsto dall'originario programma contrattuale e non in una sanzione per la violazione di un impegno. In egual modo F. ONOFRI, *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corr. giur.*, 1992, 567 e 568, ha ricordato come colui che promettesse il fatto di un terzo dovesse corrispondere a controparte, in mancanza di questo, non già un risarcimento bensì un indennizzo in quanto egli era non inadempiente ad una obbligazione contrattuale di *facere* ma debitore di una prestazione di garanzia assunta verso il promissario. In questa direzione anche G. Ponzanelli, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I, 1249, ha ritenuto che il concetto di indennizzo si distaccasse dalla reale entità del danno sofferto per atterrare su un terreno che rispondeva ad una esigenza maggiormente equitativa.

²⁵ Il dibattito sorto attorno al significato di indennizzo di cui all'art. 1381 c.c. è ricordato in termini compiuti da F. FRIGIDA, *La promessa del fatto o dell'obbligazione del terzo*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012, 1587 ss., che, se da un lato sostiene come in ambito generale si parli di indennizzo per indicare un ristoro privo di carattere sanzionatorio, collocato al di fuori dell'area del danno antigiuridico e il cui valore è pari a quello del bene colpito, dall'altro ricorda anche come i termini indennizzo e risarcimento non siano sempre usati in modo preciso e pertinente dal legislatore. Dubbioso è anche A.M. AZZARO, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in AA.VV., *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, Tomo II, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 665 ss., il quale nel mettere in rilievo come la nozione di *indennizzo* di cui all'art. 1381 c.c. possa essere interpretata in diversi modi, non potendo il medesimo essere ricondotto alla sfera della responsabilità contrattuale, ha comunque osservato il fatto che pur distinguendosi in modo netto l'*indennizzo* dal *risarcimento*, permane comunque il dubbio di quali possano essere i criteri invocati per calcolare il primo.

²⁶ Sul punto v. R. CALVO, *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2017, 370 ss., secondo cui l'indennizzo di cui all'art. 1381 c.c. costituisce un *minus* del risarcimento del danno contrattuale, in quanto la determinazione della somma dovuta dal promittente a controparte viene individuata sulla base di parametri equitativi e non avvalendosi di indici legati in modo rigoroso alla piena reintegrazione dei vantaggi che il promissario avrebbe ottenuto se il terzo avesse realizzato quanto dedotto nella promessa. Secondo M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, III ed., in *Collana notarile Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2015, 652 e 653, il termine indennità utilizzato dal legislatore nell'art. 1381 c.c. indica una prestazione diversa dal risarcimento non avente carattere sanzionatorio, in ragione del fatto che l'inerzia del terzo non costituisce un danno antigiuridico in quanto non discende da un atto illecito o da un inadempimento. Anche M.R. MARELLA, *Art. 1381-Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, 931 e 932, pur equiparando l'indennizzo di cui all'art. 1381 c.c. al risarcimento sotto l'aspetto del fine a cui entrambi sono volti, vale a dire reintegrare il patrimonio del promissario dei vantaggi da questi non ottenuti a causa dell'inerzia del terzo, evidenzia però che il legislatore ha usato nella norma

ti concetti è stata per di più riscontrata – salvo isolate vicende di segno contrario²⁷ – anche in altri ambiti e più precisamente in tema di clausole di esonero da responsabilità di cui all'art. 1229 c.c.²⁸, con riguardo all'assicurazione contro i danni²⁹, nonché in relazione ai danni cagionati agli investitori da parte dell'intermediario finanziario³⁰.

Giunti a questo punto della ricostruzione, volendo anticipare le conclusioni a cui si perverrà nel prosieguo in relazione alla struttura dell'obbligo indennitario di cui all'inciso *salvo buon fine* ed alla sua

in commento il termine indennizzo poiché il promittente non incorre in un vero e proprio inadempimento, costituendo invero la responsabilità indennitaria l'oggetto di una obbligazione di garanzia assunta dal debitore all'atto della promessa, non potendo in tale ipotesi parlarsi di sanzione contro l'inadempimento, anche se ciò non impedisce l'utilizzo di alcuni criteri tipicamente risarcitori per fissare il *quantum* della somma dovuta al promissario. Sul punto pure F. MANIARI, *Indennizzo diretto: alla ricerca del filo di Arianna*, in *Assicurazioni*, 2010, 48, ricorda che, in base alle categorie generali, si parla di indennizzo quando qualcuno è chiamato a ristorare un pregiudizio che non discende da un contegno illecito e di risarcimento con riferimento a un atto illecito. Ancor prima A. FUSARO, *Contratto e terzi*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, III, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 170 e 171, è stato concorde con la dottrina che già in epoca precedente aveva tenuto distinto l'indennizzo dal risarcimento del danno, in ragione del fatto che, mentre il primo aveva una funzione reintegratoria discendente da un comportamento non illegittimo del danneggiante, il secondo derivava da un fatto illecito dell'agente.

²⁷ Sul punto F. IELO, *Il rapporto tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Giorn. diritto amm.*, 2018, 507 e 508, ricorda come, in materia di danni da infermità lavorativa derivanti da causa di servizio nel campo della Pubblica Amministrazione, la giurisprudenza amministrativa dal medesimo presa in esame (Cons. St., Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1) reputi che indennizzo e risarcimento siano entrambi dotati di una finalità compensativa e, pertanto, in quanto tali, non siano cumulabili dal danneggiato. A medesime conclusioni perviene, sullo stesso argomento e commentando la stessa pronuncia del giudice amministrativo, altresì E. BELLISARIO, *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2018, 530.

²⁸ V. C. CONFORTINI, *Clausole di rappresentazione e garanzia*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, II, Milano, UTET, 2019, 1185 ss., la quale esclude che l'art. 1229, comma 1, c.c. – volto a regolare il potere negoziale delle parti di limitare pattiziamente la responsabilità del debitore – possa trovare applicazione anche alle clausole indennitarie convenzionalmente inserite nella vendita, in quanto queste ultime sono in grado di produrre un obbligo atipico in capo al venditore che si affianca agli altri vincoli discendenti in modo naturale dal contratto e hanno la funzione non già di contenere nel massimo un eventuale risarcimento da inadempimento *ex art.* 1218 c.c. ma di trasferire sull'alienante gli effetti economici dei fatti dedotti nel patto stesso i quali non integrano un inadempimento del venditore ma concretizzano il rischio dal medesimo garantito.

²⁹ Così S. LANDINI, *Art. 1905 - Limiti del risarcimento*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1861-1986*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, 154 e 155, la quale sostiene che, nonostante l'art. 1905 c.c. definisca la prestazione dell'assicuratore utilizzando il termine risarcire, sia più corretto parlare di indennizzo piuttosto che di risarcimento del danno, dato che sempre la medesima norma prevede che l'assicuratore paghi entro i limiti fissati dal contratto, circostanza incompatibile con il principio dell'integrale risarcimento del danno.

³⁰ Cfr. L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, II ed., I, Torino, UTET, 2011, 496 ss., la quale ricorda che il regolamento Consob prevede, in caso di soluzione arbitrale della controversia, da un lato, una procedura semplificata volta a ristorare il solo danno patrimoniale sofferto a causa dell'inadempimento dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza tramite la disposizione di un indennizzo e, dall'altro, un procedimento ordinario diretto a pervenire ad una decisione capace di assicurare il pieno risarcimento del danno patito in tutte le sue possibili componenti, anche non patrimoniali.

quantificazione, l'impressione che si ricava è quella che pure con riferimento al contratto di sconto il concetto in esame non possa essere assolutamente assimilato alla definizione di *risarcimento del danno*; nozione quest'ultima invero rinvenibile nella fattispecie di cui all'art. 1267, comma 1, c.c. in tema di cessione del credito con clausola *pro solvendo*. Numerose sono le argomentazioni che depongono in tal senso e di ciò si darà atto nel prosieguo della trattazione.

§ IV.2. - *La struttura dell'indennizzo nello sconto bancario: i confini del fenomeno e la comunanza con l'obbligo di «rivalere» dell'assicuratore*

Fermi restando i risultati disomogenei a cui sono pervenute dottrina e giurisprudenza in ordine alla disputa, poc'anzi presa in considerazione, della sovrapposizione o meno della figura dell'indennizzo a quella del risarcimento del danno, è opinione di chi scrive che l'*indennizzo* corrisposto dallo scontatario sia cosa diversa dal *risarcimento del danno*, tipico quest'ultimo della fattispecie di inadempimento dovuta a responsabilità contrattuale o extracontrattuale del debitore. Né è pensabile che tra gli stessi ricorra più in generale un rapporto di *genus* - il risarcimento del danno - da cui ricavare la *species*, vale a dire l'indennizzo.

Solo apparentemente l'indennizzo di cui alla clausola *salvo buon fine* si caratterizza per quello scopo comune - costituito dalla tendenza a neutralizzare la diminuzione di patrimonio che subisce il danneggiato, nel caso in esame lo scontatore, per effetto del mancato incasso del credito ceduto - che contraddistingue anche il risarcimento del danno, avendo invero l'obiettivo più limitato di compensare la banca. La corresponsione dell'indennizzo da parte dello scontatario non equivale al pagamento del risarcimento del danno che peraltro incomberebbe in capo al debitore ceduto inadempiente, sussistendo tra i due concetti una profonda frattura quanto all'aspetto della struttura. L'indennità di cui allo sconto bancario - come pure quella in tema di *promessa del fatto del terzo* o di clausola dello *star del credere* a cui è tenuto a norma dell'art. 1736 c.c. il commissionario - non ha, diversamente dal risarcimento del danno, quale presupposto l'inadempimento o la violazione di un diritto da parte di chi deve corrisponderla, ma trae il proprio fondamento, sotto il profilo giuridico, da un obbligo primario e non dalla violazione di quest'ultimo. Lo scontatario è, infatti, tenuto a pagare l'indennizzo non in conseguenza di un proprio inadempimento o in corrispondenza di quello del debitore ceduto in sé e per sé considera-

to, ma sul presupposto che quest'ultimo, una volta verificatosi, sia in grado, stante il vincolo non obbligatorio prodotto dalla *garanzia pura*, di perfezionare l'evento capace di creare le condizioni affinché nasca l'impegno indennitario da esso assunto con il negozio di sconto. Diversamente l'obbligazione risarcitoria si affianca o si sostituisce, quale contenuto, all'obbligo primario di prestazione non eseguito dal debitore e ciò, rispettivamente, in ipotesi di inadempimento relativo o assoluto³¹; ancorché dipendente dal vincolo primario, la medesima, è considerata un'obbligazione secondaria che rimane autonoma, costituendo «l'equivalente in danaro della prestazione non adempiuta», così rappresentando una «prestazione vicaria»³². Essa è dunque diretta a restaurare la sfera patrimoniale del creditore che ha subito l'inadempimento³³, avendo il compito di ripristinare il patrimonio del creditore e dovendo essere integrale ossia parametrata al pregiudizio sofferto a causa dell'inadempimento³⁴, quando invero nulla di tutto ciò parrebbe invece riscontrarsi in sede di indennizzo.

Inoltre, anche con riguardo alla funzione, mentre il risarcimento del danno ha lo scopo, attraverso la prestazione secondaria, di neutralizzare il mancato adempimento di quella principale ed è volto, sotto l'aspetto personale dei soggetti interessati, a reintegrare il patrimonio del danneggiato, l'indennizzo dello scontatario tende a compensare mediante una prestazione primaria una delle due parti del contratto e

³¹ Per un maggior approfondimento della vicenda in esame v. *infra*, § 9.

³² F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, cit., 335. Che dall'impegno del debitore all'adempimento spontaneo andasse ben distinto il suo dovere «accessorio o succedaneo» di risarcire la controparte nell'ipotesi di inadempimento colposo era stata opinione anche di F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1959, 567 e 568, 577 e 578, il quale aveva altresì aggiunto che l'obbligo del risarcimento poteva sorgere, nella vita giuridica, solo a seguito della violazione di quello primario di adempimento spontaneo, in ragione del fatto che la pretesa al risarcimento era volta a far conseguire al danneggiato un esito equivalente, sotto l'aspetto patrimoniale, ancorché non identico a quello a cui era preordinato il comando concreto delle pretese non osservate dall'obbligato. Pure M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., I, *La teoria generale della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, 454, era giunto ad affermare che il fenomeno della responsabilità o responsabilità non era una componente del rapporto obbligatorio, ma si affiancava ad esso. Sul punto v., in precedenza, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II ed., I, *Introduzione-Parte preliminare-Parte generale-Diritti della personalità-Diritto di famiglia-Diritti reali*, Torino, UTET, 1949, 112 e 113, secondo cui la responsabilità rappresentava la soggezione agli effetti con cui l'ordinamento giuridico reagiva a fronte dell'inadempimento di un dovere coercibile, esistendo in un primo tempo il dovere e in un secondo momento, ossia successivamente e condizionatamente all'inadempimento, la responsabilità per non averlo osservato, costituendo quest'ultima «un'obbligazione» o un «debito» ulteriore» diretto a riparare le conseguenze discendenti dall'inadempimento di un primo debito o di un primo obbligo.

³³ Al riguardo M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, Giuffrè, 1968, 164, 165 e 225, pare aver attribuito tale funzione all'esecuzione forzata per equivalente, affermando tuttavia che quest'ultima rappresentava uno stadio ulteriore della responsabilità personale di cui all'art. 1218 c.c., dalla quale nasceva un obbligo risarcitorio avente ad oggetto una somma di denaro, a propria volta preparatorio all'attuazione della responsabilità patrimoniale.

³⁴ Cfr. F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 336.

ha l'obiettivo di riequilibrare il sinallagma rispetto alla prestazione a cui era tenuto lo scontatore. A nulla rileva – come si avrà modo di meglio specificare *infra* – che l'indennizzo dello scontatario sia comprensivo, quanto alla sua determinazione, non solo del danno emergente ma anche del lucro cessante che si riscontra in capo allo scontatore. Le rispettive somme – vale a dire quella da corrispondere a titolo di risarcimento del danno e quella in forza dell'indennizzo – anche se fossero in astratto di importo identico si caratterizzerebbero, comunque, per una funzione del tutto differente in quanto questa non può mai essere confusa con la loro quantificazione.

Ma ad escludere che il concetto di *indennizzo* di cui allo sconto bancario debba essere fatto coincidere con quello di *risarcimento del danno* che si rinviene nel nostro ordinamento civilistico si possono addurre ulteriori considerazioni. Sul presupposto che quella dello scontatario sia – al pari di quanto concluso nel capitolo precedente – una *prestazione assicurativa transtipica*, non pare, in effetti, qui possibile prescindere da una indagine volta a comprendere quali siano state le reali intenzioni del legislatore nel far uso, in sede di contratto di assicurazione, dell'espressione «rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro». Particolarmente sentita è, infatti, apparsa l'esigenza di qualificare il danno risarcibile in corrispondenza di tutte quelle fattispecie, al pari dell'assicurazione, in cui l'obbligo risarcitorio costituisce non un rapporto di responsabilità ma il contenuto e l'oggetto di un rapporto tipizzato della prestazione³⁵. A tal proposito, se da un lato è ben vero che l'assicurazione contro i danni pone a carico dell'assicuratore l'obbligo di risarcire il danno, ossia il depauperamento che la controparte subisce al verificarsi dell'evento preso in considerazione, dall'altro appare altrettanto indubitabile che non si tratti di un risarcimento in senso tecnico, stante la mancanza in capo all'assicuratore della responsabilità, bensì di un indennizzo da corrispondere in adempimento del contratto stesso³⁶.

³⁵ Così G. FANELLI, *Le assicurazioni*, Tomo I, *Introduzione. Analisi e qualificazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1973, 76.

Sulla qualificazione del danno A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1949, 127, aveva in precedenza evidenziato come per identificare il medesimo – ossia la diminuzione o il mancato arricchimento del patrimonio dell'assicurato cagionati dal sinistro – fosse necessario fare applicazione del generale principio di cui all'art. 1223 c.c. secondo il quale si considerava risarcibile quel danno che fosse conseguenza diretta e immediata del sinistro, valeva a dire quello derivante da un normale nesso di causalità. Sull'argomento cfr., in epoca ancor più risalente, A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in *Annali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia*, 1923-1924 ed ora in IDEM, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, Jovene, 1953, 247 ss., che, nel rinviare alla dottrina di matrice tedesca, aveva sostenuto che il concetto di *danno* avrebbe potuto identificarsi nella differenza fra lo stato del patrimonio prima e quello dopo il fatto dannoso.

³⁶ V. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione. Art. 1861-1932*, III ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1966, 304.

Sennonché, la struttura e la quantificazione di ciò che l'assicuratore deve eventualmente corrispondere all'assicurato – ossia il contenuto di quel *rivalere* di cui parla l'art. 1882 c.c. – si delinea in modo chiaro ed inequivocabile solo combinando tale espressione con il contenuto dei successivi artt. 1905, 1908 e 1909 c.c.; norme queste espressive del *principio indennitario* «che domina la materia dell'assicurazione contro i danni»³⁷. In particolare, sulla base dell'art. 1905 c.c. l'assicuratore è, infatti, obbligato a risarcire il danno patito da controparte che sia conseguenza diretta del sinistro, disponendo questo precetto, fra gli altri, anche i limiti riguardanti la misura dell'indennizzo³⁸, ricavandosi dal concetto di *danno* quello di *valore assicurabile*, vale a dire di limite massimo per cui può stipularsi l'assicurazione³⁹. L'assicuratore inoltre, prosegue il comma 2 della disposizione in commento, non risponde del profitto sperato, a meno che non si sia in tal senso espressamente vincolato, con ciò desumendosi come la prestazione gravante in capo al medesimo – e pertanto l'indennizzo in ambito assicurativo – non ricomprenda, a differenza del risarcimento del danno, il lucro cessante, salvo espressa volontà manifestata dai contraenti⁴⁰.

Peraltro, che nei fenomeni assicurativi – e conseguentemente anche nello sconto bancario – indennizzo, da un lato, e risarcimento, dall'altro, siano concetti non del tutto sovrapponibili si evince anche da una ricostruzione storica della vicenda assicurativa. Mentre l'art. 417 del vecchio Codice di commercio del 1882 testualmente definiva la prestazione dell'assicuratore in termini di obbligo di «risarcire le perdite o i danni che [potevano] derivare all'assicurato da determinati casi fortuiti o di forza maggiore», l'attuale formulazione dell'art. 1882 c.c. si esprime affermando che il garante si obbliga «a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro». Sostituendo al verbo *risarcire* il predicato *rivalere* il legislatore codicistico ha di certo fatto uso di un lessico maggiormente corretto, sì che oggi anche sotto l'aspetto terminologico è stato eliminato quell'elemento che per certi aspetti avrebbe potuto creare confusione tra i concetti di indennizzo e di risarcimento del danno; cambiamento questo dettato dalla necessità di tenere distinta la prestazione dell'assicuratore di rivalere dal concetto di *risarcimento* disciplinato nella parte generale dell'obbligazione.

³⁷ V. SALANDRA, *op. et loc. supra cit.*

³⁸ In tale ottica E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2010, 95.

³⁹ Per una siffatta considerazione si rinvia ancora a V. SALANDRA, *op. cit.*, 305.

⁴⁰ In argomento cfr. anche G. FANELLI, *op. cit.*, 159 e 160, e, ancor prima, V. SALANDRA, *op. cit.*, 306 e 307, che a suo tempo aveva inoltre specificato come l'assicurazione per i guadagni sperati fosse accessoria rispetto a quella principale della diminuzione del valore della cosa.

Né vale a sconfessare la conclusione testé raggiunta la circostanza che l'art. 1904 c.c. si esprima, con riguardo alla nullità del contratto di assicurazione, in termini di assenza di «un interesse dell'assicurato al risarcimento del danno» e non con riguardo alla mancanza di un interesse all'indennizzo o all'indennità. Nonostante ciò è, infatti, ben possibile ritenere che il legislatore abbia in tale sede utilizzato un termine inappropriato, presente anche nell'articolo successivo e ricordato dal verbo *risponde* attribuito all'assicuratore, contenuto in altre norme⁴¹. È, infatti, alquanto evidente che quello preso in considerazione dalla suddetta disposizione è l'interesse del creditore di cui all'art. 1174 c.c. – nel caso di specie dell'assicurato – e dovendo esso perdurare, al pari di quanto previsto dallo stesso art. 1904 c.c., una volta sorto a seguito della stipula contrattuale, nel corso di tutto il rapporto, non può che essere riferito alla circostanza che l'assicuratore esegua la prestazione primaria costituita dall'indennizzo. Da ciò consegue, quindi, che la prestazione dell'assicuratore mira a raggiungere una finalità risarcitoria in senso lato: nell'assicurazione contro i danni la finalità indennitaria non può considerarsi una funzione risarcitoria in termini rigorosi, in quanto il danno risarcibile dall'assicuratore non è lo stesso tipo di danno che può essere ristorato secondo le regole della responsabilità contrattuale o aquiliana, essendo essa nel contratto di specie più propriamente identificabile con il soddisfacimento di un bisogno dell'assicurato⁴².

Tra l'altro che l'utilizzo dei concetti di danno e di interesse elaborati nella teoria generale della responsabilità e della successiva obbligazione di risarcimento, *ex ar.* 1218 e 2043 c.c., conduca, con riferimento al contratto di assicurazione, ad un errore è considerazione da tempo acquisita in ambito dottrinale. Già numerosi decenni or sono era stato affermato che, nel contratto di assicurazione, costituendo la prestazione in denaro il fine principale del negozio stesso, non potevano applicarsi in modo diretto e completo le disposizioni dettate dalla legge in materia di risarcimento del danno per atti illeciti, potendo tali regole essere invocate solo per analogia e per di più limitatamente alla circostanza in cui la polizza assicurativa non avesse disposto diversamente⁴³. La considerazione merita di essere condivisa e ciò in ragione

⁴¹ Questa appare la condivisibile lettura che dà E. BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 75. In argomento v. pure M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, Cedam, 2012, 26, secondo cui l'interesse al risarcimento del danno di cui tratta l'art. 1904 c.c. costituisce un'espressione da intendere in senso lato, non coincidendo con il concetto di danno civile ma da leggere come sinonimo di interesse sia a non subire la perdita, la diminuzione o il mancato aumento di guadagni economici in rapporto a certi beni o ad una situazione patrimoniale nel suo complesso, sia a non sopportare pregiudizi non patrimoniali, quali la lesione della salute.

⁴² V. A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012, 112 e 113.

⁴³ In tal senso cfr. A. RAMELLA, *Trattato delle assicurazioni*, Milano, Vallardi, 1921, 203.

del fatto che il concetto di *danno* e di *risarcimento* «si pongono, nell'assicurazione, su di un piano ben diverso da quello ordinario della responsabilità», poiché nella prima, a differenza della seconda, il risarcimento costituisce l'oggetto stesso della prestazione principale assunta dall'obligato e capace di qualificare la causa del negozio e non una prestazione secondaria che interviene qualora si verifichi un inadempimento nascente dal contratto⁴⁴. La fonte del suddetto indennizzo non è l'inadempimento ma il contratto stesso. La possibilità di fronteggiare un danno può infatti essere dedotta in prestazione del contratto – al pari di quanto avviene non solo nell'assicurazione ma anche nello

⁴⁴ Così si esprimeva G. FANELLI, *op. cit.*, 144, in testo ed in nt. 90, dove si rinveniva la citazione testuale, il quale aggiungeva altresì che la necessità di tenere distinte la fonte dell'obbligo risarcitorio e la sua funzione non doveva far dimenticare come quest'ultima fosse strettamente collegata al contenuto dell'obbligazione stessa, ossia ai limiti, quantitativi e qualitativi, del danno risarcibile.

Sul punto già in precedenza A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, Giuffrè, 1964, 182, aveva giustamente notato come sia l'assicuratore contro i danni che il potenziale responsabile per inadempimento si trovassero in una posizione soggettiva di probabile soggezione al verificarsi dell'evento incerto, precisando tuttavia che non era opportuno estendere il termine tecnico *responsabilità* ai casi di assunzione convenzionale del rischio, poiché la prima posizione svolgeva una funzione «vicaria» mentre la seconda espletava una funzione primaria. Pure M. ALLARA, *op. ult. cit.*, 552 e 553, aveva messo in evidenza come l'obbligazione da risarcimento del danno si potesse presentare, da un lato, quale conseguenza di una condotta anti-giuridica, ossia in termini di violazione di un rapporto obbligatorio – nel caso di responsabilità contrattuale (artt. 1218 ss. c.c.) – o di un rapporto giuridico diverso – nell'ipotesi di responsabilità aquiliana (artt. 2043 ss.) – dall'altro, come conseguenza di altri fatti per i quali l'eterogeneità degli stessi non consentiva una ricostruzione della teoria generale, al pari di quanto accadeva con riguardo alla disciplina degli artt. 1882 ss. c.c. in ordine al contratto di assicurazione. Sull'argomento si era espresso pure A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1954, 23 e 25, per il quale l'ordinamento si poneva il problema di eliminare il danno laddove questo costituisse la conseguenza della violazione di un comando – sia nell'ipotesi in cui fosse preesistito un rapporto obbligatorio (inadempimento di cui all'art. 1218 c.c.) sia che fosse mancato (fatto illecito ex art. 2043) – e, fra le varie forme di rimozione del danno cagionato da un illecito contrattuale o extracontrattuale, prevedeva il risarcimento, che trovava pertanto la propria fonte «non in una norma primaria o dispositiva, ma in una norma secondaria o sanzionatoria».

Sul fatto che il risarcimento del danno fosse una modalità di eliminazione del danno discendente da un illecito che rinveniva la propria origine in una disposizione secondaria o sanzionatoria, v., in termini embrionali, H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, 51, il quale aveva messo in luce che, solo nel caso in cui la parte inadempiente ed irrispettosa del contratto fosse stata destinataria di una condanna su richiesta della controparte contrattuale, la norma per cui ci si sarebbe dovuti attendere un comportamento contrattuale integrava una disposizione giuridica secondaria indipendente; e ancora prima A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, Hermann Böhlau, 1878, trad. it. *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1939, 52 ss. A giudizio dell'Autore il risarcimento costituiva il fine di certi precetti giuridici connessi ad un'illeceità come conseguenza giuridica della stessa, ma la sua funzione non era quella di sanzionare il trasgressore della norma né di porre in essere il fatto o la situazione alla cui realizzazione o conservazione era diretto il comando o il divieto trasgredito, ma quella di procurare al soggetto leso dal mancato rispetto dell'enunciato normativo una soddisfazione in una forma diversa al posto di ciò che lo stesso aveva perduto, in ragione del fatto che dal danno subito da una parte l'ordinamento faceva discendere un ulteriore precetto giuridico avente per scopo la sua compensazione tramite la nascita di un obbligo di risarcimento.

sconto bancario – essendo, pertanto, fuori luogo parlare di risarcimento dei danni in termini tradizionali. Lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore e ristorarlo dalle perdite subite è, in effetti, uguale tanto nel risarcimento del danno quanto nell'indennizzo⁴⁵; ciò che invero differisce è l'obbligazione che, nel primo nasce dalla tutela risarcitoria ed in particolare dall'inosservanza di una norma primaria, mentre, con riferimento al secondo, essa trae origine dall'attuazione del contratto, tant'è che nel dover corrispondere l'indennità sia l'assicuratore che lo scontatario nulla hanno violato.

All'interno del rapporto assicurativo, in base alla specifica funzione del singolo contratto, la possibilità che prenda vita un debito può essere dedotta come un danno risarcibile da parte dell'assicuratore, cosa che non può accadere invece dentro ad un rapporto di responsabilità contrattuale o aquiliana, nel quale la nascita di un debito non è qualificabile quale danno in senso giuridico per il responsabile, in considerazione del fatto che il rapporto di responsabilità si origina per risarcire il danneggiato dalla lesione derivante da un comportamento illecito del danneggiante o comunque discendente da una situazione in cui quest'ultimo si trova e a cui la legge ricollega il suo obbligo di riparazione; pertanto ai fini assicurativi occorre adottare un concetto di *danno* diverso da quello a cui si fa riferimento nella responsabilità ordinaria⁴⁶. Tra l'altro, che la prestazione dell'assicuratore discenda direttamente dal contratto si coglie anche dagli studi di chi ha ricordato che il medesimo se, da un lato, presta la garanzia del proprio patrimonio vincolandolo a favore dell'assicurato per far sì che gli eventi dedotti in contratto si riversino su di esso, dall'altro, eventualmente, ossia al verificarsi di tali eventi, lo stesso attua verso il beneficiario la garanzia assunta tramite una prestazione consistente nell'erogazione di beni o servizi convenuti con controparte⁴⁷.

Le conclusioni non sono molto diverse nello sconto bancario e consentono di tornare da dove si era partiti. Anche in tale sede l'*indennizzo* dello scontatario non nasce dall'inadempimento di quest'ultimo ma dall'esecuzione del contratto; è, in altri termini, prestazione principa-

⁴⁵ Cfr. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1073.

⁴⁶ Sul punto occorre ancora una volta richiamare gli studi di G. FANELLI, *op. cit.*, 145 e 148, il quale, ai fini di una corretta lettura dell'art. 1904 c.c., proponeva di tradurre l'enunciato «interesse al risarcimento del danno» nell'espressione «interesse al non verificarsi del sinistro», così riconducendo l'interesse al risarcimento del danno a quello all'assicurazione, inteso quest'ultimo quale bisogno economico collegato ad un evento futuro ed incerto, costituito nel caso di specie dalla possibilità di subire un danno economico.

⁴⁷ Il rinvio è a A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012, 27 e 28, in testo ed in nt. 9, laddove specifica altresì che la prestazione dell'assicuratore è simile a quella del fideiussore per una obbligazione futura o sottoposta a condizione di cui all'art. 1938 c.c.

le dello scontatario che si origina dal negozio e non secondaria di risarcimento del danno che interviene nel momento in cui la prima sia inadempita. La situazione che si verifica nello sconto non è infatti molto dissimile da quella che contraddistingue la fideiussione, nella quale il garante è tenuto ad una vera e propria prestazione primaria. Se si vuole restare fedeli ad una nozione tecnica delle vicende giuridiche, parlare indifferentemente di indennizzo ovvero di risarcimento del danno non degrada la disputa in esame ad un problema di mera convenzione terminologica. È in effetti innegabile che la struttura del contratto di sconto, al pari dell'assicurazione, crei una fattispecie differente rispetto a quanto accade in forza dell'entrata in campo dell'art. 1218 c.c. in corrispondenza di un inadempimento. Le suddette considerazioni confermano una riflessione che difficilmente può essere confutata: mentre per lo sconto la corresponsione dell'indennizzo è adempimento del negozio, diversamente, come si avrà modo di vedere successivamente⁴⁸, nella cessione del credito con clausola *pro solvendo* di cui all'art. 1267 c.c. si rinviene un risarcimento del danno in senso tecnico, in quanto sussiste in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto un inadempimento di un precedente vincolo sorto in capo al cedente. Fonte dell'*indennizzo* è, quindi, nel caso sottoposto alla presente analisi, il contratto di sconto e non la mancata esecuzione di una prestazione prevista tra quelle che caratterizzano quest'ultimo. Quella dello scontatario non può, dunque, essere un'obbligazione risarcitoria vera e propria, perché questa non concorre alla causa che il contratto, in fase fisiologica, vuole realizzare, ma interviene solo per supplire all'inadempimento di un'obbligazione discendente da esso. Il sinallagma non può che essere tra prestazioni primarie e non tra una primaria e una secondaria quale sarebbe il risarcimento del danno nel contratto di assicurazione.

L'aver tracciato i confini dell'indennizzo, separandolo strutturalmente dal risarcimento del danno, rafforza la considerazione, poc'anzi accennata, che l'inciso di cui al *salvo buon fine* sia, dunque, fattispecie differente rispetto alla vicenda che si rinviene nell'ambito della cessione del credito con clausola di garanzia per la solvenza del debitore ceduto, non potendo l'obbligo in capo al cedente di dover «risarcire il danno» di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. essere concepito in termini di mero indennizzo. Mentre in tale ultimo caso si riscontra un obbligo secondario che presuppone la violazione di un vincolo primario e l'operatività dei conseguenti rimedi distruttivi del negozio, nell'ipotesi ora esaminata si è dinanzi, come più volte ribadito, all'attuazione del contratto di sconto ed alla realizzazione del programma convenzionale voluto dalle parti.

⁴⁸ V. *infra*, cap. V.

§ IV.3. – *La quantificazione dell'indennizzo dovuto dallo scontatario*

In tema di sconto bancario, l'art. 1859 c.c. è la sola disposizione che si occupa di stabilire l'ammontare dell'indennizzo che lo scontatario deve allo scontatore. La norma in esame si limita, infatti, ad affermare che nell'ipotesi di mancato pagamento a scadenza da parte del debitore ceduto – «se lo sconto avviene mediante girata di cambiale o di assegno bancario» – la banca vanta, in aggiunta ai diritti derivanti dal titolo, anche quello «alla restituzione della somma anticipata». Tale disposizione, dettata in tema di *sconto cambiario*⁴⁹, necessita in realtà di essere letta congiuntamente con il disposto del precedente art. 1858 c.c. e ciò al fine di dare forma alla disciplina unitaria dello sconto valevole invero sia che esso riguardi crediti, sia che lo stesso abbia ad oggetto titoli di credito.

Sul presupposto che da tempo dottrina e giurisprudenza ritengono, sebbene in altri ambiti, che la quantificazione dell'indennizzo diverga da quella del risarcimento del danno in quanto non comprensiva del lucro cessante pur sussistendo tra le due nozioni una qualche somiglianza⁵⁰, parrebbe *prima facie* coerente concludere che anche l'ob-

⁴⁹ Definito da taluni una sottospecie di sconto documentale. In tal senso v. E. GABRIELLI, *Il contratto di sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I, 102; G. DI BENEDETTO, *Lo Sconto*, in AA.Vv., *I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, Giuffrè, 1999, 153.

Contra G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, 5 ss., per il quale non sarebbe stato tecnicamente corretto parlare di cessione del credito posto che la banca scontava titoli di credito. L'affermazione era però stata criticata da S. MACCARONE, *Lo sconto bancario*, in *Enc. banca e borsa*, II, Roma-Milano, Compagnia Edizioni Internazionali, 1967, 324, secondo cui nello sconto cambiario il trasferimento del credito avrebbe avuto un oggetto peculiare – il titolo di credito – e diverso sarebbe pure stato il mezzo con cui avveniva la circolazione, valeva a dire la girata del documento, non determinando però tutto ciò una modifica nella struttura del contratto rispetto allo sconto bancario; nonché da G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981, 389, che osservava come le differenze in termini di oggetto dello sconto, valeva a dire crediti piuttosto che cambiali o assegni bancari, rilevavano ai soli fini di originare in sede di rapporto reazioni diverse senza con questo apportare modifiche allo schema giuridico del contratto.

⁵⁰ Per tali concetti si rinvia, *ex multis*, a F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., I, Milano, Giuffrè, 1957, 439. Sul punto, più di recente, F. PASCUCCHI, R. TOMEL, *L'indennizzo ex art. 2041 c.c. non si estende al lucro cessante*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1427, nell'aver ricordato come la giurisprudenza della Suprema Corte fosse propensa a porre su piani diversi le obbligazioni nascenti dall'art. 2041 c.c. rispetto a quelle che si originavano dall'art. 2043 c.c. – in ragione del fatto che l'azione da ingiustificato arricchimento era volta a ristabilire l'equilibrio a fronte di un profitto ottenuto da un soggetto senza giusta causa mentre quella risarcitoria era preordinata ad apprestare un rimedio contro il danno subito dal soggetto leso dall'altrui condotta illecita – hanno affermato che nelle prime il danno non potesse considerarsi un punto di riferimento, non essendo l'azione discendente dal suddetto art. 2041 c.c. diretta a reintegrare il patrimonio dell'impovertito e nemmeno a compensare il suo mancato guadagno derivabile da profitti non realizzati. Anche A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2009, 71 e 72, sembrerebbe escludere che l'indennizzo da arricchimento senza giusta causa – sotto la forma tanto di vantaggio ottenuto mediante fatto ingiusto, ossia utilizzo senza titolo di diritti o beni altrui, quanto di utilità discendente da una prestazione di altri non ingiusta ma priva di causa – debba fare riferimento a profitti persi dall'impovertito che siano stati legittimamente acquisiti

bligio restitutorio di detta somma anticipata debba avere ad oggetto un importo diverso da quello determinato nel rispetto dell'art. 1218 c.c., che, in estrema sintesi, si comporrebbe delle voci di cui all'art. 1223 ss. c.c., vale a dire del danno emergente e del mancato guadagno. Tuttavia, nel caso che ci occupa, la vicenda è più complessa. La considerazione di utilizzare i concetti di danno emergente e lucro cessante al fine di distinguere tra indennizzo – carente del secondo ma non del primo – e risarcimento del danno – che li ricomprende entrambi – diviene, quanto allo sconto bancario, in effetti del tutto fuorviante. Le linee essenziali del ragionamento che segue impongono, infatti, di impostare i termini della questione in modo completamente diverso rispetto alla tradizionale dicotomia individuata in forza dell'aspetto quantitativo. Ciò premesso va comunque fin da subito chiarito come su una prima generale conclusione la dottrina non pare avere ormai più dubbi: la garanzia offerta dallo scontatario consiste nell'indennizzare lo scontatore

dall'arricchito, essendo necessario che il pregiudizio patito da un soggetto venga sempre messo in correlazione con l'arricchimento ingiusto dell'altro, dovendo in ultima analisi l'indennizzo ricomprendere il solo danno emergente. Pare limitare solo a quest'ultimo il contenuto dell'indennizzo da ingiustificato arricchimento disciplinato dall'art. 2041 c.c. N. ALOJ, *Arricchimento senza causa e lucro cessante*, in *Giur. merito*, 2010, 958, il quale ricorda come l'azione di arricchimento presupponga la sussistenza di un vantaggio non giustificato a danno di altri ma non anche l'antigiuridicità di quest'ultimo, diversamente dalla tutela aquiliana e da quella contro l'inadempimento contrattuale, le quali invece postulano l'esistenza di un fatto antigiuridico disapprovato dall'ordinamento; fatto questo che giustifica l'obbligazione risarcitoria nella componente tanto del danno emergente quanto del lucro cessante.

Per la giurisprudenza v., in tema di arricchimento senza giusta causa ex art. 2041 c.c., Cass., 7 ottobre 2011, n. 20648, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1421; Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Foro it.*, 2009, I, 3413 ss., con osservazioni di G. D'Urgolo, che, pronunciandosi in un caso di diminuzione patrimoniale subita per l'esecuzione di una prestazione in virtù di un contratto invalido, ha ricordato che l'indennizzo da ingiustificato arricchimento era volto a rimuovere lo squilibrio creato da un profitto realizzato in modo ingiusto a causa di uno spostamento patrimoniale senza causa, con la conseguenza che, non mirando tale tutela a ricomporre il patrimonio dell'impoverito, la stessa non era diretta a compensare il mancato incremento di quest'ultimo considerando i guadagni non realizzati, in ciò distinguendosi nettamente dal risarcimento del danno. Conf., nell'escludere il mancato guadagno nella quantificazione dell'indennizzo per arricchimento senza causa diversamente dal risarcimento, è stata pure Cass., 26 settembre 2005, 18785, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 2202 ss. e ancor prima Cass., 12 luglio 1965, n. 1471, in *Foro it.*, 1965, I, 1902 ss. Anche la giurisprudenza successiva fa proprio l'orientamento delle Sezioni Unite. Cfr. infatti Cass., 13 settembre 2016, n. 17957, in *Giuda dir.*, 2016, 49-50, 71; nonché Cass., 14 maggio 2019, n. 12702, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, 2 ss.

Per il merito v. App. Napoli, 23 settembre 2020, in *www.dejure.it*; Trib. Roma, 22 febbraio 2018, in *www.dejure.it*; App. Catanzaro, 4 aprile 2017, in *www.dejure.it*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 12 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2010, 953 ss., con nota di N. ALOJ, *Arricchimento senza causa e non indennizzabilità del lucro cessante*. Secondo Trib. Nocera Inferiore, 16 ottobre 2007, in *www.dejure.it*, l'obbligo di indennizzo andava quantificato facendo riferimento al minor valore fra il guadagno ottenuto dall'arricchito e la perdita patita dall'impoverito, in ragione del fatto che la legge imponeva un duplice limite alla quantificazione del medesimo, da un lato prendendo come riferimento non già l'intero arricchimento di per sé, bensì solo quello che fosse correlato a un danno, dall'altro considerando risarcibile non tutto il pregiudizio ma solo quello a cui corrispondeva un profitto dell'arricchito, con la conseguenza che l'indennizzo andava limitato al vantaggio, laddove questo fosse minore dell'impoverimento altrui, o al depauperamento, nel caso in cui quest'ultimo fosse inferiore rispetto al guadagno dell'arricchito.

di una somma pari a quella che il ceduto avrebbe dovuto corrispondere alla banca e, pertanto, di un importo equivalente al valor nominale del credito a suo tempo trasferito⁵¹. Non può qui accogliersi la diversa conclusione – peraltro fondata sull'applicabilità allo sconto del disposto dell'art. 1267, comma 1, c.c. – di chi aveva sostenuto che lo scontatore che avesse voluto avvalersi della garanzia del *buon fine* avrebbe avuto diritto, oltre alla restituzione di quanto anticipato al momento dello sconto (somma scontata), anche al risarcimento del danno nella misura dell'interesse contrattuale negativo sì che nell'insieme detto importo complessivo avrebbe potuto essere non solo minore o uguale ma altresì maggiore rispetto all'originario importo del credito (cosiddetta somma a scontarsi) e ciò sul presupposto che, quanto all'interesse contrattuale negativo, lo stesso avrebbe dovuto essere calcolato tenendo in considerazione la diminuzione patrimoniale che il cessionario non avrebbe subito se non avesse stipulato lo sconto con il cedente, in termini sia di danno emergente – ossia di risparmio di spese che egli avrebbe realizzato – sia di lucro cessante, valeva a dire di altre occasioni di impiego della somma anticipata da cui avrebbe tratto vantaggio⁵².

A nulla rileva ai fini di sconfessare il risultato a cui si è testé pervenuti la circostanza che il legislatore si esprima, con riguardo all'art. 1859 c.c. in termini di «somma anticipata». A prescindere dal fatto che si tratta di norma evidentemente destinata a disciplinare direttamente lo sconto cambiario, caratterizzato dalla considerazione che all'anticipazione di un credito non scaduto che contraddistingue lo sconto ordinario si aggiunge la girata, essendo il credito incorporato in un titolo⁵³, l'espressione deve infatti intendersi come *ammontare del titolo* ovvero *del credito anticipato* e in tal senso va corretta. L'articolo in ras-

⁵¹ Così, oltre agli Autori di nt. 55 e di nt. 57, v., in termini generali, C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, Laterza, 2002, 157, per il quale, a differenza di quanto stabilito dall'art. 1267 c.c., la garanzia del *salvo buon fine* non era limitata alla somma ricevuta dal cliente ma si estendeva all'intero valore nominale del credito ceduto. In argomento v. altresì P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978, 760, il quale metteva in luce che, se il debitore avesse restituito la somma scontata avrebbe restituito *moneta passata*, quando invero, dovendo restituire *moneta attuale*, occorre fare riferimento alla somma a scontarsi.

⁵² V. G. MINERVINI, *op. cit.*, 83 ss., in specie 88 ed 89, nonché, in tema di sconto cambiario, 108 e 109. L'analisi dell'Autore prendeva le mosse dall'assunto secondo cui nel nostro ordinamento non ci sarebbero stati ostacoli ad ammettere che un interesse contrattuale negativo risarcibile fosse di entità superiore rispetto al correlativo interesse positivo, sul punto rinviando a A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1946, 174 e 175, per il quale ciò si verificava se il contratto invalido o non perfezionato si avesse apportato minori vantaggi di quelli che sarebbero discesi dal negozio che in alternativa la parte lesa avrebbe potuto stipulare; nonché a L. MOSCO, «*Culpa in contrahendo*» e determinazione del danno risarcibile, in *Giur. compl. Cass., Sez. civ.*, 1947, 434 ss., secondo cui ciò sarebbe potuto accadere solo qualora la parte danneggiata fosse riuscita a dimostrare di aver rifiutato altre occasioni maggiormente favorevoli in termini economici rispetto a quella in cui essa si era successivamente impegnata.

⁵³ Che l'art. 1859 c.c. avesse lo scopo di chiarire che allo scontatore competeva, in tema di sconto cambiario, anche l'azione causale oltre a quella cartolare è stata opinione fat-

segna si riferisce, dunque, alla somma dalla quale viene detratto l'interesse – o se si preferisce a quella corrispondente al valore nominale del credito scontato⁵⁴ – e non a quella oggetto di sconto, essendo quest'ultima precisazione implicita nella norma stessa. Se così non fosse sarebbe inaccettabile che lo scontatore potesse ottenere risultati differenti a seconda che scegliesse di agire in forza dell'azione causale – a fronte della quale avrebbe, sulla base di una mera interpretazione letterale, diritto alla restituzione della sola somma che ha anticipato al cliente – piuttosto che sulla base di quella cartolare che gli consentirebbe di pretendere l'intero credito indicato nel titolo⁵⁵. In altri termini può qui essere accolta la tesi⁵⁶ secondo la quale alla banca scontatrice spetterebbe, in aggiunta a quanto effettivamente anticipato, un importo pari allo scarto fra la somma scontata e quella a scontarsi; importo quest'ultimo corrispondente all'ammontare dovuto per il mancato lucro dello sconto ragguagliato all'interesse positivo dell'operazione. Diversamente, qualora il debitore ceduto alla scadenza adempiesse parzialmente alla propria obbligazione, lo scontatario sarebbe obbligato ad indennizzare lo scontatore in relazione ad una somma pari alla differenza fra l'importo complessivamente dovuto dal primo e quanto dal medesimo effettivamente corrisposto. Il che significa, in mancanza di qualsiasi pagamento da parte di quest'ultimo, che l'indennizzo è per l'appunto pari alla somma a scontarsi, comprensiva quindi degli interessi che avrebbe diritto di percepire lo scontatore⁵⁷ e non può essere oggetto di

ta propria, fra gli altri, anche da G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, VIII ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, UTET, 1991, 898.

⁵⁴ Così anche App. Milano, 27 marzo 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 438, che ricordava precisamente come la banca avesse il diritto di pretendere la restituzione di un importo pari al valore di quanto effettivamente anticipato, sommato agli accessori del credito, ossia agli interessi e alle spese.

⁵⁵ L'osservazione non è sfuggita alla dottrina più attenta che ha applicato tanto allo sconto cambiario quanto a quello ordinario il principio in forza del quale lo scontatore ha diritto alla restituzione dell'intero importo del credito. V. F. MARTORANO, *Sconto bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1969, 783; G. MOLLE, *op. cit.*, 431; G. TERRANOVA, *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989, 774; IDEM, *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I, Lo sconto come contratto di credito*, in *Econ. cred.*, 1984, 554 e 555. Con puntuale riguardo allo sconto di titoli di credito cfr. G. DI BENEDETTO, *op. cit.*, 162; nonché E. CAPOBIANCO, *Lo sconto bancario*, in AA.VV., *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, XXI, Torino, UTET, 2016, 1173 ss., in specie 1174 e 1175.

⁵⁶ Sostenuta da G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, 353 e 357, in termini generali con riferimento ad ogni tipologia di sconto.

⁵⁷ In questi termini cfr. V. ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, 356. In argomento v. pure G. MOLLE, *op. cit.*, 406, che riteneva che allo scontatore spettasse la restituzione delle somme anticipate in aggiunta all'interesse dedotto, valeva a dire allo sconto, nonché ai compensi dovuti e ad ogni altro importo concordato. Anche A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988, 330, giungeva a rifiutare la conclusione che fosse sempre nulla la clausola con cui il cedente si impegnavo a corrispondere al cessionario una prestazione «identica, per oggetto e quantità, a quella relativa al credito trasferito» in ipotesi di insolvenza del ceduto.

In precedenza pure G. AULETTA, *Recensione a Minervini, Lo Sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, 143, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1950, 779 e 780, aveva ricordato che la lettera dell'art. 1858 c.c. con l'espressione somma anticipata intendeva riferirsi all'intero importo del cre-

limitazioni convenzionali, trattandosi di indennizzo fissato da una apposita clausola *ex lege*⁵⁸.

La circostanza poi che detto indennizzo comprenda per la banca anche una somma a titolo di mancato lucro del contratto di sconto non è di per sé sufficiente a sconfessare quanto sin qui concluso in termini di assenza di sovrapposizione fra il concetto di *indennizzo* e quello di *risarcimento del danno*. A tal proposito corre l'obbligo di ricordare come, se da tempo è alquanto pacifico che in ordine alla sua determinazione il risarcimento del danno deve tenere conto dell'effettiva perdita subita dal creditore, ossia del danno emergente – che si identifica nella prestazione non ottenuta, considerata in se stessa e nella conseguente perdita del patrimonio che essa implica – nonché del mancato guadagno – vale a dire del lucro cessante – ossia dell'accrescimento che il creditore avrebbe potuto acquisire nel proprio patrimonio in assenza di inadempimento⁵⁹, non per questo è possibile confondere, sotto il profilo dogmatico, l'indennizzo con il risarcimento del danno qualora il primo comprenda, analogamente al caso che ci occupa, una somma a titolo di lucro cessante.

Tanto la differente struttura di obbligo primario dell'indennizzo rispetto alla *prestazione vicaria* del risarcimento del danno quanto la diversa funzione sanzionatoria o risarcitoria di quest'ultimo contrapposta a quella reintegratrice dell'interesse compromesso ovvero di ristoro del pregiudizio subito, con riguardo al primo, non possono essere messe in discussione e, conseguentemente, non è possibile far coincidere le nozioni di indennizzo e risarcimento del danno, sulla base del solo fatto che, in taluni casi, la loro quantificazione e determinazio-

dito, ossia alla somma a scontarsi, poiché la differenza fra quest'ultima e quella in concreto corrisposta allo scontatario era da considerarsi come un anticipato versamento dell'interesse sulla somma a scontarsi, mettendo altresì in evidenza che la limitazione della responsabilità all'importo scontato avrebbe comportato una lesione della sfera dello scontatario, diminuendo la disponibilità delle banche a porre in essere operazioni ritenute a rischio.

⁵⁸ Come parrebbe invero averle ammesse in relazione alla cessione *pro solvendo* P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1982, 293, la cui conclusione è stata condivisa da L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, Giuffrè, 2003, 85.

⁵⁹ Questo è quanto messo in luce in passato da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, cit., 339 e 346. Conf. C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1087, per il quale dal principio dell'intera riparazione del danno conseguiva che il risarcimento di questo avrebbe dovuto comprendere tanto il danno emergente quanto il mancato guadagno, e ciò al fine di offrire al creditore una compensazione economica per la perdita subita. Anche C.M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., in *IDEM*, *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 128, 129 e 132, ricorda come il danno emergente ed il lucro cessante configurino i due principali aspetti del danno risarcibile, consistendo il primo nell'impoverimento della sfera patrimoniale del creditore a seguito dell'inadempimento ed indennificandosi il secondo nel guadagno perduto a causa di quest'ultimo. Che il risarcimento si componga di tali due voci quali normali conseguenze dell'illecito è messo in luce anche, fra gli altri, da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 648.

ne presenta, in termini di disciplina, profili di somiglianza – al pari di quanto accade nel contratto di sconto bancario – ovvero in certe ipotesi le stesse nozioni sono state dagli interpreti ritenute equiparabili⁶⁰. Se anche nello sconto bancario lo scontatario è tenuto a corrispondere allo scontatore l'interesse dedotto in origine – e pertanto una somma in termini di profitto per la banca – ciò avviene per il solo fatto che è la legge a prevederlo. Tra l'altro, rispetto al risarcimento del danno, merita qui di essere osservato come l'indennizzo dovuto dallo scontatario difetterebbe – e ciò a differenza di quanto avviene nella cessione del credito con garanzia per la solvenza del debitore ceduto *ex art. 1267 c.c.* – delle spese che lo scontatore avesse eventualmente sostenuto per recuperare il credito o, ad esempio, per iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore stesso o ancora per dar corso al contratto di cui all'art. 1858 c.c. come pure degli interessi maturati successivamente alla scadenza del credito inadempito.

Per di più, la circostanza a cui si è pervenuti in forza della suddetta interpretazione sistematica del disposto di cui all'art. 1859 c.c., secondo cui lo scontatario è tenuto a rivalere la banca dell'intero valore nominale del credito comprensivo dell'interesse dedotto – vale a dire del guadagno della stessa – è in realtà coerente, al pari di quanto

⁶⁰ Ciò è quanto avvenuto anche in tema di promessa del fatto del terzo. Al riguardo M.C. CHERUBINI, *op. ult. cit.*, 51 e 52, ha per l'appunto evidenziato che anche nell'ipotesi di indennizzo dovuto dal promittente trovavano applicazione gli artt. 1223 c.c. ss. dettati in tema di risarcimento del danno, comprendendo l'ammontare dell'indennizzo tanto la perdita subita dal creditore quanto il lucro non conseguito dal medesimo in ragione del mancato verificarsi del fatto, coprendo così i danni ricollegabili alla inesecuzione del fatto del terzo secondo un criterio di regolarità causale come previsto dall'art. 1226 c.c.

In giurisprudenza hanno sostenuto che la promessa del fatto del terzo comportava la nascita di una obbligazione risarcitoria in capo al promittente in favore del promissario, incorrendo il primo in una vera e propria responsabilità da inadempimento di cui agli artt. 1218 c.c. ss., Cass., 31 marzo 1969, n. 1050, in *Mon. trib.*, 1969, 553 ss.; Cass., 6 aprile 1966, n. 910, cit.; Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, cit.; Cass., 14 ottobre 1958, n. 3244, cit.; Cass., 3 maggio 1955, n. 1236, cit.; Trib. Monza, 6 febbraio 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 3219 ss., con osservazioni di R. Caso; App. Genova, 31 gennaio 1957, in *Rep. Giur. it.*, 1957, II, *Obbligazioni e contratti*, 2409, n. 368.

Certe pronunce erano addirittura giunte ad identificare l'obbligo di indennizzo gravante sul promittente con la responsabilità per inadempimento di una preesistente obbligazione di *facere* consistente nell'attivarsi al fine di determinare il terzo ad adempiere o ad obbligarsi nei confronti del promissario, con la conseguenza che il debitore avrebbe dovuto rispondere del risarcimento del danno in caso di inerzia del terzo. V. Cass., 13 novembre 1974, n. 3601, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1206 ss.; Cass., 7 agosto 1967, n. 2098, cit.; Cass., 13 novembre 1963, n. 2987, cit.; App. Genova, 17 aprile 1957, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1957, n. 297, 528.

Per completezza corre l'obbligo di segnalare come non fossero per vero neppure mancati arresti in cui diversamente emergeva che il giudice nel calcolo dell'indennizzo, pur dovendo tenere in considerazione i medesimi parametri utilizzati per il risarcimento del danno, doveva tuttavia effettuare una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. – v. Cass., 21 giugno 1991, n. 6984, cit.; Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, 995 ss. – nonché pronunce che statuivano come l'ammontare dell'indennizzo andasse determinato in base ad un procedimento parzialmente diverso da quello previsto dagli artt. 1223 c.c. ss., limitandosi a comprendere solo il danno emergente e non anche il lucro cessante. V., in tal ultimo senso, App. Napoli, 28 marzo 1962, cit.; App. Ancona, 11 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2012, 866 ss., con nota di D. Losi, *La promessa del fatto del terzo negli accordi sindacali*.

sin qui sostenuto, pure con quel generale principio affermato dall'art. 1905, comma 2, c.c. in tema di prestazione dell'assicuratore, secondo cui il profitto sperato può essere oggetto di indennizzo solo se l'assicuratore si sia in tal senso espressamente obbligato; previsione questa che nel negozio di sconto sarebbe per l'appunto fissata quale elemento della fattispecie tipica dalla legge stessa.

§ IV.4. - *Pagamento dell'indennizzo e retrocessione della titolarità del diritto di credito: impostazione della problematica*

Nel capitolo precedente si è dato atto di come la previsione della clausola *salvo buon fine* di cui allo sconto bancario non si traduca in un rapporto obbligatorio condizionato, delineando in capo allo scontatario una vicenda complessa che si sostanzia in due distinte e successive fasi: una prestazione di sicurezza o di garanzia immediata al momento della stipula del negozio con relativa assunzione del rischio, quanto alla prima, e il pagamento dell'indennizzo, in ipotesi di eventuale inadempimento a scadenza del debitore ceduto, con riferimento alla seconda, essendo in tal modo possibile ricondurre tali elementi, sotto il profilo classificatorio, nell'ambito di una *prestazione assicurativa transtipica*.

Sennonché, nel momento in cui lo scontatario adempie all'indennizzo, si pone il delicato problema di individuare quale sia il corretto meccanismo che permette al medesimo di vedersi retrocessa la titolarità del credito a suo tempo trasferita allo scontatore per effetto dello sconto. Il tema è alquanto articolato e le difficoltà nell'inquadramento sistematico della questione discendono dall'assenza di una esplicita previsione normativa che consenta, con riferimento alla disciplina di cui agli artt. 1858 ss. c.c., di ipotizzare un subingresso di segno contrario rispetto a quello avvenuto in origine - e, pertanto, dallo scontatore allo scontatario - nel diritto di credito rimasto inadempito per il mancato pagamento a scadenza da parte del debitore ceduto, e ciò diversamente da quanto previsto nell'ambito della cessione del credito con clausola *pro solvendo*, laddove l'art. 1267, comma 1, c.c. disciplina invero a chiare lettere una fattispecie di scioglimento del contratto che determina in capo alle parti l'obbligo di restituire le prestazioni anteriormente eseguite in aggiunta al diritto del cessionario di ottenere il risarcimento del danno⁶¹.

Nel caso che ci occupa è comunque alquanto agevole osservare come, una volta avvenuto il pagamento dell'indennizzo da parte dello scontatario, la conservazione del credito verso il ceduto nel patrimonio

⁶¹ Sull'argomento si rinvia a quanto illustrato *infra*, cap. V, § 3.

della banca non troverebbe giustificazione o quanto meno non sarebbe più supportata da alcun interesse meritevole di tutela, essendo stato lo scontatore già ristorato dalle conseguenze negative determinate dall'evento mancato pagamento di esso. In aggiunta il programma negoziale avrebbe nel frattempo realizzato lo scopo perseguito dalle parti, residuando esclusivamente l'esigenza di immettere lo scontatario nella posizione vantata dallo scontatore nei confronti del debitore ceduto al fine di riequilibrare i reciproci vantaggi derivanti dal contratto di sconto. In altri termini, verificatosi il pagamento dell'indennizzo, nessuna concreta ragione legittimerebbe il vantaggio economico che lo scontatore conseguirebbe nel trattenere il credito che a suo tempo lo scontatario gli aveva ceduto, non essendo il trasferimento intervenuto a titolo di liberalità, ma quale corrispettivo dell'anticipazione delle somme portate dallo stesso. Una volta che la banca ha incassato il controvalore del credito, infatti, il subingresso nel diritto del creditore finisce per essere una prerogativa irrinunciabile per l'originario cedente, dovendo per di più l'istituto bancario procedere a riversare a favore di questi la corrispondente somma di denaro se nel frattempo il credito venisse riscosso, poiché si tratterebbe di un incasso del tutto precario e provvisorio. Al riguardo, è alquanto evidente che se lo scontatore conseguisse, in aggiunta all'indennizzo, l'adempimento del credito attraverso un tardivo pagamento del debitore ceduto, lo stesso si procurerebbe un lucro illegittimo e ciò non sarebbe certamente giustificato da valide ragioni economiche e giuridiche.

Sennonché la soluzione al problema che qui si pone, vale a dire quello di individuare quale sia lo strumento tecnico tramite cui possa avvenire una siffatta retrocessione del diritto di credito, è più complicata di quanto non possa in apparenza sembrare. Da tempo, infatti, come si avrà modo di vedere nel paragrafo che segue, la letteratura è alla ricerca di un appagante meccanismo che consenta di evitare una ingiusta liberazione del debitore ceduto dall'obbligo che discende dall'originario rapporto con lo scontatario. Ma i risultati a cui la medesima è pervenuta non sono sempre stati accolti con favore e di ciò si darà atto nel prosieguo.

§ IV.5. – *Il tentativo di applicare allo scontatario la surrogazione dell'assicuratore: prime riflessioni*

In termini generali – e conseguentemente applicabili non solo allo sconto bancario ma più in generale ai fenomeni che includono una cessione del credito – la retrocessione della posizione creditizia in capo al cedente in corrispondenza del verificarsi di una causa patologi-

ca del negozio di trasferimento non è certo stata oggetto di una mole di studi insignificanti. Ancora più copiosa si è mostrata nel tempo la produzione giurisprudenziale formatasi in ordine alla vicenda in esame. Comune alla maggior parte dei risultati ai quali sono giunte tanto le indagini compiute dalla letteratura quanto le pronunce della giurisprudenza è, infatti, il tentativo di spiegare il meccanismo della retrocessione del credito dallo scontatore allo scontatario a seguito dell'inadempimento del debitore ceduto il più delle volte in termini di conseguenza di un rimedio risolutorio; aspetto quest'ultimo che invero difetta – al pari di quanto più volte rappresentato in questo studio – nel negozio di cui all'art. 1858 c.c. A tal proposito, in considerazione degli approfondimenti sin qui compiuti, numerose sono le ragioni per ritenere che il problema sia in effetti mal posto: la titolarità del diritto di credito si ritrasferisce e torna nel patrimonio dell'originario cedente non in conseguenza dell'esercizio del diritto potestativo di annientamento del negozio di sconto ma, come si avrà modo di meglio precisare, a seguito del pagamento dell'indennizzo da parte dello scontatario. D'altronde non sarebbe in alcun modo possibile sostenere che la risoluzione dell'accordo si verifichi contestualmente al pagamento dell'indennizzo, in quanto, se così fosse, occorrerebbe riconoscere un principio generale secondo cui ogni volta che un contratto è adempiuto il medesimo si scioglie, osservazione oltre che assurda pure giuridicamente inconcepibile. Sarebbe, infatti, errato confondere l'esecuzione del contratto con lo scioglimento dello stesso a causa dei rimedi contrattuali che rimettono in discussione gli effetti del negozio liberando le parti dal vincolo che impedisce loro di sottrarsi agli impegni assunti con la stipula dell'accordo negoziale. L'adempimento dell'obbligo di indennizzo da parte dello scontatario costituisce per l'appunto esecuzione del contratto di sconto e non estinzione del medesimo; esso libera le parti dall'impegno contrattuale ma non determina la caducazione degli effetti giuridici del negozio che si sono già realizzati. È infatti indubitabile che questi ultimi non siano assolutamente scalfiti dall'adempimento, tant'è che, a riprova della loro assoluta rilevanza e incontestabilità, la situazione finale in cui vengono a trovarsi scontatore e scontatario risulta diversa da quella iniziale che ha preceduto la sottoscrizione del contratto⁶². In altri termini l'attuazione del programma su cui si fonda la volontà di scontatore e scontatario si realizza non con l'assunzione degli obblighi ma con l'adempimento di questi ultimi. La migliore letteratura al riguardo non ha dubbi: se l'esecuzione del con-

⁶² In ordine al fatto che l'effetto giuridico potesse definirsi in termini di un cambiamento in ragione del quale una situazione finale risultava diversa da quella iniziale ovvero si realizzava una alterazione della situazione iniziale v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1951, 229, 317 e 318.

tratto è avvenuta, significa che l'efficacia dello stesso è stata portata a compimento e non perduta⁶³.

Tuttavia, se da un lato si esclude che la retrocessione del credito possa avvenire in forza di un meccanismo di risoluzione del contratto, dall'altro è del pari certo che un simile fenomeno non può neppure essere inquadrato nell'ambito della *surrogazione con pagamento* di cui all'art. 1203, comma 1, n. 3, c.c. – che permetterebbe al *solvens* di sostituirsi alle ragioni del creditore determinando una modificazione soggettiva *ex lege* del rapporto obbligatorio in grado di dar vita ad una «forma di successione nel credito»⁶⁴ – non essendo lo scontatario tenuto con altri o per altri all'adempimento del debito. L'obbligo da indennizzo è completamente diverso da quello che fa capo al debitore ceduto e questo in relazione tanto all'oggetto quanto al fondamento. Quando chiamato a pagare, lo scontatario adempie ad un debito proprio che scaturisce dal contratto di sconto e non soddisfa certo quello del debitore ceduto che invece si origina da un diverso rapporto giuridico. In altri termini tra debito del ceduto e obbligo dello scontatario non sussiste comunanza di vincolo: il cedente deve versare al cessionario l'indennizzo, essendo a ciò impegnato in forza del contratto di sconto, quando invero il debitore ceduto è tenuto a corrispondere alla scadenza le somme oggetto del credito trasferito in considerazione del fatto che detto obbligo era tale sin dall'origine del rapporto tra quest'ultimo e il cedente stesso. Lo scontatario non è, pertanto, obbligato con altri o per altri ma vincolato esclusivamente per sé. Corrispondendo l'indennizzo questi non intende affatto, a differenza di quanto avviene nella surrogazione per pagamento, soddisfare il debito che grava sul ceduto, bensì onorare solo un debito proprio.

Non è dunque facile, in relazione alla disciplina dello sconto bancario, individuare lo strumento giuridico che consenta di evitare il prodursi di una situazione di ingiustificato arricchimento tanto del debitore ceduto quanto dello scontatore che possa essere eliminata *ab origine* in corrispondenza con il pagamento dell'indennizzo mediante la restituzione al cedente del credito a suo tempo oggetto di trasferimento. Testimonia ciò la difficoltà da sempre incontrata dalla letteratura

⁶³ Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 732.

⁶⁴ F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, IV ed., II, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004, 148. Come noto il fenomeno successorio della *surrogazione per pagamento* è di per sé idoneo a determinare nella sfera del creditore soddisfatto non l'estinzione del diritto di credito ma la mera perdita del medesimo. Su tale ultima distinzione cfr. P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, Jovene, 1968, 124 ss., secondo il quale non sempre la perdita di un credito comportava la sua estinzione, posto che solo quest'ultima conteneva la prima. Il citato principio era poi ripreso anche da A. MAGAZZÙ, *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 977, che non mancava di precisare come la rinuncia al diritto di credito non precludesse la sopravvivenza e successione dello stesso.

nel cercare di trovare un fondamento al fenomeno di una simile retrocessione.

Tuttavia, una possibile soluzione è stata di recente proposta ricorrendo ai principi generali del nostro ordinamento giuridico in tema di assunzione del rischio e conseguente indennizzo. A tal proposito, infatti, la dottrina più attenta ha ritenuto che la clausola in tema di solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, prima parte, c.c. – anch'essa ascrivibile secondo questo indirizzo, alla categoria della *garanzia pura* – darebbe vita, se realizzata, ad un *meccanismo surrogatorio* che consentirebbe al cedente di recuperare dal debitore ceduto quanto dal primo corrisposto al cessionario⁶⁵. Inquadrare una siffatta restituzione nello schema surrogatorio permetterebbe – seguendo detta linea di ragionamento – di applicare gli artt. 1916 c.c. e 1205 c.c. in base ai quali, rispettivamente, l'assicuratore è surrogato fino e non oltre l'ammontare corrisposto all'assicurato⁶⁶ e, dinanzi all'adempimento parziale del debitore e salvo patto contrario, il terzo surrogato ed il creditore concorrono nei confronti del primo in proporzione a quanto è loro dovuto, così assistendosi, in caso di pagamento da parte del garante, ad una scissione nella titolarità dell'originario diritto di credito in forza della quale il cedente finirebbe per subentrare nella sola parte del credito corrispondente all'ammontare del danno e delle spese rimborsate e corrisposte al cessionario, rimanendo la restante porzione di esso nella titolarità di quest'ultimo⁶⁷. La *ratio* dell'art. 1916 c.c. ruoterebbe, in effetti, attorno all'impedimento della permanenza del diritto relativo nel patrimonio dell'assicurato, laddove diversamente ragionando si consentirebbe a quest'ultimo di disporre del credito stesso e di realizzarlo con palese pregiudizio del criterio ispiratore della norma⁶⁸.

Tralasciando per il momento il dibattuto tema che verrà ripreso successivamente⁶⁹ se una siffatta surrogazione si realizzi o meno attraverso un effetto automatico in corrispondenza dell'avvenuto pagamento di quanto dovuto da parte del cedente o sia invero il risultato conclusivo dell'esercizio di un diritto potestativo di surrogazione da parte dell'assicurato, le domande che ci si deve ora porre sono le seguenti: è applicabile l'art. 1916 c.c. anche allo sconto bancario che qui

⁶⁵ V. P. CORRIAS, *op. cit.*, 197.

⁶⁶ V. Cass., 24 giugno 1994, n. 6091, in *Foro it.*, 1995, I, 2518 ss., con osservazioni di V. Monteruli.

⁶⁷ In tal senso P. CORRIAS, *op. cit.*, 197 ss., laddove ha puntualizzato anche che la sostituzione del cedente nel diritto di credito del cessionario non si verificava in modo automatico, ma costituiva una scelta discrezionale del cedente stesso.

⁶⁸ Che l'assicurato non fosse più legittimato ad agire nei confronti del terzo danneggiante una volta che la surrogazione fosse divenuta operativa era sancito anche da Cass., 16 gennaio 1985, n. 99, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 35.

⁶⁹ V. *infra*, § 10.

ci occupa? E in caso di risposta affermativa in quali termini? Gli interrogativi non paiono fuori luogo in quanto una estensione della norma contenuta in quest'ultimo articolo al negozio in esame e più in generale alle fattispecie di assunzione del rischio – tra cui vi rientrerebbe a giudizio dei fautori di questa tesi anche quella disciplinata dall'art. 1858 c.c. – potrebbe avvenire facendo leva sulla considerazione che il contratto di assicurazione contro i danni rappresenterebbe nel nostro ordinamento giuridico il paradigma di riferimento della *garanzia pura* o, se si preferisce, la vicenda contrattuale tipica che per eccellenza disciplina, fra il resto, anche il rapporto di trasferimento del rischio⁷⁰ ovvero il *genus* dei casi tipici di copertura del rischio e ciò sul presupposto che le *species* si verrebbero a riscontrare, oltre che nello sconto stesso, anche negli artt. 1381 c.c. – in tema di *promessa del fatto del terzo* – e 1736 c.c., in relazione allo *star del credere* di cui al contratto di commissione.

Sennonché, a giudizio di chi scrive, le ipotesi poc'anzi prospettate non appaiono del tutto persuasive. Mentre da un lato si concorda pienamente con l'affermazione secondo cui il contratto di assicurazione contro i danni contiene il modello di riferimento del nostro ordinamento giuridico della *garanzia pura*⁷¹ – i cui connotati si contraddistinguono per l'assunzione dell'obbligo di corrispondere un indennizzo a fronte di un evento estraneo alla sfera di colui che si assume il rischio – va qui ricordato, ripercorrendo nelle linee essenziali il ragionamento a suo tempo intrapreso⁷², come non tutte le fattispecie di garanzia pura costituiscano di per sé un contratto di assicurazione contro i danni. Da ciò consegue, dunque, come alle medesime non possano per questa via trovare *sic et simpliciter* diretta applicazione le norme di cui agli artt. 1904 ss. c.c., non deponendo in tal senso alcun indice normativo inequivoco e non essendo del pari sufficiente a fornire una spiegazione esaustiva del modo in cui possa avvenire una siffatta estensione – e, pertanto, l'applicazione di dette norme oltre il confine in cui sono state inserite dal legislatore – la circostanza che il contratto di assicurazione costituisca il paradigma della garanzia pura.

Il ragionamento da compiersi pare, invero, doversi sviluppare in modo completamente differente e i termini della questione capovolti: la *garanzia pura*, ha una sua autonomia strutturale ed è contenuta nel

⁷⁰ Tesi questa sostenuta da P. CORRIAS, *op. cit.*, 9, 23 e 263.

⁷¹ La riflessione è stata avanzata da G. TUCCI, *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, UTET, 1992, 581 e ripresa da P. CORRIAS, *op. cit.*, 23. Ancor prima pure L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1946, 1068, pareva aver configurato l'assicurazione quale fonte di garanzia. Sul tema in egual modo E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, 211, aveva, parecchi decenni or sono, specificato come l'assicurazione contro i danni costituisse una forma di garanzia.

⁷² Si intende qui rinviare *supra*, cap. III, § 10 nel quale si è escluso che la garanzia pura di cui allo sconto bancario includa un contratto di assicurazione.

contratto di assicurazione, che è certamente l'espressione più frequente della stessa, ma è presente anche in altre vicende giuridiche tra cui il negozio di sconto, in virtù della clausola *salvo buon fine*. Nonostante sia un contratto tipico – qual è per l'appunto quello dell'assicurazione contro i danni collocato nel Titolo III, *Dei singoli contratti*, del codice civile – a costituire la fonte della garanzia pura, nulla esclude che lo stesso possa essere di per sé idoneo a regolamentare anche frammenti di istituti – come la promessa del fatto del terzo e prima ancora la cessione del credito – che sono invece contenuti nella disciplina generale del diritto comune. Si noti, infatti, come taluni dei negozi che si vorrebbero integrati dalla normativa in tema di contratto di assicurazione – quale la promessa del fatto del terzo *ex art. 1381 c.c.* – vengano per l'appunto regolamentati nelle disposizioni generali del Codice civile e più precisamente nel Titolo I, *Delle Obligazioni in generale*, e nel Titolo II, *Dei contratti in generale*, quando, invero, talaltri, al pari dello sconto, risultino solo completati, pur essendo già dotati di una propria disciplina specifica, attraverso quel fenomeno di transtipicità delle norme – di cui si dirà più diffusamente successivamente⁷³ – secondo cui una determinata disposizione, pur trovando una collocazione topografica nella disciplina di un particolare tipo di contratto, assume, per i superiori interessi che tutela, una portata generale ed è applicabile anche oltre i confini del singolo tipo in relazione al quale è stata dettata, estendendosi così ad altri negozi tipici. Pertanto, l'assicurazione contro i danni non solo costituisce il modello delle figure che regolano fenomeni assicurativi, ma assurge pure a punto di riferimento per le vicende giuridiche disciplinate nella parte generale del Codice civile o in quella speciale – al pari, in questo caso, del contratto di sconto – nonostante quest'ultimo mostri rispetto ad essa – come si è già messo in evidenza⁷⁴ – non poche differenze.

Quanto poi alla seconda delle suddette ipotesi prospettate, l'aver individuato – in linea con quanto avvenuto nel capitolo precedente – nella *garanzia pura* la sussistenza di un vincolo, consente ora di uscire dalla logica del rapporto *genus/species* riconoscendo ed enucleando in tutti i negozi in cui la stessa è contenuta una *prestazione contrattuale*. La garanzia pura, infatti, di per sé non potrebbe mai dare luogo alla individuazione di una tipologia negoziale autonoma, in quanto, se di relazione di genere a specie si volesse, in riferimento al contratto di assicurazione, ragionare, la stessa non potrebbe che andare riferita a categorie omogenee; aspetto quest'ultimo che difetterebbe nel caso che ci occupa nel quale si metterebbe per l'appunto a confronto un contrat-

⁷³ V. *infra*, § 7.

⁷⁴ V. *supra*, cap. III, § 10.

to, quale è quello di cui all'art. 1882 c.c., con una prestazione contrattuale, vale a dire la garanzia pura.

Se si esclude, tuttavia, la possibilità di applicare direttamente allo sconto – come invero si vorrebbe aderendo alle suddette ipotesi – la surrogazione dell'assicuratore, stante per l'appunto l'assenza in esso di un vero e proprio contratto di assicurazione, ciò non significa però che la felice intuizione di chi ha ritenuto estendibile anche alla categoria dei contratti di rischio l'art. 1916 c.c.⁷⁵ non possa essere ripercorsa e confermata sulla base di una diversa e particolare progressione argomentativa, come si tenterà di dimostrare nei paragrafi che seguono.

§ IV.6. – *Il rigetto dell'applicazione analogica del disposto dell'art. 1916 c.c. allo sconto bancario*

La circostanza che nel negozio di sconto si rinvenga “un pezzo” del contratto di assicurazione – e più precisamente la *prestazione transtipica* dell'assicuratore – non consente, come poc'anzi concluso, di abbandonare il tentativo volto a verificare se sia applicabile alla fattispecie in esame la regola della surrogazione assicurativa. Nello specifico la questione che si pone ora all'attenzione dell'interprete non è se occorra sussumere o meno nella *garanzia pura* di cui al *salvo buon fine* il contratto di assicurazione – essendo una siffatta conclusione esclusa dalle considerazioni a cui si è giunti nel capitolo che precede – ma cercare di capire se si possa sostenere che l'identificare nel vincolo non obbligatorio di garanzia dello scontatario la prestazione tipica dell'assicuratore consenta ugualmente di applicare allo sconto la disciplina che il legislatore ha espressamente dettato per il contratto di assicurazione in tema di surrogazione nei diritti dell'assicurato, qualora lo scontatario sia chiamato a pagare l'indennizzo. È a questo punto oltre modo chiaro che l'itinerario dell'indagine in rassegna non possa che oscillare tra la scelta di percorrere una soluzione che apra la strada verso una *interpretazione analogica* e la decisione di ricorrere, in alternativa, alla tecnica interpretativa della *transtipicità*. Non a caso, la letteratura che in ambito di teoria generale del diritto ha approfondito le problematiche di estensione delle norme ha, in generale, affermato come l'applicazione di una disposizione oltre l'ambito proprio del tipo contrattuale sia possibile invocando tanto l'analogia quanto un percorso diretto, il quale ultimo viene effettuato, come si avrà modo di meglio approfondire in seguito, tramite una lettura non strettamente letterale della disposizione stessa, essendo per l'appunto tale via percorribile qualora a fon-

⁷⁵ Il rinvio è di nuovo a P. CORRIAS, *op. cit.*, 266 e 267.

damento della regola transtipica si rinvenga una *ratio* presente anche al caso che si vuole andare a disciplinare⁷⁶.

Ciò premesso non resta a questo punto che iniziare a chiedersi se innanzitutto l'applicazione di cui all'art. 1916 c.c. al contratto di sconto bancario possa, dunque, passare attraverso il ricorso all'analogia ed in particolare a quel procedimento, tradizionalmente denominato analogia *legis*, che, avendo quale punto di riferimento una sola norma, o un solo caso, si suole distinguere dalla analogia *juris*, volta invece a ricorrere ai principi generali del diritto e, pertanto, ad una pluralità di norme o casi⁷⁷. Per far ciò occorre, dunque, approfondire il tema se la clausola *salvo buon fine* sia davvero espressione di una fattispecie perfettamente sovrapponibile al contratto di assicurazione, poiché – al pari di quanto affermato in modo convincente⁷⁸ – l'analogia si elimina da sé allorché venga a mancare il suo presupposto logico: *l'eadem ratio*. Pur senza pretendere di dar corso, in queste righe, ad uno studio esaustivo sul procedimento analogico dai tempi antichi all'attualità e ritenendo assorbente le affermazioni sopra evidenziate, pare utile anche in questa sede rammentare il concetto di *somiglianza*, in ragione del quale si può validamente estendere la fattispecie regolata a quella non disciplinata qualora quest'ultima sia simile alla prima in ciò che costituisce la *ragion sufficiente* o la *ratio legis*⁷⁹. Può difatti accadere che, benché le norme giuridiche tendano a regolamentare i fatti socialmente rilevanti in una unità organica e coerente, taluni di essi non siano riconducibili ad una specifica previsione normativa, così rendendosi necessario ricorrere all'analogia prevista *ex art. 12* delle Preleggi, quale criterio che alla fattispecie non prevista dalla norma giuridica applica – espletando in tal modo una funzione di auto-integrazione dell'ordine giuridico⁸⁰ – quella regolatrice di fattispecie *simili*, intendendosi per tali quelle in cui vi sia corrispondenza degli elementi sostanziali rilevanti per la regola giuridica, quale *in primis* il razionale fondamento della stessa⁸¹. In forza di ciò appare, dunque, corretto considerare il fatto che l'applicazione analogica opera in base al riconoscimento di una omogeneità fra gli interessi sottesi alle fattispecie esaminate, di modo che

⁷⁶ Per un approfondimento della tematica si rinvia *infra*, § 7.

⁷⁷ In questi termini L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, UTET, 1987, 327.

⁷⁸ Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino*, Serie II, Torino, 1938, ora a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè, 2006, 203.

⁷⁹ Sul punto, più approfonditamente, si rimanda a N. BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, 1968, 603.

⁸⁰ V. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949, 69 e 70. Di metodo integrativo interno al sistema legislativo aveva parlato anche N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 604.

⁸¹ V. C.M. BIANCA, *La norma giuridica - I soggetti*, in *IDEM, Diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 1990, 106.

la disciplina dettata per una vicenda giuridica, ricorrendo la medesima *ratio*, si applichi anche ad un'altra⁸².

A tal proposito, poiché sulla base delle argomentazioni fin qui esposte nessuna immediata ragione parrebbe giustificare una siffatta esclusione, sarebbe coerente concludere affermando l'estensione analogica della disposizione di cui all'art. 1916 c.c. anche allo sconto bancario. In una tale circostanza la riconducibilità, in quanto somigliante, dell'ipotesi da disciplinare – il diritto di surrogazione dello scontatario nello sconto bancario – a quella oggetto di regolamentazione espressa – il diritto di surrogazione dell'assicuratore nel contratto di assicurazione contro i danni – costituirebbe l'aspetto principe su cui fondare l'analogia, la quale fa per l'appunto leva sul principio che se il legislatore avesse previsto la fattispecie mancante, di certo, l'avrebbe regolata in modo del tutto identico a quella da lui invece disciplinata⁸³. In realtà, proprio l'assenza – come si avrà modo di meglio dimostrare nelle pagine seguenti – di un effettivo vuoto normativo da colmare, quale presupposto principe del ricorso all'analogia, non può che far propendere per accordare preferenza alla diversa soluzione che prevede l'applicazione della tecnica interpretativa della *transitività*.

È ben vero che l'analogia giuridica si sostanzia dunque, come poc'anzi precisato, nel processo attraverso il quale una situazione di fatto, in mancanza di una precisa ipotesi normativa, viene ricondotta sotto la norma che disciplina la fattispecie che in astratto è maggiormente simile⁸⁴ così come a un contratto atipico si applicano regole relative a una figura contrattuale tipica laddove le due specie negoziali presentino una rilevante somiglianza⁸⁵, ma nella presente indagine, in ordine all'applicabilità dell'art. 1916 c.c. alla clausola *salvo buon fine* e sul criterio che ivi la rende possibile, non pare potersi scorgere alcuna situazione fattuale priva di disciplina, in quanto la surrogazione dell'assicuratore trova – come si avrà modo di meglio dimostrare nel prosieguo – applicazione diretta anche allo sconto bancario in ragione della *transitività* della prestazione assicurativa. L'analogia è, in effetti, uno strumento votato a integrare la legislazione colmando, con i mezzi dalla stessa offerti, ogni sua lacuna, intendendosi per tale la mancanza di una norma giuridica atta a disciplinare un caso controverso, sia essa dipendente da scelte consapevoli ovvero da negligenze o ancora da dimenticanze soggettive del legislatore oppure derivan-

⁸² Così M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2016, 31.

⁸³ In termini particolarmente netti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., I, Padova, Cedam, 1969, 337.

⁸⁴ V. M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, I, 516.

⁸⁵ Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993, 429.

te dall'oggettiva evoluzione della società che, come tale, quest'ultimo non aveva ovviamente potuto prevedere⁸⁶. Ne consegue che, quando l'interprete si trova al cospetto di un comportamento non regolato, il medesimo dovrà volgere lo sguardo a quelli invero disciplinati che presentano delle affinità con il primo⁸⁷. Pare dunque che l'analogia sia un meccanismo che lo studioso deve utilizzare in casi omessi piuttosto che dubbi, essendo i primi contemplati dalla *ratio* ma non dalla norma⁸⁸, presentando invero delle affinità con la fattispecie normata. Anche questa riflessione conduce ad escludere che, nel caso in esame, sia l'analogia lo strumento di cui avvalersi, poiché la surrogazione *ex art. 1916 c.c.* trova applicazione in tutte le fattispecie in cui sussiste una *prestazione assicurativa* che – avendo natura, al pari di quanto in precedenza affermato, *transtipica* – si estende anche al di fuori del contratto di assicurazione come avviene nell'ambito dello sconto bancario. Detto altrimenti non si tratta, come nell'analogia, di un caso di norma mancante per la quale è necessario ricorrere ad una fonte sussidiaria sulla base di un procedimento di estensione delle disposizioni a casi non contemplati⁸⁹, bensì ci si trova dinanzi all'applicazione di una disciplina prevista in corrispondenza di una prestazione assicurativa.

Dal ragionamento sin qui condotto scaturisce, quindi, che è la transtipicità di quest'ultima disposizione e di cui ci si occuperà nel paragrafo che segue che permette di estendere allo sconto il precetto di cui all'art. 1916 c.c., escludendosi in tal modo il criterio analogico. Non si tratta di creare una norma nuova rispetto a quanto contenuto nelle disposizioni legislative ma di fare applicazione diretta di una già esistente attraverso la via del procedimento transtipico. Ciò consente di affermare che nel caso che ci occupa sussiste non una lacuna dell'ordinamento da colmare attraverso l'analogia e la relativa produzione normativa e, conseguentemente, una omissione del legislatore, ma un dubbio in ordine all'applicabilità dell'art. 1916 c.c. anche allo sconto

⁸⁶ V. N. BOBBIO, *op. et loc. ult. cit.* Sulla funzione dell'analogia e sul fatto che la stessa costituisca una tra le più comuni fonti sussidiarie dell'ordinamento si legga anche D. DONATI, *Lacune della legge*, in *Nuovo Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1938, 529, ove l'Autore non aveva esitato a rigettare l'infondata conclusione che portava a ritenere la medesima un procedimento di interpretazione delle disposizioni di legge e ciò sulla premessa che essa era invero in grado di originare norme nuove, essendo estensione di enunciati legislativi a casi non contemplati da questi ultimi. Sulle diverse teorie circa la completezza dell'ordinamento giuridico quale presupposto logico dell'indagine sull'esistenza di lacune si veda M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 259 ss.

⁸⁷ Il rinvio è ancora a N. BOBBIO, *op. et loc. ult. cit.*

⁸⁸ Cfr. G. CARCATERA, *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 1990, 6, 9 e 18. Sulla circostanza che il procedimento analogico individuasse un *comando mancante* che veniva estratto dall'ordinamento giuridico si legga R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1974, 276.

⁸⁹ V. D. DONATI, *op. et loc. ult. cit.*

bancario che l'interprete può, per l'appunto, superare ricorrendo al procedimento di transtipicità. Se si volge, infatti, lo sguardo in direzione del significato giuridico della nozione di *lacuna*, vero è che al termine in rassegna è stato spesso attribuito il senso di mancanza di una norma determinata, in grado di essere applicata in via giurisdizionale, di talché il sistema – inteso anche come micro-sistema normativo – risulta difatti lacunoso se un caso concreto non può essere risolto sulla base di regole già ivi esistenti⁹⁰. Alla luce di quanto sopra, emerge il convincimento – fatto proprio dalla dottrina – che le lacune non vadano dunque confuse con i problemi di interpretazione del diritto: vi è lacuna se non sussiste alcun precetto applicabile a quella fattispecie – non potendo il caso concreto essere risolto in altro modo sulla base delle disposizioni preesistenti nel sistema giuridico – nonché qualora per colmarla occorra integrare il sistema medesimo con una nuova norma attraverso la sua produzione che è attività ben diversa dall'interpretazione di una norma già esistente⁹¹, al pari di quanto avviene affermando che l'art. 1916 c.c. è regola transtipica. La surrogazione dell'assicuratore non è, infatti, una disposizione dettata in via esclusiva per il tipo di contratto di assicurazione, ma, in quanto transtipica, è applicabile anche al contratto tipico di sconto al fine di risolvere il problema di disciplina dello stesso ed in particolare della rivalsa nei confronti del debitore ceduto inadempiente a cui ambisce lo scontatario che ha corrisposto l'indennizzo, ma ciò avviene, come si avrà modo di vedere, senza dar corso ad una innovazione normativa facendo invero applicazione dell'art. 1916 c.c.

⁹⁰ V. diffusamente R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, UTET, 1993, 269 e 270, ove è stata altresì riportata una attenta distinzione tra le tipologie di lacune. In argomento pure N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, UTET, 1963, 419 ss., in specie 422, aveva sottolineato come la lacuna avesse il significato di «mancanza di una norma adeguata (opportuna o soddisfacente o giusta)». In aggiunta, la dottrina riteneva poi che potessero sussistere sia lacune *ab origine* insite nella regolamentazione legislativa sia lacune che apparivano in modo imprevedibile. In questi termini v. E. PARESCE, *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 186, che a propria volta citava in proposito K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, in A. BARATTA (a cura di), Milano, Giuffrè, 1970, 219 ss. e 230, per il quale di «lacuna di legge» sarebbe stato possibile parlare quando l'interpretazione si fosse rivelata insufficiente per risolvere le problematiche giuridiche, sussistendo una incompletezza nel complesso delle norme.

⁹¹ V. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 421, 422 e 423, il quale ha osservato come ci si trovasse davanti a una lacuna quando non esisteva una norma giuridica volta a prescrivere il modo d'essere di un comportamento – se per norma si intendeva un enunciato che qualificava deonticamente una certa condotta – ovvero qualora mancasse una regola del sistema che prevedesse conseguenze giuridiche in corrispondenza di una fattispecie, nel caso in cui si volesse seguire l'indirizzo secondo cui la norma costituiva un enunciato sintatticamente condizionale volto a connettere certi effetti in presenza di un dato caso.

§ IV.7. – Il ricorso al criterio interpretativo della transtipicità in ordine all'estensione della surrogazione dell'assicuratore allo scontatario

Volendo evitare di accogliere supinamente l'opinione di chi ha ritenuto che l'art. 1916 c.c. sia una regola transtipica e come tale applicabile alle fattispecie contrattuali in cui sussiste una assunzione di rischio⁹² e intendendo proseguire nel solco dimostrativo già intrapreso nel precedente paragrafo in ordine al perché detto procedimento debba essere preferito rispetto all'analogia, non resta che affrontare in modo più specifico l'insieme degli elementi che fanno propendere per l'applicazione di un siffatto meccanismo. Con il concetto di *transtipicità* la dottrina ha da tempo indicato la capacità di cui sono dotate alcune norme che, in ragione della loro *vis expansiva*, sono idonee ad essere estrapolate dalla disciplina di un tipo per venire applicate in modo estensivo al di là dello schema contrattuale per cui sono state previste dal legislatore⁹³. Attraverso uno smembramento in tanti *pezzi normativi* delle regole che compongono la disciplina dei contratti tipici è possibile delineare una piattaforma di principi comuni a più negozi, qualificabili in termini di *principi transtipici* da cui sono desumibili disposizioni nuove per un determinato tipo di contratto⁹⁴. Tramite il procedimento in commento l'interprete sfalda dunque in singole unità minime la disciplina del tipo contrattuale dando luogo all'individuazione di specifiche ed isolate disposizioni non applicabili esclusivamente al medesimo, sul presupposto che esistano all'interno della prima norma le quali, ancorché dettate per un modello legale nominato, trovano applicazione più ampia, andando oltre i limiti imposti dallo schema tipo-

⁹² Ci si intende riferire di nuovo a P. CORRIAS, *op. et loc. supra cit.*, in cui l'Autore ha parlato per l'appunto di valenza transtipica di talune norme sulla assicurazione che si sarebbero estese all'intera categoria dei contratti di rischio.

⁹³ Così O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, Giuffrè, 1983, 58, 62, 63, 65 e 78. La costruzione è appagante: la norma transtipica troverebbe applicazione diretta e non già per analogia, superandosi in tal modo i problemi che questa seconda tecnica interpretativa comporta in riferimento alle regole eccezionali. In questi termini v. E. BRIGANTI, *Percorsi di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1994, 19; IDEM, *La nuova legge sui "contratti di rete" tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, 193, che sulla transtipicità rimanda a Cagnasso.

Perplessità in ordine ad una siffatta conclusione sono, tuttavia, espresse da M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, Cedam, 2017, 177 e 178. L'Autore ritiene di recente che anche in tema di applicazione di norme transtipiche occorre rispettare i presupposti e le limitazioni proprie dell'analogia. Negli stessi termini v., in precedenza, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXVII, Milano, Giuffrè, 1996, 72, in nota 235, per il quale lo scoglio maggiore per una applicazione diretta delle norme caratterizzate da una *vis expansiva* ma che facevano eccezione a disposizioni generali era costituito dalla circostanza che tanto il procedimento analogico quanto quello transtipico erano fondati su un elemento in comune: la *ratio* della norma.

⁹⁴ Il rinvio è di nuovo a O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 58 e 61.

logico codificato⁹⁵ poiché dotate di una *comune fisionomia*. La risalente dottrina aveva già avuto occasione di affermare come talvolta il regolamento stabilito per un certo negozio disciplinato dal Codice civile andasse *oltre i confini del tipo* per cui lo stesso era stato dettato, essendo per l'appunto applicabile al campo generale dei contratti⁹⁶. Ciò era quanto accadeva con riguardo alle norme in materia di vendita, estese anche alla permuta, oppure in relazione alla garanzia per l'evizione della compravendita, ovvero riferita a vari negozi, o ancora alla disciplina sulla alienazione di una *res* futura o altrui e come tale comune a tutti quei negozi contenenti il riferimento ad un bene futuro o di altri⁹⁷. Senonché più di recente, il tema della transtipicità delle norme anziché essere stato oggetto di successivi e più incisivi approfondimenti dogmatici⁹⁸ è stato per lo più impiegato dalla letteratura per risolvere talune problematiche in svariati rami del diritto o istituti del medesimo, quali a titolo meramente esemplificativo: il diritto societario⁹⁹, i con-

⁹⁵ V. E. BRIGANTI, *Percorsi di diritto privato*, cit., 18.

⁹⁶ V. A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, Fratelli Drucker, 1915, 76 ss. il quale, peraltro, aveva rinviato a H. HOENIGER, *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, in IDEM, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, Mannheim und Leipzig, J. Bensheimer, 1910, 382, che aveva riportato il principio – pur riferito ai contratti misti – secondo il quale la soluzione al problema andava affrontata combinando assieme determinate norme stabilite per i singoli elementi costitutivi che si trovavano nei vari tipi di contratto.

⁹⁷ V. M. ALLARA, *La vendita*, *Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1958, 31 e 32.

⁹⁸ Se si escludono gli studi di Cagnasso e Roppo, il tema dell'inquadramento transtipico delle norme era appena accennato da G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. imp.*, 1988, 332 ss. Più di recente brevi rimandi in ordine alla sussistenza anche nella legislazione speciale di discipline transtipiche si sono rinvenuti in R. CARLEO, *Prelazione legale e interesse dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2000, 19 e in nt. 18, che, nel definirle regole che esulavano dalla loro precisa collocazione, ha rinviato ai contributi di Asquini e Allara.

Dalle norme transtipiche la dottrina ha invece distinto quelle c.d. *trasversali* che, prescindendo dal tipo, attraversavano orizzontalmente «una pluralità indeterminata di possibili tipi contrattuali». In questi precisi termini v. V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in E. CESARO (a cura di), *Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993 (Atti del convegno di studi sul tema. Napoli 28 maggio 1993)*, Padova, Cedam, 1994, 84 e 85; G. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *AA.VV.*, *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992, I, Milano, Giuffrè, 1993, 228 ss. ed in specie 230. In particolare, con riguardo ai contratti dei consumatori, si è venuto ad instaurare un rapporto con la disciplina che regolamentava i contratti tipici definito da taluni – v. R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 94; nonché in termini sostanzialmente conf. G. VETTORI, *Introduzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, XXI – non di *genus a species* ma di parziale e tutt'al più eventuale sovrapposizione. In termini di legislazione trasversale in relazione ai tipi di contratto si è espresso anche G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, 24 e 25, con riguardo a quegli interventi normativi in cui il legislatore si è occupato di disciplinare non un singolo negozio ma un gruppo omogeneo di contratti caratterizzati da determinati elementi in comune riguardanti i soggetti coinvolti, piuttosto che la loro formazione ovvero il campo di riferimento. A giudizio dell'Autore ciò avrebbe determinato una normativa che si sarebbe collocata ad un livello intermedio tra le norme in tema di contratto in generale e quelle specifiche dei modelli di contratto tipici.

⁹⁹ Senza pretesa di esaustività cfr. U. TOMBARI, *Il "diritto dei gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 80, che mette in evidenza come

tratti di subfornitura¹⁰⁰, i contratti di rete¹⁰¹, il recesso unilaterale¹⁰². Del

la disciplina contenuta negli artt. 2497 c.c. ss. in tema di gruppi societari costituisca un insieme di regole e principi generali «tendenzialmente “transtipici”», consistendo tale aspetto nella possibilità di applicare ad ogni società appartenente ad un gruppo, indipendentemente dalla forma scelta, quanto dettato dall’art. 2497, comma 1, ultima parte, c.c., dai più ritenuto in dottrina una norma in grado di svolgere una «funzione di “privilegio”»; M. IRRERA, *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, Giappichelli, 2003, 139, il quale, con riferimento alla disciplina in materia di prestiti dei soci alle società, introdotta dal legislatore della riforma del 2003 per le società a responsabilità limitata, ha sostenuto che vi fossero «ragioni sistematiche e di ratio» per cui occorre considerare che, accanto ad un’area di applicazione espressa, vi era un ambito implicito riguardante le altre società di capitali ed in parte le società di persone, ricordando come nell’ordinamento fossero presenti norme cosiddette transtipiche, idonee a trovare applicazione più ampia rispetto al modello legale in cui erano inserite, principalmente in ragione del loro fondamento. In giurisprudenza cfr. Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, in *www.dejure.it*, secondo la quale l’art. 2265 c.c., in tema di società semplice, è norma transtipica.

¹⁰⁰ A tal proposito, nel commentare la legge 18 giugno 1998, n. 192 istitutiva della disciplina della subfornitura, G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, 1998, 411 e 412, ha osservato come il legislatore non avesse introdotto un nuovo tipo contrattuale ma una disciplina che avrebbe operato su un livello trasversale rispetto ad ogni tipo di rapporto contrattuale idoneo a rientrare nella definizione di *prestazione di subfornitura* di cui all’art. 1 l. n. 192/1998, a prescindere dal tipo contrattuale che veniva in esame. Anche C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 402, ha confermato che non si trattava di un particolare tipo di contratto ma di uno generale in cui potevano rientrare l’appalto, il subappalto, la vendita, la somministrazione ed il contratto d’opera. Sul tema v. pure L. RENNA, *L’abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. imp.*, 2013, 391 ss., che concorda nel reputare la subfornitura una fattispecie transtipica in considerazione della sua applicazione trasversale ed estensiva, nel senso che essa può incidere su ogni tipo di rapporto contrattuale suscumbibile nella fattispecie normata.

¹⁰¹ In tal senso F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, 223, che sottolinea come la suddetta natura transtipica permetta di individuare tipi contrattuali differenti integrando la disciplina contenuta nel contratto di rete con quelle diverse e caratteristiche di altre norme finendo in tal modo per uniformare lo stesso contratto di rete a figure già esistenti quali i consorzi, le associazioni temporanee di imprese, le *joint ventures* oppure creando nuovi schemi negoziali autonomi che derivano dall’incrocio di tipi contrattuali già presenti, IDEM, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, 919, secondo cui per transtipicità ci si riferisce alla caratteristica di un contratto capace di essere utilizzato per funzioni diverse, singole o combinate in ragione del criterio di compatibilità tra ciascuna disciplina. L’Autore rimanda inoltre a F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 597 e 598, che richiamano la logica di “attraversamento” tra tipologie contrattuali e la formazione di un primo statuto minimale comune; considerazioni queste riprese anche da C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009, 933; P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *Contr.*, 2009, 945 e 946, che configura il contratto di rete come transtipico in quanto idoneo a «sollecitare una tipizzazione» al di là dei tipi contrattuali già delineati nonché a offrire una generale disciplina di riferimento per questi ultimi; P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in IDEM (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, Giappichelli, 2009, 27 e 32, la quale con riferimento al contratto di rete parla di «fattispecie “trasversale” ai tipi normativi e ai social-tipi», affermando che il contratto di rete non costituisce un nuovo tipo contrattuale ma può essere definito come un «trans-tipo», idoneo ad essere utilizzato per dare veste giuridica ad operazioni economiche riconducibili a più figure tipiche o social-tipiche già presenti nel tessuto normativo o diffuse nella prassi. Più in generale sulla *vis expansiva* del principio riferito alle reti d’impresa ed all’abuso di posizione dominante o di dipendenza economica v. F. LONGOBUCCO, *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, in *Contr. imp.*, 2012, 390.

¹⁰² V. M.C. CHERUBINI, *Art. 1372-Efficacia del contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, 649, la quale ricorda, nell’affrontare il tema del recesso unilaterale, che la legge speciale, vicino ad ipotesi relative ai singoli tipi negoziali, prevede statuizioni di dimen-

pari non si è neppure profilata così incisiva, ai fini di una definizione chiara del concetto in esame, l'attività nomofilattica della Suprema Corte¹⁰³. Tuttavia, volendo ripercorrere le linee essenziali del ragionamento di colui che più di tutti ha contribuito a dare al fenomeno una sua ricostruzione dogmatica, è, infatti, possibile riconoscere come nel nostro ordinamento giuridico talune regole di disciplina di certi contratti tipici possano essere applicate ad un'area non strettamente coincidente con quella della *sedes materiae* nella quale sono state inserite dal legislatore, risultando così comuni a più contratti o ad una categoria dei medesimi e ciò sul presupposto che il legislatore ben può aver collocato in un certo schema una regola senza per questo solo aver inteso restringere la sua portata allo stesso¹⁰⁴. Le norme transtipiche sono così volte a descrivere un fenomeno di applicazione diretta delle regole previste per un tipo ad un altro contratto tipico o atipico¹⁰⁵ ovvero a disciplinare gli effetti di contratti tipici se applicate in concreto a contratti atipici, permettendo di ricostruire la regolamentazione dei medesimi senza ricondurli al tipo e senza in ogni caso far operare interamente le disposizioni per esso dettate¹⁰⁶.

In definitiva, dunque, nulla osta a che la disciplina dei contratti tipici possa essere implementata attraverso l'applicazione di altre rego-

sione transtipica che appartengono a categorie contrattuali fondate sulle peculiari modalità della negoziazione e/o delle caratteristiche dei contraenti.

¹⁰³ Tra gli sporadici interventi si segnala, Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 2054 ss., per cui l'abuso di dipendenza economica disciplinato nell'art. 9 della l. 192/1998 costituirebbe una fattispecie che trova applicazione generale in ragione dell'essere il suo inquadramento contrattuale in armonia con altri istituti e sarebbe invocabile in ogni relazione contrattuale - a prescindere dunque dallo specifico rapporto di subfornitura - in cui si riscontrasse un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi dei contraenti; nonché Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit., secondo la quale l'art. 2265 c.c., in tema di società semplice, sarebbe norma transtipica.

¹⁰⁴ Così O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 57.

¹⁰⁵ In questi termini v., ancora una volta, O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 57 e 58. Pure per R. SACCO, *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, UTET, 1975, 821, non poche erano le norme che regolavano un «pezzo di contratto» a prescindere dal titolo e dal tipo che nel Codice le incorporava. Che l'esclusività delle norme di un tipo contrattuale potesse, in talune fattispecie, essere superata ricorrendo alla transtipicità è stata opinione a cui ha aderito pure G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, UTET, 1990, 7, rinviando oltre che a Cagnasso anche ad Allara e ad Asquini. In argomento cfr. anche E. ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 8 e 9, secondo il quale tali norme transtipiche sarebbero state portatrici di interessi obiettivi e soluzioni aventi una dignità superiore e tale da determinare una portata più ampia rispetto alla *sedes materiae* in cui erano sorte.

Nonostante in dottrina si utilizzi per lo più l'espressione *norme transtipiche* per delineare un numero ristretto di disposizioni, in realtà non manca chi ritiene che ogni norma possa essere potenzialmente transtipica qualora il contratto atipico sia il risultato di una combinazione effettuata sulla base di frammenti di regole applicabili al di fuori del tipo negoziale nel quale sono state previste. In questi termini v. P. GALLO, *Trattato del contratto*, Tomo I, *La formazione*, Torino, UTET, 2010, 126, 127 e 128.

Cenni in relazione alle norme transtipiche che «per le loro *rationes*, e cioè per gli interessi «superiori» dalle medesime tutelati» trovano applicazione ad altri contratti tipici in aggiunta a quello in cui sono previste si rinvencono pure in M. TESCARO, *op. cit.*, 177, e ancor prima in A. PERULLI, *op. cit.*, 60.

¹⁰⁶ V. E. BRIGANTI, *op. ult. cit.*, 19.

le diverse da quelle dettate per il tipo in quanto appartenenti a schemi negoziali differenti¹⁰⁷. Un siffatto aspetto non è estraneo neppure al negozio di sconto la cui disciplina viene ad essere completata attraverso l'applicazione della norma in tema di surrogazione dell'assicuratore prevista dal contratto di assicurazione contro i danni. L'art. 1858 c.c. nella parte in cui dispone la clausola *salvo buon fine* è dunque da ritenersi incompleto e va pertanto integrato combinando pezzi di fattispecie contrattuali diverse. Allo scopo di far operare l'art. 1916 c.c. non è, dunque, necessario giungere ad affermare che nello sconto la cessione del credito contiene un contratto di assicurazione, bastando richiamare – ai fini di individuare il vincolo che grava sullo scontatario – la sola prestazione dell'assicuratore in quanto quest'ultima è di per sé sufficiente a far scattare la tutela di cui all'articolo in esame in ipotesi di pagamento dell'indennizzo. Si supera così l'idea secondo la quale l'art. 1916 c.c. dettato per l'assicurazione contro i danni è sempre esclusivo solo di quel contratto, trattandosi invero di una disciplina che opera a prescindere dalla *sedes* tipologica del negozio in cui è stata predisposta. L'applicazione diretta delle norme transtipiche costituisce, perciò, un'interpretazione sistematica che non è impedita dal carattere vincolante delle norme definitorie dei tipi contrattuali, poiché queste ultime sono volte a creare solo una presunzione relativa al campo di applicazione della disciplina del singolo modello negoziale; presunzione tuttavia superabile se si dimostra che certe regole hanno un'area di operatività maggiormente ampia¹⁰⁸. Sotto questo profilo coglie nel segno chi ha osservato come il più delle volte l'ordinamento disciplini *prestazioni contrattuali tipiche* piuttosto che contratti-tipo¹⁰⁹, fermo restando che in tal caso può essere doveroso un adattamento della norma che si vuole estendere, poiché quest'ultima, quando è introdotta in un certo contesto, deve essere adattata al modello tipico o atipico al quale viene estesa¹¹⁰. Ciò è quanto accade anche nel caso che ci occupa. La surrogazione dell'assicuratore deve, in effetti, essere modellata tenendo conto della peculiare fattispecie del contratto di sconto. Lo scontatario può, in effetti, dopo aver corrisposto l'indennizzo, avvalersi dell'art. 1916 c.c. agendo in giudizio nei confronti del debitore ceduto e ciò al fine di ottenere da quest'ultimo quanto il medesimo doveva in precedenza allo scontatore. La sostituzione dello scontatario nella posizione della banca trova dunque la propria causa in un diverso diritto rispetto a quello in cui il primo viene immesso, vale a dire nell'avvenuto esbor-

¹⁰⁷ Sul punto occorre richiamare gli studi di O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 70.

¹⁰⁸ Così O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 66 e 67.

¹⁰⁹ V. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 317 ss.

¹¹⁰ V. di nuovo O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 71.

so a cui in realtà questi era infatti tenuto nei confronti della seconda per altro titolo, ossia in forza del contratto di sconto. Nessun obbligo di retrocedere il credito oggetto a suo tempo di cessione per lo sconto si crea in capo allo scontatore, fissando, invero, l'art. 1916 c.c. una regola generale di sostituzione in particolari diritti tipica del campo applicativo dei fenomeni di assunzione del rischio contraddistinti dalla garanzia pura che determinano l'obbligo di corrispondere un indennizzo qualora si verifichi l'evento dedotto in contratto.

Tra l'altro, come già precisato, la dottrina non solo ha individuato le norme transtipiche ma si è spinta sino ad interrogarsi sull'esistenza di *principi transtipici* che risultano, a seguito di una certa interpretazione, comuni a molteplici contratti. Si tratta di principi caratterizzati dalla capacità di propagarsi oltre il perimetro del contratto-tipo in cui sono sorti¹¹¹. Per estrarre il principio transtipico va, infatti, ricercata la *ratio* della regola in un *iter* interpretativo che lascia discrezionalità all'interprete, che deve comunque motivare le proprie scelte; è così in tal modo possibile enucleare da un determinato settore della disciplina dei contratti tipici una regola applicabile in una area più ampia e dalla quale sono ricavabili ulteriori disposizioni in grado di normare la fattispecie in cui queste vengono collocate¹¹². Seguendo una tale impostazione, quel processo di smembramento di cui si è fatto cenno poc'anzi diviene ancora più profondo. Secondo una linea di pensiero assai accreditata, due sarebbero i passaggi fondamentali: il primo volto ad enucleare da una o più norme specifiche un principio comune ispiratore ed il secondo diretto a trasferire al caso esaminato dall'interprete la norma che si estrapola dal principio stesso¹¹³. Lo schema è perfettamente ripercorribile anche nella fattispecie qui posta all'attenzione. Il parallelismo è alquanto evidente: mentre lo sforzo iniziale è volto ad enucleare dall'art. 1916 c.c., proprio del tipo contratto di assicurazione, il principio indennitario alla base della surrogazione dell'assicuratore, quello successivo è diretto a trasferire il diritto dello scontatore nei confronti del debitore ceduto allo sconto bancario che è privo di disciplina specifica. Si crea così una relazione tra norme dotate di forza espansiva - che non sono quindi esclusive del solo contratto di assicurazione in cui sono state collocate e si impongono oltre i confini di quest'ultimo - integrando in tal modo quella disciplina incompleta della clausola *salvo buon fine* contenuta nel contratto di sconto.

¹¹¹ V. V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 84.

¹¹² Cfr. le considerazioni di O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 72, 78 e 79.

¹¹³ V. ancora O. CAGNASSO, *op. ult. cit.*, 58 e 74, laddove l'Autore si affrettava a precisare che in tal modo si arricchiva la disciplina dei contratti tipici tramite l'applicazione da parte dello studioso non di regole inventate ma di precetti fondati su disposizioni legislative «pure attraverso un procedimento logico complesso di astrazione e deduzione».

Già si è più volte detto che l'art. 1916 c.c. costituisce una norma transtipica in quanto presente sia nel contratto di assicurazione – che è un primo tipo legale di negozio – sia nello sconto bancario – che è una seconda figura – attraversando in tal modo più tipi contrattuali. Ciò, tuttavia, non significa che a fianco della stessa non possa rinvenirsi dunque anche la sussistenza di un principio transtipico – che, nel caso di specie, è individuabile in quello indennitario¹¹⁴ – idoneo a rafforzare l'applicazione diretta delle norme in cui esso è contenuto, tra le quali appunto lo stesso art. 1916 c.c. È quindi possibile immaginare una sequenza di passaggi successivi e non necessariamente separati in cui la norma transtipica di cui alla surrogazione dell'assicuratore ed il principio transtipico insito nella regola indennitaria si influenzano a vicenda in un intreccio circolare. Infatti, nel caso che ci occupa, la norma da applicare esiste senza che occorra attingere ad una altra disposizione per crearne una nuova e il dubbio in ordine alla sua applicabilità allo sconto viene ad essere risolto sulla base della transtipicità della prestazione assicurativa. Differente sarebbe, invero, la conclusione se si giungesse a ritenere che non vi fosse alcuna norma applicabile allorché lo scontatario fosse chiamato ad indennizzare lo scontatore stante la mancata transtipicità dell'art. 1916 c.c. In altre parole, è lo stesso contratto di sconto che nel disciplinare la prestazione dello scontatario tenuto ad indennizzare lo scontatore in ipotesi di inadempimento a scadenza del debitore ceduto in termini di prestazione assicurativa transtipica finisce per creare le condizioni che consentono di affermare che esiste una norma applicabile al caso di specie e tale norma è quella contenuta nell'art. 1916 c.c.: è proprio il precetto di quest'ultima disposizione che si applica in presenza di un indennizzo al fine di scongiurare la produzione di un'utilità in capo a colui che del medesimo si avvantaggia.

Peraltro, a riprova della circostanza che tale disposizione sia transtipica e operi generalmente in corrispondenza del pagamento di un indennizzo, escludendo il ricorso a qualsiasi applicazione analogica, può essere addotta la circostanza che la stessa finisce per arricchire la disciplina anche di altri contratti incompleti nei quali si rinvencono fattispecie di *garanzia pura* e, pertanto, di prestazione assicurativa. Infatti, spazi di espansione della regola transtipica del contratto di assicurazione contro i danni si individuano in diverse figure negoziali. Così è, ad esempio, con riferimento alla promessa del fatto del terzo che

¹¹⁴ In particolare, nel caso di specie, si tratta della regola secondo la quale lo scontatore non potrà lucrare alcun vantaggio dal mancato adempimento del debitore ceduto e del pari quest'ultimo non potrà avvantaggiarsi dell'indennizzo corrisposto al suo creditore dallo scontatario.

costituisce un tipico esempio di garanzia pura¹¹⁵. La corresponsione di un indennizzo nel caso in cui il terzo non compia il fatto previsto comporta, una volta avvenuto il pagamento, il subingresso del promittente negli eventuali diritti vantati dal promissario nei confronti del terzo stesso, qualora per l'appunto quest'ultimo fosse obbligato verso il primo già precedentemente alla promessa. Al riguardo è ben vero che la dottrina non ha mancato di osservare come nell'ipotesi di cui all'art. 1381 c.c. il promittente che abbia pagato l'indennità al promissario non vanta un diritto di regresso né un'azione di arricchimento senza causa nei confronti del terzo, in quanto la promessa del fatto altrui viene stipulata da colui che prende l'iniziativa nel proprio interesse e non leghetta il medesimo a richiedere alcunché in restituzione al terzo, ma ciò vale solo a condizione che sin dall'origine non sussista un debito di quest'ultimo¹¹⁶. Infatti, è del pari inequivocabile che lo schema della promessa del fatto del terzo sia perfettamente compatibile con la preesistenza di una obbligazione in capo al terzo verso il promissario. In tal caso vengono, infatti, ad esistere due rapporti obbligatori convergenti - il primo tra promittente e promissario ed il secondo tra quest'ultimo ed il terzo - i quali, anche se fondati su titoli diversi e autonomi, sono, tuttavia, collegati sotto l'aspetto causale in modo tale che la soddisfazione dell'interesse creditorio all'interno dell'uno si ripercuote pure sull'altro¹¹⁷. La vocazione transtipica della prestazione assicu-

¹¹⁵ In questi termini v. anche P. CORRIAS, *op. cit.*, 83 ss.

¹¹⁶ In tal senso si è espresso A. CHECCHINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, I, *Il conflitto fra le diverse concezioni e le incongruenze che ne derivano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 601, la cui tesi è stata ripresa da M.R. MARELLA, *La promessa del fatto del terzo*, cit., 239 e 240.

In passato avevano invece negato in ogni caso il regresso del promittente verso il terzo in ragione del fatto che quest'ultimo non poteva essere responsabile per un'obbligazione che non era mai sorta G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, 216 ss., in specie 218; le cui conclusioni erano richiamate da G. SCALFI, *op. ult. cit.*, 102 e 103, e M.C. STASI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, UTET, 1967, 74. Più di recente giungeva ad escludere che potessero essere applicati alla promessa del fatto del terzo il regresso e la surrogazione quali tipici istituti della fideiussione pure F. ALCARO, *op. cit.*, 83. Che il regresso del promittente-fideiussore verso il debitore fosse ammissibile solo nel caso di fideiussione e non di promessa del fatto del terzo è stata opinione pure di M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 1066. Anche F. FRIGIDA, *op. cit.*, 1589 e 1590, osserva come, a prescindere dai criteri utilizzati per distinguere la figura della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo e la fideiussione, con riferimento alla prima non trovino applicazione - in ragione della sua autonomia - le norme dettate invece per la seconda, quali quelle relative alla solidarietà, al *beneficium excussionis*, alla surroga del garante nei diritti del creditore e al regresso del medesimo nei confronti del debitore.

¹¹⁷ Così A. MAZZONI, *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, 366, 367, 368, 369 e 372, che precisava altresì come in quest'ultima circostanza il promittente che avesse pagato l'indennità avrebbe avuto la possibilità di rivolgersi verso il terzo per ripetere quanto corrisposto attraverso il diritto di regresso o altra azione recuperatoria, pur escludendosi in capo al medesimo sia l'azione generale di surrogazione contro il terzo ex art. 1203, n. 3 c.c. sia la surrogazione di cui all'art. 1949 c.c., consistendo quest'ultima in una specie di quella generale. A giudizio dell'Autore, infatti, l'adempimento del promittente, pur riguardando una prestazione diversa da quella dovuta dal terzo, sarebbe riuscito a soddisfare, quanto meno per equivalente, l'interesse del pro-

rativa riscontrabile anche in capo al promittente, da un lato, e la contestuale assenza di una azione *iure proprio* di quest'ultimo nei confronti del terzo, dall'altro, consentono in conclusione di estendere la disciplina di cui all'art. 1916 c.c. alla fattispecie di pagamento dell'indennizzo da parte del primo.

Del pari anche in tema di garanzia pura dello *star del credere* – la cui figura si riscontra espressamente nell'ambito del contratto di commissione di cui all'art. 1736 c.c. sebbene si ritenga implicitamente contenuta pure nel contratto di mandato stante la previsione *ex art. 1715 c.c.*¹¹⁸ oltre che, in termini non equivoci, nel contratto di agenzia al comma 3 dell'art. 1746 c.c.¹¹⁹ – si pone una simile problematica, di comprendere cioè quale sia il meccanismo che consente al soggetto che abbia corrisposto quanto dovuto a titolo di garanzia di agire nei confronti del terzo inadempiente al fine di recuperare la somma pagata¹²⁰. Mentre parte della dottrina è divisa tra chi ritiene che sussista in capo al mandatario un'azione propria in considerazione del contratto di lavoro gestorio stipulato con il mandante¹²¹ ovvero una surrogazione *ex art. 1203, n. 3, c.c.* nei diritti che quest'ultimo vanterebbe nei confronti del terzo¹²², non è mancato chi ha invero ritenuto di dover fare applicazione della surrogazione speciale di cui all'art. 1916 c.c.¹²³, doven-

missario, estinguendosi l'obbligazione intercorrente fra quest'ultimo e il terzo non già per adempimento ma per conseguimento dello scopo, ciò comportando un oggettivo arricchimento del promissario a fronte del corrispondente impoverimento del promittente, dovendosi quanto meno riconoscere a quest'ultimo il diritto all'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. In aggiunta doveva altresì ammettersi, trovando applicazione in via analogica, una generale azione di regresso la cui disciplina andava ricercata nelle regole generali dettate dagli artt. 1298 c.c. ss. per le obbligazioni solidali.

¹¹⁸ Secondo cui tramite la stipula di un apposito patto, contrario rispetto alla regola in forza della quale il mandatario che agisce in proprio non risponde verso il mandante delle obbligazioni assunte dal terzo con il quale ha concluso il contratto, il primo si può accollare il rischio dell'inesatta esecuzione del contratto stipulato con il terzo stesso ed in particolare impegnarsi a tenere indenne il mandante dalle conseguenze dell'eventuale mancato adempimento.

¹¹⁹ L'assunto si è oramai fatto strada con un certo seguito in dottrina: in luogo di molti v. P. CORRIAS, *op. cit.*, 127 e 128 ss., a cui si rimanda per ulteriori ragguagli bibliografici.

¹²⁰ La questione era apparsa pacifica in giurisprudenza fin dalle originarie pronunce. Avevano, infatti, ammesso una siffatta azione Cass., 10 dicembre 1954, n. 4415, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 453 ss.; App. Trento, 27 marzo 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, Commissione, 506, n. 5; App. Firenze, 9 novembre 1965, in *Giur. tosc.*, 1996, 245 ss.

¹²¹ Era questo il punto di arrivo delle riflessioni tanto di F. BILE, *Il mandato. La commissione. La spedizione. Commento agli articoli 1703 a 1741 del Codice civile*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1961, 137, quanto di L. JANNUCCI, *Della Commissione. Art. 1731-1736*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro IV - *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1996, 128.

¹²² Come diversamente asserito da A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, XXXII, Milano, Giuffrè, 1984, 357.

¹²³ G. RUSSO, *Del mandato*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte I, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Libro delle *Obbligazioni*, II, Firenze, Barbera, 1947, 516; conclusione quest'ultima ripresa da P. CORRIAS, *op. cit.*, 170 e 171.

dosi tale tesi ritenere preferibile, in considerazione delle riflessioni sin qui compiute, allorché si riscontra la presenza di una *garanzia pura*.

Nella sostanza, e per tirare le fila di quanto sin qui esposto, l'art. 1916 c.c. è norma che si applica direttamente allo sconto bancario seppur attraverso il procedimento interpretativo della transtipicità. Anche in sede di contratto di cui all'art. 1858 c.c. esiste pertanto una specifica disposizione che consente di retrocedere allo scontatario la legittimazione attiva a pretendere l'adempimento del debitore ceduto qualora il primo abbia corrisposto l'indennizzo. In definitiva una siffatta norma sussiste in quanto è il legislatore che ha creato le condizioni per applicarla sebbene lo abbia fatto attraverso la via della transtipicità, tant'è che non si può parlare di vuoto normativo ovvero di lacune, le quali verrebbero invece in considerazione laddove anche detto procedimento fosse impedito. Emerge dunque che il trasferimento del rischio (prima) e la prestazione assicurativa (dopo) – quest'ultima nel senso di vincolo che incombe sullo scontatario di tenere indenne la banca dalle conseguenze patrimoniali derivanti dall'eventuale inadempimento del terzo ceduto – paiono rappresentare le *minime unità effettuali* ovvero lo *statuto minimale comune*, che attraversando le fattispecie nominate, essendo ad esse trasversali, si espandono al di là del tipo per cui sono state espressamente previste dal legislatore.

Pertanto, successivamente al pagamento dell'indennizzo, lo scontatario viene a trovarsi nella stessa posizione giuridica sostanziale in cui si trovava lo scontatore giustificandosi ciò in quanto il medesimo ha sopportato il rischio. Facendo proprio quest'ultimo e pagando l'indennizzo il primo finisce dunque per sostituire il creditore nella posizione e nel rapporto con il debitore ceduto. In altri termini è la percezione dell'indennità da parte dello scontatore che estromette quest'ultimo dal rapporto con il debitore ceduto e provoca, per effetto dell'applicazione diretta dell'art. 1916 c.c., il subingresso dello scontatario nei diritti vantati dalla banca nei confronti del ceduto stesso. Con ciò deve dunque ritenersi pleonastica l'eventuale aggiunta – nei formulari delle banche in ordine al contratto di sconto – di un patto di retrocessione del credito, ossia di una convenzione, o di cessione delle azioni nei confronti del debitore ceduto al verificarsi del pagamento dell'indennizzo dal momento che esso è insito, come si è cercato di dimostrare, nella clausola *salvo buon fine*. L'art. 1916 c.c. è infatti espressivo della regola generale secondo cui lo scontatario che ha corrisposto l'indennizzo è facoltizzato ad esercitare le azioni che spettano allo scontatore contro il ceduto. In conseguenza di ciò il pagamento dell'indennizzo da parte del primo non produce l'obbligo ex art. 1173 c.c. in capo allo scontatore di trasferirgli *ex novo* l'originario credito a suo tempo ceduto in contropartita dell'anticipazione della somma di cui all'art. 1858

c.c., verificandosi al contrario una situazione in cui, una volta effettuato il pagamento, lo scontatario ha diritto di succedere nel credito vantato dallo scontatore nei confronti del debitore ceduto. In definitiva sussiste un principio di subingresso che consente di affermare che colui che indennizza si sostituisce *ipso iure* nel diritto che il ristorato vanta nei confronti del danneggiante che, nel caso che ci occupa, è rappresentato non dall'originario diritto di credito scaduto e non adempiuto bensì dalla pretesa al risarcimento del danno spettante allo scontatore a seguito dell'inadempimento¹²⁴.

§ IV.8. - *Sulla controversa natura giuridica della surrogazione ex art. 1916 c.c.*

Una volta preso atto dell'applicazione della surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. anche al contratto di sconto e prima di dar corso ad un necessario approfondimento degli effetti della surroga dello scontatario nei diritti che lo scontatore vanta nei confronti del debitore ceduto, è necessario affrontare il tema della natura giuridica dell'istituto disciplinato dall'art. 1916 c.c.; aspetto quest'ultimo sul quale, in ambito assicurativo, la dottrina e la giurisprudenza si sono lungamente concentrate con alterne posizioni, dopo aver riconosciuto che si tratta di una vicenda «non facilmente comprensibile» il cui fondamento giuridico appare «misterioso»¹²⁵. La previsione di cui al primo comma, secondo la quale l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino a concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili e quella del terzo comma, per cui l'assicurato è responsabile verso l'assicuratore del pregiudizio arrecato al diritto di surrogazione, ha indirizzato fin da subito gli sforzi degli studiosi nel cercare di comprendere se il fenomeno in esame poteva essere qualificato quale *species di surrogazione per pagamento*. Quest'ultimo istituto, disciplinato nella sua completezza in apposita sezione codicistica agli artt. 1201 ss. c.c., si sostanzia per l'appunto – secondo l'orientamento a cui si ritiene di dover accordare preferenza – in una particolare vicenda successoria in grado di determinare in capo al creditore soddisfatto per effetto del pagamento di un terzo non l'estinzione ma la mera perdita del diritto di credito¹²⁶. In conseguenza di ciò tale diritto viene, infatti, ac-

¹²⁴ Per un approfondimento su tale ultimo aspetto v. *infra*, § 9.

¹²⁵ A. GENOVESE, *Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1968, I, 15.

¹²⁶ Sulla non perfetta sovrapponibilità di tali due concetti si richiama A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, 975 – già citato in nt. 64 – a giudizio del quale mentre con l'estinzione il diritto cessava di esistere e veniva definitivamente meno, la perdita del medesimo provocava, più semplicemente, la separazione tra il diritto stesso e la sfera giuridica del suo titolare.

quisito, in via derivativa, dal *solvens*, così spiegandosi il fenomeno surrogatorio sulla base degli interessi in gioco: quello del creditore al pagamento – tant'è che, una volta realizzato, quest'ultimo soggetto viene escluso dal rapporto, avendo perso la titolarità del diritto di credito – e quello di chi ha pagato, finalizzato invece a recuperare la prestazione effettuata *sine causa*, estromettendo dal rapporto l'originario creditore, per esservi lui stesso immesso¹²⁷. Elemento fondamentale della surrogazione per pagamento è, pertanto, la modificazione soggettiva *ex lege* del rapporto obbligatorio, in forza della quale il terzo che adempie il pagamento si sostituisce all'originario creditore, senza che ciò possa incidere sull'aspetto oggettivo del suddetto rapporto¹²⁸. Tuttavia, la complessità della vicenda in esame impone di separare l'indagine volta a verificare se quella assicurativa possa essere contemplata quale fattispecie di surrogazione per pagamento soffermandosi dapprima sullo schema previsto dall'art. 1201 c.c. e, successivamente, sulle ipotesi di cui all'art. 1203, n. 3 e 5, c.c.¹²⁹.

Se si prende avvio dalla prima delle due suddette disposizioni a norma della quale il creditore che ha ricevuto il pagamento da un terzo può surrogarlo nei propri diritti, emerge fin da subito come la prestazione di pagamento del debito avvenga da parte di un terzo – il *solvens* – che è estraneo rispetto al rapporto obbligatorio soddisfatto sebbene possa intervenire adempiendo in modo identico al debitore¹³⁰. È in tal modo possibile cogliere con immediatezza una profonda differenza rispetto alla fattispecie che contraddistingue la surrogazione di cui all'art. 1916 c.c.; aspetto quest'ultimo già in precedenza accennato allorché si è rigettata la figura della sussistenza di una surrogazione per pagamento in corrispondenza della corresponsione dell'indennizzo da parte dello scontatario¹³¹. L'assicuratore non è infatti per nulla escluso dal rapporto di credito imperniato sull'indennità che egli deve

¹²⁷ Così A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1526 e 1527. La tesi merita accoglimento atteso che l'unica vicenda estintiva di un diritto è quella che interviene direttamente tra creditore e debitore a seguito dell'adempimento di quest'ultimo. Assolutamente chiaro sul punto era B. CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, UTET, 1971, 967, il quale precisava, per un verso, che pagamento, o adempimento, era esclusivamente quello realizzato dal debitore e, per un altro, che «l'attività satisfattoria del surrogante [era] qualificata dalla particolare funzione di estromettere il creditore dal rapporto, in modo da poter "acquistare" il credito, ovrerosia di succedere in senso tecnico al creditore».

¹²⁸ In modo del tutto persuasivo, Cass., 20 settembre 1984, n. 4808, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1985, 61 ss., ha affermato che nella surrogazione si verificava una mera modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio, il quale ultimo, nonostante il soddisfacimento del creditore per effetto del pagamento compiuto dal terzo, conservava inalterata la propria struttura.

¹²⁹ Per un quadro complessivo delle varie tesi che si sono avvicinate sul tema si rinvia a G. CASTELLANO (S. SCARLATTELLA), *Le assicurazioni private*, II. ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1981, 389 ss.

¹³⁰ V. ancora A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, 1530.

¹³¹ V., *supra*, § 5.

corrispondere all'assicurato al verificarsi dell'evento dannoso ad opera del terzo danneggiante, ma al contrario ne è parte integrante. Diversamente da quanto accade nella surrogazione per pagamento per volontà del creditore, la fattispecie di cui all'art. 1916 c.c. contempla il pagamento dell'indennità assicurativa all'assicurato per effetto del verificarsi di un sinistro il cui rischio è dedotto in quel contratto di assicurazione che è stato *ab origine* perfezionato tra assicurato e assicuratore.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, è quindi possibile concludere come la surrogazione dell'assicuratore non rientri nello schema normativo disposto dal legislatore codicistico nell'art. 1201 c.c.¹³², poiché assicuratore e danneggiante – che peraltro si collocano su piani differenti pur essendo obbligati al medesimo risarcimento del danno sebbene in base a titoli diversi¹³³ – adempiono entrambi ad una obbligazione propria nascente rispettivamente dal contratto di assicurazione e dal fatto illecito. In altri termini, con riferimento allo schema giuridico dell'art. 1916 c.c. l'assicurato – quale creditore – non riceve il pagamento da un terzo bensì dall'assicuratore che è per l'appunto suo debitore ma per altro titolo – vale a dire l'indennizzo – diverso rispetto al risarcimento del danno dovuto dal danneggiante; mancherebbe in definitiva un elemento speciale tipico della sola surrogazione per pagamento: l'omogeneità tra il rapporto che viene adempiuto e quello in cui chi paga è destinato a subentrare.

Proseguendo nel solco intrapreso, è necessario a questo punto esaminare l'altra norma che è stata lungamente studiata dalla dottrina in rapporto alla complicata natura del diritto di surrogazione dell'assicuratore, ovvero l'art. 1203 c.c., con particolare riferimento alle fattispecie *sub* n. 3 e n. 5. Al riguardo giova innanzitutto rammentare come la prima di tali norme disponga che la surrogazione abbia luogo di diritto a vantaggio di colui che abbia un interesse giuridicamente qualificato volto a soddisfare il debito poiché vi è obbligato con altri o per altri ovvero operi a favore di colui che esegue il pagamento di un debito altrui con il precipuo intento di liberare il soggetto debitore¹³⁴. Nonostante non sia mancato chi ha sostenuto che la surroga assicurativa costituisce una applicazione della ipotesi n. 3 della norma *de qua*¹³⁵, l'in-

¹³² Anche la giurisprudenza propende da tempo per il rigetto dell'equiparazione dell'art. 1916 c.c. alla fattispecie di surroga legale di cui all'art. 1201 c.c. V, sul tema, Cass., 21 febbraio 1985, n. 1543, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 482.

¹³³ In questi termini A. BOGLIONE, *La surroga assicurativa in diritto italiano e inglese*, in *Assicurazioni*, 2002, 489.

¹³⁴ Sul punto Cass., 16 dicembre 2013, n. 28061, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 1232, statuisce che la surrogazione legale di cui all'art. 1203, n. 3, c.c. trova applicazione se il surrogante ha un interesse giuridicamente qualificato alla estinzione dell'obbligazione, senza necessità che egli sia tenuto al pagamento del debito in base allo stesso titolo del debitore surrogato, né che egli sia obbligato verso l'*accipiens*.

¹³⁵ Si legga E. FAVARA, *Surrogazione dell'assicuratore ed avviso al debitore del risarcimento del danno*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, 208. Sul versante giurisprudenziale v. Cass., 29 settembre 1997, n. 9554, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1813.

dirizzo maggioritario ritiene che la surrogazione dell'assicuratore non possa essere assimilata alla fattispecie *sub art. 1203, n. 3, c.c.* in quanto quest'ultima implica la sussistenza di una unicità di vincolo a cui siano obbligati debitore e terzo *solvens*¹³⁶ in modo non dissimile da quanto avviene in tema di fideiussione¹³⁷, mentre la disposizione di cui all'art. 1916 c.c. non tratterebbe di un caso di coobbligazione tra il danneggiante e l'assicuratore, dal momento che quest'ultimo adempie pagando un debito personale *ex contractu* anziché quello del danneggiante medesimo¹³⁸. L'assicurato non vanta una solidarietà sul fronte del lato attivo e, pertanto, un unico credito nei confronti dell'assicuratore e del danneggiante, ma al contrario due distinte posizioni creditizie rispettivamente verso il primo ed il secondo, sì che quando l'assicuratore paga l'indennizzo il medesimo non intende certo estinguere il debito del terzo responsabile¹³⁹. Viene così meno il punto di partenza comune per equiparare – a giudizio dei fautori della tesi in esame – la surroga assicurativa all'istituto generale della surrogazione per pagamento: il fatto, presupposto da quest'ultima, che il terzo abbia pagato un debito altrui e non proprio¹⁴⁰. In tal modo si verrebbe a riscontrare inequivocabilmente una differenza di fondo in corrispondenza della natura del vincolo obbligatorio che si troverebbe alla base dell'avvenuto pagamento: nella surrogazione di cui all'art. 1203, n. 3, c.c. si tratterebbe dell'adempimento di un debito altrui ovvero di una coobbligazione, nella surrogazione *ex art. 1916 c.c.* del pagamento di un debito proprio al di fuori di una solidarietà passiva.

¹³⁶ In proposito si era espresso C. SANTAGATA, *L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1118.

¹³⁷ In termini generali sulla funzione della fideiussione di collocare il garante sullo stesso piano del debitore principale, si veda F. MASTROPAOLO, *op. cit.*, 79 ss. Con riguardo alla circostanza che la fideiussione avesse la funzione di immettere nel rapporto obbligatorio un debitore *pari gradu* rispetto all'obbligato principale v. A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, I, in AA.VV., *Le assicurazioni private nel Codice civile commentario*, Roma, Edizioni della rivista Assicurazioni, 1943, 29.

¹³⁸ V. A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 471 e 472; conforme L. BUTTARO, *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 516; nonché V. SALANDRA, *op. cit.*, 345 e 346, secondo il quale la surrogazione dell'assicuratore, oltre a non essere riconducibile all'ipotesi normata *sub n. 3 ex art. 1203 c.c.*, dal momento che l'assicuratore onorava un debito derivante dal contratto di assicurazione, anziché quello del danneggiante, attuava una «sostituzione integrale» del medesimo nella sfera dei diritti dell'assicurato. Le riflessioni di Buttaro erano riprese da G. PIAZZA, *Surroga e regresso dell'assicuratore che ha pagato per l'altrui debito d'imposta e cumulo delle eccezioni ad esso opponibili dal debitore coobbligato con il contraente la polizza fideiussoria*, in *Dir. giur.*, 1983, 851.

¹³⁹ Così F. MINERBI, *Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria*, in *Assicurazioni*, 1954, I, 277 e 278.

¹⁴⁰ Secondo Cass., 18 marzo 1970, n. 731, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 402 ss., l'adempimento di una obbligazione non propria rappresentava il presupposto della surrogazione legale di cui all'art. 1203, n. 3, c.c. Conf. Cass., 21 giugno 1971, n. 1952, in *Mass. Foro it.*, 1971, 572, per la quale la surroga legale postulava l'esistenza dell'obbligo del *solvens* di pagare il debito di un altro soggetto oltre alla sussistenza di un rapporto capace di fornire al primo un diritto di regresso verso il secondo.

Maggiormente articolata è la disamina riguardante la seconda delle due suddette fattispecie il cui dettato da norma di mero rinvio agli altri casi stabiliti dalla legge non ne agevola l'interpretazione. A sostegno della tesi che la surrogazione *ex art.* 1916 c.c. rientra nella fattispecie *sub n. 5 dell'art.* 1203 c.c., nonché che sia personale¹⁴¹ e altresì legale¹⁴², vi sarebbe - a giudizio di parte della letteratura - la circostanza che essa non presuppone una ipotesi di coobbligazione tra assicuratore e terzo (di cui al n. 3 dello stesso articolo)¹⁴³ e che la medesima prevede, in aggiunta alla vigenza del contratto assicurativo, il pagamento ad opera dell'assicuratore dell'indennità a favore dell'assicurato, scaturente dal danno del terzo responsabile tenuto al risarcimento dello stesso¹⁴⁴.

Tuttavia, la differenza tra il disposto dell'art. 1203, n. 5, c.c. - che si occupa di una fattispecie di surroga *ex lege* - e quello della norma in esame - vale a dire l'art. 1916 c.c. - si rinviene nella circostanza che quest'ultima disposizione non disciplinerebbe una vera e propria surrogazione nelle obbligazioni ma il subentro di un soggetto nei diritti di un altro facenti capo ad un rapporto giuridico differente da quello oggetto di pagamento, quando invero la prima apparterrebbe alla più ampia categoria della surrogazione per pagamento di cui al Libro IV

¹⁴¹ In quanto attiene personalmente al creditore, in antitesi rispetto a quella *reale* che contraddistingue il caso della surrogazione dell'indennità alla cosa disciplinata *ex art.* 2742 c.c. A tal proposito, che la surrogazione *personale* si sostanziasse in una modificazione subiettiva del rapporto giuridico che doveva essere tenuta distinta da quella *reale*, la quale si occupava, al contrario, di fattispecie aventi ad oggetto modificazioni obiettive era opinione sostenuta in passato anche da C. SANTAGATA, *op. cit.*, 1137 ss.

¹⁴² Perché avviene in forza del disposto di legge e senza che le parti manifestino di volersene avvalere.

¹⁴³ V. A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, cit., 182; IDEM, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 469 ss. ed in particolare 472; la cui tesi era ripresa da M. POGLIANI, *La natura giuridica della surrogazione dell'assicuratore ed il regime della prescrizione*, in *Mon. trib.*, 1965, 96 ss.

Per la giurisprudenza cfr. di recente Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *Giur. comm.*, 2020, II, 316 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*, dove l'organo giudicante afferma il principio che la surrogazione dell'assicuratore sarebbe ricompresa in quella di cui all'art. 1203, n. 5, c.c. sebbene l'assicuratore con il pagamento dell'indennizzo estingua un rapporto differente da quello surrogato.

¹⁴⁴ Cfr. A. FIORENTINO, *op. cit.*, 133; A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, cit., 182 e 183.

Che si tratti di surrogazione legale era stato affermato pure da G. RICHIELLO, *In tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. giur. circ.*, 1959, 159; nonché da A. GAMBOGI, *Ancora sui rapporti tra diritto di surrogazione dell'assicuratore e concorso di colpa dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 1961, II, 136; C. SANTAGATA, *op. cit.*, 1134 e 1135. Più di recente che tra le fattispecie a cui rimanda l'art. 1203, n. 5, c.c. appartenesse anche la surrogazione dell'assicuratore in forza del rinvio che la norma in esame disponeva ai casi di surrogazione espressamente disciplinati dalla legge è stato ricordato pure da M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, Tomo III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1992, 1105 ss., specialmente 1106. Ancora, in termini di ipotesi rientrante *sub n. 5 dell'art.* 1203 c.c. per qualificare l'art. 1916 c.c., si legga O. CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, Treccani, 1997, 2 e 3.

Di caso speciale, senza espressamente specificare se fosse collocato o meno nella fattispecie di cui all'art. 1203, n. 5, c.c., aveva parlato pure V. SALANDRA, *op. cit.*, 345.

del Codice civile, Titolo I, Capo II, Sezione II – quest'ultima rubricata *Del pagamento con surrogazione* – che prevedrebbe il subingresso del *solvens* nello stesso rapporto oggetto di pagamento a favore dell'*accipiens*. La profonda frattura strutturale tra le due diverse vicende è stata, in effetti, ben colta da chi ha evidenziato come la surrogazione per pagamento, a differenza di quella che contraddistingue l'assicuratore, opera in relazione a quel diritto di credito cui si riferisce il pagamento stesso e non ad un altro a diverso diritto¹⁴⁵.

Difatti, la dottrina ha avuto occasione di sostenere che la sostanziale e dirimente differenza tra l'art. 1916 c.c. e, più in generale, l'intero enunciato di cui all'art. 1203 c.c. risiederebbe in ciò: mentre la prima delle due suddette norme contemplerebbe il pagamento dell'indennità assicurativa in adempimento dell'obbligazione incombente sull'assicuratore in ragione del contratto di assicurazione, di talché la surrogazione del *solvens* verrebbe disposta in un rapporto obbligatorio differente rispetto a quello a cui si riferisce la prestazione solutoria, in relazione alla seconda chi paga subentra nel rapporto di credito al quale direttamente si riferisce il pagamento¹⁴⁶ e, volendo, non necessariamente in un rapporto di danno. In altri termini, il pagamento dell'assicuratore – a differenza di quanto accade nella surrogazione di cui agli artt. 1201 ss. – non riguarda il rapporto in cui avviene la sostituzione ma quello sussistente tra il primo e l'assicurato.

Per di più non apparirebbe del tutto idoneo a superare la distinzione concettuale tra il disposto dell'art. 1916 c.c. e quelli di cui agli artt. 1201 ss. neppure il tentativo¹⁴⁷ di accomunarli sotto il profilo del medesimo presupposto della perdita di interesse da parte del creditore al mantenimento della titolarità del credito a seguito dell'avvenuto pagamento del *solvens* diverso dal debitore; aspetto quest'ultimo che caratterizzerebbe tanto la posizione del creditore nella surroga per pagamento quanto quella dell'assicurato nella surroga dell'assicuratore.

Le conclusioni testé riportate non possono dunque che essere accolte. Il n. 5 dell'art. 1203 c.c. è evidentemente norma di rinvio ma come tale si riferisce alle sole fattispecie di surrogazione per pagamento

¹⁴⁵ Ciò è quanto parrebbe evincersi dall'opinione di G. ANDREOLI, *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 1105.

¹⁴⁶ Considerazione quest'ultima ribadita da G. ANDREOLI, *op. ult. cit.*, 1105 e 1106. Conf. A. LA TORRE, *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1978, I, 350.

Contra A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 471. L'Autore, nel rigettare l'opposta tesi caratterizzata dall'equivoco di confondere, in tema di surrogazione, l'istituto con le sue cause, aveva fondato le proprie conclusioni sulla circostanza che a nulla avrebbe rilevato il fatto che si trattasse di titoli di debito differenti (quello dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato e quello del terzo danneggiante nei confronti dell'assicurato) in quanto la legge sarebbe comunque stata in grado di attuare un meccanismo di estinzione del credito in conseguenza di uno dei due pagamenti al fine di evitare un indebito arricchimento.

¹⁴⁷ Posto in essere da P. CORRIAS, *op. cit.*, 193 e 194.

di un debito altrui, essendo assolutamente necessario affinché si possa produrre l'effetto surrogatorio, proprio delle disposizioni contenute negli artt. 1201 ss. c.c., che il debito dell'assicuratore e quello del danneggiante si originino dal medesimo fatto giuridico. La ricostruzione sistematica che si ricava va, in effetti, nella direzione di ritenere che il concetto di *surroga* descritto al n. 5 dell'art. 1203 c.c. voglia in realtà essere l'espressione non di un più ampio fenomeno di sostituzione di un soggetto ad un altro in taluni diritti che si rinvengono in altrettanti determinati rapporti che fanno capo a quest'ultimo, ma - in termini maggiormente restrittivi e dal perimetro più conciso - di una vicenda di subingresso del *solvens* nei soli diritti vantati dall'*accipiens* in relazione al rapporto oggetto di pagamento. L'errore di chi sostiene la contraria tesi si fonda sull'ingannevole considerazione secondo cui le vicende disciplinate dagli artt. 1916 e 1203, n. 5, c.c. si limitano a descrivere l'effetto sostitutivo di un soggetto nei diritti di un altro trattandosi di fattispecie in realtà tra di loro alquanto eterogenee accomunate però da un profilo tipico che le caratterizza e le unisce: la circostanza che detta sostituzione è resa possibile dal fatto che la medesima avviene di diritto proprio in quanto prevista e disciplinata dalla legge. Ma così non è, in quanto se è ben vero che l'assicurato vanta due crediti, il primo nei confronti del danneggiante ed il secondo verso l'assicuratore, che sono quindi debitori a titolo diverso essendo esclusivamente il danno l'evento che origina tanto l'uno (quello da risarcimento) quanto l'altro obbligo (vale a dire l'indennizzo che ne scaturisce dal contratto di assicurazione), è del pari indubitabile che con la surrogazione legale di cui all'art. 1203, n. 5, c.c. il legislatore non si sia limitato a descrivere un mero subentro di un soggetto nei diritti di un altro ma abbia voluto invero che si producesse la successione nel solo rapporto giuridico in relazione al quale il *solvens* ha corrisposto all'*accipiens* quanto gli doveva l'originario debitore.

§ IV.9. - (segue) *La successione a titolo particolare dello scontatario nei diritti dello scontatore verso il debitore ceduto*

Esclusa dunque la riconducibilità della vicenda analizzata allo schema della surrogazione per pagamento, non resta che tentare di inquadrare per altra via il fenomeno in esame. Fin dall'origine la più attenta dottrina sia straniera che italiana aveva ritenuto che la disposizione di cui all'art. 1916 c.c. fosse rappresentativa, in ambito assicurativo, di una surroga dalla natura impropria, tipica di una figura giuridica

dai tratti comuni alla cessione del credito¹⁴⁸. L'espressione *surrogare* era, infatti, apparsa fin da subito una formulazione atecnica riguardante la semplice sostituzione di una persona ad un'altra, in grado quindi di originare una vicenda ibrida idonea ad avvicinarsi sia alla surrogazione per pagamento sia, maggiormente, alla cessione¹⁴⁹. Addirittura, sull'argomento, taluni erano giunti ad affermare come nell'ipotesi di surroga dell'assicuratore si verificasse una vera e propria fattispecie di cessione *ex lege* del diritto di credito dall'assicurato all'assicuratore che, ai fini del perfezionamento nei confronti del debitore ceduto, necessitava della comunicazione o financo dell'accettazione di questi ai sensi dell'art. 1264 c.c.¹⁵⁰.

È, dunque, evidente come la vicenda in esame si sia mostrata fin da subito quale fenomeno di lapalissiana natura successoria a fronte del trasferimento del diritto dell'assicurato in capo all'assicuratore e del subingresso di quest'ultimo nella titolarità di un diritto attraverso l'estromissione dell'originario titolare, ovvero sia l'assicurato mede-

¹⁴⁸ Di cessione forzata dei diritti dell'assicurato nei confronti del terzo aveva, infatti, parlato in epoca risalente la letteratura francese. Così M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, Tome II, *Assurance de dommages. Règles générales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1940, 692 ss. Successivamente pure S. SOTGLIA, *Brevi note sull'art. 1916 del codice civile*, in *Assicurazioni*, 1949, I, 4 e 5, aveva evidenziato come l'istituto in rassegna non fosse agevolmente inquadrabile in quello generale della surrogazione legale per pagamento, al contrario di quanto sembrava far ritenere il contenuto dell'art. 1203 c.c., laddove al n. 5 disponeva che la surrogazione legale aveva luogo, oltre che ove espresso *sub n.* da 1 a 4, negli altri casi stabiliti dalla legge.

Minore enfasi hanno avuto quelle costruzioni volte invece a ricondurre il meccanismo di cui all'art. 1916 c.c. all'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 c.c. o ad un autonomo diritto di credito dell'assicuratore. Alla prima tesi è stato obiettato che mentre l'azione *ex art.* 2900 c.c. veniva esperita da chi voleva far valere un diritto per conto del debitore sul presupposto di una negligenza di quest'ultimo nel suo esercizio, attraverso l'art. 1916 c.c. l'assicuratore attivava invece un diritto divenuto proprio a seguito di apposita successione nella posizione dell'assicurato. In relazione al secondo indirizzo è stato del pari osservato come all'assicuratore surrogato fossero opponibili le medesime eccezioni sollevabili contro l'assicurato, essendo ciò sufficiente a dimostrare che il diritto dell'assicuratore non poteva essere acquistato a titolo originario, in quanto egli subentrava nella stessa posizione giuridica del precedente titolare. Per i riferimenti delle suddette tesi ormai remote ed abbandonate nonché delle relative critiche si rinvia ad A. LA TORRE, *op. cit.*, 348 ss., e *ivi* ulteriori e numerosi riferimenti.

Che si trattasse di una vicenda idonea a produrre gli stessi effetti della cessione del credito era stato peraltro rinvenuto anche in alcuni isolati arresti del Supremo Collegio. V., a tal proposito, Cass., 4 aprile 1962, n. 688, in *Assicurazioni*, 1963, II, 12 ss.; Cass., 24 maggio 1969, n. 1850, in *Resp. civ. prev.*, 1970, 515 ss.

¹⁴⁹ V. M. DE SIMONE, *Il subingresso dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato*, in AA.VV., *Saggi in scienze assicurative*, IV, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1942, 96 e 97.

¹⁵⁰ Così F. FALCONI, *Surroga dell'assicuratore e successione nel diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 552, 553 e 554; L. BUTTARO, *op. cit.*, 516 e 517. In seguito, lo schema giuridico della cessione *ex lege* del diritto di credito al risarcimento del danno dal danneggiato all'assicuratore era ripreso da G. PIAZZA, *op. cit.*, 851 e 852. Anche S. FERRARINI, *Ulteriori considerazioni sulla legittimazione dell'assicurato ad agire contro il terzo responsabile dopo il pagamento dell'indennità assicurativa*, in *Assicurazioni*, 1953, II, 2, 30, aveva sostenuto la tesi della cessione *ex lege* ma ipotizzando che il subingresso dell'assicuratore avvenisse *ope legis* in corrispondenza del pagamento dell'indennizzo.

simo¹⁵¹. Nel tempo la letteratura ha continuato a ritenere che la surrogazione dell'assicuratore costituisca un «fenomeno traslativo» tale da presentare le caratteristiche proprie della *cessio legis*, valeva a dire della surrogazione nella titolarità di un diritto altrui, assistendosi a una mera modificazione soggettiva nel rapporto obbligatorio di credito che si sarebbe venuta a caratterizzare per il subingresso di un soggetto differente da quello originario – nel caso che ci occupa l'assicuratore – nel rapporto con il terzo danneggiante¹⁵². L'assicuratore subentrerebbe nel lato attivo del rapporto obbligatorio tra assicurato e danneggiante senza che sia adempiuta l'obbligazione risarcitoria e a prescindere da qualunque attività di quest'ultimo¹⁵³. Sotto questo profilo la successione dell'assicuratore nella posizione dell'assicurato troverebbe fonte nella legge, non essendo necessaria alcuna pattuizione contrattuale tra le parti¹⁵⁴. In definitiva, si tratterebbe di una surrogazione nella titolarità di un diritto altrui che si contraddistinguerebbe per il subingresso – e quindi la successione a titolo particolare – di un soggetto – l'assicuratore – nella posizione attiva di un rapporto giuridico parimenti altrui intercorrente tra il danneggiato ed il terzo danneggiante¹⁵⁵ e, pertanto,

¹⁵¹ Secondo E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-*Vicende dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1955, 61 e 63, la surrogazione nella sua portata più ampia e generale individuava un fenomeno di subentro di un soggetto nella medesima posizione giuridica di un altro, che avveniva indipendentemente dall'esistenza di un legame con il titolo di cui il precedente soggetto era portatore. L'Autore riconosceva nell'art. 1916 c.c. una ipotesi di surrogazione automatica dell'assicuratore – che avesse corrisposto l'indennità – nei diritti dell'assicurato verso il terzo danneggiante. Ancor prima era giunto a ritenere come fosse preferibile parlare di *subingresso* quale termine maggiormente espressivo della sua natura e tale da evitare margini di confusione con la surrogazione per pagamento S. FERRARINI, *Sul dovere dell'assicurato di salvaguardare l'azione contro il terzo responsabile del danno*, in *Assicurazioni*, 1942, II, 2, 170, nota 1.

¹⁵² V. O. BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 92, dove si rinviene la citazione testuale. Che la surroga assicurativa realizzasse una peculiare successione nel credito il cui diritto avrebbe avuto carattere derivativo, assumendo l'assicuratore la medesima posizione vantata dall'assicurato nei confronti del terzo danneggiante era stata opinione sostenuta pure da R. MICCIO, *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1959, 356, sebbene l'Autore avesse reputato la vicenda inquadrabile nell'ambito della disciplina di cui all'art. 2900 c.c. In argomento cfr. pure N. GASPERONI, *La c.d. surroga dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1966, I, 606, 619 ss. Definiva la surrogazione assicurativa «una peculiare forma di successione (dell'assicuratore) nel credito» dell'assicurato verso il responsabile del danno altresì Alfredo De Gregorio in A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, revisione e aggiornamento a cura di A. La Torre, in AA.VV., *Diritto delle assicurazioni*, II, Milano, Giuffrè, 1987, 142.

¹⁵³ V. N. GASPERONI, *op. cit.*, 619 e 620.

¹⁵⁴ V., nuovamente, IDEM, *op. cit.*, 620.

¹⁵⁵ V. C.M. DE MARINI, *Osservazioni in tema di surroga dell'assicuratore*, in *Foro it.*, 1955, I, 13 e 14; S. SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'articolo 1916 cod. civ.*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 224; V. SALANDRA, *op. cit.*, 346 e 350, il quale, nell'esprimersi in termini di sostituzione di una persona ad un'altra nei diritti di quest'ultima, aveva precisato che l'acquisto da parte dell'assicuratore delle posizioni soggettive dell'assicurato nei confronti del danneggiante avveniva a titolo derivativo. Di recente cfr. M. ROSSETTI, *Diritti personali di godimento ed interesse assicurato*, in *Dir. fisc. assic.*, 2012, 391; P. DI MICHELE, *Il camion perde la ruota in autostrada: colpa del gommista? Occorre provarlo*, in *Dir. giust.*, 2013, 275, ove, richiamando l'o-

differente da quello di cui l'assicuratore stesso ha procurato l'attuazione¹⁵⁶, subingresso caratterizzato per l'appunto da una modificazione soggettiva del rapporto tra assicurato e terzo responsabile, sul presupposto che questi non abbia ancora adempiuto all'obbligazione risarcitoria verso il danneggiato¹⁵⁷. Analogo è stato l'orientamento della giurisprudenza, la quale nel tempo ha statuito che l'art. 1916 c.c. concerne una forma di successione a titolo particolare nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile¹⁵⁸, che si configura secondo i principi della cessione del credito anziché in termini di surrogazione in senso tecnico¹⁵⁹, in grado di operare sino a concorrenza del *quantum* versato a titolo di indennizzo¹⁶⁰ allorché l'assicuratore manifesti al danneggiante la volontà di surrogarsi¹⁶¹. Sotto questo profilo l'assicuratore subentrerebbe acquistando il diritto dell'assicurato nello stato in cui esso si trova al momento della surrogazione, dunque con il medesi-

orientamento giurisprudenziale prevalente, l'Autrice afferma che la *surrogazione assicuratoria* riguarda una forma di successione a titolo particolare dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato verso il danneggiante.

In generale, sul fenomeno successorio particolare si vedano R. NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, UTET, 1971, 607 ss.; nonché, con specifico riferimento al subentro in una posizione attiva, A. DE CUPIS, *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 1251 ss.

¹⁵⁶ In questi esatti termini B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988, 128.

¹⁵⁷ Di successione a titolo particolare ha parlato in termini non dubitativi G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, UTET, 1991, 235 e 236.

¹⁵⁸ V. Cass., 23 ottobre 1954, n. 4019, in *Foro pad.*, 1955, I, 287 ss., con nota di M. FRAGALI, *Surrogazione dell'assicuratore e azione dell'assicurato*; Cass., 26 gennaio 1963, n. 109, in *Assicurazioni*, 1963, II, 71 ss.; Cass., 9 aprile 1963, n. 918, in *Foro it.*, 1963, I, 1734 ss.; Cass., 20 febbraio 1967, n. 421, in *Resp. civ. prev.*, 1967, 460 ss.; Cass., 25 luglio 1967, n. 1967, in *Resp. civ. prev.*, 1968, 308 ss.; Cass., 21 giugno 1968, n. 2102, in *Giust. civ.*, 1969, I, 458 ss.; Cass., 7 marzo 1969, n. 747, in *Giust. civ. Mass.*, 1969, 380; Cass., 8 settembre 1970, n. 1347, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 733 ss.; Cass., 15 febbraio 1971, n. 380, in *Assicurazioni*, 1972, II, 65 ss.; Cass., 29 novembre 1971, n. 3475, in *Resp. civ. prev.*, 1972, 91 ss.; Cass., 19 aprile 1972, n. 1262, *Giust. civ. Mass.*, 1972, 684; Cass., 14 aprile 1976, n. 1302, in *Assicurazioni*, 1977, II, 108 ss.; Cass., 17 novembre 1976, n. 4269, in *Foro it.*, 1977, I, 88 ss., con osservazioni di A. Lener; Cass., 5 maggio 1978, n. 2137, in *Riv. dir. lav.*, 1979, 229 ss.; Cass., 27 luglio 1981, n. 4834, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Assicurazione (contratto)*, 195, n. 167; Cass., 18 gennaio 1985, n. 130, in *Arch. giur. circ.*, 1985, 490. Successivamente si sono espresse in modo conforme circa la successione a titolo particolare anche Cass., sez. un., 28 maggio 1994, n. 5245, in *Mass. Foro. it.*, 1994, 471; Cass., 23 marzo 1995, n. 3570, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1787 ss., la quale ha precisato che l'assicuratore che si surrogava disponeva nei confronti del terzo responsabile di un credito di valore così come l'assicurato; Cass., 24 novembre 2005, n. 24806, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1973 ss.; Cass., 30 agosto 2016, n. 17407, in *www.dejure.it*; Cass., 13 giugno 2019, n. 15870, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, *online*.

¹⁵⁹ V. Cass., 18 maggio 1981, n. 3277, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 1143 ss.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. giur. circ.*, 1990, 306 ss.; Cass., 18 ottobre 2019, n. 26647, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, e in *Dir. giust. online*, con nota di G. TARANTINO, *La surroga dell'INAIL in caso di risarcimento per danno da sinistro stradale: limiti e condizioni*, con specifico riferimento all'assicuratore sociale.

¹⁶¹ Si vedano Cass., 16 novembre 1994, n. 9693, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1422; Cass., 11 ottobre 1995, n. 10597, in *Mass. giur. it.*, 1995, 1116; Cass., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2436; Cass., 23 novembre 2017, n. 27869, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 556; Cass., 5 marzo 2019, n. 6320, in *Guida dir.*, 2019, 16, 52.

mo contenuto e con gli stessi limiti, come se ad agire verso il terzo fosse lo stesso assicurato¹⁶², facendosi rientrare nei diritti trasferiti anche quelli non ancora esercitati dal danneggiato all'atto della sostituzione¹⁶³. Anche di recente la giurisprudenza ha ribadito come la surrogazione assicurativa comporti una sostituzione personale *ope legis* da parte dell'assicuratore rispetto all'assicurato con riferimento ai suoi diritti verso il danneggiante¹⁶⁴; indirizzo quest'ultimo che per la verità deve farsi risalire a quella parte della dottrina che in epoca ormai lontana aveva ritenuto che l'art. 1916 c.c. prevedesse un'assicurazione legale o di diritto operante pure in assenza di alcuna preesistente clausola contrattuale o successiva dichiarazione dell'assicurato¹⁶⁵. Anche per la letteratura l'assicuratore assumerebbe a titolo derivativo la stessa posizione – sia di natura sostanziale sia processuale e, pertanto, con riferimento alle eccezioni a lui opponibili – dell'assicurato nei confronti del terzo danneggiante¹⁶⁶, dovendosi dunque dedurre che ogni pregiudizio eventualmente arrecato dall'assicurato al proprio diritto andrebbe a ricadere sull'assicuratore.

Nel concentrare ora l'attenzione in modo più specifico sul tema che ci riguarda e sulla struttura dell'operazione che viene a configurarsi nello sconto bancario, va osservato come a differenza di quanto accade nella surrogazione per pagamento, la corresponsione dell'indennizzo da parte dello scontatario a favore dello scontatore non finisce per determinare in capo a quest'ultimo la perdita del diritto nei confronti del debitore ceduto in termini di vicenda dissimile dalla sua estinzione, la quale a propria volta presupporrebbe una piena soddi-

¹⁶² Così Cass., 1° febbraio 1988, n. 909, in *Mass. giur. it.*, 1988, 136. Tale successione comportava, secondo Cass., 2 febbraio 2001, n. 1508, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Assicurazione (contratto)*, 555, n. 83, l'acquisto a titolo derivativo dei diritti dell'assicurato nello stesso stato e con il medesimo contenuto e limiti in cui tali diritti si presentavano al momento della surrogazione.

¹⁶³ Cfr. Cass., 8 novembre 1994, n. 9271, in *Arch. giur. circ.*, 1995, 525.

¹⁶⁴ Il rinvio è a Cass., 5 novembre 2020, n. 24633, in *Dir. giust.*, 6 novembre 2020, con nota di M. SUMMA, *Sinistri stradali e indennità corrisposte dagli enti di assicurazione sociale: la Cassazione esclude il cumulo tra le somme riscosse*, e in www.dejure.it.

¹⁶⁵ V. A. FIORENTINO, *op. et loc. supra cit.* Conf., già in precedenza, S. SOTGIA, *Diritto delle assicurazioni. Appunti di lezioni*, Padova, Cedam, 1946, 141. La tesi era stata poi ripresa da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, cit., 185.

¹⁶⁶ V. R. MICCIO, *op. et loc. supra cit.*; G. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1970, 339 ss.; A. DE GREGORIO, *op. et loc. supra cit.*; A. BOGLIONE, *op. cit.*, 515, che sul punto ha richiamato la giurisprudenza a sostegno di quanto espresso sulla eccezione di nullità del contratto; nonché V. FERRARI, *Il fatto assicurativo nelle sue articolazioni strutturali*, in AA.Vv., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 32. Per un quadro ricognitivo sulle eccezioni opponibili all'assicuratore oggetto di pronunce giurisprudenziali v. anche M. ROSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 82 e 83. Sul tema cfr. inoltre S. TOFFOLI, *Commento sub art. 1916 (Diritto di surrogazione dell'assicuratore)*, III ed., in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie e l'intermediazione assicurativa*, Milano, Giuffrè, 2014, 281 e 282; nonché G. TARANTINO, *La surroga dell'INAIL in caso di risarcimento per danno da sinistro stradale: limiti e condizioni*, in *Dir. giust. online*, 2019.

sfazione dell'interesse tutelato. Detto diritto di credito, che, nel frattempo, a seguito del mancato pagamento a scadenza, si è trasformato in un diritto al risarcimento del danno non cessa di esistere, né viene definitivamente meno né tantomeno è separato, al pari di quanto accade in tema di surrogazione per pagamento, dalla sfera giuridica del suo titolare per essere coattivamente dalla legge trasferito ed attratto a quella di colui che paga. Nel caso che ci occupa - e a differenza della surrogazione per pagamento - non si incontra affatto alcuna difficoltà concettuale nel conciliare il passaggio del diritto di credito dallo scontatore surrogante allo scontatario che ha pagato l'indennizzo e la corresponsione di quest'ultimo, e ciò per il semplice fatto che detto pagamento costituisce estinzione non dell'obbligazione a cui è tenuto il debitore ceduto nei confronti dello scontatore ma solo di quella a quest'ultimo dovuta dallo scontatario. In altri termini, mai il pagamento dell'indennizzo potrebbe essere di per sé idoneo a far venir meno in capo allo scontatore la titolarità del diritto di credito nella quale in realtà si vorrebbe immettere lo scontatario per effetto della surrogazione. In considerazione di quanto sopra rappresentato, quello che finisce per essere attratto alla sfera dello scontatario non è, dunque, un diritto nuovo dal contenuto identico a quello in precedenza vantato dallo scontatore nei confronti del debitore ceduto, ma il medesimo. Il *solvens* non si surroga nel rapporto obbligatorio che adempie in quanto debitore ma nella relazione intercorrente fra il debitore ceduto e lo scontatore. Quello che avviene è, in effetti, una *successione nel diritto* ovvero il mutamento dello scontatore con lo scontatario nella posizione attiva del rapporto giuridico tra il primo e il debitore ceduto stesso, che si caratterizza per la perdita da parte della banca del diritto di credito nei confronti di quest'ultimo e per l'acquisto a favore dello scontatario medesimo, verificandosi detta sostituzione in forza della legge¹⁶⁷. L'obbligo del debitore ceduto continua, dunque, a sopravvivere sebbene nei confronti di un differente destinatario: lo scontatario. La posizione dello scontatore all'interno del rapporto giuridico con il debitore ceduto non va infatti confusa con il suo diritto. Ciò che si conserva è, pertanto, l'originario rapporto d'obbligazione oggettivamente considerato tra lo scontatore e il debitore ceduto dal quale la legge estromette il primo, soddisfatto dell'indennizzo, per far posto allo scontatario senza che si verifichi un vero e proprio trasferimento del diritto di credito equiparabile ad una cessione in senso tecnico-giuridico¹⁶⁸ - *rec-*

¹⁶⁷ Sul concetto di *successione* si rinvia a F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954, 73, il quale aveva altresì aggiunto che, conservandosi, nel caso di modificazione, il rapporto, il successore veniva a trovarsi nella medesima posizione concreta in cui si trovava l'autore della successione.

¹⁶⁸ Si tratta pur sempre di un mutamento soggettivo del lato attivo del rapporto obbligatorio, ma dalla struttura differente rispetto a quello della cessione del credito: mentre in

tius della legittimazione attiva a pretendere dal ceduto l'adempimento – da chi lo aveva, la banca medesima, a chi lo dovrebbe acquisire, il cliente di quest'ultima, avvenendo più semplicemente il subentro e l'immissione di questi nella medesima posizione giuridica dell'istituto di credito, tant'è che, se si volesse configurare una corretta accezione, si dovrebbe parlare di *subingresso* dello scontatario nei diritti vantati dallo scontatore.

Il diritto che potrà dunque azionare lo scontatario è lo stesso che avrebbe potuto, in assenza di pagamento dell'indennizzo, far valere lo scontatore¹⁶⁹. Si tratta, peraltro, non dell'originario diritto di credito che il cedente aveva trasferito al cessionario, ma di quello vantato da quest'ultimo nei confronti del debitore ceduto a seguito del suo inadempimento e dell'applicazione del disposto dell'art. 1218 c.c. In conseguenza del mancato pagamento a scadenza da parte del debitore ceduto il rapporto giuridico – inteso come regolamento degli stessi interessi tra creditore e debitore – continua, infatti, ad esistere e, sotto l'aspetto del contenuto, al dovere primario di prestazione si affianca l'*obbligazione risarcitoria*¹⁷⁰, la quale nascendo all'interno del rapporto medesimo comporta una semplice variazione del contenuto di quest'ultimo senza fargli perdere la sua identità giuridica, essendo comunque la medesima preordinata al raggiungimento degli stessi interessi regolati dall'originaria vicenda negoziale rimasta inadempita¹⁷¹.

quest'ultima fattispecie è, infatti, l'accordo tra le parti ad originare il subentro nella legittimazione attiva del rapporto obbligatorio, nella surrogazione il nuovo soggetto viene introdotto nel medesimo *ex lege*.

¹⁶⁹ La vicenda è pacifica anche in ambito assicurativo, laddove la dottrina – v., *ex plurimis*, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2004, 603 – non ha avuto dubbi nel ritenere che l'assicuratore potesse esercitare le azioni di cui disponeva l'assicurato contro i terzi responsabili del danno. L'assicuratore vantava verso il terzo lo stesso diritto che nei suoi confronti aveva l'assicurato che subiva il pregiudizio, pertanto il primo assumeva nei confronti del secondo la stessa posizione giuridica che rivestiva il danneggiato. Cfr., a tal proposito, C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione. Di pegno. Di deposito nei magazzini generali*. Art. 417-479 Cod. Comm., in *Il codice di commercio commentato*, Torino, UTET, 1936, 264; A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, cit., 184; S. SOTGIA, *op. ult. cit.*, 141 e 142, il quale, richiamando L. Lordi, aveva parlato in riferimento a tale subingresso di acquisto del diritto a titolo derivativo; V. SALANDRA, *op. cit.*, 344 ss. Sul punto v. pure A. FIORENTINO, *op. cit.*, 136 e 137, secondo il quale dal carattere derivativo del diritto dell'assicuratore verso il terzo discendeva che ogni atto od omissione dell'assicurato, idoneo ad influire sull'obbligazione del terzo o sull'esperibilità dell'azione nei suoi confronti, idoneo a conseguenze giuridiche anche verso l'assicuratore.

¹⁷⁰ Ovvero, per completezza, si sostituisce ad essa qualora sussista una impossibilità della prestazione per causa imputabile al debitore.

¹⁷¹ Sulla genesi dell'obbligo risarcitorio a seguito del vincolo di responsabilità cfr. L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 88 e 89, per il quale non sarebbe stato corretto sostenere che l'originario diritto di credito continuasse ad esistere con un oggetto di prestazione diverso. L'Autore pareva fondare le proprie conclusioni aderendo alla letteratura tedesca. A tal proposito H.H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1969, 230 e 231, aveva ricordato come la prima commissione autrice del BGB fosse giunta a rifiutare che si potesse trattare di una *trasformazione dell'originaria obbligazione* in quanto una siffatta espressione avrebbe finito per creare l'erronea convinzione che all'obbligo scaduto si fosse sostituita una nuova obbligazione. Da tempo l'obbligazio-

A tal proposito, è evidente come, in una siffatta situazione, in capo al debitore ceduto verrebbe a configurarsi un mero inadempimento relativo che non impedirebbe allo scontatore di continuare ad insistere per ottenere dal primo la prestazione dovuta. Infatti, mentre nel caso in cui si verifichi un inadempimento *definitivo* o *assoluto* della prestazione, a quest'ultima - che ormai non può più essere adempiuta - si sostituisce quella consistente nel risarcimento del danno provocato al creditore, di contro, qualora ci si trovi dinanzi ad un mero inadempimento *relativo*, vale a dire ad un *ritardo* nell'adempimento, che peraltro resta ancora possibile e utile per controparte, la prestazione originaria è ancora dovuta e ad essa si affianca, al pari di quanto testé precisato, l'obbligo per il debitore di ristorare il danno cagionato al creditore con il ritardo stesso¹⁷². Ciò è, per l'appunto, quanto accade anche nel caso che ci occupa: se alla scadenza il debitore ceduto non paga, essendo l'obbligazione di quest'ultimo pecuniaria e, pertanto, avendo essa ad oggetto il dare una *res* generica - il denaro - la fattispecie dell'inadempimento definitivo non potrà che ritenersi del tutto esclusa vigendo il principio secondo cui *genus numquam perit*, sì che un inesatto adempi-

ne contrattuale è stata dalla dottrina germanica - v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, XII ed., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979, 25, che a propria volta era giunto ad estendere al rapporto obbligatorio il concetto di *Gefüge* elaborato da N. HARTMANN, *Der Aufbau der realen Welt*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1940, 233 ss. e 330 - configurata quale struttura complessa caratterizzata dalla combinazione di vari elementi che, pur potendo tra di loro in parte mutare, restava in essere nonostante alcuni degli stessi cambiassero.

In una prospettiva non dissimile pure F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, II, *Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 621, aveva sostenuto come l'obbligo iniziale e quello risarcitorio fossero due obbligazioni diverse, aventi fonte l'una dal contratto dapprima incorso tra le parti, l'altra dall'inadempimento del medesimo *ex art. 1218 c.c.* L'Autore era giunto a ciò pur riconoscendo che l'obbligo risarcitorio non estingueva fin da subito quello sorto per primo - come si sarebbe verificato in caso di novazione - ma solo in un secondo momento, ossia qualora il risarcimento stesso fosse adempiuto, posto che non sarebbe stato possibile ipotizzare una sua estinzione immediata in ragione del fatto che esso traeva per l'appunto origine dall'obbligo iniziale.

In termini parzialmente difforni C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 122, ha ricordato come, nel caso di inadempimento totale e definitivo, l'obbligazione risarcitoria si sostituisce a quella originariamente dovuta - trattandosi di surrogazione oggettiva, poiché l'obbligazione inadempita non si estingueva ma si convertiva in quella risarcitoria, conservando tutte le garanzie e i diritti accessori - e come invece, nelle ipotesi di ritardo e di inesatto adempimento, essa finisse per aggiungersi all'obbligazione primaria.

Pare essersi posto su una posizione non del tutto in linea con quella prospettata dal Mengoni, S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, II ed., Tomo I, fasc. 2, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, UTET, 1952, 5, in nt. 6, laddove aveva rimarcato come il risarcimento fosse «intrinseco e coesenziale all'obbligazione», essendo esso non un nuovo obbligo autonomo rispetto a quello originariamente dovuto dal debitore bensì parte del contenuto di quest'ultimo, con la conseguenza che non sarebbe stata tecnicamente corretta l'affermazione per cui l'obbligazione risarcitoria avrebbe trovato la propria fonte nell'illicito contrattuale.

¹⁷² V. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 435. Sul tema cfr. altresì F. GAZZONI, *op. cit.*, 645 e 646, e *ivi* ulteriori rinvii, per cui l'obbligo risarcitorio, volto a rimuovere i danni prodotti dal mancato adempimento o dal ritardo, è secondario e strumentale rispetto a quello lesivo, primario e finale.

mento finirà per tradursi sempre e comunque in un ritardo nell'esecuzione della prestazione.

Sotto questo aspetto, non molto dissimili sono quindi i profili che connotano la *ratio* delle vicende indennitarie che si rinvencono negli istituti dell'assicurazione e dello sconto bancario. Nell'assicurazione contro danni, l'art. 1916 c.c. ha lo scopo di consentire all'assicuratore di ottenere dall'assicurato, in seguito al pagamento dell'indennizzo, quanto quest'ultimo avrebbe percepito a seguito dell'esperimento vittorioso dell'azione risarcitoria nel frattempo intrapresa nei confronti di colui che aveva provocato il danno¹⁷³. Allo stesso modo nello sconto bancario la norma transtipica in oggetto si pone l'obiettivo di consentire allo scontatario di subentrare nel diritto a pretendere l'obbligazione risarcitoria di cui lo scontatore è divenuto titolare dopo la scadenza del credito nei confronti del debitore ceduto inadempiente per effetto della modificazione del dovere primario di prestazione di quest'ultimo.

Per di più, se da un lato non è, dunque, immaginabile che lo scontatore consegua un doppio ristoro – l'indennizzo dello scontatario ed il successivo eventuale e tardivo pagamento ad opera debitore ceduto – dall'altro è altrettanto doveroso precisare come detto subingresso non possa che essere limitato alla effettiva somma di denaro versata dallo scontatario. Non può qui, in effetti, accogliersi, in ipotesi di mancato pagamento integrale dell'indennità, la conclusione di chi ha ammesso – seppur in tema di cessione *pro solvendo* ex art. 1267 c.c. – che, pur corrispondendo il cedente un importo pari ad una sola parte del credito, lo stesso finirebbe per riprendersi la titolarità dell'intero, sul presupposto che una simile asimmetria troverebbe la propria giustificazione sulla base del carattere eccezionale di una siffatta garanzia¹⁷⁴.

Qualora, infatti, lo scontatario dovesse corrispondere solo in parte l'indennizzo, la surrogazione non potrà che essere parziale. Scontatario e scontatore, ciascuno per la propria quota di competenza, si ritroverebbero a concorrere in proporzione sul patrimonio del debitore ceduto al fine di ottenere quanto di loro spettanza¹⁷⁵. Sennonché, mentre è noto che in ambito di pagamento con surrogazione l'art. 1205 c.c.

¹⁷³ In ordine alla sussistenza di un diritto dell'assicuratore alla ripetizione di ciò che l'assicurato avesse percepito, successivamente alla corresponsione dell'indennizzo, dal terzo danneggiante cfr. C. SANTAGATA, *op. cit.*, 1112.

¹⁷⁴ Così V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 206.

¹⁷⁵ Il fenomeno della *surrogazione parziale* è stato affrontato anche in tema di contratto di assicurazione. Allorquando l'assicuratore avesse risarcito all'assicurato solo una parte del danno, il primo avrebbe concorso con il secondo nel diritto verso il terzo in proporzione del rispettivo interesse, salvo diverso accordo, e ciò pur in assenza di alcuna solidarietà attiva tra i due creditori verso il debitore terzo; creditori che avrebbero potuto quindi agire verso il danneggiante solo per la propria parte di credito. In questi termini v. A. FIORANTINO, *op. cit.*, 136.

dispone che in caso di adempimento per l'appunto parziale il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto loro spettante, salvo diverso accordo¹⁷⁶, nessuna specifica norma è direttamente rinvenibile nella vicenda surrogatoria dell'assicuratore. A tal proposito, benché non sia mancato chi abbia comunque esteso la disposizione in esame al contratto di assicurazione¹⁷⁷, chi scrive ritiene invero maggiormente convincente aderire all'opposto orientamento che esclude il ricorso in ambito assicurativo – e conseguentemente, in forza della transtipicità della norma, anche alla fattispecie dello sconto – ad una siffatta disposizione, sul presupposto, poc'anzi raggiunto, che l'art. 1916 c.c. non costituisce una ipotesi di surrogazione per pagamento di cui al Libro IV del Codice civile, Titolo I, Capo II, Sezione II. Ciò nondimeno nulla esclude che anche nella vicenda in esame vi possano essere casi di *surroga parziale* ai quali dovrebbe trovare applicazione il dettato di cui al primo comma dell'art. 1916 c.c. il quale testualmente dispone che l'assicuratore – nel nostro caso lo scontatario – che abbia pagato l'indennità all'assicurato – vale a dire lo scontatore – è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennità stessa, nei diritti di quest'ultimo verso i terzi responsabili ovvero il debitore ceduto, per quanto qui interessa.

A tal proposito risulta quindi dirimente comprendere quale sia l'esatto significato da attribuire alla locuzione *fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennità* e con quali modalità essa operi non solo nell'assicurazione ma, in forza della più volte richiamata natura transtipica, anche e soprattutto, in base al presente studio, nel contratto di sconto. Sennonché la *ratio* che viene in considerazione pare del tutto analoga a quella individuata con riferimento all'art. 1205 c.c.: il creditore originario – vale a dire lo scontatore-assicurato – non avrebbe ragioni di pretendere di essere preferito nel soddisfacimento rispetto al

¹⁷⁶ Che ha ad oggetto l'attribuzione di una preferenza al creditore o al terzo surrogato. Così A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1529 e 1530; accordo derogativo che poteva essere sottoscritto – a giudizio di B. CARPINO, *op. ult. cit.*, 139 – sia prima che avvenisse la surrogazione sia dopo.

Per completezza, corre l'obbligo di precisare come sull'argomento C.A. CANNATA, M. PROSPERETTI, G. VISINTINI, *L'adempimento delle obbligazioni*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1984, 122, abbiano affermato che la norma *de qua* avrebbe presentato taluni profili comuni con l'azione di regresso del *solvens* coobbligato solidale, in quanto l'art. 1205 c.c. – nel limitare la surrogazione al *quantum* corrisposto dal *solvens* – avrebbe racchiuso una vicenda del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 1299 c.c. che disciplinava il regresso tra condebitori.

¹⁷⁷ V. A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 479 e 480, il quale aveva osservato – rifacendosi al disposto dell'art. 1205 c.c. – come l'assicuratore si surrogasse all'assicurato proporzionalmente a quanto corrispostogli, qualora il primo non avesse integralmente risarcito il danno nei casi disciplinati *ex art.* 1893 e 1898 c.c., e come, nell'ipotesi in cui il credito nei confronti del danneggiante fosse inferiore al danno oppure i beni del debitore non fossero capienti per adempiere, l'assicurato e l'assicuratore concorressero nei confronti del terzo in proporzione di quanto gli era dovuto, salvo diverso patto di preferenza verso l'uno o l'altro.

creditore che si surroga – *id est* lo scontatario-assicuratore – con la conseguenza che entrambi hanno pari diritto di concorrere nei confronti del debitore ceduto-danneggiante senza che questi proceda a soddisfare gli stessi secondo un particolare ordine assegnato dalla legge. In altri termini poiché oggetto della surrogazione *ex art.* 1916 c.c. sono i diritti dello scontatore nei limiti dell'importo pagato dallo scontatario¹⁷⁸, risulta evidente che se quest'ultimo non corrisponda integralmente l'indennizzo e pertanto copra solo una parte del danno, il primo potrà agire per il residuo verso il debitore ceduto. Tale norma appare dunque individuare il limite massimo della surrogazione, soglia quest'ultima che si incontra nel *quantum* della indennità corrisposta dallo scontatario¹⁷⁹.

In definitiva, quindi, l'obbligo che incombe sul debitore ceduto di risarcire il danno a seguito del mancato adempimento alla scadenza non viene meno per effetto del pagamento dell'indennizzo da parte dello scontatario ed il primo resta conseguentemente a tutti gli effetti obbligato alla prestazione risarcitoria. Se la surroga *ex art.* 1916 c.c. è in grado di immettere *ex lege* lo scontatario nei diritti vantati dallo scontatore verso il terzo debitore ceduto, lo è proprio in quanto il pagamento dell'indennizzo non può avere efficacia estintiva del diritto di credito al risarcimento del danno, tant'è che ci si dovrebbe tutt'al più interrogare sul come potrebbe mai averla. In conclusione, pertanto, la diversità delle fattispecie di surrogazione disciplinate nel nostro ordinamento giuridico – in particolare quella sussistente tra la surrogazione per pagamento e la surrogazione dell'assicuratore – non impedisce che si verifichi in ambedue le vicende un effetto sostitutivo. A tal proposito ciò che in entrambi i fenomeni si riscontra e rileva ai fini di detto effetto non è il presupposto del fenomeno surrogatorio – il pagamento da parte del *solvens* per un debito altrui nella prima delle due suddette circostanze ovvero il pagamento dello scontatario-assicuratore di un debito proprio nella seconda – ma il risultato finale a cui il medesimo effetto tende, vale a dire permettere al soggetto interessato – *solvens* o scontatario-assicuratore che sia – di realizzare il *su-*

¹⁷⁸ In tema di assicurazione v. in tal senso A. ALIBRANDI, *Aspetti problematici della surrogazione assicurativa*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1999, 200; nonché A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, IV ed., Bari, Cacucci, 2000, 176.

¹⁷⁹ Con riguardo alla vicenda assicurativa v., in termini sostanzialmente analoghi, A. GENOVESE, *op. cit.*, 26 e 27. Sempre in ambito assicurativo tracce analoghe paiono pure riscontrarsi nella giurisprudenza. V., in proposito, Cass., 25 gennaio 2018, n. 1834, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*, laddove statuisce che la sostituzione del titolare di una posizione soggettiva che si verifica nella surrogazione è fondata sul diritto del surrogante in ragione del corrispettivo che è obbligato a versare e che ciò non può avvenire per un importo superiore a quello che egli sia tenuto a pagare. Anche per Cass., 23 maggio 1996, n. 4755, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 763, e Cass., 27 aprile 1995, n. 4642, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 910, la surrogazione trovava limite nella somma che il terzo doveva in concreto corrispondere al danneggiato per il risarcimento del danno.

bingresso nei diritti di un altro soggetto attraverso un meccanismo che produce un risultato del genere pur a fronte di due fattispecie in origine differenti, essendo, pertanto, irrilevante la ragione per la quale tale fenomeno opera: l'avvenuto pagamento di un debito altrui (surrogazione per pagamento) ovvero di un debito proprio ma per realizzare un più generale principio indennitario (surrogazione assicurativa). In definitiva, se di surrogazione si vuole parlare anche con riferimento all'art. 1916 c.c., non si può che incentrare l'attenzione sugli effetti finali che il fenomeno determina, ossia la sostituzione di un soggetto ad un altro in un determinato rapporto obbligatorio, dovendosi, tuttavia, prescindere dal fatto giuridico che origina detto subingresso, che resta del tutto differente rispetto a quello che caratterizza il più generale istituto della surrogazione per pagamento. Il che significa che, sotto il profilo dogmatico, la vicenda di cui all'art. 1916 c.c. è profondamente diversa rispetto a quella disciplinata negli artt. 1201 ss., mentre con riguardo ai risultati finali in entrambe le circostanze l'effetto che si produce è comune: il subingresso di chi paga in un rapporto giuridico al fine di permettere al medesimo l'esercizio di un diritto di credito sebbene ciò si fondi su presupposti alquanto differenti.

§ IV.10. – *Il trasferimento ope legis allo scontatario del diritto di credito dello scontatore nei confronti del debitore ceduto*

In aggiunta alla qualificazione giuridica della surroga è bene interrogarsi anche sul momento della sua efficacia ed in particolare se essa debba farsi risalire in corrispondenza del pagamento dell'indennità ovvero se la stessa presupponga una successiva manifestazione di volontà dello scontatario diretta ad avvalersene. Il tema non è di facile soluzione e da tempo ha caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, nell'ambito del contratto di assicurazione, laddove, pur con qualche oscillazione, l'indirizzo prevalente in letteratura è giunto a rigettare la tesi che la surrogazione possa essere immediatamente efficace con il pagamento dell'indennità, essendo necessaria una manifestazione di volontà in ordine all'esercizio di un siffatto diritto¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Così L. BUTTARO, *op. cit.*, 517. Conf. R. MICCIO, *op. et loc. supra cit.* Parrebbe implicitamente aver aderito al suddetto orientamento A. GENOVESE, *op. cit.*, 25, laddove si era espresso in termini di «non equivoco» esercizio del diritto potestativo di surrogazione. Ancor prima anche G. ANDREOLI, *op. ult. cit.*, 1102 ss., ed in particolare 1119 ss., aveva affermato come non fosse automatica, a seguito del pagamento dell'indennità, la surrogazione nei diritti dell'assicurato nei confronti del terzo, dovendosi quel «subentrare» leggersi in termini di diritto potestativo di «poter subentrare».

Successivamente, nel senso del testo cfr., inoltre, A. LA TORRE, *op. cit.*, 352 e 360; nonché G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, V, in *Trattato di diritto*

Anche l'orientamento giurisprudenziale maggioritario subordina il perfezionamento dell'evento surrogatorio all'avvenuta richiesta ai terzi responsabili di volersene avvalere¹⁸¹. A favore della circostanza che la surrogazione opererebbe nel momento in cui l'assicuratore comunicasse al danneggiante, avendo provveduto al pagamento dell'indennità, di surrogarsi nei diritti dell'assicurato, militerebbe il fatto che la volontà di surroga rientrerebbe nella disponibilità dei soggetti coinvolti, così abbandonandosi definitivamente ogni legame che permetterebbe di agganciare la surrogazione assicurativa allo schema di una sostituzione *ope legis ex art. 1203 c.c.*¹⁸². Qualora si ritenesse corretto aderire alla tesi secondo la quale la surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. costituirebbe un diritto potestativo sarebbe, infatti, gioco forza concludere che l'esercizio del medesimo dovrebbe essere inequivocabilmente manifestato da parte dell'assicuratore nei confronti del terzo responsabile. In considerazione del fenomeno disciplinato *ex art. 1916 c.c.* – ed in particolare nel terzo comma di esso – l'assicuratore sarebbe legittimato – e, pertanto, avrebbe diritto – a succedere a titolo particolare nei diritti vantati dall'assicurato nei confronti del danneggiante attraverso il concorso di due elementi: l'avvenuto pagamento dell'indennità assicurativa – che può essere provata producendo la quietanza di pagamento completa degli elementi identificativi del contratto di assicurazione e del danno risarcito¹⁸³ – ed il proposito dell'assicuratore stesso di voler-

to privato, diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, UTET, 1985, 125. Pure A. BOGLIONE, *op. cit.*, 490, 491 e 494 – riportando un principio statuito dagli Ermellini in Cass., 26 maggio 1994, n. 5165, in *Arch. giur. circ.*, 1994, 947 ss. e Cass., 25 gennaio 1991, n. 757, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Assicurazione (contratto)*, 212, n. 123 – ha osservato come la surroga *ex art. 1916 c.c.* avvenisse allorché l'assicuratore comunicava al danneggiante di corrispondergli quanto dal primo versato a favore del danneggiato a titolo di indennità; comunicazione che, a giudizio dell'Autore, poteva anche essere indirizzata al danneggiante attraverso una costituzione in mora. Ha inoltre apprezzato l'orientamento giurisprudenziale che imponeva la *denunciatio* dell'assicuratore V. FERRARI, *op. cit.*, 31 e 32.

¹⁸¹ Così Cass., 23 ottobre 1954, n. 4019, cit.; Cass., 7 luglio 1960, n. 1794, in *Giust. civ.*, 1961, I, 118; Cass., 10 giugno 1982, n. 3513, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1282 ss.; Cass., 21 agosto 1985, n. 4473, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 150 ss.; Cass., 6 giugno 1987, n. 4984, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 1428; Cass., 1° settembre 1987, n. 7154, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 2080 ss.; Cass., 27 novembre 1989, n. 5146, cit.; Cass., 25 gennaio 1991, n. 757, cit.; Cass., 26 maggio 1994, n. 5165, cit.; Cass., 16 novembre 1994, n. 9693, cit.; Cass., 22 febbraio 1995, n. 1997, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2044; Cass., 11 ottobre 1995, n. 10597, cit.; Cass., 25 marzo 2002, n. 4211, in *Giust. civ.*, 2002, I, 910 ss.; Cass., 19 agosto 2003, n. 12101, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1549; Cass., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Assicurazioni*, 2005, 10 ss.; Cass., 6 dicembre 2004, n. 22883, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2792; Cass., 17 maggio 2007, n. 11457, cit.; Cass., 23 novembre 2017, n. 27869, cit.; Cass., 20 febbraio 2018, n. 4021, in *Guida dir.*, 2018, 17, 31, e in *www.dejure.it*; Cass., 9 luglio 2018, n. 18016, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*.

¹⁸² A tal proposito A. LA TORRE, *op. cit.*, 350, 357 e 358, pare non aver aderito alla teoria dell'automaticità sul presupposto del dettato del terzo comma dell'art. 1916 c.c. disciplinante il diritto potestativo dell'assicuratore di surrogarsi nei diritti dell'assicurato, da intendersi diversamente rispetto alla circostanza che l'assicuratore fosse surrogato per il solo fatto di avere pagato l'indennità.

¹⁸³ V. Cass., 26 giugno 1998, n. 6338, in *Danno resp.*, 1999, 53, con nota di A. PALMIERI, *Il pagamento del terzo trasportato e la "doppia" surrogazione dell'assicuratore*; Cass., 3 febbraio 1999, n. 919, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 246. *Contra* la recente Cass., 20 febbraio 2018, n. 4021,

si avvalere di tale facoltà mediante comunicazione al terzo¹⁸⁴, la quale potrà avvenire in qualsiasi forma anche attraverso citazione in giudizio¹⁸⁵ ovvero, per economia processuale, nell'ambito di un diverso contenzioso avvalendosi della chiamata in causa del terzo¹⁸⁶. Detto diversamente, dal dettato del terzo comma dell'art. 1916 c.c. emergerebbe come surrogarsi all'assicurato nella posizione che questi vanta verso il terzo danneggiante consisterebbe in un diritto potestativo dell'assicuratore stesso che, a giudizio di taluni, qualora effettivamente esercitato tramite specifica dichiarazione di volersene avvalere, consentirebbe al medesimo di trasferire a sé il diritto dell'assicurato¹⁸⁷. Sotto questo profilo, seppure possa apparire che il Codice civile abbia destinato l'articolo in esame a disciplinare il lato esterno della surroga ossia il rapporto tra assicuratore e terzo danneggiante, lasciando il lato interno che investe la relazione tra assicuratore e assicurato – ad eccezione del disposto di cui al terzo comma dell'art. 1916 c.c. – sullo sfondo, in realtà l'ordinamento giuridico riserverebbe invece proprio a quest'ultimo il ruolo di presupposto all'origine del subingresso stesso, tanto da aver introdotto in tal modo un vero e proprio diritto potestativo di surrogazione in capo a colui che lo esercita, indirizzato a sostituire lo stesso all'assicurato nel rapporto di danneggiamento che si è instaurato tra il terzo danneggiante e quest'ultimo¹⁸⁸.

La sistemazione concettuale a cui sono giunte la prevalente dottrina e la giurisprudenza maggioritaria non è però del tutto soddisfacente. Le obiezioni mosse alla tesi che propende per l'automaticità dell'effetto non appaiono insuperabili. L'impressione che si ricava dall'interpretazione sistematica delle disposizioni in esame è che la successione nel credito si verifichi invero nel momento del pagamento dell'indennità da parte dell'assicuratore¹⁸⁹. Diviene così automati-

cit., per la quale il diritto di esercitare la surrogazione sussisterebbe indipendentemente dall'esibizione della quietanza di pagamento laddove quest'ultimo non sia stato adeguatamente contestato.

¹⁸⁴ V. Cass., 25 marzo 2002, n. 4211, cit.

¹⁸⁵ Cfr., nuovamente, Cass., 25 marzo 2002, n. 4211, cit. Conf. Cass., 19 luglio 2004, n. 13342, in *Giur. comm.*, 2005, II, 594 ss., con nota di P. CORRIAS, *Surroga assicurativa e sentenza condizionale*.

¹⁸⁶ Il rinvio è a Cass., 19 luglio 2018, n. 19320, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, online.

¹⁸⁷ Ancora G. ANDREOLI, *Note in tema di regresso e di surrogazione del fidejussore*, in AA.Vv., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, Giuffrè, 1980, 73 e 74; IDEM, *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, cit., 1120 ss.

¹⁸⁸ Cfr. A. GENOVESE, *op. cit.*, 21 ss.

¹⁸⁹ V. in tal senso sull'argomento A. DONATI, *op. ult. cit.*, 469 ss., specialmente 472, secondo il quale la surrogazione dell'assicuratore, essendo prevista *ex lege*, avrebbe operato senza necessità di una espressa volontà dell'interessato; E. BETTI, *op. ult. cit.*, 62 e 63, laddove avrebbe limitato invero la mancata automaticità a fattispecie di surroga particolari diverse da quelle di cui all'art. 1203, n. 3, c.c.; O. BUCCISANO, *op. cit.*, 73; C. SANTAGATA, *op. cit.*, 1109, 1110, 1204, 1225 ss., per il quale il subingresso sarebbe stato automatico sul presupposto che, sotto l'angolo di prospettiva sistematica, non sarebbe stato ammissibile che ciò non avvenisse, come si riscontrava nelle varie ipotesi in cui si prevedeva nell'ordinamento

co, in ragione dell'avvenuto pagamento dell'indennità, il passaggio in capo a questi dei diritti nei confronti del danneggiante¹⁹⁰. La tesi della automaticità trova, infatti, appoggio non solo nella formula letterale dell'espressione «è surrogato» di cui al primo comma dell'art. 1916 c.c. che alluderebbe al compiersi della successione appena l'assicuratore – ovvero nel caso che ci occupa lo scontatario – pagasse l'indennità, ma anche in una serie di ulteriori considerazioni. Né vale a sconfessare la conclusione testé raggiunta la successiva formulazione di cui al comma 3 del medesimo articolo in cui il legislatore si esprime parlando di «diritto di surrogazione», posto che non si può qui non convenire con chi ha precisato che detta locuzione equivale a «diritto derivante dalla surrogazione» e non a «diritto a provocare la surrogazione»¹⁹¹.

Volendo affrontare più da vicino il tema del contratto di sconto – tenendo inoltre presente che le considerazioni che seguono ben possono essere estese anche alla fattispecie del contratto di assicurazione – corre l'obbligo di osservare, infatti, che se la surrogazione non avvenisse automaticamente per effetto del pagamento dello scontatario, quest'ultimo rischierebbe di perdere il diritto di agire nei confronti del debitore ceduto qualora questi nel frattempo desse corso al pagamento di quanto dovuto allo scontatore. Diversamente, se in una siffatta situazione lo scontatario non perde il diritto di agire nei confronti del debitore ceduto è perché la surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. si è nel frattempo perfezionata essendo intervenuta automaticamente a seguito del semplice pagamento dell'indennizzo. In altri termini, solo un meccanismo surrogatorio automatico e immediato è in grado di giustificare, nonostante il pagamento del debitore ceduto allo scontatore, la sussistenza in capo allo scontatario del diritto di pretendere la somma dal debitore ceduto. Costituirebbe, infatti, pagamento al creditore apparente idoneo a liberare l'obligato la vicenda che veda il debitore ceduto adempiere nei confronti dello scontatore dopo che questi abbia percepito l'indennizzo, e ciò in considerazione della circostanza che la surrogazione si è verificata *ipso iure* senza necessità di alcuna intimazione al terzo da parte dello scontatario. In una siffatta situazione,

giuridico il subingresso nella titolarità di un credito. Sostanzialmente in linea con Santagata era pure N. GASPERONI, *op. cit.*, 626, secondo il quale, una volta intervenuto il pagamento dell'indennizzo, non vi sarebbe stata giustificazione alcuna idonea a legittimare l'attesa dell'esercizio da parte dell'assicuratore del diritto vantato dall'assicurato nei confronti del responsabile del danno.

La conclusione è in linea con quanto affermato anche in tema di surrogazione per pagamento. Per taluni ragguagli bibliografici su quest'ultimo argomento v. B. CARPINO, *op. ult. cit.*, 67 ss.; nonché C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in IDEM, *Diritto civile*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, 360.

Conf., in giurisprudenza, quanto alla surrogazione di cui all'art. 1203, n. 3, c.c. Cass., 24 novembre 1981, n. 6240, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 2219.

¹⁹⁰ V. N. GASPERONI, *op. cit.*, 625.

¹⁹¹ C. SANTAGATA, *op. cit.*, 1109, in testo ed in nt. 13.

tuttavia, lo scontatore che riscuota la somma di denaro dovuta dal debitore ceduto sarebbe comunque tenuto – in forza del disposto di cui all'art. 1189, comma 2, c.c. – a restituire allo scontatario medesimo – quale vero creditore – il pagamento ricevuto nel rispetto delle norme stabilite in tema ripetizione dell'indebito¹⁹².

L'indirizzo qui accolto dell'immediata efficacia della surrogazione è stato di recente fatto proprio, in tema di contratto di assicurazione, dal Supremo Collegio anche se per la verità solo in parte motiva¹⁹³ il quale ha statuito come l'art. 1916, primo comma, c.c. impedisca che il subentro sia rimesso alla disponibilità dell'assicuratore e colleghi il prodursi della vicenda successiva automaticamente alla corresponsione dell'indennità assicurativa, e ciò sul presupposto che la perdita del diritto verso il terzo responsabile da parte dell'assicurato e l'acquisto da parte dell'assicuratore sono effetti interdipendenti e contemporanei basati sul medesimo fatto giuridico previsto dalla legge, ossia il pagamento dell'indennità assicurativa. Secondo l'apprezzamento delle Sezioni Unite, la realizzazione *ipso facto* della successione a titolo particolare costituirebbe una soluzione maggiormente in linea con la *ratio* della surrogazione dell'assicuratore, poiché è attraverso il meccanismo dell'automaticità che il legislatore, in ossequio al principio indennitario, ha inteso impedire la possibilità per l'assicurato-danneggiato di agire per l'intero nei confronti del terzo responsabile una volta ricevuto l'indennizzo da parte del primo¹⁹⁴.

La dottrina si è, infatti, a lungo interrogata se effettivamente detta surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. costituisca un'applicazione del principio indennitario volto ad evitare un indebito arricchimento dell'assicurato il quale, in assenza di una siffatta disposizione, potrebbe conseguire il risarcimento per il medesimo danno tanto dal danneggiante quanto dall'assicuratore. A tal proposito una risposta affermativa è pervenuta da quella parte della letteratura che ha riconosciuto nella *ratio* della disposizione in rassegna la neutralizzazione della possibilità che l'assicurato possa essere indennizzato due volte per lo stesso danno in modo tale da evitare un suo indebito arricchimento¹⁹⁵, come pure dell'eventualità di un vantaggio conseguibile dal

¹⁹² Ad analoghe conclusioni era giunto in tema di assicurazione, E. FAVARA, *op. cit.*, 209.

¹⁹³ V., Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit. Conf. Cass., 1° ottobre 2019, n. 24509, in *Dir. giust. online*, 2019, che richiama espressamente la precedente decisione delle Sezioni Unite.

¹⁹⁴ Così Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, cit.

¹⁹⁵ V. A. DONATI, *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, cit., 180 e 181; A. FIORENTINO, *op. cit.*, 133; F. MINERBI, *op. cit.*, 281. Più recentemente cfr. pure M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, 69, 70 e 71; nonché E. VINCENZI, *La dottrina in dialogo con la giurisprudenza: il pensiero di Pietro Trimarchi in taluni orientamenti della Cassazione civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1401. Anche F. SARTORI, *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in

terzo responsabile, che invero risponde della propria condotta¹⁹⁶. Pare così fondatamente derivarne che la surrogazione *ex art.* 1916 c.c. consiste in una totale applicazione del *principio indennitario* secondo cui, peraltro, vengono trasferiti all'assicuratore i medesimi diritti che vanta l'assicurato nei confronti del danneggiante¹⁹⁷, potendo la stessa operare in ogni fattispecie di assicurazione contro i danni ove sia ravvisabile la responsabilità di un terzo retta da tale principio¹⁹⁸. Quest'ultimo implica, infatti, che l'assicurato non ottenga a seguito dell'intervenuto sinistro, in forza dell'assicurazione, una «situazione migliore» rispetto a quella che avrebbe avuto in assenza del medesimo, individuandosi il suo fondamento nel presupposto di evitare che detto soggetto possa lucrare sull'assicurazione contro i danni, mentre l'indebito ar-

Giust. civ., 2019, 828, si esprime in termini di «incompatibilità ontologica» tra la surrogazione e il cumulo di indennizzo e risarcimento.

Più in generale hanno ritenuto che l'intera disciplina del contratto di assicurazione contro i danni sia retta dal principio indennitario F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 190, che aveva definito lo stesso «un contratto di indennità [...] o di risarcimento» con la conseguenza che il risarcimento del danno non poteva essere visto dall'assicurato come un'occasione di lucro; G. SCALFI, *op. ult. cit.*, 13 e 28; V. FERRARI, *op. cit.*, 27, 30 e 31. Che la funzione indennitaria delle assicurazioni contro i danni non fosse in discussione è stato espresso anche da L. LEPIANE, *La controversa natura del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 106. Tra gli interventi più recenti v. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015, 152.

In giurisprudenza cfr., con riferimento a peculiari casistiche, Cass., 5 agosto 2010, n. 18181, in *Giust. civ.*, 2011, 684, che tratta in particolare della rivalsa, la quale non può superare la somma dovuta dal responsabile del danno per effetto del concorso di colpa dell'assicurato; Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Foro it.*, 2014, I, 2064 ss., con osservazioni di R. Pardolesi, la quale ribadisce la funzione di escludere il cumulo di indennizzo e risarcimento del danno svolta dall'art. 1916 c.c.; Cass., 5 novembre 2020, n. 24633, *cit.*, che sancisce l'illegittimità di ottenere un risarcimento superiore a quello sofferto, in modo tale che le somme liquidate al danneggiato a titolo di rendita per l'invalidità civile devono essere detratte dal *quantum* dovuto dal responsabile del danno.

¹⁹⁶ Aspetto questo fatto proprio dalla letteratura tanto in epoca remota quanto più di recente. In questi termini cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, rispettivamente A. BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano*, III, *Le obbligazioni*, II, *Dei sinistri marittimi e dell'assicurazione*, Torino, UTET, 1938, 820, in tema di assicurazione marittima e M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, 69, 70 e 71, che afferma come nessun lucro possa essere conseguito dal terzo danneggiante per effetto della stipula del contratto di assicurazione.

¹⁹⁷ Per completezza si osservi, tuttavia, come, in passato parte della dottrina fosse giunta a negare che l'art. 1916 c.c. costituisse un'applicazione del principio indennitario sul presupposto che l'indennizzo veniva corrisposto all'assicurato a fronte dei premi assicurativi versati. Così si era espresso V. SALANDRA, *op. cit.*, 345 e 346, che inoltre aveva osservato come il fondamento della norma in commento si cristallizzasse nella sostituzione che avveniva da parte dell'assicuratore nella sfera patrimoniale dell'assicurato. L'indirizzo era ripreso da G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 124, la quale reputava che la surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. costituisse non l'applicazione del principio indennitario ma una scelta di politica legislativa. In termini dubitativi circa l'applicabilità di detto principio stante il diverso titolo a fondamento della pretesa dell'indennizzo assicurativo e del risarcimento del danno v., più di recente, anche A. ANTONUCCI, *op. cit.*, 178 ss.

Particolare è, invece, la posizione di U. Izzo, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti)*, Atto III, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 422 e 423, il quale finisce per criticare il principio in argomento poiché a suo avviso esso risulta contraddetto dalla prassi negoziale che vede derogare al diritto dell'assicuratore verso il danneggiante che discende dall'art. 1916 c.c.

¹⁹⁸ V. A. DONATI, *op. ult. cit.*, 181.

ricchimento del danneggiante appare *motivo di retroguardia* rispetto al principio indennitario e alla sua tutela¹⁹⁹. La *ratio* dell'esercizio del diritto di surrogazione risiede, infatti, nella necessità di scongiurare un indebito arricchimento del danneggiato. La suddetta norma, nel disporre che l'assicuratore che abbia pagato l'indennità all'assicurato sia surrogato, fino a concorrenza del proprio atto di estinzione dell'obbligazione, nei diritti dell'assicurato verso il terzo danneggiante, si erige quale evidente applicazione del principio indennitario²⁰⁰. Più precisamente, la sua funzione è ravvisabile tanto in questo quanto nella regola sulla responsabilità del danneggiante a risarcire il danno: l'ordinamento vuole così scongiurare che l'assicurato ottenga un vantaggio dal contratto di assicurazione cumulando l'indennizzo assicurativo e il risarcimento del danno dal terzo responsabile, procurandosi indebitamente una somma maggiore rispetto alla perdita subita per effetto del danno prodotto²⁰¹.

La conclusione merita accoglimento. La formula «è surrogato» di cui all'art. 1916 c.c. equivale a «subentra» e non a «ha diritto di subentrare» e la successione si perfeziona dunque *ipso facto* al momento del pagamento dell'indennizzo, non potendosi leggere come «ha il potere di subentrare». Il subingresso è automatico ed immediato non appena lo scontatario abbia pagato l'indennizzo e non realizza un diritto. Diversamente ragionando, volendo attribuire alla surrogazione un effetto differito al momento in cui lo scontatario manifesta la propria volontà di volersene avvalere, il principio indennitario – perfettamente estendibile anche al contratto di sconto non potendosi concepire che lo scontatore possa cumulare l'incasso del credito dal debitore ceduto all'indennizzo – finirebbe per essere incrinato da una eventuale tardività dello scontatario nell'attivarsi per la surrogazione. Né sarebbe immaginabile che un siffatto problema possa essere risolto attraverso un'efficacia della surrogazione risolutivamente condizionata alla mancata manifestazione dell'interessato di volersene avvalere. Poiché il pagamento dell'indennità comporta il trasferimento *ope legis* allo scontatario dei diritti dello scontatore contro il terzo debitore ceduto, deve infatti escludersi, nel silenzio della legge, una retrocessione di tali di-

¹⁹⁹ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., 461, 465 e 470.

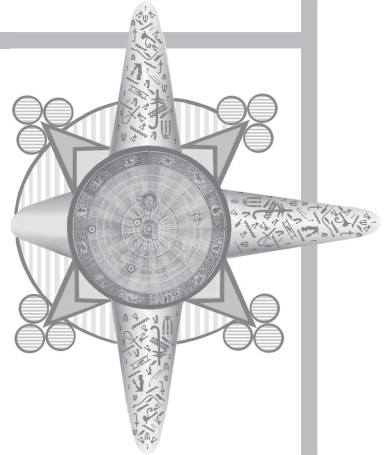
²⁰⁰ V. L. LOCATELLI, *L'assicurazione contro i danni*, in M. FRANZONI (a cura di), in *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016, 41, il quale non manca di precisare che, se da un lato Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Giust. civ.*, 2002, 1, 1817, ha per l'appunto statuito che la surrogazione disciplinata dall'art. 1916 c.c. rappresentava una evidente applicazione del principio indennitario poiché impediva all'assicurato di cumulare l'indennizzo dovuto dall'assicuratore e il risarcimento del danno da parte del danneggiante, dall'altro ricorda come per Cass., 6 dicembre 2004, n. 22883, cit., non fosse pacifico se essa avesse il fine di evitare che il danneggiato potesse conseguire un indennizzo doppio ovvero se fosse espressione del principio di responsabilità che impediva al terzo danneggiante di avvantaggiarsi dell'assicurazione.

²⁰¹ V. ancora L. LOCATELLI, *op. cit.*, 61 e 62.

ritti alla banca per il solo fatto che il cliente si astiene dall'esercitarli. Non potrebbe neppure accogliersi una diversa conclusione basata sulla considerazione che, se vi fosse l'automaticità nel subentro e lo scontatario rinunciasse a pretendere quanto dovuto allo scontatore dal debito ceduto, quest'ultimo otterrebbe un vantaggio. Il fatto che ciò possa avvenire non discende da un difetto di funzionamento del meccanismo surrogatorio o da una imperfezione del medesimo ma dalla circostanza che il diritto di credito è pur sempre un diritto disponibile a prescindere dall'avvenuta sostituzione di un soggetto ad un altro nella posizione creditoria del rapporto giuridico.

In definitiva, pertanto, appare dunque evidente come lo scontatario possa rivolgersi direttamente al debitore ceduto in qualsiasi momento invocando il diritto di cui all'art. 1916 c.c. che consente, in corrispondenza del pagamento dell'indennizzo, il suo subingresso nei diritti vantati dallo scontatore. L'effetto giuridico surrogatorio si produce, quindi, automaticamente per il solo fatto che si verifica la situazione prevista dalla legge e, pertanto, contestualmente al pagamento dell'indennizzo, non essendovi valide ragioni per ritardare una siffatta successione.

V. La struttura della clausola *pro solvendo* e le differenze con lo sconto bancario



1. *Premessa: cenni sulla nozione di insolvenza civilistica*
2. *La mancata solvenza del debitore ceduto e le differenze con l'evento che nello sconto bancario origina l'indennizzo*
3. *Lo scioglimento del contratto e il rigetto della struttura della garanzia pura*
4. (segue) *Le ragioni alla base della scelta del legislatore di rinunciare a concedere allo scontatore un rimedio risolutorio*
5. *La confutazione della sussistenza in capo al cedente di una obbligazione avente ad oggetto una prestazione di fare nonché di una responsabilità precontrattuale*
6. *Il ricorso alla categoria degli obblighi di protezione quale vincolo obbligatorio sprovvisto di prestazione*
7. *Il dovere di protezione e la realizzazione del programma negoziale*
8. *La scelta del cedente in ordine al diritto di credito da trasferire e le conseguenze in termini di responsabilità*
9. *La clausola pro solvendo quale fattispecie di responsabilità oggettiva*
10. *I limiti entro i quali sussiste la responsabilità oggettiva del cedente*

§ V.1. – Premessa: cenni sulla nozione di insolvenza civilistica

Prima di compiere una doverosa indagine volta a comprendere le ragioni del perché la clausola *pro solvendo* non possa essere parificata, sotto il profilo della struttura e dei conseguenti effetti che la medesima produce, al precetto contenuto nella locuzione *salvo buon fine* di cui allo sconto bancario – aspetto questo che costituisce il punto centrale dell'intero capitolo in rassegna – è bene soffermarsi sul significato letterale della formula *garanzia della solvenza del debitore* racchiusa nell'art. 1267, comma 1, c.c. A tal proposito, nonostante sia comune l'idea che sussista una perfetta equivalenza tra i due suddetti concetti¹, l'impressione che si ricava sulla base del disposto degli artt. 1267 e 1858 c.c. è, invece, a sommosso avviso di chi scrive, tutt'altra.

Tuttavia, prima di addentrarsi in una siffatta problematica, si rende necessario chiarire se la mancata solvenza del debitore ceduto di cui alla pattuizione *pro solvendo* debba essere o meno identificata con lo stato di insolvenza dettato dalla legge fallimentare. Il problema preliminare da affrontare è, infatti, quello di comprendere se la solvenza di cui è chiamato a rispondere il cedente sia collegata alla nozione di *insolvenza* presente in altre norme del Codice civile e, a sua volta, se quest'ultima possa essere desunta mutuando semplicemente i risultati raggiunti dalla letteratura concorsuale, sul presupposto che unico sia il concetto, in quanto necessariamente coincidente, oppure se diversamente tra l'insolvenza nel diritto civile e quella elevata a presupposto oggettivo delle procedure concorsuali sussista una certa distinzione pur non mancando punti di contatto.

Ad onore del vero la disputa ha origini lontane. Già con riferimento all'art. 1176 del vecchio Codice civile, l'insolvenza del non com-

¹ Sul tema cfr. per la dottrina più vetusta S. SOTGIA, *Dei contratti bancari*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte II, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1949, 186, laddove, nell'affermare che nello sconto la cessione avveniva *pro solvendo* comportando la responsabilità dello scontatario verso lo scontatore della garanzia dell'esistenza del credito e dell'esigibilità del medesimo, implicitamente aveva assimilato il precetto di cui all'art. 1858 c.c. a quello disciplinato dall'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. Nel senso del testo v. pure G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, 78 ss. Anche nel pensiero di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, Milano, Giuffrè, 1959, 255, si coglieva la considerazione secondo cui, se il cedente con clausola espressa di *salvo buon fine* o *salvo incasso* si fosse assunto la garanzia della solvenza del debitore, si sarebbe profilata la figura della cessione *pro solvendo* di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. Hanno inoltre più di recente aderito all'orientamento che accomunava il fenomeno della cessione ex art. 1267 c.c. agli schemi negoziali che prevedono la clausola *salvo incasso* (artt. 1829 e 1857 c.c.) o quella *salvo buon fine* (art. 1858 c.c.) G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984, 333 e 334; A. FRIGNANI, *Quando il legislatore affronta il factoring (D.d.l. Lipari, progetto Unidroit)*, in *Resp. civ. prev.*, 1988, 634; G. MOLLE, L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2005, 199; nonché P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, 179, che nell'affermare ciò si è conformato alle considerazioni già svolte da A.A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988, 327.

mercante era stata rinvenuta nella condizione del patrimonio in cui l'attivo non riusciva a coprire il passivo, identificandosi invece quella rilevante ai fini del fallimento nella cessazione dei pagamenti². Anche per buona parte dei primi decenni successivi all'introduzione dell'attuale disciplina codicistica il giurista italiano ha coltivato il legame con il precedente pensiero che aveva ispirato i primi contributi in materia, dibattendolo a lungo sui concetti di insolvenza e insolvibilità. In particolare è stato sostenuto come, mentre l'insolvibilità delineava la situazione in cui si veniva a trovare il debitore che non poteva pagare, anche se avesse voluto – affondando essa le proprie radici in una condizione oggettiva del patrimonio idonea ad indicare l'inefficienza di quest'ultimo a far sì che il suo titolare rispondesse – l'insolvenza andava invece intesa come un contegno obiettivo del debitore di non pagare a prescindere dalle ragioni di tale omissione e dalla volontà del soggetto, trattandosi dunque di attributo riferibile all'obbligato³. La suddetta tesi era stata, in un primo tempo, per vero, accolta anche dalla giurisprudenza di merito⁴.

Con specifico riferimento a talune disposizioni del Codice civile, l'indagine e il dibattito si erano poi particolarmente incentrati sulla nozione di *insolvenza* contenuta nell'art. 1186 c.c.; norma quest'ultima che costituisce senza dubbio un punto di riferimento fondamentale nell'ambito della teoria delle obbligazioni. Benché la tematica fosse alquanto controversa, la letteratura più antica era giunta a ritenere che il concetto civilistico di *insolvenza* di cui alla suddetta disposizione do-

² Cfr., al riguardo, G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., IV, *Fonti delle obbligazioni. Continuazione e fine dei contratti*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1925, 507 e 508; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed., I, Roma, Athenaeum, 1915, 303; V. POSITANO DE VINCENTIIS, *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Parte I, Torino, UTET, 1902-1906, 1202; A. PATRIOLI, *Decozione*, in *Dig. it.*, IX, Parte I, Torino, UTET, 1887-1898, 649, 650 e 660.

³ V., a tal proposito, R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, V ed., Milano, Giuffrè, 1969, 244 e 245. In precedenza anche U. AZZOLINA, *Sulla nozione d'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 486, aveva segnalato, nel soffermarsi sul concetto di cui all'art. 5 l. fall., il fatto che se l'insolvenza evidenziava l'azione di colui che non pagava, a prescindere dalla causa, pur in assenza di giustificati motivi, oggettivi o soggettivi, l'insolvibilità esprimeva invece la circostanza che tale mancato pagamento discendeva da «una ragione d'impotenza patrimoniale». Pure A. DI LAURO, *Insolvibilità, insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Dir. fall.*, 1965, I, 118 e 119, era giunto a ritenere che il termine *insolvibilità* metteva in evidenza l'incapacità irreversibile dell'obbligato di adempiere alle proprie obbligazioni per mancanza assoluta del patrimonio di beni in grado di riequilibrare le passività – volendosi in tal modo indicare una caratteristica intrinseca al patrimonio del debitore, un malanno profondo ed insanabile del medesimo del tutto slegato dalla volontà e dalle capacità del soggetto – quando invero l'insolvenza era l'incapacità oggettiva attuale del debitore di soddisfare le proprie passività in modo regolare, ossia in tempi idonei e con mezzi normali di pagamento, pur in presenza di un patrimonio sufficiente.

⁴ Aveva tenuto distinti i concetti di insolvenza e di insolvibilità Trib. Napoli, 3 giugno 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 709 ss., con nota di N. PERROTTI, *Pene pecuniarie e fallimento*, affermando che, se la seconda andava comunque valutata in considerazione dello stato oggettivo del patrimonio, ossia della sua incapacità di essere solvente, la prima indicava invece il contegno omissivo del debitore che non pagava e poteva rapportarsi anche ad un fatto soggettivo.

vesse essere letto in termini di sopravvenuta diminuzione patrimoniale idonea a cagionare uno sbilancio economico tale da mettere a repentaglio la possibilità di pagamento del debito a scadenza⁵, discostandosi conseguentemente dalla nozione contenuta nella legge fallimentare⁶. Nel solco di un siffatto indirizzo la letteratura più moderna ha, in effetti, confermato come l'insolvenza civile richiami l'idea di un depauperamento patrimoniale del debitore, anche temporaneo, capace di rendere la consistenza del patrimonio di quest'ultimo insufficiente, sì da pregiudicare l'ottenimento dell'adempimento di controparte, quando invero quella in campo concorsuale è per lo più individuabile in uno squilibrio finanziario oltre che strettamente legato alla capacità dell'imprenditore di accedere al credito⁷. In termini non dissimili, anche chi ha condotto un'analisi più complessa, evidenziando come la nozione civilistica di *insolvenza* di cui al suddetto enunciato debba assimilarsi,

⁵ V. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1955, 144; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, Tomo I, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1957, 72 e 73; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, Giuffrè, 1974, 93 e 94.

Peculiare era stata la posizione di R. DANOVI, *La decadenza dal beneficio del termine e gli effetti del preesistente stato di insolvenza del debitore sulle obbligazioni a termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I, 404 e 405, e ivi numerosi riferimenti alla giurisprudenza, secondo il quale, per valutare l'insolvenza rilevante ai fini dell'art. 1186 c.c., assumeva importanza non solo il dissesto obiettivo del debitore ma, in special modo, le conseguenze che tale alterazione patrimoniale avrebbe provocato sull'affidamento del creditore.

⁶ Che l'insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. dovesse ritenersi una situazione di insufficienza patrimoniale o di squilibrio economico anche momentanea che impediva al debitore di far fronte agli impegni assunti, diversa dall'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., era conclusione a cui erano pervenuti W. D'AVANZO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in AA.VV., *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale*, in *Codice civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, I, Firenze, Barbèra, 1948, 38 e 39 e G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1950, 176. Per U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, Milano, Giuffrè, 1974, 127, 128 e 129, in entrambi i casi si era in presenza di un dissesto patrimoniale ma, mentre nel fallimento perché ci fosse insolvenza era decisivo il fatto che l'obbligato fosse costretto a ricorrere a mezzi anormali di pagamento per fronteggiare i propri debiti, per la decadenza del debitore dal beneficio del termine era invece sufficiente un mero sbilancio economico, in quanto l'art. 1186 c.c. tutelava la garanzia patrimoniale offerta dal debitore al creditore ex art. 2740 c.c. Anche M. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 212, 213, 214 e 216, giungeva a ricordare che l'art. 1186 c.c. aveva quale fine la protezione del creditore dinanzi al peggioramento della situazione patrimoniale di controparte, precisando inoltre che, da un lato, detta tutela interveniva per far fronte ad una situazione di pericolo, consistente nella possibilità concreta per il creditore di non conseguire la prestazione a lui dovuta, dall'altro, invece l'insolvenza considerata dall'art. 5 l. fall. raffigurava «l'aggravamento e la concretizzazione di quel pericolo». Per di più a giudizio dell'Autore, v. pp. 210 e 211, se la nozione d'*insolvenza* di cui all'art. 1186 c.c. avesse coinciso con quella di cui all'art. 5 l. fall. la prima delle suddette norme sarebbe stata di fatto svuotata di contenuto, in quanto, laddove l'imprenditore fosse stato assoggettabile a fallimento, l'eventuale pagamento effettuato prima del termine in forza del disposto dell'art. 1186 c.c. sarebbe sempre stato soggetto a revocatoria fallimentare ex art. 67 l. fall.

⁷ Così F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 108, 109 e 111, le cui considerazioni sono state espresse ancor prima in F. MACARIO, M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 501 e 503.

sotto il profilo di una prospettiva dinamica della valutazione del patrimonio, a quella concorsuale tratta dall'art. 5 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, non ha, tuttavia, avuto alcuna incertezza ad ammettere che i due concetti sopra considerati non possano non essere tenuti distinti in ordine al loro contenuto⁸. Pure la giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, ha finito per rigettare l'equiparazione delle due nozioni in esame, oscillando tra l'affermare che quella di cui all'art. 1186 c.c. costituisce uno squilibrio patrimoniale o economico anche solo temporaneo che si sostanzia nell'incapacità di onorare con regolarità le proprie obbligazioni, senza che sia necessario sostenere una situazione di definitivo dissesto⁹, ed il riconoscere come non sia sufficiente accertare un mero inadempimento, occorrendo riscontrare una situazione di sbilancio economico¹⁰, non mancando, tuttavia, di mettere in rilievo, in alcune isolate pronunce di parecchi decenni or sono, il fatto che la decadenza dovesse ritenersi giustificata quando lo stato di difficoltà economico-finanziario fosse tale da far venir meno la fiducia inizialmente accordata dal creditore al debitore attraverso la concessione della dilazione del pagamento¹¹.

⁸ Vedi al riguardo il pensiero di D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, il Mulino, 2006, 177, 178, 179 e 181.

⁹ Così Cass., 18 novembre 2011, n. 24330, in *Giust. civ.*, 2012, I, 687; Cass., 14 maggio 2008, n. 12126, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 724; Cass., 15 marzo 1995, n. 3024, in *Riv. giur. Sarda*, 1996, I, 337 ss., con nota di A. LUMINOSO, *Brevi note in tema di propagazione al fideiussore della decadenza dal termine del debitore principale ammesso alla procedura di amministrazione controllata*; Cass., 13 luglio 1991, n. 7805, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 1061; Cass., 17 marzo 1978, n. 1343, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 553; Cass., 18 maggio 1976, n. 1750, in *Mass. Giur. it.*, 1976, 462; Cass., 9 giugno 1972, n. 1783, in *Rep. Foro it.*, 1972, *Obbligazioni in genere*, 1899, nn. 34 e 37; Cass., 26 ottobre 1959, n. 3076, in *Foro it.*, 1960, 618 ss., che però aveva ritenuto che non fosse sufficiente una difficoltà solo temporanea; Cass., 31 gennaio 1957, n. 363, in *Rep. Giur. it.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, 2371, n. 29; Cass., 22 ottobre 1956, n. 3813, in *Mass. Giur. it.*, 1956, 798; Cass., 28 marzo 1956, n. 888, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, 308.

Per il merito cfr. Trib. Busto Arsizio, 22 gennaio 2020, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 23 luglio 2018, in *www.dejure.it*; Trib. Cassino, 21 luglio 2017, in *www.dejure.it*; Trib. Pescara, 28 novembre 2014, in *www.dejure.it*; Trib. Chieti, 5 febbraio 2008, in *Il merito*, 2008, 10, 34; Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 79; Trib. Napoli, 7 marzo 1990, in *Dir. giur.*, 1990, 780; Trib. Verona, 15 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 268; Trib. Foggia, 17 aprile 1962, in *Daunia giud.*, 1963, II, 25; App. Catania, 13 dicembre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, 2296 ss., n. 42.

¹⁰ V., di recente e senza alcuna pretesa di esaustività, Cass., 11 novembre 2016, n. 23093, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, *online*. In passato v. già Cass., 26 agosto 1975, n. 3010, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1553 ss., nonché Cass., 9 giugno 1972, n. 1783, cit.

Per il merito cfr. Trib. Roma, 7 maggio 2019, in *www.dejure.it*; Trib. Genova, 12 giugno 2008, in *Foro pad.*, 2010, 3, I, 578, con nota di E. BASSOLI, *La risoluzione per inadempimento nel contratto di mutuo*. In precedenza v. pure Trib. Milano, 16 marzo 1998, in *Foro pad.*, 1999, I, 89 ss.; Trib. Napoli, 29 febbraio 1980, in *Dir. giur.*, 1981, 132 ss., con osservazioni di P. Majello; Pret. Manfredonia, 3 giugno 1960, in *Rep. Giust. civ.*, 1961, *Obbligazioni e contratti*, 2423, n. 31; App. Ancona, 6 marzo 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 373 ss.; Trib. Lecce, 9 marzo 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Obbligazioni e contratti*, 1811, n. 220, il quale aveva inteso l'insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. quale nuovo *status* dell'obbligato, che avrebbe comportato per il medesimo l'impossibilità di soddisfare in modo regolare le proprie obbligazioni a causa dell'assenza di normali condizioni di liquidità.

¹¹ In tal senso v. Cass., 22 dicembre 1959, n. 3576, in *Rep. Giur. it.*, 1960, *Obbligazioni e contratti*, 2463, n. 34. Conf. Cass., 31 marzo 1959, n. 948, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1288 ss.

§ V.2. – La mancata solvenza del debitore ceduto e le differenze con l'evento che nello sconto bancario origina l'indennizzo

Fermi restando i risultati sin qui raggiunti, il dubbio che è ora necessario risolvere è se una tale conclusione – vale a dire la circostanza che la nozione di *insolvenza* di cui alla legge fallimentare non sia del tutto sovrapponibile a quella civilistica rinvenibile nell'art. 1186 c.c. – possa estendersi anche in relazione alla *solvenza del debitore ceduto ex art. 1267, comma 1, c.c.* Al riguardo occorre subito evidenziare come la dottrina si sia scarsamente cimentata nell'approfondire un siffatto aspetto. La riflessione da cui ancora oggi è preferibile prendere avvio è quella compiuta alcuni decenni or sono da chi ha ritenuto di riscontrare nel suddetto concetto di *solvenza del ceduto* la mancanza da parte di quest'ultimo di qualsiasi possibilità di adempiere all'obbligazione pecuniaria indipendentemente dalla sua volontà a causa, il più delle volte, di una carenza di disponibilità di beni a cui attingere e conseguentemente di patrimonio da escutere da parte del creditore¹². La situazione di incapienza patrimoniale che si viene a creare nella sfera del debitore ceduto andrebbe quindi intesa in termini di definitiva irrecuperabilità delle fisiologiche funzioni a cui è destinato il suo patrimonio di regola preordinato a fungere da piena garanzia nei confronti del ceto creditorio per allontanare il sospetto che a scadenza il debito non sarà adempiuto. Si tratta, quindi, se non si cade in errore, di una valutazione patrimoniale negativa e, pertanto, nella sostanza di una vicenda anch'essa, al pari di quella in precedenza esaminata con riguardo all'art. 1186 c.c., non del tutto sovrapponibile all'insolvenza che caratterizza l'ambito concorsuale. Ma dietro tale assunto si cela una spiegazione logica. Garantire la solvenza del debitore ceduto non equivale ad escludere che nella sfera di quest'ultimo si venga a determinare una insolvenza ai sensi dell'art. 5 l. fall. Il legislatore civilistico pretende di più e impone che il cedente risponda anche per una meno grave incapacità patrimoniale del ceduto, ossia per una situazione che possa pregiudicare il soddisfacimento del cessionario a prescindere dalla sussistenza o meno di un dissesto. Ad essere assicurata con riguardo al disposto dell'art. 1267, comma 1, c.c. non è, dunque, l'assenza di uno

Per il merito cfr. App. Brescia, 9 novembre 1961, in *Le Corti di Brescia, Venezia e Trieste*, 1962, 137; App. Messina, 14 gennaio 1958, in *Rep. Giur. it.*, 1959, *Obbligazioni e contratti*, 2523, n. 51; App. Messina, 6 febbraio 1956, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, II, 63 ss.; App. Milano, 1° luglio 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, *Obbligazioni e contratti*, 2072, n. 34.

¹² Così P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Artt. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1982, 285. La tesi è peraltro ripresa più di recente e condivisa anche da A. ASTONE, *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2014, 313.

stato di insolvenza in capo al debitore ceduto¹³ ma più semplicemente, la *solvenza* di quest'ultimo e, pertanto, la *realizzabilità del credito* da parte del cessionario in forza dell'attitudine dell'obligato ad adempiere. Con il lemma *solvenza* viene, quindi, indicato, come oggetto di garanzia del cedente, l'adempimento del ceduto non inteso quale mero pagamento a scadenza del credito – analogamente a quanto accade nello sconto bancario con la clausola *salvo buon fine* – ma in termini di astratta capacità di adempiere e, conseguentemente, un aspetto riguardante la sufficienza della garanzia patrimoniale a realizzare l'interesse del creditore anche se in via coattiva attraverso un'azione esecutiva tanto individuale quanto collettiva.

Una siffatta interpretazione è quanto si ricava inequivocabilmente dalla regola contenuta nell'art. 1267, comma 2, c.c. Infatti, se la garanzia per la solvenza del debitore ceduto cessa qualora la *mancata realizzazione del credito* per insolvenza del medesimo è dipesa da negligenza del cessionario nell'intraprendere o proseguire contro di lui le generiche istanze – giudiziarie e non, tra cui una semplice richiesta di pagamento ovvero una più formale intimazione in tal senso¹⁴ – è evidente che ciò che rileva non è semplicemente il *mancato pagamento del credito a scadenza* ma l'impossibilità di realizzarlo. D'altra parte la *realizzabilità del credito* è concetto differente dall'*incasso* puntuale del medesimo al tempo dell'adempimento e può avvenire anche in via coattiva in forza degli strumenti di attuazione della garanzia patrimoniale a disposizione del creditore, posto che nulla vieta che l'espropriazione forzata intrapresa possa essere per il cessionario fruttuosa e l'eventuale procedura concorsuale pienamente soddisfattoria. Ciò tuttavia non significa che, al fine di far valere la garanzia, il cessionario debba necessariamente attendere che il procedimento esecutivo diligentemente intrapreso si sia anche concluso con esito per il medesimo non soddisfacente, essendo sufficiente la più semplice dimostrazione prospettica dell'infruttuosità dei risultati a cui si perverrebbe in forza dello stesso. Il cessionario – a differenza di quanto accade allo scontatore nel negozio di cui all'art. 1858 c.c. – non deve assolutamente aspettare la scadenza del credito per

¹³ L'osservazione era già colta a suo tempo da P. PERLINGIERI, *op. et loc. ult. cit.*

¹⁴ Così V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955, 194 e 195, in nt. 247, secondo il quale la generica espressione istanze mostrava la volontà del legislatore di non pretendere in ogni caso un'azione giudiziaria prima di poter attivare la garanzia. Conf. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 289.

Contra G. MINERVINI, *op. cit.*, 81, che pare aver aderito all'idea che l'esercizio della garanzia in oggetto dovesse essere sempre e comunque subordinato ad una infruttuosa escussione del patrimonio del ceduto; G. SANTINI, *La vendita per filière*, Padova, Cedam, 1951, 55, in nt. 46, per il quale, rispetto alla delegazione, la cessione di cui all'art. 1267, comma 2, c.c. imponeva al creditore la preventiva escussione del debitore ceduto per rivolgersi al cedente; conf. M. BACCIGALUPI, *I dati normativi della cessione pro solvendo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, II, 382; B. FRANCESCHELLI, *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, Jovene, 1957, 90 e 91; F. MESSINEO, *op. cit.*, 256.

far valere la garanzia, potendo invocare anche prima le tutele previste dalla legge¹⁵, giustificandosi detta conclusione proprio in forza del fatto che, se così non fosse, non si spiegherebbe la disposizione normativa che subordina la cessazione della garanzia alla mancata diligenza del cessionario nel rivolgere al ceduto le istanze indirizzate a proteggere il diritto di credito. In altri termini, mentre ogni garanzia, reale o personale, conferisce al creditore una forma di soddisfacimento succedaneo all'inadempimento del debitore – ponendosi pertanto quest'ultimo quale presupposto per attivare le prime – la garanzia della solvenza, ovvero del *nomen bonum* del credito, può, di contro, operare anche prima della scadenza del credito ceduto, qualora il cessionario riesca a fornire la prova dell'insolvenza del debitore, intesa quale presumibile difficoltà a realizzare il credito, anche futura¹⁶. D'altra parte, quella garanzia in ordine alla solvenza di cui all'art. 1267, comma 1, c.c. equivale ad estromettere nel proseguimento del rapporto con il ceduto la sussistenza di una fattispecie opposta, vale a dire ad escludere una situazione in cui il patrimonio di quest'ultimo diventi insufficiente per soddisfare, anche ricorrendo alle azioni *in executivis*, il cessionario subentrato nel diritto di pretendere l'adempimento. Se poi alla scadenza il debitore ceduto non dovesse pagare, pur essendo nelle condizioni di adempiere, è evidente che al cessionario non resterebbe altra soluzione che dar corso ad un'azione esecutiva, dovendo quest'ultimo attendere, ai fini della realizzazione del credito, gli esiti della stessa¹⁷.

Peraltro, solvenza del debitore ceduto non vuole dire solo sua idoneità a pagare e quindi capacità di adempimento alla scadenza, ma equivale anche all'attitudine di soddisfare il cessionario con effetti di stabilità che non soffrano, pertanto, l'inefficacia di una eventuale revocatoria fallimentare a causa dell'insolvenza del debitore poi fallito nell'ipotesi in cui il pagamento sia avvenuto prima della declaratoria

¹⁵ In questi termini P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 288 e 291.

Contra parrebbe essere stato V. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, 192 in testo, 193 e 194 in nt. 246, secondo il quale, poiché la *solvenza del debitore* era un concetto mutevole, la garanzia per la stessa operava quando diveniva attuale per il debitore l'obbligo di adempiere, in ragione del fatto che tale tutela era volta a rendere sicuro l'adempimento del ceduto. Che la garanzia per la solvenza potesse essere invocata dal cessionario qualora il suo credito fosse divenuto liquido ed esigibile ma non fosse stato pagato dal ceduto, pur avendo il primo utilizzato la necessaria diligenza per il suo recupero, era stata affermazione sostenuta anche da E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II ed., Roma, Stamperia Nazionale, 1948, 170.

¹⁶ Così U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, XI, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2020, 313, che, in ordine alla garanzia della solvenza di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c., richiama le osservazioni già sostenute da L. AMBROSINI, *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, Giuffrè, 2003, 68 e 69, in quanto ciò che il cedente garantisce non è l'adempimento del credito del debitore ceduto ma la solvenza del credito, che trova riscontro nell'entità del patrimonio del ceduto stesso.

¹⁷ Considerazione questa a cui era giunto V. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, 196, in nt. 247, le cui conclusioni erano poi riprese da P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 291.

di fallimento, tanto perché a ciò vi aveva provveduto volontariamente il debitore quanto in forza della ripartizione di un'espropriazione forzata individuale. Poiché la previsione contenuta nell'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. si pone l'obiettivo di tutelare il cessionario in ordine alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. del debitore ceduto, il cedente sarà tenuto a rispondere della mancata solvenza di quest'ultimo non solo allo scopo di allontanare il rischio che a scadenza il medesimo non soddisfi, volontariamente o coattivamente, quanto dovuto, ma anche al fine di evitare che detto pagamento, una volta avvenuto, debba essere restituito nelle mani della curatela fallimentare. Sotto questo secondo profilo, il prolungarsi oltre la scadenza del credito della garanzia nonostante l'intervenuto soddisfacimento sarebbe giustificato dall'obiettivo di preservare il risultato utile ottenuto dal cessionario nei confronti di eventuali pronunce di inefficacia del pagamento, pure in considerazione dell'evidente impossibilità per il creditore di poter rifiutare l'adempimento di controparte, anche in presenza di un ceduto che si trovasse in uno stato di insolvenza *ex art. 5 l. fall.* La *ratio* sottesa alla clausola *pro solvendo* di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. è, per l'appunto, quella di tutelare il cessionario dal pericolo di non trovare capienza sui beni del debitore ceduto su cui soddisfarsi in ipotesi di inadempimento di quest'ultimo, ed è in ragione di ciò che - a differenza della clausola *salvo buon fine* - quella in ordine alla solvenza è una pattuizione che può essere fatta valere non solo precedentemente alla scadenza del credito ma anche, nonostante l'avvenuto pagamento, successivamente e fino a quando residuerà un rischio di revocatoria fallimentare. Mentre, infatti, con riguardo alla prima delle due suddette circostanze non vi è motivo che il cessionario debba attendere inutilmente la scadenza del credito al fine di poter pretendere quanto gli spetta con il rischio che le condizioni finanziarie e patrimoniali del debitore ceduto peggiorino ulteriormente, in relazione alla seconda è del pari vero che in ipotesi di revocatoria fallimentare esperita con successo dal curatore fallimentare l'attivazione della garanzia si giustificerebbe in quanto la mancata realizzazione del credito in termini di piena e completa soddisfazione per il cessionario che la garanzia in rassegna mira a proteggere sarebbe già di per sé insita nell'azione intrapresa, essendo alquanto inverosimile che un pagamento possa essere revocato dagli organi della procedura per poi venire soddisfatto integralmente in sede di ripartizione dell'attivo concorsuale.

A seguito delle precisazioni formulate è ora altresì possibile affermare con maggior consapevolezza come la clausola *pro solvendo* introduca in capo al cedente un *vincolo giuridico* - di cui nel prosieguo si cercherà di individuare la natura - consistente nel dover garantire

al cessionario – in un arco temporale che va dal perfezionamento del contratto traslativo fino al momento in cui il soddisfacimento del creditore acquista quegli effetti di stabilità di cui si è poc' anzi accennato – la tutela che, in conseguenza di variazioni nella garanzia patrimoniale del debitore ceduto, questi non venga a trovarsi in una situazione di mancata idoneità ad adempiere stante l'insufficienza del patrimonio a soddisfare, anche in via coattiva, la controparte. Ciò che viene garantito è, dunque, il fatto che il ceduto si trovi nelle condizioni patrimoniali di eseguire la prestazione o quanto meno di consentire che attraverso un'azione *in executivis* il credito del cessionario venga soddisfatto, ancorché non necessariamente puntualmente alla scadenza. Mai una banca che si fosse resa cessionaria – verosimilmente a garanzia di un finanziamento concesso – di un credito munito di clausola *pro solvendo* potrebbe – anche a fronte di una procedura concorsuale aperta nei confronti del debitore ceduto – attivare con successo, dunque, gli strumenti remediali di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. senza preventivamente fornire la prova che l'attuazione della garanzia patrimoniale di quelle stesse procedure non sarebbe sufficiente a soddisfarla in modo integrale.

Le considerazioni fin qui elaborate consentono, inoltre, di svolgere ulteriori riflessioni in ordine al confronto con l'evento che rende invece esigibile l'indennizzo nello sconto bancario. A differenza di quanto accade nella cessione *pro solvendo*, nel contratto di cui agli artt. 1858 ss. c.c. il fatto che origina l'intervento del cedente si verifica puntualmente in corrispondenza del mancato pagamento del ceduto a scadenza¹⁸ non essendo esso, infatti, costituito dall'insufficiente capacità patrimoniale del debitore ceduto, intesa quale venir meno della solvenza di quest'ultimo che renderebbe conseguentemente non possibile la realizzazione del credito. In altri termini, la pretesa indennitaria dello scontatore viene molto più semplicemente a coincidere con quello che nella cessione di cui all'art. 1267, comma 1, c.c. costituisce uno dei possibili epiloghi della perdita di solvibilità: il mancato pagamento del ceduto alla scadenza. Al fine di poter richiedere l'intervento di un meccanismo idoneo a riparare l'inadempimento a scadenza, in capo allo scontatore non

¹⁸ In ordine alla differenza tra la clausola di *garanzia della solvenza del debitore* e quella *salvo incasso* ovvero *salvo buon fine* si rinvia a P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 286 ss., 303 e 304, il quale a propria volta ripercorreva l'insegnamento di M. BACCIGALUPI, *op. et loc. supra cit.*, che non aveva esitato ad intravedere nell'oggetto della garanzia di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. non il soddisfacimento a scadenza del credito, tipico della clausola *salvo incasso*, ma la solvenza del debitore e quindi la sua capacità patrimoniale. Di recente la tesi di Perlingieri è stata ripresa e condivisa anche da L. AMBROSINI, *op. cit.*, 215 ss., nonché da U. STEFINI, *op. cit.*, 324 e 325, per il quale la garanzia della solvenza *ex art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c.* va distinta dalla clausola *salvo buon fine* dello sconto o da quella *salvo incasso* prevista in tema di conto corrente, in quanto la prima costituisce una tutela contro l'insolvenza del ceduto mentre le seconde rappresentano un rimedio avverso l'inadempimento di quest'ultimo.

si verrebbe a configurare dunque l'onere di provare che ciò si è originato da un progressivo deteriorarsi, rispetto al momento della sottoscrizione del contratto, della solvibilità del debitore ceduto, essendo sufficiente che la banca dimostri, in termini molto più agevoli, che l'incasso del credito non è avvenuto, e questo a prescindere dalle ragioni che lo hanno determinato¹⁹. È pertanto, ai fini che qui interessano, del tutto irrilevante se il mancato incasso dello scontatore discenda da un preciso intento del debitore ceduto di non voler adempiere pur essendone perfettamente in grado o, se a titolo esemplificativo, questi ritenga di non essere tenuto al pagamento eccedendo una qualsiasi altra ragione ostativa ad esso. Appare, quindi, di tutta evidenza come nell'ambito dello sconto bancario, diversamente da quanto stabilito *ex art.* 1267, secondo comma, c.c., nessuna disposizione imponga un onere in capo al cessionario, a pena di cessazione dalla garanzia, di intraprendere o proseguire nei confronti del debitore ceduto eventuali atti volti ad evitare che la mancata realizzazione del credito per una sua insolvenza dipenda da un comportamento negligente dello scontatario stesso²⁰, né si assiste ad una sorta di monitoraggio della situazione del debitore ceduto *in itinere* che comporterebbe un dovere dello scontatore di attivare in modo diligente le tutele contro quest'ultimo. Il che significa che nel contratto di cui all'art. 1858 c.c. lo scontatore, se lo ritiene, può – salvo non preferisca

¹⁹ Una simile impostazione è stata condivisa, pur senza giungere ad una distinzione rispetto alla garanzia per la solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, c.c., anche da G. MOLLE, *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981, 406 e 407, laddove ricordava che il diritto della banca di rivolgersi al cliente scontatario per ottenere il soddisfacimento dell'importo del proprio credito diventava attuale al verificarsi della condizione consistente nell'omesso pagamento da parte del debitore ceduto alla scadenza; nonché da G. DONADIO, *Lo sconto*, Milano, Giuffrè, 1948, 32, che aveva già rilevato come lo scontatore potesse rivolgersi allo scontatario per la restituzione della somma prestata nel caso di non realizzazione del credito dal terzo ceduto.

Anche A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, II ed., Napoli, Jovene, 1952, 90 e 109, nonché IDEM, *Del conto corrente. Dei contratti bancari. Art. 1823-1860*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969, 169, 176 e 177, pur parlando in termini equivalenti di cessione *pro solvendo* o *salvo buon fine*, aveva ammesso che, in tema di sconto, sarebbe stata sufficiente la sola richiesta di pagamento al terzo (quale onere per la stessa), al fine di consentire allo scontatore di rivolgersi al cedente per la restituzione della somma anticipata senza che lo stesso dovesse esperire un'azione esecutiva nei confronti del ceduto. Sul punto v. pure V. ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, 351 e 354, il quale aveva sottolineato che il solo presupposto che legittimava la banca scontatrice a rivolgersi allo scontatario per la restituzione della somma anticipatagli era la richiesta senza esito positivo del pagamento della cambiale al terzo ceduto.

Di recente cfr. inoltre I. DEMURO, *Lo sconto bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010, 160 e 161, che, pur trattando in modo unitario la clausola *salvo buon fine* e quella *pro solvendo*, ricorda come nel contratto di sconto il creditore possa rivolgersi per il pagamento allo scontatario una volta preso atto del mancato adempimento del terzo ceduto a richiesta e senza dover attendere l'accertamento relativo alla carenza patrimoniale di quest'ultimo.

²⁰ In ordine alla problematica della natura giudiziaria o meno delle istanze nei confronti del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 2, c.c. v. *supra*, nt. 14.

dichiarare, sussistendone i presupposti, decaduto l'obbligato dal beneficio del termine – tranquillamente disinteressarsi del progressivo deteriorarsi della garanzia patrimoniale del debitore ceduto, attendendo la scadenza del credito al fine di attivare quel meccanismo riparatore del mancato incasso di quest'ultimo che assicura l'intervenuta cessione *salvo buon fine*. Unico limite previsto è quello di esigere il credito, vale a dire di rendersi disponibile ad incassare il pagamento che dovrà effettuare il debitore ceduto²¹.

Inoltre, al pari di quanto si è già poc'anzi accennato, mentre la garanzia di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. opera fin dal trasferimento del diritto relativo e ben può essere attivata anche prima che il credito sia scaduto, l'espressione *salvo buon fine* non è infatti estranea al concetto di *esigibilità dell'obbligazione pecuniaria* e, nel postulare l'esclusivo accertamento del mancato pagamento del credito, necessita, ai fini di far scattare l'indennizzo che l'art. 1859 c.c. pone in capo allo scontatario, di attendere la scadenza, salvo che la stessa non venga ad essere accelerata in forza del disposto dell'art. 1186 c.c.²². In altri termini la previsione *ex lege* di una simile pattuizione quale è quella di cui all'art. 1858 c.c. in ordine al *salvo buon fine* presuppone solo la mancata soddisfazione del credito ed impedisce allo scontatore di agire prima che si sia consumato il termine di adempimento dell'obbligazione per il debitore ceduto. A differenza della cessione *pro solvendo* in cui in capo al cessionario si configura un onere che, qualora non osservato, comporta la perdita della garanzia senza alcuna responsabilità²³, nello sconto bancario vi è, invece, da ritenere che alla scadenza del credito lo scontatore non sia obbligato ad esigere il medesimo nei confronti del debitore ceduto, essendo l'inadempimento di quest'ultimo sufficiente per rivolgersi al cedente al fine di ottenere l'indennizzo senza che sussista un vero e proprio *beneficium ordinis*²⁴. Detto principio, infatti, presupporrebbe la sussistenza, in entrambe le obbligazioni, di un *idem debitum*, quando invero nel caso che ci occupa l'obbligo da indennizzo, che – come si è già in precedenza concluso²⁵ – sorge solo a seguito dell'inadempimen-

²¹ Conf., con riguardo alla «clausola “salvo incasso” (ed affini)», P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 304.

²² Anche L. AMBROSINI, *op. cit.*, 217 ss., ha condiviso l'opinione che, in tema di sconto, si potesse anticipare l'esigibilità dell'obbligazione del debitore ceduto qualora ricorressero i presupposti richiesti dalla decadenza dal beneficio del termine. Che anche nella fattispecie di cui agli artt. 1858 ss. c.c. si potesse configurare una decadenza dal beneficio del termine del debitore ceduto è stata opinione pure della giurisprudenza di legittimità. V., al riguardo, Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1575 ss.; totalmente conf., sempre in tema di sconto, Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2571 ss.

²³ Il rinvio è ancora a P. PERLINGIERI, *op. et loc. ult. cit.*

²⁴ Che lo scontatore potesse esercitare i propri diritti verso lo scontatario al mero verificarsi della scadenza del debito scontato era stato per di più già accennato in epoca alquanto risalente da P. GRECO, *Le operazioni di banca*, Padova, Cedam, 1930, 383.

²⁵ V. *supra*, cap. III, § 7.

to del debitore ceduto, si profila dal contenuto diverso rispetto a quello gravante in capo a quest'ultimo: questi deve adempiere il debito relativo al credito ceduto, lo scontatario è tenuto a corrispondere invece l'indennizzo a fronte del mancato pagamento.

Atteso che tra la cessione del credito *salvo buon fine* e quella *pro solvendo* sussistono pertanto, come si è avuto modo di dimostrare, evidenti differenze, se si vuole semmai trovare una possibile affinità di significati della prima con altre espressioni simili in ambito civilistico, la ricerca va, invero, indirizzata verso la locuzione di cui all'art. 1829 c.c. che, in tema di conto corrente ordinario, si esprime affermando che l'inclusione nello stesso di un credito verso un terzo si presume avvenga «salvo incasso»²⁶. In quest'ultima fattispecie, infatti, le conseguenze disposte dalla disciplina codicistica, per espressa previsione normativa del medesimo articolo, si producono in corrispondenza del semplice mancato soddisfacimento del credito senza bisogno di dimostrare alcunché²⁷. L'art. 1858 c.c. in tema di sconto bancario, nel sancire con una puntuale pattuizione che la cessione avviene *salvo buon fine*, sotto il profilo contenutistico, non differisce quindi da quella di *salvo incasso* prevista dall'art. 1829 c.c. con riguardo al conto corrente ordinario²⁸. Il cessionario garantito dalle clausole *salvo incasso* o *salvo buon fine* può, in effetti, far valere i diritti scaturenti dalle stesse automaticamente in occasione del verificarsi del presupposto costituito dal mancato pagamento del ceduto alla scadenza: tale soluzione non solo tutela il cessionario – che può escutere il debitore, salvo il diritto di agire successivamente contro il garante, o rivolgersi immediatamente al cedente previo ritrasferimento del credito ceduto, pur dovendo la scelta essere immediata – ma risulta di vantaggio anche per il cedente, che ha così la certezza che il ceduto in mora sarà perseguito tempestivamente dal cessionario oppure che sarà egli stesso messo nelle condizioni di farlo²⁹.

²⁶ Cfr., per una siffatta equiparazione, G. PANZARINI, *op. cit.*, 333 ss., che rilevava come il «salvo incasso» ed il «salvo buon fine», originariamente vere e proprie clausole convenzionalmente pattuite e contenute nel contratto traslativo del credito o del titolo di credito nel conto corrente e nello sconto, costituissero, in conseguenza della loro codificazione, un effetto naturale o meglio un *naturale negotii* dei suddetti contratti. Sull'argomento v. anche G. MINERVINI, *op. cit.*, 79; G. MOLLE, *op. cit.*, 400; M. PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, IV, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, UTET, 1985, 931; S. MACCARONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1987, I, 51.

²⁷ Con riferimento al *salvo incasso* di cui all'art. 1829 c.c., richiamato dall'art. 1857 c.c. in tema di conto corrente bancario, M. PORZIO, *op. cit.*, 887 e 888, riteneva, infatti, che attraverso la facoltà concessa alla banca di scegliere tra agire verso il terzo per la riscossione o eliminare la partita dal conto, la disposizione finisse per determinare un accredito provvisorio che poteva essere eliminato tramite la *contronotazione*.

²⁸ V. G. MINERVINI, *op. cit.*, 78 e 79, 82, 83 e 84, che aveva ricavato ciò anche dal dettato letterale dell'art. 1859 c.c. nella parte in cui si esprimeva in termini di mancato pagamento.

²⁹ Questa era la ricostruzione offerta da G. MINERVINI, *op. cit.*, 81 e 82 in nt. 21 bis.

§ V.3. – Lo scioglimento del contratto e il rigetto della struttura della garanzia pura

In linea con quanto emerso nei paragrafi precedenti in ordine all'evento che origina l'attivazione della garanzia per la solvenza del debitore ceduto, anche la tendenza ad accomunare, quanto alle conseguenze in relazione ai rimedi contrattuali, la clausola *salvo buon fine* di cui allo sconto bancario a quella *pro solvendo* della cessione, non appare, sulla base di una serie di considerazioni che si svolgeranno nel prosieguo, del tutto condivisibile, trattandosi di figure tra loro solo apparentemente simili.

Con riferimento all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c., è, infatti, prevalente l'indirizzo secondo cui al verificarsi del venir meno della solvenza del debitore ceduto l'originario vincolo contrattuale si dissolve producendosi un fenomeno che conduce alla distruzione del rapporto ad iniziativa di parte. A tal proposito si spazia tra coloro che si limitano a prendere atto delle conseguenze che la suddetta disciplina comporta in termini di annientamento degli effetti del contratto per la sopravvenuta insolvenza del debitore ceduto e del conseguente ritrasferimento del credito nella sfera del cedente³⁰ e chi – pur rigettando la sussistenza di una obbligazione ineseguita da parte del cedente in quanto il mancato adempimento si colloca sul versante del debitore ceduto e l'insolvenza di questi non può essere ascritta al primo – configura, sulla base dei rimedi che ad essa sono propri e che giungono a dissolvere il vincolo contrattuale, la fattispecie in esame quale tipica

³⁰ Comune alla dottrina maggioritaria è l'idea che il cessionario venga in realtà ad essere tutelato da una sorta di fenomeno risolutorio. In termini netti v. V. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, 206 ss. ed in particolare 207 in nt. 257; D. RUBINO, *La compravendita*, II ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, Giuffrè, 1962, 755 e 756, per il quale, se il cedente avesse assunto la garanzia della solvenza del ceduto, in caso di mancato pagamento di quest'ultimo il compratore avrebbe avuto diritto alla risoluzione del contratto con rimborso del prezzo nonché delle spese sostenute per escutere il debitore e risarcimento del danno subito. Anche N. DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1970, 784, sottolineava come nella garanzia *pro solvendo* il cedente non avesse regresso verso il debitore ceduto poiché tornava, a seguito del pagamento del suo obbligo, titolare dell'intero credito. In termini sostanzialmente conf. G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, II ed., Torino, UTET, 1994, 137; nonché L. AMBROSINI, *op. cit.*, 126 ss., 156 ss. e 181 ss., per la quale, ogniquale non funzionasse il sinallagma, occorreva riconoscere il verificarsi dello scioglimento del vincolo negoziale, osservando altresì che, corrispondendo la garanzia della solvenza di cui all'art. 1267 c.c. a quella per vizi della *res* prevista dagli artt. 1490 ss. in tema di vendita ed avendo la disciplina sulla cessione del credito lo scopo di riportare i contraenti alla situazione precedente alla stipula del contratto, l'unico rimedio applicabile era lo scioglimento del medesimo attraverso un meccanismo risolutorio, rispondente alle regole generali che disciplinavano la tutela del creditore di fronte alle ipotesi di inadempimento del ceduto – che configuravano a giudizio dell'Autrice automaticamente un inadempimento del cedente – fosse esso qualificato come recesso ovvero come risoluzione in senso proprio, trattandosi in tutti i casi di un potere privato di autotutela.

risoluzione di diritto in forza di una clausola risolutiva implicita³¹. In quest'ultima circostanza si tratterebbe di una norma espressiva di un caso regolato in modo autonomo e specifico dal legislatore³², al quale troverebbe per di più applicazione la disposizione di cui all'art. 1456, comma 2, c.c. in tema di clausola risolutiva espressa che subordina il verificarsi dello scioglimento stesso alla dichiarazione del cedente di volersene avvalere³³, trattandosi in definitiva di uno strumento di risoluzione, per vero tipo della cessione del credito e alquanto *sui generis* nelle caratteristiche che presenta.

Sotto il profilo degli elementi comuni che caratterizzano i rimedi contrattuali³⁴ – vale a dire la reazione ad un disturbo che affligge l'atto negoziale e la conseguente cancellazione dei suoi effetti – la ricostruzione sin qui offerta è nella sostanza corretta, dovendosi rigettare quella tesi che ha individuato nell'istituto un fenomeno dai connotati tipici della *garanzia pura*³⁵. Maggiori sono invece i dubbi in ordine alla circo-

³¹ Così P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 285 ss., ed in particolare 295 e 296.

³² In tal senso – dopo aver evidenziato che i principali effetti della risoluzione, a cui era ispirato l'art. 1267 c.c., erano il riacquisto da parte del cedente della titolarità del credito e la restituzione al cessionario del prezzo corrisposto, annoverando invece fra le conseguenze secondarie l'obbligo del cedente di risarcire il danno, nonché quello di rimborsare alla controparte le spese della cessione e quelle sempre da quest'ultima sostenute per escutere il debitore ceduto – B. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 87 e 88, che aveva concluso per riconoscere nella garanzia della solvenza di cui all'art. 1267 c.c. un istituto a sé stante, delineato e completo, non assimilabile ad altre fattispecie ancorché esempio di applicazione del principio di risoluzione. Aderisce a tale tesi, senza riserva alcuna, A. ASTONE, *op. cit.*, 324.

³³ Il rinvio è ancora a P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 296.

³⁴ Per la cui individuazione si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, 679.

³⁵ Come sostenuto da G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Torino, UTET, 1937, 221 e 222, che si era addirittura pronunciato, già sotto il vigore della previgente disciplina, in termini di assicurazione contro il pericolo dell'insolvenza quale evento incerto e dannoso, riconoscendo nella garanzia della solvenza di un credito ceduto una *garanzia in senso tecnico*, intesa in termini di surrogato dell'obbligazione, consistente in una promessa di indennità estranea all'ambito dell'inadempimento e della responsabilità. L'indirizzo in oggetto era stato poi ripreso G. MINERVINI, *op. cit.*, 83 ss., in specie 89 e 90, laddove, con riferimento alla garanzia della solvenza di cui all'art. 1267 c.c. – nonché alle clausole *salvo incasso* di cui all'art. 1829 c.c. e *salvo buon fine* dello sconto bancario di crediti – aveva parlato di garanzia in senso tecnico, quale obbligo di indennità condizionato al verificarsi del fatto dannoso costituito dall'insolvenza del ceduto, non potendosi configurare in questi casi un obbligo del cedente di procurare il pagamento del credito. Successivamente, anche A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 328, giungeva a riconoscere nella fattispecie di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. una vera e propria forma di garanzia del cedente, di carattere non satisfattorio ma risarcitorio, sul presupposto che non potesse essere diversamente giustificata una responsabilità del cedente «per un fatto proprio del ceduto». Pure C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *IDEM*, *Diritto civile*, IV, Milano, Giuffrè, 1993, 601, evidenziava la funzione assicurativa della disposizione in rassegna, essendo quest'ultima preordinata a tutelare il cessionario contro il rischio di un fatto produttivo di danno non imputabile ai contraenti, non potendo tale esito venir definito inadempimento, in quanto quest'ultima situazione esprimeva la mancata attuazione di un risultato dovuto. In termini conf. a quest'ultimo v. pure G. TUCCI, *Factoring*, in *AA.VV.*, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Tomo I, Torino, UTET, 1995, 544, che individuava nell'assunzione della solvenza del ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. una garanzia contrattuale dalla funzione assicurativa, in ragione del fatto che il cedente non garantiva contro un inadempimento «ma si assume[va]

stanza che la fattispecie in commento configuri una clausola risolutiva espressa, dal momento che l'inadempimento non farebbe capo ad una obbligazione del cedente ma ad una del debitore ceduto – pertanto ad un soggetto diverso dai contraenti del negozio di trasferimento del credito che si vorrebbe con detta clausola risolvere – e, per di più, la previsione che l'inadempimento possa essere automaticamente risolutorio non potrebbe ricavarsi in termini impliciti dovendo invero risultare espressamente dal contratto³⁶. È quest'ultimo un aspetto, peraltro, solitamente carente nella prassi operativa; l'idea di fondo è invece che il rimedio negoziale venga attuato in quanto si verifica un fatto – la mancata solvenza del debitore ceduto – che mette le parti di fronte ad un vincolo diverso rispetto a quello originariamente proposto.

Pur nella consapevolezza di porsi in una differente posizione rispetto alle direttrici indagate dai precedenti contributi in argomento, sotto il profilo della fonte quella in esame è, invece, a giudizio di chi scrive, una *risoluzione legale* che l'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. dispone al verificarsi della perdita di solvenza del debitore ceduto, sebbene, quanto ai modi di attuazione, la medesima sia classificabile tra i rimedi contrattuali di tipo *extra* giudiziale operando – come si avrà modo di esporre nel prosieguo – ad iniziativa di parte, atteso che l'esercizio del diritto di sciogliersi dal negozio è rimesso all'autonomia del cessionario ed in particolare ad una manifestazione di volontà di quest'ultimo dal carattere remediale. In forza del contenuto della clausola qui in considerazione si evince, infatti, in modo inequivocabile una reintegrazione in capo ai contraenti della situazione che sussisteva prima del trasferimento del diritto. Alimentano una simile conclusione, che presuppone il venir meno degli effetti prodotti dal negozio traslativo del credito, tanto l'espressione «risponde», riferita al cedente, quanto quella che impone allo stesso di «risarcire il danno», sebbene in quest'ultima circostanza l'enfasi debba essere posta non tanto sul lemma *danno*, che postula, in comune con la figura dell'indennizzo propria della *garanzia pura*, una lesione³⁷, quanto su quella di «risarcire», tipica invero della tutela di cui alla generale previsione dettata dall'art. 1453, comma 1, c.c. a fronte di un inadempimento. A ciò si aggiunga come anche l'obbligo imposto dall'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. di rifondere le spese del contratto sia indicativo di una

il rischio dell'insolvenza del debitore ceduto». Più di recente la tesi è stata ripresa e sviluppata anche da P. CORRIAS, *op. cit.*, 206 ss.

³⁶ Così come pacificamente ammesso dalla dottrina. Cfr., senza pretesa di esaustività, V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 905.

³⁷ Per una disamina della distinzione tra risarcimento del danno che si ricava necessariamente da una condotta antiggiuridica e indennizzo che, invero, ha più semplicemente lo scopo di riequilibrare le reciproche prestazioni alterate da un evento non cagionato dall'esercizio illegittimo di un diritto si rinvia a quanto diffusamente illustrato v. *supra*, cap. IV, § 1 e 3.

risoluzione del medesimo, essendo una simile previsione del tutto incompatibile con il mantenimento in essere della cessione³⁸. In altri termini, è il legislatore che, attraverso il disposto in esame, ha sottratto la fattispecie della cessione *pro solvendo* dalla categoria della *garanzia pura* – che si ritrova invece nello sconto bancario – per la quale non sussiste invece *responsabilità* al verificarsi di un determinato evento ma solo la nascita di un obbligo di indennizzo. D'altra parte, di *responsabilità* si parla per indicare le conseguenze riparatorie ovvero le sanzioni apprestate dall'ordinamento nell'ipotesi in cui venga violato un dovere imposto dalla legge³⁹. Quel «risponde» – riferito al cedente – pur «nei limiti di quanto ha ricevuto» di cui all'art. 1267 c.c. introduce a tutti gli effetti una ripercussione sfavorevole in capo all'alienante stesso e non si limita a configurare a carico di quest'ultimo un mero indennizzo e quindi una semplice prestazione di dare una somma di denaro a fronte di una garanzia – al pari di quanto avviene invece nello sconto bancario – ma comporta una vera e propria *responsabilità civile* ovvero personale quale conclusione negativa di una vicenda di inadempimento, che consente di congiungere la sfera del cedente all'evento dannoso⁴⁰. Detto in altri termini l'espressione qui presa in considerazione equivale ad affermare il principio secondo cui, se la cessione è stata a titolo oneroso, il cedente è tenuto a restituire al cessionario una somma di denaro *nei limiti di quanto ha ricevuto* da quest'ultimo, com-

³⁸ Era questa la puntuale opinione di V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 872, ripresa successivamente anche da P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 284 e 292.

³⁹ Così si è espresso P. CORRIAS, *op. cit.*, 20, che sul punto ha fatto riferimento a quanto affermato da S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 452, per cui il concetto di *responsabilità* – così come già in precedenza sostenuto dalla letteratura scientifica francese di matrice filosofica e critica sviluppatasi attorno ad esso – si fondava sul riconoscimento di un legame tra il soggetto e l'atto, comprensivo delle conseguenze scaturenti dal medesimo, in base al quale discendeva necessariamente che il soggetto sopportasse gli eventi negativi derivanti dal fatto attivo od omissivo proprio. In argomento v. altresì G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *IDEM*, *Scritti giuridici*, V, *Diritti potestativi-diritti facoltativi. Simulazione assoluta. Usura e negozio usurario. Interpretazione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1948, 81, il quale, richiamando quanto già sostenuto dalla dottrina tedesca precedente, riconduceva il significato di *responsabilità* «all'onere di riparare una violazione giuridica consumata o imminente». Che nel termine *responsabilità* fosse insito quello di sanzione per un evento che l'ordinamento valutava in termini negativi nei confronti di colui sul quale ne addossava il costo era affermazione anche di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, Giuffrè, 1991, 366, il quale ha messo in luce come, a prescindere dal criterio di imputazione, il fatto per cui un soggetto era chiamato a rispondere avrebbe dovuto essere impedito da colui che ne era considerato responsabile.

⁴⁰ Al pari di quanto ha insegnato in argomento M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1993, 3, 4 e 5, la *responsabilità civile* era in effetti idonea ad identificare il responsabile, costituendo una «tecnica per collegare ad un soggetto un evento dannoso» e ciò a prescindere dalla circostanza che quest'ultimo dipendesse da una condotta o da un fatto, che il soggetto individuato ne fosse o meno l'autore materiale (artt. 1228, 2047-2049, 2054, comma 3, c.c.), o, ancora, che lo stesso fosse a conoscenza del danno, essendo, infatti, sufficiente che l'episodio fosse ingiusto e che sussistesse un criterio in base al quale collegarlo ad un responsabile.

portando il mancato pagamento del debitore ceduto l'obbligo del cedente di retrocedere il corrispettivo della cessione stessa oltre al risarcimento del danno.

A tal proposito è, infatti, utile ricordare come vi siano nel nostro ordinamento giuridico fattispecie di rimedi risolutivi di fonte legale che consentono alla parte interessata di determinare la distruzione del contratto al verificarsi di certi presupposti – indicati dalla norma stessa – in assenza dei quali non sarebbe possibile porre nel nulla il legame negoziale, verificandosi ciò proprio quando lo scioglimento venga attivato per far fronte ad un malfunzionamento del negozio talmente importante da incidere in modo eccessivamente penalizzante sulla sfera di uno dei due contraenti, non giustificandosi nei confronti di questo la conservazione del vincolo contrattuale⁴¹. Con riferimento al generale tema della risoluzione, l'ordinamento giuridico offre infatti al creditore in talune situazioni l'azione in sede giudiziale, mentre in altri casi prevede l'esercizio diretto del rimedio in via *extra*-giudiziale ad iniziativa di una delle parti del contratto⁴². Quest'ultima soluzione è quanto si riscontra anche nella garanzia in ordine alla solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. Detta fattispecie integra, infatti, a differenza dello sconto, un recesso c.d. di *autotutela*, che si colloca nel comune regime delle risoluzioni di fonte legale di cui si è fatto cenno poc'anzi, attribuendo la legge a uno dei due contraenti, più precisamente al cessionario del credito, la facoltà di scegliere se far cadere o meno l'originario rapporto con il cedente, esercitando a sua discrezione un *diritto potestativo* idoneo a produrre effetti in via automatica qualora non reputi più confacente ai propri interessi insistere per l'adempimento nei confronti del debitore ceduto. Per cause ammesse dalla legge, a seguito dell'intervento di un contraente è, infatti, ben possibile derogare al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372, comma 1, c.c. – secondo il quale quest'ultimo ha forza di legge fra le parti – determinando lo scioglimento unilaterale della patuizione negoziale, al pari di quanto avviene con riferimento alle ipotesi dei *recessi legali*⁴³.

Nel caso che ci occupa a nulla rileva la circostanza che la cessione del credito sia un negozio ad effetti reali e che il recesso qui in considerazione avvenga successivamente all'attuazione della prestazione di trasferimento del credito. La clausola *pro solvendo* di cui all'art.

⁴¹ Così V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 877 ss.

⁴² V. C.M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 285. Sul punto cfr. pure V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 878, laddove si esprime, con riferimento alle modalità operative di attuazione dello scioglimento, in termini di risoluzione che può «operare per negozio», alludendo alla circostanza che detto effetto consegue ad una manifestazione di volontà della parte interessata.

⁴³ In proposito cfr., ancora una volta, l'insegnamento di V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 504.

1267, comma 1, seconda parte, c.c. inserita dai contraenti nell'ambito del trasferimento del credito si caratterizza per avere in sé una deroga a quel generale principio di cui all'art. 1373, comma 1, c.c. secondo cui l'esercizio della facoltà attribuita alle parti di recedere è limitata, sotto il profilo temporale, al momento ultimo in cui il contratto non abbia ancora avuto un principio di esecuzione. In altre parole la tecnica del rimedio non è la conservazione del rapporto ma la rimozione dello stesso, preoccupandosi il legislatore di mettere il cessionario nelle condizioni di decidere le sorti della prestazione già eseguita: se lasciarla definitivamente acquisita alla controparte ovvero se chiederne la restituzione in forza dell'estinzione del rapporto contrattuale. La fattispecie qui in esame risponde ad una particolare figura di strumento remediale⁴⁴ idonea a completare l'apparato di tutela che il legislatore attribuisce al cessionario del credito in via esclusiva in relazione al contratto-tipo di cui agli artt. 1267 ss. c.c., postulando l'ammissibilità che, a fianco della disciplina generale in tema di reazione dell'ordinamento giuridico a fronte della mancata attuazione del rapporto, il Codice civile, come pure le leggi speciali, possano prevedere strumenti di tutela propri del singolo negozio, allo scopo sia di completare la prima sia di introdurre meccanismi riparatori alquanto distanti da quelli contemplati all'art. 1453 c.c.⁴⁵. In certe ipotesi, infatti, il legislatore conferisce ad un contraente il potere di recedere per permettere allo stesso di contrastare determinati eventi sopravvenuti che metterebbero a repentaglio i suoi interessi negoziali; liberandosi dal vincolo la parte si tutela e, verificandosi tale scioglimento dal legame contrattuale per iniziativa di quest'ultima, detto recesso viene per l'appunto definito di autotutela⁴⁶. In base ad un siffatto meccanismo è così attribuito al cessionario il potere di ottenere lo scioglimento della cessione del credito in presenza di un evento sopravvenuto: l'insolvenza del debitore ce-

⁴⁴ Che – a giudizio di U. STEFINI, *op. cit.*, 320 e 321 – non costituirebbe un inadempimento in senso tecnico del cedente, quanto una concretizzazione del rischio da quest'ultimo espressamente assunto verso il cessionario, essendo una figura *sui generis*.

⁴⁵ Con riguardo a tale ultimo aspetto cfr. A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453, §1-8, §23-68*, Tomo I, 1, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1990, 10 e 11.

⁴⁶ Che in presenza di determinati presupposti la legge stessa attribuisca a una delle parti il diritto di recedere da un contratto è stato ricordato da A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2004, 505. Pure C.M. BIANCA, *Il contratto*, II ed., in *IDEM, Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 740, non ha mancato di precisare come la legge potesse dare alla parte il potere di sciogliersi dal vincolo negoziale quale rimedio contro l'inadempimento se la prosecuzione di un rapporto contrattuale divenisse intollerabile, essendo in questa ipotesi il recesso «un potere di autotutela» e dovendo l'esercizio dello stesso rispettare il principio di adeguatezza del mezzo rispetto alla sua funzione. Sull'argomento v., pure, V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 519 e 520, che specifica altresì come tale recesso, in base al suo fondamento giuridico, possa essere esercitato solo in presenza di puntuali presupposti che lo giustificino e non sia invece rimesso alla pura discrezionalità del recedente.

duto, che pone il cessionario stesso dinanzi ad una situazione del tutto differente rispetto a quella in origine presupposta nell'ambito del negozio traslativo. Non sempre l'inattuazione di un negozio è la conseguenza di un inadempimento di uno dei due contraenti ad una obbligazione di dare discendente dal contratto e ciò è quanto si verifica – come si avrà modo di meglio illustrare nel prosieguo⁴⁷ – anche nel caso di specie, non essendo possibile configurare nella insolvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, c.c. – come escluso in precedenza pure con riguardo al *salvo buon fine*⁴⁸ – una responsabilità con riguardo ad una obbligazione di dare ineseguita attinente alla qualità del credito. La modificazione in termini significativi degli originali elementi del contratto di cessione del credito è, nello schema voluto dal legislatore, determinante ai fini di giustificare la scelta di dar corso ad una misura che scatta in presenza di una emergenza contrattuale a dispetto della quale il negozio non provvede e ciò diversamente da quanto avviene in tema di sconto, laddove la struttura del contratto prevede, a fronte del mancato adempimento del debitore ceduto, il mero indennizzo dello scontatario quale attuazione del programma negoziale voluto dalle parti. Il recesso attivato dal cessionario impedisce che la cessione del credito si concluda positivamente e gli effetti che dal medesimo scaturiscono producono pur sempre lo scioglimento del rapporto contrattuale. Tra l'altro, detto recesso dovrebbe operare *ex tunc*, nel rispetto del disposto dell'art. 1458 c.c., e *non ex nunc*⁴⁹. Sarebbe irrilevante, al fine di sostenere che lo scioglimento valga solo per il futuro, la considerazione che fino al momento dell'insolvenza del debitore ceduto il contratto fosse voluto anche dal cessionario. Milita a favore dell'opposta conclusione, volta ad affermare l'effetto retroattivo, la circostanza che l'impegno di corrispondere gli interessi e le spese della cessione nonché quelle sopportate per escutere il debitore ceduto troverebbero giustificazione solo qualora si volesse far discendere la caducazione degli effetti prodotti dal contratto sin dall'iniziale momento del perfezionamento dello stesso. D'altra parte, anche la dottrina non ha escluso che il recesso possa avere efficacia *ex tunc* in corrispondenza di particolari disposizioni di legge⁵⁰. Del pari il cessionario

⁴⁷ V. *infra*, § 6.

⁴⁸ V. *supra*, cap. III, § 2.

⁴⁹ Come in realtà affermato con riguardo alla generale figura in commento da G. SICHIERO, *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2007, 381; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 734; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 344, in nt. 48. Già in epoca risalente A. DE CUPIS, *Il recesso unilaterale dal contratto*, in *R.I.S.G.*, 1939, 208, non aveva mancato di affermare che il recesso aveva la forza di estinguere il rapporto contrattuale ma limitatamente agli sviluppi riguardanti il futuro del medesimo.

⁵⁰ In argomento cfr. A. FRANGINI, *Recesso, risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*, in *Giur. mer.*, 1995, I, 819, secondo il quale il diritto di recesso di cui all'art. 1385, comma 2, c.c. avrebbe avuto efficacia retroattiva in quanto avrebbe operato di diritto

nario del credito avrà anche diritto al risarcimento del danno analogamente a tutte quelle risoluzioni che dipendono da un fatto del quale la controparte deve rispondere⁵¹ e ciò in quanto – come meglio verrà delineato nei paragrafi che seguono – detto fatto sopravvenuto può essere ricondotto, in termini di obbligo di risultato, nella sfera di intervento del cedente anche nell'ipotesi in cui non via sia stata una condotta negligente del soggetto chiamato a rispondere.

In definitiva si tratta quindi di un recesso legale di autotutela, azionabile ad iniziativa privata e, pertanto, dell'esercizio ad opera del cessionario di un rimedio contrattuale diretto che non necessita di alcuna azione giudiziaria, verificandosi l'effetto risolutorio automaticamente. Per vero, solo nell'eventualità in cui la controparte non dovesse riconoscere detto scioglimento, il cessionario sarà costretto ad agire giudizialmente al fine di ottenere una pronuncia di accertamento e conseguentemente una sentenza di natura dichiarativa, volta appunto a prendere atto di un effetto già verificatosi, in quanto la controversia non ha lo scopo di provocare lo scioglimento del contratto ma solo di riscontrare che questo sia effettivamente avvenuto⁵². È questo uno strumento che in effetti consente al cessionario di liberarsi dal vincolo della cessione del credito anche prima della scadenza di quest'ultimo a condizione che l'insolvenza del debitore ceduto si manifesti anteriormente a tale data. Lo scioglimento del contratto finirebbe per essere ricondotto – nel rispetto dell'art. 1372 c.c. che subordina tale evento alle cause ammesse dalla legge in aggiunta al mutuo consenso – alle previsioni contenute nell'art. 1267 c.c. le quali delineano gli elementi di una vera e propria fattispecie remediale del contratto difettoso e disturbato da eventi in grado di interferire con l'interesse di uno dei due contraenti.

Le riflessioni sopra condotte consentono quindi di affermare che, mentre nell'art. 1267 c.c. lo scioglimento del negozio di cessione del credito a seguito del verificarsi dell'insolvenza del debitore ceduto ha una evidente funzione reintegratrice del patrimonio del cessionario, avendo per oggetto la restituzione a quest'ultimo della somma corrisposta al cedente oltre gli interessi, le spese e i danni subiti dalla con-

e dato luogo ad una risoluzione del contratto. Pure a giudizio di G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 741, il recesso avrebbe generato in corrispondenza di talune norme uno scioglimento del vincolo negoziale con effetto retroattivo. Ancor prima aveva sostenuto che in determinati casi l'istituto in esame avesse efficacia retroattiva A. DI MAJO GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 119 ss.

⁵¹ Così V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 887, laddove afferma che la tutela risarcitoria è tipicamente connessa all'inadempimento dell'altro contraente.

⁵² Pure G. SICCHIERO, *op. cit.*, 382, ha ricordato sul punto che un eventuale giudizio si poteva tutt'al più generare al fine di accertare il difetto o meno dei presupposti che erano alla base della legittimazione ad esercitare il recesso stesso.

troparte⁵³, nell'art. 1858 c.c. la clausola *salvo buon fine* ha, invero, più semplicemente lo scopo di compensare lo scontatore a fronte del mancato incasso del credito attraverso un'obbligazione pecuniaria avente per oggetto l'equivalente patrimoniale del credito scontato. A riprova della profonda differenza che si rinviene, sotto il profilo della struttura, tra le due fattispecie qui prese a confronto si consideri pure che nello sconto bancario e nelle successive norme nessun accenno è previsto non solo con riferimento a quel precetto di cui all'art. 1267 c.c. che introduce una responsabilità del cedente nei limiti di quanto ricevuto – sul presupposto che ciò costituisca una sorta di restituzione del corrispettivo dell'intervenuta alienazione – oltre alla refusione a favore del cessionario delle spese della cessione, di quelle sostenute dal cessionario per escutere il debitore ceduto e degli interessi o ancora all'obbligo del cedente di risarcire il danno, ma neanche in relazione alla necessità, che invero il legislatore ha sentito nell'art. 1267 c.c., di rendere inefficace qualsiasi pattuizione diretta «ad aggravare la responsabilità del cedente». La mancanza di una simile clausola si giustifica proprio in considerazione dell'assenza di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. – il cui precetto disciplina per l'appunto le vicende dell'obbligazione violata⁵⁴ – in capo allo scontatario che mai potrà essere considerato inadempiente in conseguenza del mancato pagamento del debitore ceduto. In altri termini lo scontatore non potrebbe lamentare alcun inadempimento dello scontatario se a scadenza il credito non dovesse essere incassato, operando in una simile circostanza quel meccanismo riparatore che fin dall'origine ha accompagnato la banca cessionaria e che consente *ex contractu* a quest'ultima di pretendere il pagamento dell'indennizzo rivolgendosi al cliente cedente. Nello sconto bancario la clausola *salvo buon fine* non si prefigge, pertanto, lo scopo di rimettere le parti nello *status quo ante* la stipula del contratto per effetto del fenomeno risolutorio⁵⁵. Differentemente, la clausola per la solvenza di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c., caratterizzata come si è poc'anzi affermato da una funzione restitutoria e parzialmente reintegrativa, tende invece a «ricreare l'intera situazione patrimoniale del cessionario» quale sarebbe stata «al momento dell'insolvenza del terzo debitore» qualora il cessionario stesso, a fronte di una cessione onerosa, non avesse dato corso ad

⁵³ Così P. PERLINGIERI, *op. et loc. ult. cit.* e ancor prima, in termini maggiormente sfumati, R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, II ed., Tomo I, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1966, 372. Che la garanzia assunta dal cedente ex art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. abbia una natura *reintegratoria* della situazione in cui si trovava originariamente il cessionario è affermazione di recente fatta propria anche da U. STEFINI, *op. cit.*, 301.

⁵⁴ V. A. LUMINOSO, *op. cit.*, 8.

⁵⁵ Diversamente da quanto lucidamente individuato in relazione al disposto del comma 1, seconda parte, dell'art. 1267 c.c. da P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 292.

un pagamento con fuoriuscita di denaro del proprio patrimonio⁵⁶. Come puntualmente evidenziato, la somma che il cedente deve corrispondere a controparte sarebbe comprensiva tanto della restituzione del prezzo pagato per l'acquisto del credito, quanto del risarcimento del danno seppur nella misura dell'interesse negativo, ossia nei limiti della diminuzione che il patrimonio del creditore medesimo non avrebbe subito se questi non avesse stipulato con il cedente la cessione (risparmio di spese quale danno emergente in aggiunta ad altre occasioni di utilizzo della somma versata come prezzo della cessione di cui avrebbe usufruito in termini di lucro cessante), rimanendo senza effetto qualunque patto volto ad aggravare la responsabilità del cedente oltre ai limiti di quanto ricevuto in modo tale da ricomprendere sempre il lucro cessante sino alla concorrenza dell'ammontare del credito ceduto⁵⁷.

Sotto questo profilo, profonda è, infine, anche la differenza della vicenda in esame rispetto allo schema della fideiussione. Il cedente, a differenza del fideiussore, non si pone quale obbligato in solido con il ceduto, in quanto il cessionario che si avvallesse della garanzia della solvenza nei confronti di quest'ultimo non avrebbe titolo di ricevere dal primo quanto avrebbe dovuto ottenere dal ceduto stesso, ma potrebbe solo – come poc' anzi affermato – confidare sul diritto di ottenere la risoluzione del contratto, nonché la restituzione del corrispettivo, oltre al rimborso delle spese sostenute e al risarcimento del danno subito⁵⁸. D'altra parte che fra l'obbligazione del cedente e quella del

⁵⁶ Così G. PANZARINI, *op. cit.*, 353 e 357, dove si rinviene la citazione testuale.

⁵⁷ V. G. MINERVINI, *op. cit.*, 83 ss. Successivamente conf. V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, cit., 214 ss., in cui era emerso che quella della solvenza era una garanzia non di natura satisfattoria – al contrario delle comuni garanzie – ma diretta ad un fine esclusivamente restitutorio, in quanto l'art. 1267 c.c., per impedire la realizzazione da parte del cessionario di un lucro usurario, aveva voluto addirittura escludere quella possibilità di guadagno insita nella totale soddisfazione delle ragioni del credito, operando detta funzione restitutoria facendo sì che il cessionario venisse rimesso nella situazione in cui egli si sarebbe trovato se non avesse effettuato alcuna prestazione al cedente, potendo il medesimo pretendere da controparte il risarcimento dei danni subiti per la mancata disponibilità della somma o del bene nel proprio patrimonio, ossia danni quasi sempre emergenti, benché in astratto non fosse da escludere la possibilità di invocare il lucro cessante nei limiti – parrebbe – sempre solo dell'interesse negativo. Sul punto v., in termini parzialmente ricognitivi, altresì R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, Jovene, 1962, 162 e 163, il quale aveva messo in evidenza il fatto che la garanzia della solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267, comma 1, c.c. fosse una tutela particolarmente limitata, diretta ad un fine non satisfattorio ma solo restitutorio, non potendo il cessionario pretendere da controparte la restituzione dell'equivalente del valore nominale del credito non realizzato. Anche P. PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e «d'impresa»*. *Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, 67, ha ritenuto nulla l'eventuale obbligazione assunta dal cedente di rifondere a controparte l'equivalente del valore nominale del credito da questi non realizzato.

⁵⁸ Sulla distinzione fra garanzia della solvenza di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. e fideiussione v. B. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 84. In argomento V. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, 197 e 198, aveva osservato come nella cessione di cui all'art. 1267 c.c. fosse assente l'accessorietà propria della fideiussione, in quanto il cedente doveva di regola garantire sem-

ceduto non vi sia alcuna solidarietà si rinviene inoltre dalla circostanza che manca l'*eadem res debita*, non dovendo il cessionario, per potersi rivolgere al cedente, nemmeno escutere preventivamente il ceduto, essendo sufficiente la prova della sua insolvenza⁵⁹.

§ V.4. – (segue) *Le ragioni alla base della scelta del legislatore di rinunciare a concedere allo scontatore un rimedio risolutorio*

Già si è visto come nello sconto bancario – a differenza della cessione pro solvendo – il mancato pagamento del debitore ceduto non impedisca l'attuazione del negozio, posto che l'art. 1858 c.c. determina non solo l'effetto di trasferire il credito dallo scontatario allo scontatore ma anche l'assunzione di garanzia da parte di quest'ultimo. Se, da un lato, ciò dovrebbe già di per sé stesso essere sufficiente a far ritenere che nello sconto non possa venire in considerazione l'ipotesi risolutoria del contratto per mancato adempimento del debitore ceduto – in quanto lo squilibrio fra le attribuzioni del cedente e del cessionario verrebbe ad essere inibito proprio dall'obbligo di indennizzo nascente in capo al primo nel momento in cui il terzo ceduto non dovesse pagare alla scadenza il debito al secondo – dall'altro è però doveroso interrogarsi sul perché il legislatore abbia compiuto una tale scelta disciplinando, sotto il profilo della struttura del contratto, diversamente la fattispecie dello sconto bancario rispetto ad una vicenda alquanto simile quale la mancata solvenza del debitore ceduto di cui alla cessione del credito.

Volendo ora limitare l'attenzione a detto aspetto, chi scrive ritiene alquanto probabile che un ruolo decisivo in relazione all'idea di accantonare la messa a disposizione dello scontatore di uno strumento risolutorio in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto possa essere stata innanzitutto dettata dalla difficoltà di applicare un simile meccanismo al trasferimento dei titoli di credito; fattispecie quest'ultima che in passato ed all'origine della disciplina codicistica era di certo la forma più diffusa di sconto. La circostanza che la disposizione di cui agli artt. 1858 ss. c.c. si possa contraddistinguere per una cessione da parte dello scontatario di un credito incorporato in un documento sia esso un assegno o, come il più delle volte avviene, una cambiale, finisce per far sì che la circolazione sia inscindibilmente legata alla trasmissione del titolo⁶⁰. In un simile contesto le regole del diritto comune di cui agli

pre l'esistenza del credito del debitore, mentre il fideiussore in caso di inesistenza di questo era liberato dal proprio vincolo.

⁵⁹ In questi termini U. STEFINI, *op. cit.*, 316.

⁶⁰ Per completezza si osservi come l'assegno bancario quale strumento di pagamento ben difficilmente possa configurare un credito da anticipare non ancora scaduto, essendo

artt. 1260 ss. c.c. in tema di circolazione del credito vengono ad essere superate da una speciale disciplina modellata sul principio del trasferimento dei beni mobili particolarmente accurata nell'intento di creare certezza e stabilità agli acquisti⁶¹. In aggiunta alla disciplina codicistica generale di cui agli artt. da 1992 a 2027 c.c. occorre infatti avere riguardo a quella specialistica che regola determinati titoli come quelli cambiari, che trovano la propria fonte normativa, quanto alla cambiale, nel r.d. 14 dicembre 1933, n. 1669 e, con riferimento all'assegno, nel r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736. Prescindendo ora dalla prassi, per vero del tutto marginale, dello sconto di assegni c.d. postdatati⁶² nei quali viene indicata una data futura rispetto a quella di emissione del titolo stesso, il cui uso solo di recente ha superato il vaglio dell'illiceità penale⁶³, e concentrandosi esclusivamente sulla cambiale, merita di essere osservato come, nonostante l'utilizzo di essa sia oggi in costante declino, il suo frequente impiego nel passato quale strumento di pagamento di transazioni economiche e la conseguente conversione in denaro attraverso lo sconto bancario abbia di certo concorso ad influenzare le scelte del legislatore in ordine alla mancata previsione di un'ipotesi di risoluzione del contratto nell'ambito dello sconto bancario.

La disciplina della vicenda circolatoria che caratterizza la cambiale si è mostrata fin da subito sostanzialmente incompatibile con la riso-

per l'appunto pagabile a vista, vale a dire al momento della presentazione del titolo. Senonché, la distanza intercorrente tra il luogo di emissione e quello di pagamento – tipico degli assegni fuori piazza o pagabili all'estero – e la necessità di attendere alcuni giorni al fine di ottenerne l'incasso giustificano in astratto la possibilità di dar corso ad uno sconto bancario. Ciò è quanto si rinviene in P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2019, 452. Sostanzialmente conf. L. CASALINI, *Lo sconto bancario*, in G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2020, 355.

⁶¹ V., con riguardo allo specifico tema dello sconto cambiario, M. PORZIO, *op. cit.*, 933. Anche E. CAPOBIANCO, *Dello sconto bancario*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1803-1860*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011, 959, ritiene che nello sconto cambiario la cessione del credito si fondi sulla girata del titolo e non anche sulla disciplina di cui agli artt. 1260 ss. Senza pretesa di esaustività e con riferimento al più generale tema dei titoli di credito, v. anche G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, VII ed., I, *Impresa-Contratti-Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, Zanichelli, 2015, 197.

⁶² Ritenuta inammissibile da TAR Lazio, 9 gennaio 2013, n. 150, in *Foro amm. TAR*, 2013, 162 e 163. Che la *post*-datazione dell'assegno bancario non determini la nullità del medesimo ma esclusivamente la nullità del relativo patto per violazione di norme imperative sulla buona fede e sulla regolare circolazione del titolo di credito, legittimando il creditore a pretendere immediatamente il suo pagamento, è principio fatto proprio anche da App. Bari, 11 dicembre 2012, in *www.giurisprudenzabarese.it*, 2013.

⁶³ L'art. 31 del r.d. n. 1736/1933 stabilisce appunto che l'assegno è pagabile solamente a vista e cioè tramite sua esibizione alla banca da parte del creditore portatore. L'emissione di un assegno bancario c.d. *postdatato* se da un lato non configura più, a seguito del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, un fatto penalmente rilevante, dall'altro resta comunque una condotta sanzionabile sotto il profilo amministrativo per evasione dell'imposta di bollo prevista in tema di cambiali, sebbene sia sempre possibile dar corso ad una procedura di "regolarizzazione" del titolo consistente nel pagamento ad opera del creditore che procede all'incasso di detta imposta.

luzione dello sconto, in quanto in una siffatta operazione le prestazioni eseguite non sono, in realtà, agevolmente ripetibili, come vorrebbe invero la disciplina in tema di rimedio risolutorio. Lo scioglimento del contratto di sconto che importa la retrocessione del credito al cedente e la riconsegna delle somme pagate a titolo di prezzo al cessionario non è ipotizzabile quando il credito stesso circola secondo le regole proprie della cambiale. Queste, in effetti, si caratterizzano per il fatto di rendere necessaria la girata di un titolo all'ordine ai fini del trasferimento dello stesso; meccanismo che fa assumere al girante la responsabilità in via di regresso nei confronti di tutti i successivi giratari del mancato pagamento dell'obbligato principale, vale a dire dell'accettante nella cambiale tratta accettata e dei suoi avallanti ovvero dell'emittente nel pagherò cambiario e dei suoi avallanti, assolvendo in tal modo detta girata ad una funzione di garanzia⁶⁴. Nel caso qui analizzato della cambiale ben difficilmente la cessione del credito incorporata nel titolo potrebbe quindi essere oggetto di risoluzione, in quanto le prestazioni già eseguite non potrebbero essere restituite in modo da ripristinare la situazione anteriore alla stipula dell'atto di cessione e ciò perché, se lo scontatore dovesse retrocedere la cambiale allo scontatario in luogo della levata del protesto propedeutica per agire in regresso o con l'azione causale⁶⁵, dovrebbe procedere con la girata del titolo, divenendo in tal modo lui stesso responsabile in via di regresso del mancato pagamento del debitore ceduto. Il che sarebbe a dir poco paradossale, posto che una simile reazione dell'ordinamento finirebbe per nuocere a quel soggetto che invero dovrebbe essere tutelato. Né, del pari, la risoluzione del contratto potrebbe tradire i suddetti principi di circolazione del titolo dal momento che nessuna disposizione autorizza ad una siffatta deroga quanto alla disciplina della retrocessione del titolo di credito scontato in assenza di girata che, peraltro, se anche si potesse in astratto configurare, creerebbe una situazione inconciliabile con l'esercizio dei diritti di pretendere il pagamento da parte dello scontatario che si troverebbe nella propria disponibilità un titolo riconsegnato – la cambiale per l'appunto – che individua ancora, essendo stata oggetto di una precedente girata, quale beneficiario la banca in qualità di scontatore; aspetto quest'ultimo che verrebbe di certo excepto dal debitore ceduto in sede di pretesa fatta valere nei suoi confronti dallo scontatario stesso, difettando l'esistenza di una serie continua di girate a favore dell'ultimo prenditore.

⁶⁴ Negli stessi termini, anche se con riguardo all'assegno, v. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *op. cit.*, 230 e 231.

⁶⁵ È doveroso, per completezza, ricordare come per l'azione causale costituisca presupposto anche la restituzione della cambiale protestata al debitore scontatario.

Sul presupposto che nei titoli di credito non trovi quindi applicazione, come poc' anzi precisato, la disciplina di cui all'art. 1267 c.c. e pertanto il cedente non risponda mai della solvenza del debitore ceduto, non è dunque ipotizzabile una risoluzione per il mancato pagamento di quest'ultimo. Tra l'altro, una siffatta scelta del legislatore si palesa corretta anche sotto il profilo sistematico. Nel caso di specie, infatti, una eventuale risoluzione verrebbe ad essere impedita altresì dall'astrattezza del titolo di credito. Al riguardo, poiché la cambiale o l'assegno prescindono dal rapporto fondamentale sottostante che ha originato l'emissione e pertanto dalla causa, ne consegue che non potranno mai essere esperibili i rimedi predisposti per la patologia della funzione del negozio, quale la risoluzione del contratto o il recesso, che entrano in gioco come meccanismi remediali nell'ipotesi in cui il rapporto subisca un disturbo nella fase di esecuzione. Detto diversamente, la circostanza che il titolo di credito sia astratto preclude l'operatività di uno strumento quale quello dalla risoluzione per inadempimento che invero interviene quando, essendosi infranti l'equilibrio contrattuale ed il conseguente rapporto di sinallagmaticità tra le reciproche prestazioni⁶⁶, il negozio non può più realizzare la propria causa⁶⁷. D'altronde

⁶⁶ V., tra le tante pronunce e senza pretesa di esaustività, Cass., 25 agosto 1998, n. 8440, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1770; Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 224; Cass., 23 giugno 2001, n. 8621, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1251; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giust. civ.*, 2002, 1262 ss.; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 2476 ss.; Cass., 1° giugno 2004, n. 10477, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1245; Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, 415 ss. Ancora più esplicita è stata Cass., 21 dicembre 1998, n. 12769, in *Vita not.*, 1999, 208, che si è espressa, con riguardo alle ragioni che giustificavano la risoluzione, in termini di vizio funzionale della *causa negotii* idoneo a modificare in termini apprezzabili l'equilibrio tra le reciproche prestazioni.

⁶⁷ Per la maggior parte della dottrina - v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1966, 185; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, III ed., Fasc. II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, IV, Milano, Vallardi, 1980, 269; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, UTET, 1999, 1478 e 1479; G. CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, II ed., Padova, Cedam, 2002, 474; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, IV ed., II, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004, 560; G. SICCHIERO, *op. cit.*, 42 ss. ed in particolare 49 e 50; A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, 211 e 212 - questa sarebbe la ragione della risoluzione, in considerazione dell'anomalia funzionale rappresentata dall'inadempimento e, pertanto, da una vicenda perturbativa che preclude l'attuazione del programma negoziale, determinandosi in tal modo una alterazione della funzione del contratto e delle condizioni economiche stabilite *ab origine* (*contra* A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, II ed., III, Milano, Giuffrè, 1993, 357 e 358, che non ha mancato di osservare come alla teoria della causa si potesse opporre la circostanza che la funzione stessa atteneva al profilo della nascita delle obbligazioni che discendevano dal contratto piuttosto che a quello dell'adempimento; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi - 2*, V, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006, 21 e 22, secondo cui l'inconveniente principio della costruzione in esame si riscontrava nelle applicazioni concrete ed in particolare nella possibilità di derogare alla disciplina di cui agli artt. 1453 ss. c.c.); pur non mancando chi l'aveva invece identificata nella rottura del sinallagma tra le prestazioni e del suo equilibrio - così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II ed., III, *L'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1948, 389 e 390; A. DALMARTIELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1969, 128; R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del con-*

de, in ipotesi di mancato adempimento a scadenza del debitore ceduto, lo sconto è operazione che si esaurisce, una volta che la banca abbia anticipato contro cessione del credito la somma dedotto l'interesse, solo con il pagamento dell'indennizzo ovvero, nel caso di adempimento del debitore ceduto a scadenza, con la perdita di interesse per lo scontatore che impedisce la nascita del vincolo obbligatorio. Il che equivale a dire che anche l'eventuale inadempimento del ceduto rientra nell'operazione di sconto senza che possa invocarsi uno strumento remediale idoneo tutt'al più ad essere chiamato in causa a fronte della violazione contrattuale dello scontatario se questi non corrisponda l'indennizzo.

Per di più anche in ipotesi di sconto di un credito non cambiario la scelta del legislatore di disciplinare diversamente dall'art. 1267, comma 1, c.c. la vicenda in esame trova ulteriormente giustificazione nel fatto che lo scontatore non avrebbe interesse - a differenza di quanto l'istituto della risoluzione vorrebbe tutelare - a vedersi retrocesse, quale prestazione ripetibile, le somme anticipate e non il valore nominale del credito anticipato, poiché una simile reazione dell'ordinamento genererebbe per la banca la possibilità di ottenere il solo corrispettivo al netto del margine di guadagno in termini economici, imponendo così alla stessa di attivarsi per recuperare quanto le spetterebbe attraverso il risarcimento del danno; aspetto quest'ultimo che può essere invero superato in forza della riscossione delle somme a titolo di indennizzo. Non altrettanto avviene, invece, nella cessione del credito di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. in cui il cedente risponde della solvenza del debitore ceduto e laddove ad essere oggetto di retrocessione a seguito della vicenda risolutoria è l'intero prezzo pagato dal cessionario, poiché la norma in esame si esprime in termini di restituzione «nei limiti di quanto ha ricevuto».

tratto, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 67; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 2 e 3 - o ancora nella necessità di preservare la logica dello scambio - v. A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, 1309 - anche se per altri - così G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Edizioni Scientifiche Italiane, 1942, 147 - la risoluzione sarebbe invece consistita in una sanzione nei confronti del debitore, che meglio avrebbe tutelato l'interesse del creditore rispetto al rimedio risarcitorio. Condivide quest'ultimo indirizzo anche C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 287, sebbene si affretti poi a precisare che nella stessa non deve essere presente una connotazione repressiva o afflittiva, in quanto detto rimedio è volto a proteggere il puntuale interesse della parte a non rimanere vincolata verso chi abbia violato in modo grave la stipula negoziale.

Secondo invece le teorie più risalenti, di stampo soggettivo, poi abbandonate, alla base della risoluzione si trovava una condizione risolutiva tacita o un elemento sopravvenuto contrastante con la volontà negoziale. V., per il primo orientamento in vigenza dell'abrogato Codice civile, C. FADDA, *Ancora sulla risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, 519 e ancor prima L. GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, Tipografia dei Fratelli Rechiedei, 1877, 30; per il secondo G. OSTI, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in *IDEM, Scritti giuridici*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1973, 434.

A ciò si aggiunga il fatto che, avvenendo la cessione del credito di cui allo sconto bancario con funzione di liquidità e caratterizzandosi il credito per circolare ed essere oggetto, su iniziativa della banca, a propria volta di risconto o di cartolarizzazione⁶⁸, non sarebbe interessante per quest'ultima ottenere lo scioglimento del contratto. Nella fattispecie di cui all'art. 1858 ss. c.c., la stessa, in effetti, si troverebbe onerata di dover dar corso al recupero del medesimo e ciò al fine di poterlo, per l'appunto, restituire all'originario scontatario in conseguenza del meccanismo risolutorio che si innesta nella causa generica del negozio di cessione.

Tutto quanto sin qui rappresentato è, pertanto, verosimile che abbia, quindi, fatto compiere al legislatore una scelta di fondo, volta alla conservazione del contratto in luogo della sua distruzione e al riequilibrio del medesimo attraverso la previsione di un indennizzo, non sussistendo quelle esigenze di tutela tipiche delle restituzioni delle reciproche prestazioni che deriverebbero da uno scioglimento dell'atto; aspetto quest'ultimo che si impone invero quando la cessione del credito, dalla causa generica, si combina – al pari di quanto affermato nel capitolo I – con le altre cause specifiche quali quelle di garanzia o solutoria.

§ V.5. – *La confutazione della sussistenza in capo al cedente di una obbligazione avente ad oggetto una prestazione di fare nonché di una responsabilità precontrattuale*

La diversa struttura che caratterizza i fenomeni della *garanzia pura*, da un lato, e della *responsabilità contrattuale*, dall'altro, impone, prima di chiarire il fondamento e la natura della clausola *pro solvendo* a cui si è indirizzata la ricerca iniziata nei paragrafi che precedono, di ripercorrere brevemente i confini che contraddistinguono le due diverse vicende in esame. Come noto la responsabilità civile individua il soggetto al quale può essere attribuito un evento dannoso e il criterio con cui ciò può avvenire mentre il risarcimento del danno si preoccupa di definire le modalità ed il *quantum* attraverso il quale il danneggiato viene ad essere ristorato⁶⁹. La lesione di un interesse protetto e suscettibile di valutazione economica è dunque fonte di responsabilità e, poiché la stessa è tipicamente riconnessa alla violazione di obblighi, il risarcimento del danno non può mai configurarsi quale appendice della *garanzia pura* che – al pari di quanto esamina-

⁶⁸ Per la cui descrizione delle operazioni si rinvia a quanto precisato *supra*, cap. I, § 7.

⁶⁹ In questi termini cfr. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 4 e 5.

to in occasione dell'inciso *salvo buon fine* - è invero realizzazione del contratto. È pertanto evidente che, se la legge prevede, analogamente alla fattispecie in commento, che al verificarsi di un determinato evento preso in considerazione dalla disposizione medesima - vale a dire, nel caso che ci occupa, l'insolvenza del debitore ceduto - scatti un obbligo di risarcimento del danno in capo al cedente, ciò avviene perché è la stessa che ritiene sussistente una responsabilità dovuta alla violazione di un impegno obbligatorio, escludendosi dunque che si possa raffigurare l'attuazione di una garanzia pura⁷⁰. Del pari, anche la disciplina di un fenomeno risolutorio - tipica, come si è già avuto modo di vedere⁷¹, della sola cessione *pro solvendo* e non anche dello sconto bancario - sottintende un mancato funzionamento del sinallagma e non una sua realizzazione. I rimedi contrattuali reagiscono infatti ad un difetto del contratto e hanno lo scopo di mettere in discussione gli effetti del medesimo⁷² quando invero la *garanzia in senso tecnico* si preoccupa di realizzare un'utilità per una delle due parti ed esclude *per tabulas* che vi possa essere uno scioglimento dell'atto che impedirebbe la sua efficacia, ossia di far nascere l'obbligo indennitario.

Il quadro fino ad ora brevemente delineato, relativo tanto al sistema della tutela contrattuale quanto ai concetti di garanzia e responsabilità, appare l'utile e necessaria premessa per l'individuazione della natura della garanzia qui in oggetto. L'estensore della disciplina in esame ha infatti ritenuto che l'insolvenza del ceduto costituisca un danno ingiusto dinanzi a cui la reazione, in termini di responsabilità civile, è quella di addossare il risarcimento del medesimo al cedente. Il pregiudizio economico patito dal cessionario viene in tal modo eliminato attraverso un ristoro pecuniario per equivalente che il legislatore pone esclusivamente in capo a colui che ha trasferito il diritto a pretendere l'adempimento nei confronti del debitore ceduto⁷³.

Tuttavia, la sussistenza di una vicenda remediale dell'iniziale cessione del credito - idonea, come si è già visto⁷⁴, a provocare lo scioglimento del contratto ad iniziativa di parte attraverso una fattispecie di recesso di autotutela - in aggiunta al risarcimento del danno impone ora di domandarsi se quella che si origina in capo al ce-

⁷⁰ Sull'impossibilità di ravvisare una garanzia in presenza di un'obbligazione e viceversa v., in tema di vizi della vendita, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, 424 e 425. Non dissimile è stato il pensiero di A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 533 ss., il quale ha affermato come l'interesse di un soggetto potesse venir soddisfatto da un altro attraverso due strumenti alternativi: l'obbligazione e la garanzia.

⁷¹ V. *supra*, § 3.

⁷² Così V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 679.

⁷³ V. quanto precisato *supra*, § 3.

⁷⁴ V. *supra*, § 3.

dente per effetto della clausola *pro solvendo* sia effettivamente una obbligazione e, in ipotesi di risposta affermativa, a quale categoria di prestazioni abbia inteso, nel caso che ci occupa, fare riferimento l'estensore dell'enunciato in rassegna. La ricostruzione dogmatica è però impervia e il tema alquanto delicato. Individuare, in una simile fattispecie, una prestazione ineseguita in capo al cedente appare fin da subito non agevole se solo si pone attenzione alla circostanza che ben difficilmente sarebbe possibile prospettare la violazione di una obbligazione attinente alla qualità del credito o al risultato promesso dal cedente.

Ciò precisato e al di là dei suddetti ostacoli, fino ad ora un elemento è, tuttavia, apparso incontrovertibile: nella cessione *pro solvendo* il cedente è tenuto a far conseguire al cessionario un determinato esito finale differentemente dalla *garanzia pura* che caratterizza, invece, nello sconto bancario l'inciso *salvo buon fine*. In particolare il programma negoziale di attuazione degli interessi a cui le parti aspirano si pone, infatti, l'obiettivo di far sì che il cessionario acquisisca la titolarità di un credito in relazione al quale vi sarà la piena e sufficiente capacità patrimoniale del debitore ceduto. Il risultato conclusivo è in particolare rappresentato non solo dallo spostamento in capo al primo del diritto a pretendere l'adempimento dal secondo, ma anche dalla circostanza che quest'ultimo non sia insolvente al momento di detto trasferimento, né che lo diverrà successivamente, e in difetto di ciò il cedente non potrà ritenersi liberato ma sarà responsabile e dovrà risarcire il danno e il contratto verrà risolto.

Il fatto che il creditore si attenda sempre una certa conclusione dal rapporto obbligatorio, identificato nella soddisfazione del proprio interesse, non è irrilevante. La previsione di una responsabilità contrattuale in ordine alla solvenza del debitore ceduto pare dunque espressiva della sussistenza di un *vinculum iuris* - rappresentato dal generale comportamento del cedente volto ad evitare che si venga a determinare in capo al cessionario una posizione creditizia caratterizzata dalla mancata solvibilità del debitore ceduto - autonomo ed ulteriore rispetto a quelli che si originano dal mero trasferimento della legittimazione a pretendere l'adempimento del ceduto stesso. Mentre il passaggio di titolarità del credito configura - analogamente a quanto precisato e sostenuto in altra sede⁷⁵ - un effetto del contratto e non un'obbligazione, resta, infatti, da chiarire se in conseguenza della cessione del credito *pro solvendo* sorga in capo al cedente un vero e proprio vincolo obbligatorio primario coincidente con una prestazione di fare, strumentale a raggiungere un determinato obietti-

⁷⁵ V. *supra*, cap. III, § 5.

vo, costituita da una certa condotta consistente nell'intervenire in via preventiva al fine di escludere il fatto oggetto di lesione e quindi la cessione di crediti vantati verso soggetti che potrebbero divenire insolventi⁷⁶. Se così fosse, nella fattispecie di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. in aggiunta all'effetto traslativo del diritto di credito si riscontrerebbe un'obbligazione avente ad oggetto una prestazione di fare che, a differenza di quella che si origina in tema di vendita dei beni di consumo, lungi dall'essere integrativa dell'obbligo di consegna – che peraltro in un credito trasferito non potrebbe mai presentarsi – si rivelerebbe preordinata a procurare ugualmente un risultato utile per il cessionario: l'assenza di insolvenza in capo al debitore ceduto, con la conseguenza che l'interesse del creditore non si esaurirebbe nel solo acquisto del diritto di credito ma si caratterizzerebbe altresì per un comportamento precedente alla cessione stessa da parte del cedente in ordine alla scelta di trasferire quel particolare credito e per un risultato successivo⁷⁷. In altri termini, ci si troverebbe dinanzi ad un vincolo obbligatorio, volto ad evitare che si realizzi una mancata solvibilità del debitore ceduto attraverso un preventivo controllo ed una successiva scelta di non cedere determinati crediti rischiosi che, qualora non rispettato, farebbe incorrere il cedente nell'inadempimento con conseguente risoluzione del contratto e obbligo per il medesimo di risarcire il danno.

La sussistenza di un dovere di indagine sulla situazione finanziaria e patrimoniale del debitore ceduto sarebbe in tal modo volta ad un preciso scopo: prevenire l'insolvenza di quest'ultimo inducendo il cedente ad assumere misure idonee a porre maggiore attenzione nella cessione dei crediti, sul presupposto che il sacrificio che rimanesse in capo al cessionario in ipotesi di inadempimento del debitore ceduto non sarebbe giustificato a fronte del vantaggio nel frattempo conseguito in forza del trasferimento del credito stesso. A differenza della *garanzia pura*, nella cessione *pro solvendo* l'evento – nel caso di specie insolvenza del debitore ceduto – non sarebbe, dun-

⁷⁶ Pare trovare, sotto questo profilo, piena giustificazione quell'affermazione che in passato aveva condotto parte della dottrina – v. V. PANUCCIO, *op. ult. cit.*, 208 e 209 in nt., 257 – a sostenere, non senza critiche – per queste ultime si rinvia a P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 295 – che l'insolvenza del debitore ceduto potesse essere tecnicamente attribuita al cedente.

⁷⁷ Pure L. AMBROSINI, *op. cit.*, 48, 49, 51 e 52 – dapprima con riferimento al generale tema della vendita, estendendo poi le conclusioni anche alla cessione del credito con garanzia della solvenza – ha ritenuto, senza (parrebbe) porsi il problema se sussistesse una precedente prestazione di fare, che l'impegno traslativo fosse violato dall'alienante non solo nel caso in cui non si producesse l'effetto reale, ma anche qualora il risultato ottenuto da controparte fosse diverso da quello voluto dai contraenti in base al contratto perché non conforme alla prestazione oggetto del medesimo, ritenendo corretto poter parlare di inadempimento ogni volta in cui fosse carente la puntuale attuazione della pretesa dell'acquirente, in base all'impegno contrattuale, in quanto era su quest'ultima che si delineava la fisionomia dell'obbligazione.

que, del tutto estraneo ad un impegno del cedente volto ad impedire il prodursi del medesimo, essendo quest'ultimo tenuto, proprio in forza dell'obbligo di fare, ad astenersi dall'immettere nella sfera del cessionario, mediante il trasferimento del relativo diritto, un credito foriero di una patologia afflittiva del debitore ceduto. L'influenza del cedente sarebbe, quindi, esercitata prima dell'effetto traslativo sulla base di un controllo preventivo strumentale alla decisione se stipulare o meno il contratto di alienazione del credito.

Se le considerazioni fin qui esposte fossero corrette, sarebbe possibile rinvenire una iniziale conclusione utile: la costante solvibilità del debitore ceduto costituirebbe l'esito ultimo di una prestazione di fare avente natura per il cedente di obbligazione di risultato⁷⁸ e non invero una qualità del credito trasferito – e, pertanto, un vincolo obbligatorio di dare – non potendo quest'ultima essere confusa con i risultati di un comportamento del cedente stesso. Alquanto chiara sarebbe pertanto la *ratio* della garanzia per la solvenza del debitore ceduto: prima di trasferire il credito il cedente sarebbe tenuto a verificare in prospettiva lo “stato di salute” economico-finanziario del debitore. Al riguardo, infatti, la sua responsabilità, in termini di risarcimento del danno, discenderebbe dal fatto che antecedentemente la cessione del credito il cedente stesso si era certamente trovato nella situazione più adeguata per effettuare le valutazioni del caso, vale a dire decidere di non trasferire il credito per evitare che il cessionario si trovasse dinnanzi ad un debitore ceduto insolvente⁷⁹. Si giustificerebbe in tal modo anche il perché il legislatore avrebbe imposto al cedente uno sforzo non irrilevante in via previsionale e prospettica rispetto al trasferimento del diritto a pretendere l'adempimento. Il nesso eziologico tra la sfera del cedente e il danno subito dal cessionario caratterizzante il rapporto sarebbe quindi costituito dal controllo sulla prospettiva di solvibilità del debitore ceduto, inerendo tale aspetto alla qualità del debitore ceduto e non a quelle del credito trasferito. La preliminare verifica della situazione del debitore ceduto consentirebbe pertanto di evitare che nella sostanza il cessionario acquisti la titolarità di un credito foriero di problematiche sotto il profilo del suo futuro incasso e del suo consolidamento ai fini dell'azione revocatoria. A nulla varrebbe, per escludere una

⁷⁸ Tra l'altro che la ripartizione fra obbligazioni di mezzi, da un lato, e di risultato, dall'altro, riguardasse sempre le prestazioni di fare è stata circostanza messa in luce di recente da F. GALGANO, *op. cit.*, 10 e 11.

⁷⁹ A tal proposito, in tema di responsabilità oggettiva, pure C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, cit., 375 ss., riprendendo la tesi già sviluppata da Calabresi, ha sostenuto che il soggetto su cui far gravare l'obbligo risarcitorio fosse da identificare in colui che prima del realizzarsi dell'evento dannoso si fosse trovato nella posizione più adatta per valutare l'opportunità e la convenienza di attivarsi preventivamente per evitarlo.

siffatta conclusione, invocare la circostanza per cui ciò non sarebbe possibile quando l'esigibilità del credito fosse protratta nel tempo rispetto alla data della stipula della cessione del credito stessa. In una simile fattispecie dovrebbe tutt'al più essere prestata una particolare attenzione all'espletamento dell'indagine prospettica la quale non sarebbe certo impedita dal prolungato orizzonte temporale, ma richiederebbe più semplicemente un innalzamento degli *standards* da prendere a riferimento per escludere il pericolo di una insolvenza futura del debitore.

Sennonché, quanto sin qui affermato non appare persuasivo e soddisfacente. Il rapporto in esame non può, infatti, essere concepito come obbligo di prestazione. Ascrivere la fattispecie considerata alla categoria delle obbligazioni di far ottenere al creditore un risultato pare frutto di una eccessiva enfaticizzazione di una prestazione di fare che in realtà, se ben si riflette, non può certo scaturire se non dall'esecuzione del contratto e, dunque, da una condotta del cedente posta in essere a seguito del perfezionamento dello stesso. Tuttavia, successivamente alla stipula del negozio traslativo del diritto di credito, l'obbligo consistente in una prestazione di fare in modo che il cessionario non si ritrovi con un debitore ceduto insolvente sarebbe un vincolo giuridico che, nel caso di specie, non potrebbe realizzarsi, in quanto la scelta del cedente - e, pertanto, la relativa prestazione di fare - nel momento in cui il contratto si perfeziona è invero già stata compiuta ed il comportamento di quest'ultimo ormai esaurito nell'istante stesso in cui il contratto si è concluso. Né sarebbe, tra l'altro, immaginabile una condotta del medesimo dopo l'intervenuta cessione, non potendo certo il cedente influire sulle sorti finanziarie ed economiche del debitore ceduto⁸⁰: se fosse vero il contrario si sarebbe costretti ad ammettere che una siffatta obbligazione nascerebbe già di per sé stessa estinta con la conclusione del negozio, il che sarebbe inaccettabile, in quanto a dir poco assurdo. Ciò che in realtà costituisce il limite della teoria in esame è il fatto che la stessa non riesca a superare l'assenza di una vera e propria prestazione in senso tecnico in capo al cedente.

Né, d'altro canto, sarebbe ipotizzabile discorrere di una responsabilità pre-contrattuale originata da un comportamento collegato

⁸⁰ L'esito voluto dal cessionario - vale a dire la mancata insolvenza del debitore ceduto - non rimane, come vorrebbe la dottrina, nella sfera di controllo dell'obligato, il quale dopo aver compiuto la scelta di cedere quel determinato diritto di credito non ha al contrario più titolo per influire sul risultato finale. A tal proposito, è stato invece sostenuto come nelle obbligazioni di risultato quest'ultimo restasse sempre sotto il controllo del debitore: cfr. G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*, *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 173.

alla formazione progressiva del consenso. La tutela invocata dalla disposizione in esame non riguarda le trattative che precedono il perfezionamento del negozio o la loro inutilità ovvero ancora la protezione del soggetto dalla stipula di contratti inefficaci o invalidi⁸¹. La *culpa in contrahendo* è certamente riconducibile – al pari del caso che ci occupa, come sarà meglio esposto nel prosieguo – alla violazione di un dovere senza prestazione ma, a differenza della vicenda in commento, prescinde dalla successiva conclusione del contratto⁸². La stessa si preoccupa di evitare che siano lesi gli interessi in relazione alle trattative che precedono la sottoscrizione del negozio stesso, quando invero la clausola *pro solvendo* nasce dalla cessione del credito e trova la propria *ratio* nella necessità di scongiurare il rischio che si determini un pregiudizio nella sfera patrimoniale del cessionario in conseguenza della stipula del contratto e nel successivo svolgimento del rapporto. Infatti, mentre con riferimento all'art. 1267 c.c. se non c'è sottoscrizione del negozio non ci si potrà mai porre un problema di pregiudizio in capo al cessionario, nella responsabilità pre-contrattuale l'inosservanza dei doveri di correttezza e buona fede rileva anche in assenza del raggiungimento di una successiva pattuizione contrattuale. Riconoscere nella garanzia per la solvenza del debitore ceduto una forma di *culpa in contrahendo* significherebbe, dunque, spostare il problema dalla naturale sede in cui si origina per anticiparlo rispetto ai suoi precisi confini di appartenenza. In altri termini, non sarebbe immaginabile far risalire il comportamento volto ad evitare una lesione del patrimonio del cessionario, che discende dal trasferimento del credito, alle trattative, che precedono lo stesso.

In conclusione è, quindi, per altra via che occorre ricercare la corretta natura del vincolo in esame. E proprio ad un siffatto approfondimento sarà dedicato il paragrafo che segue.

⁸¹ V., *ex plurimis*, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 155 e 156.

⁸² V., con riguardo ai lineamenti della figura della responsabilità pre-contrattuale, tra i tanti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, Giuffrè, 1997, 192 e 193, per il quale la *culpa in contrahendo* si sostanziava in un generale obbligo di buona fede. Per una disamina iniziale dell'istituto cfr. G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, II ed., Torino, Fratelli Bocca Editori, 1925, 14 e 15. Critico nei confronti della fattispecie era stato invece V. POLACCO, *op. cit.*, 503 ss. ed in particolare 515 e 516.

§ V.6. – Il ricorso alla categoria degli obblighi di protezione quale vincolo obbligatorio sprovvisto di prestazione

Rigettata la tesi dell'esistenza di una obbligazione di fare, la soluzione al problema affrontato nel precedente paragrafo può essere colta tentando ora di approfondire e sviluppare le intuizioni che sono alla base della teoria dei c.d. *doveri di protezione*; categoria quest'ultima per lo più importata dalla letteratura tedesca con riferimento a quel modello di obbligo diverso da quello tradizionale di prestazione a cui si estende tuttavia la regola della responsabilità contrattuale⁸³. Per la verità, fino ad alcuni decenni or sono la nostra letteratura non aveva dedicato particolare attenzione a quell'aspetto che può dirsi il terreno di maggiore vivacità dell'obbligazione nel diritto civile moderno: la suddivisione tra *obblighi di prestazione*, da un lato, e *obblighi di protezione* – se si intende far riferimento all'espressione della dogmatica tedesca (*Schutzpflichten*)⁸⁴ – ovvero *obblighi di sicurezza* – se il rinvio è a quel-

⁸³ Nel diritto delle obbligazioni (*Schuldrecht*) del Codice civile tedesco – *Bürgerliches Gesetzbuch* (comunemente indicato con le iniziali BGB) – il § 241, comma 2, disciplina specificatamente i doveri derivanti dal rapporto obbligatorio, prevedendo che quest'ultimo possa vincolare ciascuna delle parti ad avere riguardo per i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte, disponendo altresì, al § 282, che se tale obbligo viene violato il creditore ha diritto al risarcimento dei danni in luogo della prestazione qualora non si possa più ragionevolmente pretendere che egli accetti di ricevere la stessa dal debitore.

⁸⁴ La letteratura tedesca sull'argomento è ormai vastissima, una citazione esaustiva sarebbe necessariamente incompleta. Per vero la stessa già in epoca assai remota aveva elaborato nella sostanza un vero e proprio obbligo di protezione nel vincolo di una parte di accertare, prima della stipula del contratto, che fossero presenti tutti i requisiti necessari per la validità dello stesso, che si sostanziasse in una *culpa in faciendo* o, più di frequente, in una *culpa in non faciendo*, ossia in una omissione di informazioni; obbligo capace di ingenerare un legittimo affidamento nella controparte. V., al riguardo, R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861, 35 ss., trad. it. di F. Procchi, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene, 2005, 71 ss. La via verso la teorizzazione degli obblighi di protezione era stata aperta dalle osservazioni mosse al Codice civile tedesco da H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, Guttentag, 1903, trad. it. di G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, *passim*. L'Autore, prima della modernizzazione del Codice civile tedesco, aveva elaborato il concetto delle *positive Vertragsverletzungen* (violazioni contrattuali positive), al fine di dare rilievo a comportamenti del debitore classificabili adempimenti inesatti, non espressamente tutelati dalla normativa vigente dell'epoca, in modo tale che anche una violazione di tali impegni positivi di adempimento facesse sorgere in capo al soggetto una responsabilità contrattuale. Il concetto di *Schutzpflichten*, vale a dire di obblighi protettivi, si deve in realtà far risalire quanto all'origine a H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, Scientia Verlag Aalen, 1929, rist. 1974, 5 – che nell'approfondire la nozione di *Schutzanspruch*, ossia di diritto alla protezione, aveva successivamente (v. pp. 578 e 579) parlato con riferimento al linguaggio dell'epoca di *Schutzverpflichten*, mettendo in luce come gli obblighi di protezione nascenti in capo al debitore in base allo specifico rapporto contrattuale avessero una funzione di prevenzione e non di vantaggio, in quanto volti a tutelare l'interesse di controparte da una lesione – sebbene fosse stato fatto proprio da H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 136. Bd., H. 3 (1932), 288, 289, 298 e 299, il quale era giunto a delineare i medesimi come quell'insieme di obblighi accessori o complementari che, accanto a quello di prestazione, erano volti a prevenire

la della dottrina francese (*obligations de sécurité*) – dall'altro⁸⁵. Anzi, in un primo momento non poche critiche erano state sollevate in ordine alla sussistenza di un siffatto obbligo⁸⁶, per vero riconosciuto, quan-

pregiudizi ai soggetti del rapporto, soddisfacendo l'interesse delle parti a non patire lesioni delle proprie sfere giuridiche (*Schutzinteresse*).

⁸⁵ La natura contrattuale degli obblighi inerenti alla tutela di controparte, previsti affinché i contraenti non urtassero l'interesse generale, era già stata affermata in uno dei primi studi sul tema da R. DEMOGUE, *De l'obligation du vendeur a raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (A propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1923, 648, 649 e 651, la cui affermazione in ordine alla natura del vincolo era stata successivamente condivisa da H. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, VI éd., I, Paris, Éditions Montchrestien, 1965, 189 ss., per i quali anche negli obblighi accessori di sicurezza poteva individuarsi un vincolo giuridico tra danno e contratto; nonché da J. CALAIS-AULOY, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, in *Recueil Dalloz Sirey*, I, 1993, 131, il quale ha ricordato che, in termini generali, l'obbligazione di sicurezza, se riconosciuta dalla giurisprudenza, risultava connessa al contratto, rappresentando un accessorio dell'obbligo principale volto a fornire un servizio conforme a quanto previsto dal negozio medesimo.

Per vero tali obbligazioni di origine contrattuale presero vita per far fronte a una netta distinzione tra responsabilità da inadempimento e aquiliana presente nel sistema francese, che impediva al creditore di invocare il cumulo delle tutele a difesa dei propri interessi. A tal proposito v. P. ESMEIN, *Trois problèmes de responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, XXXIII, 1934, 346 e 347 in testo ed in nt. 1. Particolare era stata la posizione di J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1965, 270, il quale aveva ricordato come la giurisprudenza, in ragione del fatto che certi contratti potevano non solo restare ineseguiti quanto al loro oggetto principale ma anche provocare un danno corporale, era giunta a coniare, per far fronte a quest'ultimo, l'obbligazione contrattuale di sicurezza.

La dottrina e la giurisprudenza francesi, peraltro, più che dedicarsi ad una ricostruzione dogmatica dell'istituto in esame, si sono per lo più occupate di distinguere gli obblighi di sicurezza in obbligazioni di mezzi e di risultato. Cfr. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, II éd., Tome I, *Les sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951, 168 ss.; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, V éd., Paris, Dalloz, 1993, 431 ss.

Copiosa è stata in argomento la produzione giurisprudenziale. Dopo la prima storica pronuncia di inizio secolo in tema di trasporto di persone - v. Cass., chambre civ., 21 novembre 1911, in www.legifrance.gouv.fr - numerosi sono stati gli arresti successivi sull'argomento. Cfr., a tal proposito, Cass., chambre civ. 2, 14 février 1979, 77-12.551, in www.legifrance.gouv.fr, in tema di responsabilità civile del custode; Cass., chambre civ. 1, 11 décembre 1990, 88-14.058, in www.legifrance.gouv.fr, in materia di assicurazione contro il rischio di incapacità e invalidità; Cass., chambre civ. 1, 22 janvier 1991, 89-11.699, in www.legifrance.gouv.fr, sulla vendita di prodotti di bellezza; Cass., chambre civ. 1, 11 juin 1991, 88-18.130, in www.legifrance.gouv.fr, sulla responsabilità del costruttore; Cass., chambre civ. 1, 27 janvier 1993, 91-12.131, in www.legifrance.gouv.fr, in materia di "convention d'assistance"; Cass., chambre civ. 1, 3 mars 1998, 96-11.054, in www.legifrance.gouv.fr, sull'onere di informazione da parte del medico.

⁸⁶ V. U. NATOLI, *op. cit.*, 14 ss. e in particolare 20, che fondava la propria conclusione sulla circostanza che appariva una inutile superfetazione erigere, al pari di quanto sostenuto dai fautori della tesi opposta, la costruzione dogmatica in esame sulla base dei criteri di correttezza e diligenza di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c. Anche a giudizio di U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968, 62 ss., non era possibile individuare il sorgere, nella fase esecutiva del contratto, di specifici obblighi autonomi ed integrativi del principio di buona fede (quali i doveri di informazione, avviso, segretezza, ecc.) trattandosi di aspetti contenuti invero nel rapporto fondamentale, salvo poi cambiare apparentemente idea giungendo ad ammetterli in uno scritto successivo. V., al riguardo, IDEM, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991, 370.

Non così netta e chiara era stata invece la posizione di G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957, 62 ss., in specie 66 e 68, il quale aveva identificato il dovere di buona fede in un obbligo preparatorio all'adempimento,

to alla sua esistenza, da talune voci in dottrina⁸⁷. Superata la concezione dell'obbligazione di radice romanistica che si caratterizzava, sempre e solo, per la sussistenza di una prestazione, più di recente l'opera di rinnovamento dogmatico dell'obbligo è giunta invece a riconoscere una categoria che ha consentito di concepire anche nel nostro ordinamento giuridico la presenza di un vincolo obbligatorio autonomo non necessariamente connesso con una prestazione che, se violato, finisce per compromettere l'attuazione del programma negoziale voluto dalle parti⁸⁸. Si configura così un'obbligazione autonoma in capo a determi-

dotato di contenuto proprio e pertanto irriducibile a quello di prestazione anche se ad esso ausiliario.

⁸⁷ Già dalle prime battute avevano invece sostenuto la costruzione dogmatica E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953, 67 e 99, il quale aveva evidenziato come gli obblighi di protezione, pur non essendo contigui alla prestazione principale, fossero indirizzati alla «conservazione dell'interesse della controparte», dovendo i soggetti coinvolti in rapporti d'obbligazione non solo tenere «un contegno di cooperazione [...] per il soddisfacimento dell'interesse altrui» ma anche osservare quello di controparte «alla integrità della propria sfera giuridica» tramite l'astensione dal ledere la sfera di un contraente nel momento in cui essa fosse stata esposta all'ingerenza dell'altro; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Milano, Giuffrè, 1965, 483 e 484 e 485, che aveva delineato la categoria degli *obblighi di protezione* considerando solamente quelli «connessi con il contenuto del contratto» (avviso, custodia e salvataggio) e i doveri diretti a preservare l'integrità della persona o delle cose altrui, nei limiti in cui il regolamento negoziale di un certo atto potesse dirsi attuato in modo sicuro solo se un contraente si fosse preoccupato di tenere una condotta capace di tutelare da eventi lesivi la sfera di controparte, in ragione del generale principio di cui all'art. 1175 c.c.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 e 369, secondo il quale, in certi casi, il mancato rispetto di tali obblighi, pur non escludendo l'adempimento della prestazione principale, determinava una compromissione dell'interesse di protezione del creditore; IDEM, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509 e 512, per cui l'evoluzione più interessante delle obbligazioni era rappresentata dalla figura degli *obblighi di protezione*, ritenuti idonei ad estendere la tutela del rapporto obbligatorio, pertanto della responsabilità contrattuale, all'interesse di entrambi i contraenti a proteggere la propria persona ed i propri beni dall'esposizione a un danno che avrebbe potuto nascere dallo specifico rapporto creatosi fra di essi, trovando gli stessi fondamento nell'art. 1175 c.c. delineato in base al legame stipulato in concreto.

⁸⁸ Un significativo e originale approfondimento sul tema si deve a C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss., e IDEM, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 240, 264, 265, 477, 478, 496, al quale, tra l'altro, è stata affidata la prima voce enciclopedica dedicata alla categoria in commento. In argomento v. anche G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987, 240, che ha ricordato l'avvenuta teorizzazione nel nostro ordinamento dei doveri di protezione volti a specificare il contenuto dell'art. 1175 c.c., nonché la funzione integrativa del contratto svolta oggi dalla clausola di buona fede.

Più di recente il tema è stato ripreso e sviluppato in un'opera monografica da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, Cedam, 2007, 31 e 32, il quale, nel richiamare il concetto tedesco di *Schutzpflichten*, ha sottolineato come essi manifestassero nello specifico l'esigenza di tutelare l'interesse alla protezione (*Schutzinteresse*), ossia quello della persona a non subire pregiudizio al proprio corpo e ai propri beni durante l'esecuzione dell'obbligazione e a causa della stessa; nonché in un studio condotto da A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 960, il quale, rifacendosi a quanto già evidenziato da Castronovo, ha ricordato come in campo obbligatorio e contrattuale si fossero affermati vincoli senza prestazione, che esprimevano un reciproco dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede, volti a tutelare le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti da eventuali lesioni rese più probabili dall'esistenza stessa del contatto sociale instauratosi fra gli stessi. In argomento v. pure L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezio-*

nati soggetti dell'ordinamento a tutela di chi riponga affidamento nella loro condotta «non “piena”», ossia non improntata sulla sussistenza di un obbligo di prestazione, ma limitata nel contenuto al solo *dovere di protezione* discendente dall'art. 1173 c.c. ultima parte, essendo la disciplina prevista dallo stesso Codice civile a mostrare un archetipo di rapporto obbligatorio improntato a far sì che la condotta delle parti si ponga nel rispetto del precetto della buona fede in vista dell'interesse di tutela di una parte nei confronti dell'altra e ciò anche al di fuori dell'ambito delle trattative precontrattuali⁸⁹.

Pur non essendo in questa sede possibile dar corso ad una elaborazione compiuta della teoria degli obblighi di protezione, ai fini del presente studio è decisivo rilevare come la ricostruzione della complessa struttura che contraddistingue il rapporto obbligatorio si sia per lo più incentrata a porre in risalto l'obiettivo a cui lo stesso in definitiva mira, sì che a fianco dell'elemento centrale, costituito dalla prestazione del debitore, hanno finito per trovare cittadinanza una serie di obblighi autonomi collaterali o accessori – tra cui per l'appunto quelli di protezione – che si prefiggono l'obiettivo di meglio realizzare il suddetto scopo⁹⁰. Il piano che viene pertanto in rilievo è quello della sal-

ne, Torino, Giappichelli, 2013, 34, che ricorda la complessità del rapporto obbligatorio, nel quale, ad un nucleo primario di obblighi di prestazione, si affiancano obblighi di protezione che trovano fonte nel dovere di buona fede imposto dall'art. 1175 c.c. Anche M. FEOLA, *Contratto e protezione del terzo*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, VIII, Parte III, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 811, dopo un breve excursus dell'elaborazione tedesca sull'argomento, definisce gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) vincoli di contenuto positivo che impongono al debitore «di agire, di informare, di adottare quelle misure di sicurezza che impediscano qualsiasi evento lesivo della sfera giuridica del creditore o del terzo».

⁸⁹ In questi termini v. C. COGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 358, 362 e 363. La fonte legale degli obblighi in esame è stata affermata anche da C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1991, 4. Sull'argomento v. pure quanto osservato da G. VISINTINI, *op. cit.*, 241, che parrebbe aver riconosciuto l'esistenza di un processo di tipizzazione dei doveri di protezione, classificandoli e raggruppandoli in modo sistematico. Sul punto cfr. anche il recente pensiero di L. MANNA, *Le obbligazioni senza prestazione*, in L. GAROFALO (a cura di), *La struttura e l'adempimento*, Tomo III, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, Padova, Cedam, 2010, 9, 15 e 22, dal quale si evince che, in ragione del principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni introdotto dall'art. 1173 c.c., ben può sostenersi che gli obblighi di protezione trovino la propria origine non già in un contratto ma direttamente nell'ordinamento giuridico, in base ad un contatto sociale qualificato – vale a dire in grado di creare affidamento – sussumibile tra gli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni; contatto qualificato che nasce in forza del principio generale di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. e di buona fede, codificato negli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c., in funzione integrativa del contratto.

⁹⁰ V. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 1 e 2. Sulla funzione degli obblighi protettivi G. VISINTINI, *op. et loc. supra cit.*, ha messo in rilievo come essi, da un lato, costituissero una «“serie aperta”» e, dall'altro, dovessero comunque presentarsi come strumentali all'esecuzione e alla cooperazione della prestazione.

Per la verità già in precedenza L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), cit., 370, era giunto a distinguere tra *obblighi di protezione* e *obblighi secondari non autonomi* – denominati anche *obblighi integrativi strumentali* (così E. BETTI, *op. ult. cit.*, 96, che li aveva distinti dagli *obblighi integrativi primari* i quali ultimi si prefiggevano invece uno «scopo ausiliario» ma indipendente, potendo essere pretesi dal creditore in

vaguardia e difesa degli interessi del creditore⁹¹, e tali considerazioni sono attagliabili al caso di specie. La clausola *pro solvendo* introduce, infatti, un obbligo dal contenuto diverso rispetto a quelli accessori previsti negli artt. 1260 ss. c.c.: il comportamento che la stessa richiede non è di adempimento, ma semmai di protezione della sfera del cessionario e dunque di osservanza del divieto di far subentrare quest'ultimo in un rapporto obbligatorio che potrebbe cagionare una lesione della sua posizione per via dell'insolvenza del debitore ceduto. Nello specifico, detto obbligo di protezione si manifesta imponendo al cedente di evitare di immettere in capo al cessionario una posizione creditizia che non consenta al medesimo – a causa di tale evento – un sicuro e stabile incasso del credito. Che detto dovere sia da ritenere violato quando ciò accade non significa aderire all'indirizzo criticato⁹² secondo il quale la "bontà" del credito assurge a qualità del bene alienato. La protezione del creditore si consegue, in effetti, impedendo di far subentrare il cessionario in un rapporto obbligatorio che potrebbe cagionare, per via dell'insolvenza del ceduto, una lesione dei suoi interessi; circostanza che per essere realizzata esige un comportamento costituito dalla giusta selezione in ordine al credito da cedere.

Nel nostro caso infatti non si assiste alla presenza di un vincolo formale in grado di costituire un vero e proprio obbligo di prestazione tra le parti, poiché la condotta del cedente – al pari di quanto poc'anzi concluso⁹³ – riguarda la fase preparatoria del negozio, essendo quindi precedente e finanche coeva alla stipula del contratto e si rinviene nella decisione di perfezionare l'atto traslativo e, conseguentemente, nella scelta di cedere quella determinata posizione creditizia una volta avvenuta l'indagine sulla solvibilità del ceduto. È pertanto possibile affermare come oggetto dell'obbligazione non sia sempre e solo la prestazione, potendo essere anche la protezione della sfera dell'altrui contraente se la stessa diviene fondamentale – al pari del caso di specie – al fine di realizzare il programma contrattuale voluto dalle parti. La clausola *pro solvendo* ingenera nel cessionario un ragionevole affidamento e la sua delusione finisce per determinare in capo al cedente una violazione di un suo dovere⁹⁴. Il divieto di non introdurre nella sfera all'acquirente una legittimazione a pretendere l'adempimento

via autonoma) – laddove i secondi costituivano specificazioni della prestazione principale in quanto volti a garantirne l'adempimento.

⁹¹ In questi esatti termini v. pure M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2003, 98, il quale a sua volta ha rinviato alla dottrina di matrice germanica.

⁹² Sostenuto da L. AMBROSINI, *op. cit.*, 59.

⁹³ V. *supra*, § 5.

⁹⁴ A tal proposito è noto in letteratura – v. sull'argomento, fra gli altri, L. LAMBO, *op. cit.*, 334 e 335 – il rilievo assunto, nella suddetta categoria dogmatica, dalla tutela dell'affidamento altrui.

di un credito che si profilerà problematico in ordine alla riscossione – in quanto il debitore ceduto è insolvente o lo diverrà successivamente all’alienazione – corrisponde ad un preciso vincolo: proteggere il cessionario da un evento futuro che è idoneo a frustrare il vantaggio acquisito nel suo patrimonio attraverso l’acquisto del diritto di credito stesso. Ma il comportamento non è espresso solo in termini positivi come nell’obbligo di prestazione di dare o di fare, focalizzandosi l’art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. invero principalmente su ciò che è il risultato finale: si tratta di un dovere negativo di astensione da parte del cedente dal compiere un atto di trasferimento di una posizione giuridica attiva che impedirebbe al cessionario di godere in modo pieno del risultato economico derivante dal subentro nel diritto di credito, in quanto la riscossione sarebbe preclusa o ostacolata dalla mancata solvenza del debitore ceduto. Nell’ipotesi ora in esame l’effetto prodotto dall’obbligo di protezione si trascinerrebbe successivamente al perfezionamento del negozio di alienazione del credito e dunque nel futuro, perdurando fino a realizzare l’interesse del cessionario e quindi a stabilizzare definitivamente l’incasso del credito.

Anche nella vicenda che ci occupa l’obbligo di protezione non si configura come un effetto integrativo del contratto ma ha origine dalla legge. Il negozio costituisce solo l’elemento di congiunzione tra la volontà delle parti e la disposizione giuridica dell’ordinamento che lo sancisce. La garanzia per la solvenza del debitore ceduto, nonostante sia introdotta dai contraenti in sede negoziale, è in realtà un obbligo nascente dalla volontà del legislatore, la cui fonte è peraltro determinata da quella previsione di cui all’art. 1173 c.c. secondo cui le obbligazioni discendono oltre che da contratto – che rappresenta la fucina principe degli obblighi di prestazione – anche «da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico»⁹⁵. Il collegamento tra la cessione del credito ed i suoi effetti in termini di prestazione del contratto – *id est* di trasferimento della titolarità del diritto di credito stesso – da un lato, e l’insolvenza del debitore ceduto, dall’altro, è, in realtà, voluto e disciplinato dalla legge al pari di qualsiasi fattispecie di responsabilità – come si avrà modo di evidenziare

⁹⁵ In aggiunta ai riferimenti citati *supra*, in nt. 89, l’aspetto è stato in generale ben colto da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 1997, 197, sebbene l’Autore abbia parlato specificamente in relazione alle obbligazioni senza prestazione. Anche con riferimento all’ordinamento tedesco si è messo in evidenza come la fonte degli obblighi di protezione fosse la legge. A tal proposito, D. MEDICUS, *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, Verlag C.H. Beck, 2003, 3, ha precisato che l’origine degli obblighi di protezione, dopo la riforma del BGB ad opera della legge del 1° gennaio 2002, non era più solo la buona fede intesa in senso oggettivo in termini di correttezza ma anche il §241, comma 2, BGB. Sul tema v. altresì L. LAMBO, *op. cit.*, 30 ss., il quale, dopo una compiuta analisi dell’*excursus* storico avvenuto in Germania, ha ricordato, v. pag. 65, come i doveri di protezione nell’ordinamento tedesco avessero sempre provenienza legale.

nel prosieguo – oggettiva dotata di natura tipologica in quanto strettamente connessa alla fattispecie disciplinata dal legislatore⁹⁶.

Sotto l'aspetto strutturale il cessionario non vanta nei confronti del cedente una vera e propria posizione creditizia – volta a ottenere da controparte la tutela a non essere immesso in un rapporto giuridico con un debitore ceduto insolvente – posto che lo stesso non ha in realtà alcun diritto per pretendere dal cedente l'adempimento, non disponendo per l'appunto dell'azione per ottenere il risultato voluto, potendo l'obbligo di protezione essere solo violato e risarcito⁹⁷. D'altra parte, una volta che l'insolvenza del debitore ceduto si sarà manifestata, l'obbligo di protezione sarà stato infranto e nessun comportamento potrà più essere tenuto dal cedente per evitare ciò e per adempiere, seppur in modo tardivo, essendosi la scelta a suo tempo effettuata di cedere il diritto di credito rivelata del tutto inappropriata e oramai irreversibilmente avvenuta. È pertanto evidente come in una siffatta eventualità una tutela specifica non solo non sarebbe possibile ma, anche qualora venisse ipotizzata, la stessa si configurerebbe *inutiliter data*, posto che la violazione non potrebbe certo essere riparata. È in tal modo agevole intuire come la *protezione* sia profondamente differente dalla *prestazione*, non sussistendo tra le due situazioni alcuna sovrapposizione e neppure elementi di affinità.

Né coglierebbe nel segno obiettare che nel caso che ci occupa il *dovere di protezione* non può configurarsi stante l'assenza di una obbligazione del cedente avente per oggetto una prestazione, sul presupposto che, da un lato, il trasferimento della titolarità del credito costituisce invero un mero effetto del contratto e, dall'altro, la consegna dei documenti probatori del medesimo, di cui all'art. 1262 c.c., non può che integrare una obbligazione accessoria. Al riguardo sarebbe infatti sufficiente replicare come gli obblighi di protezione non siano esclusivi di vicende giuridiche nelle quali sussiste sempre e solo una obbligazione avente ad oggetto una prestazione, potendo quest'ultima anche difettare⁹⁸ e ciò nondimeno essere gli stessi idonei a costituire

⁹⁶ V. *infra*, § 9.

⁹⁷ Ciò è quanto si ricava dagli insegnamenti di A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 662. Che gli obblighi di protezione non potessero mai divenire "esigibili" e conseguentemente essere adempiuti, gravando tuttavia in modo «permanente sull'obbligato» è stata opinione pure di C.W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. De Cristofaro, Padova, Cedam, 2003, 20 e 21.

⁹⁸ In questi termini puntualmente C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 135; oltre che IDEM, *La nuova responsabilità civile*, cit., 197; nonché, più di recente, A. NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, 659. Che gli obblighi di protezione potessero esistere indipendentemente da un rapporto di prestazione giuridicamente efficace era stata opinione pure della dottrina germanica pronunciata già parecchi lustri or sono. V. W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzverletzung*, in *Juristenzeitung*, 1967, 654, e ancor prima H. KRESS, *op. cit.*, 579, che

un rapporto⁹⁹, così identificandosi il vincolo in un'«obbligazione senza prestazione»», ossia in una situazione in cui la posizione soggettiva viene lesa al di fuori di un legame obbligatorio inteso in modo tradizionale – dove si richiede la necessaria presenza di un obbligo di prestazione – nascendo il danno dal mancato rispetto dell'obbligo di buona fede, che in tal modo anticipa la soglia della responsabilità nel momento in cui le sfere giuridiche delle parti vengono in contatto fra loro¹⁰⁰. Al pari di tutti gli obblighi di protezione anche questo può aggregarsi ad altre vicende giuridiche dando luogo ad un più intenso rapporto obbligatorio¹⁰¹. Più precisamente, nel caso che ci occupa, tale fattispecie finisce per proteggere un soggetto – il cessionario per l'appunto – da un accadimento lesivo dei suoi interessi: la mancata solvibilità del debitore ceduto. D'altra parte detto evento patologico colpisce l'attribuzione traslativa del credito che discende dal negozio e l'immediatezza dell'effetto reale non è di per sé sufficiente ad allontanare lo spettro di una responsabilità del cedente a fronte di una vicenda – quella per l'appunto dell'insolvenza del debitore ceduto – che, qualora assunta in termini di obbligo di protezione, costituisce una evidente anomalia nella sfera degli interessi del cessionario.

Giunti a questo punto dell'analisi, si percepisce – sotto il profilo generale – l'incompletezza sul versante contrattuale di un esame dei soli vincoli obbligatori di prestazione; vuoto che per l'appunto la letteratura ha nel tempo contribuito a riempire. Il quadro sistematico che ne risulta è oggi maggiormente completo al fine di soddisfare l'interesse del creditore: il contratto è in grado di originare in aggiunta ai tradizionali e più diffusi *vincoli obbligatori* – composti da obbligazioni munite, quanto all'oggetto, di prestazioni del debitore – sia *vincoli non obbligatori* – tra cui, oltre agli effetti reali, la *garanzia pura* che contraddistingue la clausola *salvo buon fine* nello sconto bancario – sia *vincoli obbligatori di protezione* che, giustificandosi proprio in considerazione dell'insufficienza dell'apparato obbligatorio ad assicurare il soddisfa-

pacificamente aveva teorizzato accordi senza scopo ulteriore rispetto a quello di proteggere il bene; scopo che era sempre sufficiente per giustificare l'esistenza del primo, potendo il contratto basarsi solo su un obbligo di protezione.

⁹⁹ Così C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo I, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1995, 151. Sul punto, più di recente, pure L. MANNA, *op. cit.*, 9, ricorda come la responsabilità contrattuale possa avere origine anche dalla violazione di obblighi specifici di protezione, considerati come «rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione»; nonché L. MORMILE, *op. cit.*, 35 in testo ed in nt. 18, il quale evidenzia come l'autonomia della fonte dell'obbligo di protezione – consistente non nel contratto ma nella legge, come vuole l'art. 1173 c.c. – consenta al medesimo di allontanarsi dal nucleo dell'obbligo primario di prestazione per assumere la portata di un dovere di condotta senza la necessità di rinvenire un legame con il vincolo alla prestazione.

¹⁰⁰ V., ancora una volta, L. MORMILE, *op. cit.*, 35 in testo ed in nt. 19, dove si rinviene la citazione testuale.

¹⁰¹ In questi termini v. L. LAMBO, *op. cit.*, 395.

cimento del programma negoziale voluto dalle parti, si caratterizzano invece per un dovere sprovvisto di prestazione, al pari di quanto avviene in relazione alla cessione del credito *pro solvendo*. Ma mentre il primo ed il terzo tipo di vincoli sono forieri, in ipotesi di una loro violazione, di responsabilità e di un meccanismo rimediale del contratto, il secondo, nel momento in cui si verifica l'evento dedotto in garanzia, determina invero l'attuazione del negozio e, pertanto, la nascita dell'obbligo in capo al garante di corrispondere l'indennizzo a favore dell'altrui contraente.

§ V.7. - *Il dovere di protezione e la realizzazione del programma negoziale*

Nel paragrafo precedente si è concluso affermando come evitare la circostanza che il cessionario si possa trovare dinanzi all'insolvenza del debitore ceduto configuri un dovere di protezione del cedente integrativo del trasferimento della titolarità del diritto di credito quale prestazione contrattuale ovvero effetto del negozio. La clausola *pro solvendo* introduce infatti in capo al cedente l'obbligo di salvaguardare il cessionario dall'evoluzione sfavorevole del rapporto contrattuale, in cui questi è subentrato per effetto della cessione del credito, non con una prestazione - che peraltro non sarebbe neppure nelle possibilità del cedente stesso stante l'impossibilità di agire sul ceduto - ma attraverso l'adozione di un precedente contegno prudenziale nella selezione del credito da cedere; azione che culmina con la stipula del negozio traslativo. La tutela del cessionario non si realizza dunque attraverso lo svolgimento di un comportamento futuro del cedente, come avviene tradizionalmente nelle obbligazioni di prestazione, né richiede - a differenza di queste ultime - un intervallo di tempo tra la stipula del negozio e la condotta da tenere per consentire al debitore di poter agire, venendo, invero, attuata, al pari di quanto si è già accennato in precedenza¹⁰², mediante una scelta - se cedere o meno quella determinata posizione creditizia - nel momento stesso in cui si conclude il contratto di cessione del credito. Il fatto che l'insolvenza del debitore ceduto si verifichi successivamente alla stipula del negozio traslativo è in realtà del tutto irrilevante, avendo la stessa, sotto il profilo della responsabilità del cedente, i suoi prodromi nella precedente decisione avvenuta al momento del perfezionamento del negozio. Ciò che nel programma contrattuale voluto dalle parti difetta, in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto, è il

¹⁰² V. *supra*, § 6.

risultato finale¹⁰³, ma questo non impedisce di far risalire la violazione al pregresso momento in cui il contegno del cedente avrebbe avuto rilievo per proteggere l'interesse che il cessionario intendeva realizzare con l'acquisto della titolarità del credito e in relazione al quale successivamente invoca tutela attraverso la clausola *pro solvendo*, al fine di evitare che si verificassero risultati indesiderati. Tra il momento in cui si determina il subentro nella legittimazione attiva da parte del cessionario – che avviene con la stipula del contratto – e quello in cui si realizza in pieno il risultato programmato dalle parti, vale a dire la mancanza di solvibilità del debitore ceduto ed i suoi effetti di stabilità ai fini dell'azione revocatoria, non vi è assolutamente coincidenza. Il solo trasferimento della titolarità del credito non corrisponde al risultato pratico che le parti volevano conseguire con il negozio posto in essere, dal momento che l'interesse del cessionario è in realtà completamente soddisfatto solo qualora il ceduto non si riveli insolvente. La realizzazione di una corrispondenza tra il programmato dai contraenti e l'attuato con il trasferimento della legittimazione attiva passa quindi necessariamente per l'osservanza dell'*obbligo di protezione*.

Al riguardo, infatti, l'insolvenza del debitore ceduto è vista, prima ancora che dalle parti, dal legislatore stesso come evento sopravvenuto che minaccia l'interesse contrattuale del cessionario in quanto in grado di modificare un elemento del contratto in termini diversi da quelli in origine convenuti, che miravano invece alla protezione del nuovo creditore dall'insolvenza del debitore ceduto. Il sopraggiungere di quest'ultima finisce dunque per costituire un difetto del contratto e quindi un disturbo da rimuovere che giustifica per l'appunto un *fenomeno risolutorio* del negozio. In un'ipotesi del genere il diritto all'adempimento del creditore nei confronti del debitore ceduto può perdere irrimediabilmente il proprio valore economico e la prestazione attesa in cui il cessionario è subentrato diventare a tal punto difficile da realizzare da giustificare il rimedio della risoluzione nell'interesse ovviamente del creditore stesso che subisce inevitabilmente una lesione a causa della violazione dell'obbligo di sicurezza promesso dal cedente – attraverso la clausola *pro solvendo* – ma inesattamente attuato. Il compimento del programma contrattuale voluto dai contraenti non comporta la

¹⁰³ A tal proposito L. LAMBO, *op. cit.*, 211, ha affermato che nella maggior parte dei casi il dovere di protezione si presentava come obbligo di risultato, in cui assumeva importanza l'elemento oggettivo della sua violazione che si sostanzia nella lesione subita dall'altra parte. Che l'obbligo di protezione si potesse configurare non solo quale dovere di diligenza ma anche come *obbligo di risultato* era opinione anche di L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 1098. D'altra parte di obbligazione di protezione ha parlato anche C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 157 e 168, per cui si poteva discorrere di rapporto obbligatorio anche nel caso in cui mancasse l'obbligo di prestazione «ma si [dessero] obblighi altri, in funzione di tutela di interessi diversi da quello che trova[va] risoluzione nell'adempimento».

necessità di far conseguire all'acquirente un risultato dovuto in termini di esatto adempimento di una prestazione – vale a dire la cessione di un credito di sicuro incasso per il cessionario – sì che se ciò non fosse ottenuto il cedente sarebbe inadempiente e nei suoi confronti scatterebbe un meccanismo di responsabilità contrattuale essendosi per l'appunto assunto una vera e propria obbligazione in relazione al trasferimento di un credito «conforme al contenuto negoziale»¹⁰⁴. Diversamente – una volta che il credito è passato di titolarità ed è finito nella sfera dell'acquirente con tutti gli attributi presenti nel momento dell'alienazione stessa – la realizzazione dell'operazione negoziale può essere conseguita solo attraverso la perdurante efficacia di un dovere protettivo degli interessi del creditore, assunto per l'appunto dal cedente in sede di trasferimento del credito, che si trascina nel tempo fino a rendere stabile l'incasso¹⁰⁵; obbligo che, se violato, in corrispondenza dell'insolvenza del debitore ceduto, produce un fenomeno di responsabilità del tutto simile a quello da mancata esecuzione della prestazione.

Per il cessionario l'acquisto di una posizione creditizia in relazione alla quale non si verifichi la mancata solvenza del ceduto potrà essere apprezzato solo dopo il trasferimento della legittimazione attiva a pretendere il pagamento del credito ed al successivo adempimento del cedente in ordine ai documenti probatori di esso e cioè nel momento in cui quegli effetti dell'incasso, di cui si è accennato poc'anzi¹⁰⁶, saranno divenuti definitivi. Si spiega così l'obbligo di protezione che ha per l'appunto lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore, non potendo il cedente intervenire nella sfera del debitore ceduto una volta trasferita la titolarità del credito. È durante questo lasso temporale che un simile obbligo di protezione assolve, nell'ambito dell'operazione economica in rassegna, la propria funzione, senza con ciò che si determini una vera e propria estensione della durata del rapporto contrattuale tra cedente e cessionario oltre il termine ultimo di adempimento contrattuale. Successivamente alla stipula del contratto, le parti non sono infatti tenute ad ulteriori prestazioni e/o comportamenti, configurandosi il periodo temporale in rassegna quale necessario arco di intervallo per consentire al cessionario di verificare la realizzazione del proprio interesse che discende dal programma negoziale stesso, potendo quest'ultimo avvalersi, in ipotesi di mancato raggiungimento di esso, degli strumenti remediali approntati a suo vantaggio dall'ordinamento giuridico.

¹⁰⁴ L. AMBROSINI, *op. cit.*, 59, 60, 64, 65, 144 e 145.

¹⁰⁵ A tal proposito, con riferimento al tempo in cui operavano gli obblighi di protezione, la dottrina tedesca ha ricordato come essi nascessero già nella fase delle trattative contrattuali, permanessero durante l'esecuzione del contratto e potessero continuare a persistere fino a quando le parti non si fossero del tutto separate, pertanto anche dopo l'adempimento dei medesimi. In tal senso v. D. MEDICUS, *op. et loc. supra cit.*

¹⁰⁶ V. *supra*, § 6.

In definitiva detto “trascinamento” dell’obbligo protettivo non equivale a pretendere in capo al cedente un contegno ulteriore rispetto alla scelta già condotta in sede di stipula del contratto, costituendo invero una mera conseguenza di detta ultima decisione. L’obbligo di protezione è dunque non solo preordinato al raggiungimento degli interessi che il creditore si prefiggeva di conseguire attraverso il programma negozialmente pattuito, ma anche posto a salvaguardia di interessi futuri ed alla conservazione del valore del credito acquisito attraverso la cessione. La separata sanzionabilità di tale obbligo di protezione rispetto alle prestazioni contrattuali che discendono dal negozio è il segno più evidente della sua autonomia, poiché l’interesse a cui mira il medesimo è indubbiamente distinto da quello che si realizza con la prestazione contrattuale. D’altra parte, non è certo la riferibilità al cedente dell’inadempimento del ceduto che giustifica la responsabilità del primo e l’obbligo di risarcire il danno al cessionario¹⁰⁷. La situazione si presenta in termini più complessi: il fattore insolvenza del debitore ceduto, pur non essendo in sé e per sé direttamente imputabile al debitore originario, lo diviene in quanto ritenuto dal legislatore un evento di cui il cedente deve rispondere non avendo concorso, con la propria scelta di non cedere quel determinato diritto di credito, ad evitarlo, violando per l’appunto un dovere protettivo. La decisione di alienare che il cedente ha preso nella fase precedente la sottoscrizione del negozio si trascina nelle pattuizioni contrattuali e assume la forma dell’obbligo di protezione che diviene in tal modo coevo e contestuale al perfezionarsi del contratto. In conclusione il cedente non è responsabile per l’inadempimento da parte del debitore ceduto alla scadenza del credito, ma per aver infranto il dovere di tutelare l’interesse del cessionario dalle conseguenze negative che derivano dall’insolvenza del medesimo, la quale a propria volta non necessariamente è contestuale al trasferimento, potendosi manifestare, come il più delle volte accade, anche successivamente.

§ V.8. – *La scelta del cedente in ordine al diritto di credito da trasferire e le conseguenze in termini di responsabilità*

Già si è visto nel paragrafo precedente come l’interesse del cessionario è realizzato non soltanto dal trasferimento del diritto di credito prodotto dal contratto e dall’adempimento delle prestazioni accessorie a cui è tenuto il cedente – tra cui, ad esempio, la consegna dei do-

¹⁰⁷ Come invece sostenuto da V. PANUCCIO, *op. et loc. ult. cit.*, a giudizio del quale l’affermazione contraria a quella riportata in testo si sarebbe spiegata sulla base della garanzia assunta dal cedente stesso.

cumenti probatori del credito stesso – ma altresì dalla prevenzione di eventuali pregiudizi che possono originarsi nell'esecuzione del negozio quali la mancata solvibilità del debitore ceduto.

Tutto ciò appare sufficiente per evidenziare come sul piano della *ratio* sottostante alla disposizione in rassegna il legislatore muova da una premessa di fondo: l'insolvenza del debitore ceduto poteva essere evitata, essendo oggetto di previsione del cedente prima della conclusione del contratto traslativo del credito. La lesione dell'interesse del creditore dovuta all'insolvenza avrebbe dunque potuto essere esclusa dal cedente stesso attraverso la decisione di non trasferire quel particolare diritto a pretendere l'adempimento da parte del debitore ceduto. All'interno del controllo dell'area dei crediti da trasferire il cedente avrebbe pertanto l'obbligo, se le parti contraenti lo hanno previsto adottando la clausola *pro solvendo*, di proteggere l'interesse del cessionario a che in definitiva il suo patrimonio non venga danneggiato da un evento – l'insolvenza del debitore ceduto – che per l'appunto chi trasferisce avrebbe potuto impedire evitando di cedere quella particolare posizione creditizia. Sennonché, mentre i vincoli non obbligatori – quali, ad esempio, la *garanzia pura* di cui allo sconto bancario – si caratterizzano per un aspetto di staticità, quelli obbligatori, ancorché di protezione, presuppongono, se non un'azione dinamica predeterminata, quanto meno una regola di comportamento da rispettare. Sotto questo profilo è irrilevante la circostanza che nel caso di specie il contegno del cedente si sviluppi prima della stipula del negozio e più precisamente a decorrere da quando viene intrapresa l'indagine sulle prospettive di solvibilità del debitore ceduto. È ben vero che dopo la sottoscrizione del contratto il cedente perde la possibilità di agire in senso favorevole all'impegno protettivo assunto, ma il suo comportamento precedente condiziona la realizzazione del programma contrattuale nel periodo successivo. In altri termini, nonostante non vi sia una condotta futura preordinata all'ottenimento di un risultato, anche nell'*obbligo di protezione* – a differenza della *garanzia pura* – sussiste un vincolo sul cedente che gli impone un determinato contegno per conseguire quella salvaguardia della sfera del cessionario prevista dall'operazione contrattuale in esame; contegno che è, tuttavia, orientato al presente, vale a dire richiesto al momento della stipula del contratto, oltre che precedentemente ad essa. Diversamente detto, esso si prefigge l'intento di evitare che nello svolgimento successivo del rapporto il creditore finisca per subire una lesione del proprio patrimonio a causa della perdita di valore del diritto all'adempimento in cui è subentrato, senza con ciò peraltro integrare una vera e propria prestazione in termini di attività che quest'ultimo abbia diritto di pretendere nei confronti del cedente. La protezione dell'interesse del creditore, con-

sistente in un non fare e più precisamente nell'evitare di immettere il medesimo in un rapporto giuridico che impedisca la realizzazione del programma contrattuale concordato, presuppone specularmente che il cedente compia la scelta giusta riguardo al credito da cedere. D'altronde, per quanto concerne il contenuto degli obblighi di protezione, già la dottrina tedesca aveva ammesso che i casi ricondotti alle violazioni positive del contratto (*positive Vertragsverletzungen*) consistessero non solo in una omissione ma altresì in un *facere* ossia in un comportamento positivo¹⁰⁸. In realtà, nel caso che ci occupa, al fine di raggiungere il risultato dovuto, il cedente è tenuto ad un'attività anche positiva che impedisca il prodursi di una lesione nella sfera del cessionario. In altri termini il dovere di protezione, imponendo una astensione da una determinata condotta, contemporaneamente prescrive un contegno da rispettare per effetto del quale si allontana il rischio di pregiudicare l'interesse stesso del creditore.

D'altro canto, la circostanza che cedente e cessionario si siano accordati per introdurre nel patto di cessione del credito la clausola di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. in relazione alla garanzia della solvenza del debitore ceduto non può che essere espressiva di un principio fondamentale: le parti hanno valutato astrattamente idonea la condotta del cedente in ordine al monitoraggio preventivo ai fini di escludere che oggetto del trasferimento sia un credito in relazione al quale si possa verificare in futuro una mancata solvibilità del debitore ceduto. Diversamente, se l'insolvibilità del ceduto rilevasse indipendentemente da un collegamento ad un comportamento del cedente, questi si sarebbe assunto non un obbligo di protezione ma una vera e propria *garanzia pura* del risultato in termini di impegno a corrispondere una somma di denaro a titolo di indennizzo quale sostituto del risultato stesso, come accade per lo scontatario nel contratto di sconto. Infatti, in tale ultima fattispecie, il legislatore ha completamente trasferito il monitoraggio in ordine al credito da cedere in capo a quel soggetto istituzionalmente e professionalmente preposto alle indagini sul merito creditizio, che è per l'appunto la banca. È verosimile che alle

¹⁰⁸ Cfr. H. STAUB, *op. cit.*, *passim*. Anche per H. KRESS, *op. cit.*, 579 e 580, gli obblighi di protezione appositamente inseriti nel contratto erano in genere volti ad *astenersi da*, ma potevano essere pattuiti anche obblighi di protezione consistenti in *comportamenti positivi*, come ad esempio la promessa di dare informazioni al creditore nel caso in cui i suoi interessi fossero stati messi in pericolo. Ancora, a giudizio di H. STOLL, *op. cit.*, 287 e 288, il contratto conteneva obblighi di conformità (*Erfüllungspflichten*) - espressione del generale principio di buona fede - che avevano natura tra loro molto diversa e che potevano consistere in un *facere* o in un *non facere* qualcosa anche se il loro obiettivo era sempre quello positivo di realizzare l'interesse alla prestazione.

Sull'argomento cfr., per la dottrina italiana, quanto messo in evidenza da E. BETTI, *op. ult. cit.*, 84, per cui il comportamento improntato a correttezza non era solo negativo, ma si manifestava di sovente in doveri positivi di lealtà, di chiarimento e di informazione verso la controparte.

origini di una siffatta scelta vi sia la circostanza per cui, potendo la cessione del credito, a differenza dello sconto, trovare applicazione anche al di fuori dei tradizionali contratti bancari, quella del venir meno della solvenza del ceduto sia stata ritenuta una situazione pericolosa per il cessionario non necessariamente intermediario finanziario e pertanto privo di quella professionalità che nello sconto caratterizza la banca. In altre parole, nel contratto di cui agli artt. 1858 ss. c.c. l'attività di *screening* del credito in termini di adempimento a scadenza del debitore ceduto viene relegata esclusivamente in capo allo scontatore, quale ordinaria attività professionale, anche se poi la legge non manca di prevedere a favore di quest'ultimo un ristoro in ipotesi di perdita che il medesimo potrebbe subire in considerazione di una indagine sbagliata proprio attraverso l'indennizzo ad opera dello scontatario. È pertanto evidente come nello sconto non ci potrà mai essere – in corrispondenza del mancato pagamento del debitore ceduto – un danno da violazione di un obbligo protettivo, in quanto la decisione se accettare o meno quel credito per l'anticipazione *ex art. 1858 c.c.* compete, sotto il profilo di una indagine prospettica e preliminare volta ad evitare un siffatto inadempimento, in via esclusiva alla banca.

C'è dunque una diversa intensità di sforzo e di impegno in ordine ai controlli che sono propri del cedente in relazione alle condizioni patrimoniali e finanziarie prospettiche del debitore ceduto che varia a seconda del tipo di cessione: è massima nella fattispecie di cui alla cessione *pro solvendo*, è del tutto assente nello sconto bancario. D'altronde, in tema di cessione del credito con garanzia della solvenza del debitore di cui all'art. 1267 c.c., si assiste, in coerenza con quanto messo in luce nel paragrafo precedente, ad un intervento del cedente comunque maggiormente penetrante rispetto a ciò che accade nello sconto bancario, essendo allo stesso imputabile la scelta errata di cedere il credito sulla base di un giudizio tipologico che, come si avrà modo di esporre successivamente¹⁰⁹, prescinde dalla diligenza del comportamento adottato. Diversamente, nello sconto bancario, poiché il credito viene ceduto con il fine di creare liquidità e di circolare con una certa facilità e rapidità, lo scontatario viene spogliato di qualsivoglia indagine preliminare e pertanto di qualsiasi elemento fondante la responsabilità, ed è tenuto, in ipotesi di inadempimento del debitore, solo a corrispondere allo scontatore una somma di denaro idonea a ristabilire l'equilibrio giuridico-economico infranto. In definitiva, la differenza che caratterizza la *garanzia pura* rispetto alla fattispecie di responsabilità discendente dalla violazione dell'obbligo di protezione non è dunque l'assenza nella prima e invero la sussistenza nella seconda di un controllo

¹⁰⁹ V. *infra*, § 9.

astratto. In entrambi i casi sarebbe in effetti possibile una verifica preventiva, ma la struttura del contratto la prevede e la impone in capo al cedente esclusivamente per la cessione *pro solvendo*.

La configurazione fin qui delineata influenza pure il piano della tutela del cessionario. L'inosservanza del *vincolo di protezione* determina infatti, al pari di quanto già esaminato¹¹⁰, una vicenda rimediabile del rapporto ed un risarcimento del danno, posto che il legislatore ritiene la fattispecie di insolvenza del debitore ceduto idonea ad interferire fino a pregiudicare ciò che le parti volevano realizzare con il contenuto della pattuizione contrattuale a suo tempo stipulata. La lesione dell'obbligo di protezione viene, infatti, regolata sulla base dello stesso modello che caratterizza la violazione dell'obbligazione di prestazione¹¹¹ e la dottrina ammette pacificamente che anche a fronte del mancato rispetto del primo sia esperibile il *rimedio risolutorio*¹¹². Ai fini della sanzione della responsabilità è, pertanto, irrilevante il contenuto dell'obbligo ma importa solo la mancata osservanza dello stesso in sé e per sé considerato¹¹³. Con riferimento agli obblighi di protezione si potrà quindi parlare di violazione dei medesimi, emergendo in tale ipotesi una responsabilità per inosservanza, riservando agli obblighi di prestazione il concetto di *inadempimento* e di conseguente responsabilità per esso.

D'altra parte sarebbe oltremodo difficile immaginare di poter giungere a una diversa conclusione. Il risarcimento del danno previsto dall'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. non può che essere ascritto ad una responsabilità per violazione di un rapporto che nasce da un vincolo obbligatorio discendente dalla legge e recepito nel contratto dalle parti laddove nell'atto di cessione abbiano inserito la clausola *pro-solvendo*. A tal proposito è stato correttamente osservato come, conoscendo il Codice civile le fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.) e non della responsabilità, le regole dell'inadempimento delle prime si riferiscano non solo ai casi di mancato adempimento di un obbligo contrattuale, ma anche alle ipotesi di violazione di qualunque altro vincolo di

¹¹⁰ V. *supra*, § 3.

¹¹¹ V. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, cit., 3.

¹¹² V. F. BENATTI, *op. cit.*, 485, per il quale ricondurre certe condotte nell'oggetto di obblighi di protezione di natura contrattuale avrebbe consentito di eliminare il rapporto nel momento in cui i comportamenti protettivi non fossero rispettati, anche se dalla loro inosservanza non fosse ancora disceso alcun danno. Conf. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, Tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1984, 49, il quale affermava che pure il mancato rispetto di un dovere di protezione poteva essere alla base della risoluzione del negozio. Sostanzialmente conf. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 6. Così è anche nell'ordinamento tedesco. Ha di recente osservato come nel Codice civile germanico la violazione degli obblighi di protezione determinasse, stante la gravità della stessa, la facoltà per il creditore di ottenere lo scioglimento del negozio C.W. CANARIS, *op. cit.*, 20.

¹¹³ V., seppur con riguardo ai lineamenti della figura della responsabilità pre-contrattuale, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 193.

natura diversa da quello per fatto illecito, a prescindere dalla sua fonte, quindi anche al mancato rispetto del dovere di correttezza e buona fede o dei «doveri di protezione (*Schutzpflichten*), doveri *ex lege*, previsti da una legge di protezione (*Schutzgesetz*)»¹¹⁴. Il vincolo obbligatorio, pur carente dell'obbligo primario di prestazione, è comunque in grado di dar vita, se non osservato, ad una responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, comunemente denominata "contrattuale", e di conseguenza ad un obbligo risarcitorio dei danni¹¹⁵. Che l'obbligo di protezione apra la strada verso la ricostruzione di una fattispecie di *responsabilità contrattuale* per violazione di tale impegno non vi è dubbio. La carenza di un obbligo primario di prestazione che caratterizza il modello dell'obbligazione tradizionale è, infatti, sostituita dalla presenza di un dovere di protezione che, qualora non rispettato, determina comunque la nascita di un'obbligazione secondaria di tipo risarcitorio.

In definitiva, quindi, la protezione da un danno, che si verifichebbe tanto - in sede di sconto - in capo allo scontatore qualora alla scadenza il ceduto fosse inadempiente, quanto - nella cessione *pro solvendo* - nella sfera del cessionario nell'ipotesi di insolvenza del terzo, trova due diversi strumenti di risposta a tutela del contraente leso nell'attuazione del programma negoziale: nel primo caso il vincolo giuridico non obbligatorio della *garanzia pura*, che ha quale effetto la nascita dell'obbligo di corrispondere un indennizzo nel momento in cui si verifica l'evento dedotto in contratto; nella seconda il vincolo giuridico obbligatorio del *dovere di protezione* che, diversamente, ha quali conseguenze la responsabilità contrattuale del cedente e, pertanto, l'obbligo di risarcire il danno oltre allo scioglimento del negozio.

¹¹⁴ V. CARBONE, *Art. 1175-Comportamento secondo correttezza*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni. Artt. 1173-1217*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, UTET, 2012, 130.

¹¹⁵ V. M. MAGGIOLIO, *op. cit.*, 98 e 99. Sul punto pure C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., 158, 159 e 164. Per A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988, 322, il riconoscimento di un'autonomia degli obblighi accessori in vario modo riconducibili al principio di buona fede era preordinato ad una più efficace e complessiva salvaguardia dell'obbligazione, con la conseguenza che la violazione degli obblighi di protezione comportava, fra l'altro, anche una tutela risarcitoria. In argomento v. altresì G. VISINTINI, *op. cit.*, 241 e 244. Pure L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 510, affermava che, trovando nel nostro ordinamento gli obblighi di protezione fondamento negli artt. 1175 e 1375 c.c., la lesione degli stessi ad opera di comportamenti di una parte causalmente legati all'esecuzione del rapporto contrattuale integrava un inadempimento del contratto *ex art. 1218 c.c.*

Anche per F. BENATTI, *op. cit.*, 483 e 484, l'infrazione dei doveri di protezione, per tali intendendosi i soli obblighi connessi al contenuto del contratto, faceva nascere una responsabilità contrattuale in capo all'obbligato. In termini generali, e con riferimento al campo del diritto del lavoro, sembra aver concordato nel ritenere che il mancato rispetto di un obbligo di correttezza comportasse la nascita di una responsabilità contrattuale anche G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 1963, 129, 153, 160, 162, 163 e 164.

In considerazione di ciò che sin qui è stato rappresentato, è ora possibile tracciare dal confronto tra la cessione del credito nello sconto bancario e quella munita di clausola *pro solvendo* una prima rilevante conclusione sotto il profilo dogmatico: nonostante l'espressione letterale *assumere la garanzia* di cui al comma 1, seconda parte, dell'art. 1267 c.c. faccia supporre il contrario, solo quella di cui allo sconto bancario costituisce una vera e propria *garanzia pura*. L'enfasi non deve essere fatta ricadere sulla formula, riferita al cedente, «salvo che ne abbia assunto la garanzia», ma, al pari di quanto sinora illustrato, sul contenuto del precetto e, per effetto di ciò, sulla struttura del contratto e sul suo funzionamento. A tal proposito, è infatti evidente come l'estensore dell'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. abbia fatto ricorso al lemma *garanzia* non con l'intento di disciplinare la fattispecie quale *garanzia in senso tecnico*, ovvero allo scopo di designare un fenomeno che rendesse più sicuro il soddisfacimento del credito per il cessionario ma per introdurre un vincolo obbligatorio. È questa una scelta ideologica che verosimilmente ha condotto il legislatore a voler costruire, da un lato, lo sconto in termini di *garanzia pura* che lo scontatore si assume in relazione ad un evento – il mancato pagamento del debitore ceduto – facendo nascere al verificarsi del medesimo un obbligo di indennizzo e, dall'altro, la cessione del credito di cui all'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. come foriera di un dovere di protezione in capo al cedente con conseguenti responsabilità ed obbligo di risarcire il danno in ipotesi di inadempimento di quest'ultimo a quella salvaguardia idonea a scongiurare l'insolvenza del debitore ceduto, attivando sul versante di controparte la possibilità di sciogliersi dal negozio attraverso uno strumento remediale consistente in un recesso di autotutela.

In quest'ultima circostanza la scelta, rivelatasi poi errata, di cedere un credito per il quale si è venuta a riscontrare una mancata solvibilità del debitore ceduto non libera il cedente. Egli sarà quindi tenuto – in forza del combinato disposto degli artt. 1218 e 1267 c.c. – a rispondere del danno che nelle sue componenti di perdita subita da controparte e di lucro cessante di quest'ultimo è regolato dall'art. 1223 c.c. e consiste in una somma di denaro con il limite di «quanto ha ricevuto». Rispondere – come prevede l'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. – entro l'importo massimo della somma incassata quale corrispettivo della cessione del diritto di credito equivale, infatti, a restituire la prestazione sinallagmatica a suo tempo ottenuta. Ma, affinché ciò possa avvenire, è necessario che l'originario vincolo contrattuale sia sciolto per effetto di uno strumento remediale che opera a causa della sopravvenuta mancanza di causa del negozio stesso. Nel caso che ci occupa è dunque la legge stessa che sceglie il soggetto responsabile su cui far ricadere il peso del risarcimento, presupponendo che l'insolvenza del

debitore ceduto costituisca una disfunzione del contratto che poteva essere oggettivamente evitata se il cedente avesse adottato particolari misure tecniche ed organizzative volte a consentire al medesimo di astenersi dal dar corso ad una cessione di credito foriera di problematiche¹¹⁶.

In conclusione, volendo tirare le fila del lungo ragionamento svolto, può ora più nettamente affermarsi come la previsione di un risarcimento del danno in corrispondenza della mancanza di solvibilità del debitore ceduto sia chiaramente espressione di un implicito presupposto: la violazione di un obbligo a cui era tenuto il cedente. A fronte di anomalie della vicenda contrattuale che finiscono per perturbare il fisiologico svolgimento del rapporto e conseguentemente per determinare risultati non in linea con quanto voluto dai contraenti, il legislatore ha, pertanto, attivato un rimedio negoziale ad iniziativa di parte, il recesso di autotutela. Senonché, mentre quest'ultimo produce, sul versante del contratto, stante la sua natura distruttiva, una liberazione dei contraenti dal vincolo a suo tempo pattuito ed un conseguente obbligo restitutorio anche in capo alla parte vittima della violazione – avendo la stessa già in parte ottenuto la prestazione dovuta che viene così privata del suo titolo – l'inattuazione del rapporto contrattuale nella parte del vincolo protettivo consente al cessionario di ottenere il risarcimento del danno che il cedente deve riparare personalmente con il proprio patrimonio. Scioglimento del contratto e obbligo risarcitorio sono, infatti, due profili alquanto differenti: il primo riguarda la sorte dell'atto che si risolve, il secondo l'aspetto personale del danno sofferto da risarcire¹¹⁷. È, pertanto, evidente come, alla luce di tutto quanto sin qui rappresentato, l'espressione «salvo che ne abbia assunto la garanzia» andrebbe più opportunamente corretta in «salvo che ne abbia assunto la responsabilità».

¹¹⁶ Le ragioni di questa scelta si potevano in effetti rinvenire nel pensiero di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975, 183 ss., ed in particolare 189, che già parecchi lustri or sono non mancava di asserire come, sotto un profilo strettamente di mercato, risultasse determinante stabilire la modalità attraverso la quale individuare le attività capaci di evitare i costi del sinistro in modo più economico ed imputare gli stessi al soggetto che, prima dell'evento scatenante il sinistro stesso, fosse più incentivato a neutralizzare e prevenire quest'ultimo piuttosto che a sopportarne le spese per risarcirlo una volta verificatosi.

¹¹⁷ A tal proposito, non a caso A. LUMINOSO, *op. cit.*, 18, ha ribadito come, al fine di dar corso ad un inquadramento sistematico e soddisfacente dei rimedi apprestati dall'ordinamento, fosse necessario tenere distinti lo strumento della risoluzione da quello del risarcimento del danno, trattandosi di fattispecie differenti quanto a presupposti, obiettivi prefissati e conseguenze giuridiche.

§ V.9. - *La clausola pro solvendo quale fattispecie di responsabilità oggettiva*

Vi è stato modo di accertare che alle origini di un'inosservanza del dovere di protezione sussiste il compimento di una scelta sbagliata rientrante nella sfera di controllo del cedente: aver dato corso alla cessione della titolarità del credito sul presupposto che il debitore ceduto non divenisse insolvente. Il danno derivante dall'insolvenza sarebbe, infatti, stato evitato se il cedente non avesse trasferito il lato attivo di quel rapporto giuridico e il contratto di cessione del diritto di credito non fosse stato concluso. Se l'insolvenza del ceduto si verifica è perché evidentemente il cedente è incorso in un errore di valutazione circa la solvibilità di quest'ultimo, senza che possa venire in rilievo - per un'eventuale limitazione della responsabilità - il criterio della diligenza.

Ai fini che qui interessano, una considerazione appare in effetti fin da subito ineccepibile: nella cessione del credito con clausola *pro solvendo* il cedente può essere chiamato a risarcire il danno di un risultato diverso da quello dedotto in obbligazione per il solo fatto di non aver procurato quel determinato esito costituito dalla mancata solvibilità del debitore ceduto in conseguenza, per l'appunto, della violazione del dovere di protezione. L'assoggettamento del cedente alle conseguenze prodotte dal fatto dannoso ha carattere essenzialmente obiettivo, pertanto per evitarle non sarebbe sufficiente tenere un comportamento diligente volto a scongiurare l'evento lesivo. In una siffatta ipotesi il cedente risponde dell'insolvenza del debitore ceduto indipendentemente dallo sforzo compiuto in sede di valutazione in ordine alla decisione se alienare o meno il credito per non sostituire a sé un nuovo creditore che si trovi poi a dover intrattenere un rapporto con un soggetto insolvente e, pertanto, anche se con tale scelta il cedente non voleva a suo tempo produrre un risultato diverso da quello per cui si era impegnato con il cessionario. Il suo è nella sostanza un controllo non limitato ad una preventiva indagine sulle condizioni di solvibilità del ceduto al momento del trasferimento, ma caratterizzato anche per una previsione dell'evento nel futuro: è una stima che con riferimento a quel particolare debitore ceduto il fattore insolvenza resterà a lui estraneo. La reazione dell'ordinamento è per l'appunto quella di collegare l'insolvenza del debitore ceduto alla mancata previsione del cedente senza che sia necessario dimostrare un comportamento negligente del secondo e, conseguentemente, colpevole. Anche se l'evento non si è verificato quando ancora il credito era nella sfera del cedente il peso del relativo danno ricade su quest'ultimo, avendo mal funzionato il suo sistema di monitoraggio preventivo.

Se così è, appare consequenziale concludere che la mancata osservanza degli *obblighi di protezione* determina, al pari di quanto in precedenza accennato¹¹⁸, una *responsabilità oggettiva*¹¹⁹. È stato, infatti, da tempo rilevato che il sistema della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. è fondato sul concetto di *inadempimento*¹²⁰. Con riferimento ad un qualsiasi obbligo, quello che importa è, infatti, la violazione dello stesso in qualunque configurazione essa si esteriorizzi; in ragione di tale affermazione, il riparto dell'onere della prova dettato dalla suddetta disposizione opera per ogni caso di inesatto adempimento o di violazione, sia che si tratti di una condotta omissiva del debitore – come nel caso di ritardo nell'adempiere la prestazione principale o in quello di mancato rispetto di un obbligo positivo di protezione – oppure di un contegno commissivo del medesimo – come ad esempio qualora la prestazione eseguita non presenti le qualità richieste o nell'eventualità in cui non sia rispettato un obbligo negativo di protezione¹²¹.

D'altro canto nel rapporto obbligatorio non necessariamente rilevano sempre e comunque i principi appartenenti alla responsabili-

¹¹⁸ V. *supra*, § 6.

¹¹⁹ Anche in Francia – v. J. FROSSARD, *op. cit.*, 7 e 8 – la dottrina aveva ricordato come, in base all'impostazione giurisprudenziale, la responsabilità gravante sul debitore di un obbligo di sicurezza prescindesse dalla colpa.

Pure la letteratura italiana, sebbene in tema di responsabilità a fronte di obbligazioni munite di prestazione, è giunta in più occasioni ad osservare come, se sul debitore fosse gravato un obbligo di risultato, il medesimo sarebbe stato vincolato secondo i principi della responsabilità oggettiva. Così G. D'AMICO, *op. cit.*, 89, in testo e in nt. 89. Più di recente v., pure, S. TAGLIAPIETRA, *La prestazione. Struttura e contenuti dell'obbligazione*, Padova, Cedam, 2013, 24, la quale ha sostenuto che, se si accogliesse la bipartizione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, si dovrebbe altresì ammettere una diversa regola sulla responsabilità per inadempimento e, in particolare, si dovrebbe concludere che, in ipotesi di obbligo di risultato, l'eventuale mancato raggiungimento di questo determinerebbe una responsabilità oggettiva.

¹²⁰ In argomento L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360, aveva già evidenziato «che la qualifica dottrinale di “contrattuale” [era] intesa a designare la responsabilità connessa all'inadempimento di un'obbligazione, qualunque [fosse] il fatto da cui l'obbligazione deriva[va]»; il quale ribadiva il concetto pure in IDEM, *Responsabilità contrattuale (dir. vigente)*, cit., 1072. Conf. su quest'assunto C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 164 e 220, laddove, nel definire quella contrattuale una responsabilità *da violazione di obblighi*, al fine di distinguerla da quella aquiliana, meglio denominabile *da lesione di diritti*, ha in tal modo fatto rientrare nella prima anche l'inosservanza degli obblighi di protezione, sul presupposto per cui responsabilità contrattuale significava ricevere una sanzione per l'inosservanza di obblighi che, a prescindere dalla loro fonte e dal loro contenuto, erano veri e propri vincoli di comportamento.

¹²¹ Così L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit., 374; IDEM, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., 1098, il quale aveva altresì specificato che, se il dovere di protezione infranto fosse stato un obbligo di risultato, il creditore avrebbe dovuto provare i danni subiti ed il nesso tra questi ed il rapporto obbligatorio, essendo in questo tipo di vincoli rilevante la lesione patita dal creditore e non già l'irregolarità della condotta di controparte.

Di recente, in termini ricognitivi, pure L. LAMBO, *op. cit.*, 201, 208 e 209, ha evidenziato che, essendo gli obblighi di protezione sottoposti alla medesima disciplina prevista per quelli di prestazione, il creditore che volesse contestare una loro violazione doveva dar prova della lesione subita e della relazione di questa con il contratto, dovendo, di contro, il debitore che volesse andare esente da responsabilità dimostrare di aver rispettato tutte le misure idonee ad evitare la lesione di controparte.

tà soggettiva¹²², così come sul fronte opposto non sussiste unicamente una responsabilità oggettiva¹²³. Da tempo la dottrina ammette, infatti, che il debitore possa essere responsabile per inadempimento anche se il mancato raggiungimento del risultato discende da eventi che non sono l'effetto di un suo comportamento voluto e trasfuso in una azione per la realizzazione del medesimo, prescindendosi quindi dalla sussistenza dei criteri che individuano una responsabilità soggettiva fondata sulla diligenza¹²⁴. Ciò è quanto accade anche nella cessione *pro solvendo*, laddove la tutela risarcitoria non può che essere ascritta a quel criterio generale che individua nella responsabilità oggettiva le conseguenze giuridiche che la legge ricollega a colui che è chiamato a rispondere di un fatto – l'insolvenza del debitore ceduto – che di per sé non sarebbe direttamente imputabile ma che diventa attribuibile al medesimo perché non ha compiuto la scelta giusta in ordine alla cessione del credito. In altri termini è l'accadimento di un evento – costituito nel caso che ci occupa dal venir meno della solvenza del debitore ceduto e, pertanto, dalla violazione dell'obbligo protettivo degli inte-

¹²² Sul punto occorre richiamare gli studi di P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1297. In termini più generali, cfr. inoltre il pensiero di G. CALABRESI, *op. ult. cit.*, 313 e 314, per il quale la peculiarità del sistema della responsabilità per colpa, fondato su un'impostazione *ex post* della responsabilità e su un giudizio, di volta in volta, concreto e focalizzato sul caso di specie, non era sufficiente a giustificare i costi in termini di prevenzione generale e specifica.

Poiché l'art. 1218 c.c. costituiva una norma neutra per quanto concerneva il criterio di imputazione, esso poteva di volta in volta venire integrato da criteri differenti e se, in generale, la regola era che il medesimo fosse letto congiuntamente all'art. 1176 c.c. così fondando una responsabilità basata sulla colpa, nell'ambito delle prestazioni di impresa il medesimo dettava una regola inversa, rispondendo il debitore di tutti i rischi tipici attinenti alla propria attività, salvo che la responsabilità venisse espressamente contenuta dal legislatore entro i limiti della colpa. Così F. REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988, 254 e 255, che riprendeva e faceva proprio il pensiero di L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 124, 126 e 127.

¹²³ A differenza di quanto aveva invece inizialmente sostenuto e più volte strenuamente ribadito nell'evoluzione del proprio pensiero G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 459, e successivamente in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1973, 155 – secondo il quale la responsabilità si fondava esclusivamente «sull'inadempimento in sé e per sé» considerata; conclusione questa sostanzialmente ripercorsa dall'Autore anche in IDEM, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 604, laddove aveva rimarcato che il fondamento della responsabilità non era la colpa ma «il puro e semplice dato di fatto obiettivo dell'inadempimento», e in IDEM, *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1962, 295, nella quale aveva di nuovo riaffermato che l'art. 1218 c.c. dettava per il debitore una regola di responsabilità «senza [...] attribuire alcuna rilevanza alla colpa» – la cui conclusione era stata ripresa pure da E. BETTI, *op. ult. cit.*, 131, secondo il quale l'imputabilità dell'inadempimento e la corrispondente responsabilità era «strettamente collegata al fatto oggettivo dell'inadempimento».

¹²⁴ V., in proposito, P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 1296 e 1297. In argomento pure A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 480, in nt. 7, sosteneva come la formulazione dell'art. 1218 c.c. consentisse di ricostruire un sistema di responsabilità contrattuale che si basava anche su criteri di imputazione diversi dalla colpa. Pure più di recente è stato sostenuto – v. G. D'AMICO, *op. cit.*, 132 – come il soggetto su cui gravava un obbligo di risultato, che non riuscisse a fornire la prova di un evento estraneo determinante l'impossibilità della prestazione, rispondesse di inadempimento anche in assenza di alcuna specifica colpa e, pertanto, in termini di responsabilità oggettiva.

ressi del cessionario – che provoca la responsabilità del cedente e non la modalità con cui si manifesta la sua condotta, senza che possa quindi assumere alcun rilievo il criterio di valutazione del comportamento tenuto dal soggetto responsabile e, dunque, la sua diligenza nel tentare di adottare un contegno idoneo ad evitare l'accadimento lesivo stesso.

Pur non essendo questa la sede per approfondire lo studio di tale categoria dogmatica, è sufficiente qui innanzitutto osservare come, in termini generali, la *responsabilità oggettiva* si caratterizzi per il fatto che l'evento dannoso viene attribuito all'autore tramite parametri diversi dalla colpa e dal dolo¹²⁵. Secondo la teoria più tradizionale, il pre-

¹²⁵ Per i contributi più risalenti si rinvia a N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, in *R.I.S.G.*, 1897, XXIII, fasc. I, 206 ss., che già in epoca precodicistica non aveva mancato di individuare nella responsabilità contrattuale senza colpa l'obiettivo – comune alla responsabilità per colpa – di riparare un diritto leso sul presupposto che chi esercitava un'attività per un interesse personale avrebbe dovuto accettare, sebbene la stessa fosse stata lecita, il rischio di eventuali ripercussioni dannose sul patrimonio di terzi nello stesso modo in cui le medesime avrebbero potuto colpire il proprio; L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, in *R.I.S.G.*, 1897, 354 e 355, che aveva parlato della necessità di configurare talune vicende – in particolare facenti capo al proprietario di animali o a colui che se ne serviva, pertanto afferenti al campo dell'illecito aquiliano – come foriere di una responsabilità fondata su una base diversa dalla colpa. Nel commentare la disciplina del Codice civile del 1865 in tema di danni cagionati dalla rovina di un edificio, dunque sempre in ambito extracontrattuale, anche G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, *Colpa extra-contrattuale*, II ed., II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1906, 273, era giunto a ritenere irrilevante la colpa, dovendosi parlare non di responsabilità ma di garanzia verso i terzi in quanto se il vizio era nella cosa lo stesso non poteva che essere a rischio di chi se ne serviva.

Nel vigore dell'attuale disciplina codicistica, tentativi di dissociare determinate situazioni giuridiche pericolose dalla colpa si sono iniziati a riscontrare in termini particolarmente netti e chiari a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Nell'analisi di taluni articoli del Titolo IX del Libro IV delle obbligazioni, M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965, 29 ss., in specie 88 e 89, aveva infatti individuato una *responsabilità oggettiva relativa* nei casi in cui il soggetto responsabile avesse potuto liberarsi solo in ipotesi di caso fortuito o forza maggiore, valeva a dire solo in presenza di un evento esterno alla sua sfera del tutto ineliminabile ed inevitabile, ed una *responsabilità oggettiva assoluta* nelle altre circostanze. Ancora con riferimento all'ambito aquiliano, che il tradizionale principio «nessuna responsabilità senza colpa» non fosse insuperabile in particular modo con riferimento alle attività maggiormente pericolose, seppur in un quadro di difficoltà nell'individuare sempre e comunque una giustificazione razionale della responsabilità oggettiva, era stato insegnamento anche di P. FORCHIELLI, *Intorno alla responsabilità senza colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1379 ss. Pure per R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, UTET, 1968, 644, con riferimento ad alcune fattispecie del Titolo IX del Libro quarto del Codice civile, l'assenza di colpa era l'elemento centrale della nozione di *responsabilità oggettiva*. Sull'argomento cfr. altresì A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II ed., II, Milano, Giuffrè, 1970, 150 ss., che a sostegno della responsabilità oggettiva dei padroni e dei committenti per fatto dei domestici e commessi di cui all'art. 2049 c.c. pareva porre in connessione il fatto illecito e dannoso del dipendente con la scelta, relativa a quest'ultimo, compiuta in precedenza dal preponente, in modo incolpevole o meno, di adibire il lavoratore stesso alla mansione che poi aveva cagionato il danno, essendo sufficiente per aversi responsabilità che le attribuzioni fossero state conferite secondo la volontà del datore di lavoro.

In tempi meno lontani ha tentato di ricostruire l'istituto in campo contrattuale in termini positivi G. D'AMICO, *op. cit.*, 99, laddove ha reputato di dover attribuire alla responsabilità oggettiva una accezione volta a vedere in essa non già una categoria eccezionale all'interno del sistema della responsabilità contrattuale, bensì un effetto del contenuto dell'obbligazione secondo il quale, entro il limite in cui il creditore avesse diritto ad un certo risultato, era il debitore che in caso di inadempimento doveva fornire la prova di una causa estranea

supposto necessario di detta responsabilità sarebbe, infatti, costituito dall'accertamento dell'esistenza di un nesso oggettivo di causalità tra danno ed elemento pertinente alla sfera giuridica di un soggetto diverso dal danneggiato rilevante per la sua determinazione¹²⁶. Ma vi è di più. A giudizio di parte della dottrina molti dei casi di responsabilità oggettiva in ambito contrattuale che si riscontrerebbero nell'ordinamento codicistico avrebbero in comune la circostanza che l'evento dannoso verrebbe ricondotto alla sfera di organizzazione e controllo di chi è chiamato a rispondere¹²⁷ e non trarrebbero origine da una particolare azione o omissione diretta di quest'ultimo, cosciente e volontaria, essendo il danno stesso posto in correlazione con un elemento – irrilevante se persona, animale o cosa – che tuttavia appartenerrebbe al dominio del soggetto responsabile¹²⁸. Del pari si è inoltre prospettato che a fondamento di un tale modello di responsabilità vi sarebbe l'esposizione al pericolo di determinate attività, cosicché il principio giuridico unitario di imputazione che contraddistingue le fattispecie di responsabilità oggettiva sarebbe per l'appunto la creazione, da parte del

che aveva reso impossibile l'adempimento della prestazione, rimanendo in capo a quest'ultimo «il rischio delle cause ignote».

¹²⁶ Precursore dell'indirizzo in esame fu G. VENEZIAN, *Studi sulle obbligazioni*, Parte I, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in IDEM, *Opere giuridiche*, Roma, Athenaeum, 1918, 46, in tema di responsabilità extracontrattuale. Per la dottrina contemporanea v. G. VISINTINI, *op. cit.*, 295 e 296, la quale, dopo aver ricordato la presenza nel Codice civile di «una serie di norme disseminate nelle parti specifiche dedicate ai singoli contratti» che facevano ricadere sull'obbligato il rischio di ostacoli nascenti all'interno della sua area di controllo, ha sostenuto che nei suddetti casi la responsabilità da inadempimento contrattuale veniva imputata al debitore sulla base di un collegamento dell'evento impeditivo con la sfera economica di quest'ultimo del tutto estraneo ad una indagine sul suo comportamento negligente.

In tempi meno lontani la suddetta ricostruzione è stata ripresa anche da G.B. PORTALE, *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998, 89, in nt. 226, il quale, nel soffermarsi sul diverso argomento dei conferimenti in natura nelle società per azioni, ha sostenuto – rifacendosi agli studi condotti dalla dottrina spagnola e da quella italiana – che la responsabilità oggettiva sussisteva fino alla soglia del caso fortuito e presupponeva sempre, rispetto alla garanzia, un nesso di causalità, in quanto essa doveva rimanere riconducibile alla sfera giuridica del presunto responsabile.

¹²⁷ In argomento cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed., Milano, Giuffrè, 2018, 304, e già IDEM, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, 36, per il quale le norme disciplinanti la responsabilità oggettiva di impresa avevano la funzione di indicare condotte preventive volte ad evitare il verificarsi di eventi dannosi, quali ad esempio l'adozione di misure di sicurezza ulteriori a quelle presenti, la sostituzione del modo di produzione, la cessazione di un settore marginale dell'impresa o, nei casi più gravi, la cessazione dell'attività.

¹²⁸ La problematica era già stata al centro delle iniziali riflessioni della dottrina. V., al riguardo, in tema di responsabilità extracontrattuale V. GERI, *Responsabilità civile per danni da cose e da animali*, II ed., Milano, Giuffrè, 1967, 73 e 74, che nel dar corso ad una simile considerazione era giunto a criticare l'indirizzo che limitava il presupposto della responsabilità oggettiva al solo rapporto di causalità tra evento scatenante il danno e soggetto responsabile. Successivamente anche P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 521 e 523, non mancava di affermare come la responsabilità oggettiva in campo contrattuale venisse meno solo qualora fosse data prova che l'inadempimento era dipeso da una causa esterna all'impresa del debitore contraddistinta da un «carattere catastrofico».

soggetto chiamato a risarcire, di fonti astrattamente rischiose e foriere di danno per la collettività, a prescindere da una indagine sulla sua colpa¹²⁹.

Sebbene si tratti di ipotesi specifiche in relazione alle quali non sempre è agevole rinvenire la *ratio* sottostante¹³⁰, per molto tempo la giustificazione di un siffatto modello di responsabilità ha finito per rispondere ad una precisa ragione: fungere da deterrente ad assumere un profilo rischioso da parte dell'imprenditore nello svolgimento dell'impresa o quanto meno imporgli di esercitare un'influenza per una diminuzione del medesimo attraverso l'organizzazione ed i metodi di produzione dell'attività economica¹³¹. La riflessione è stata poi allargata anche alla sfera dei privati non imprenditori, sul presupposto che la condizione necessaria e sufficiente affinché si potesse giustificare una tale responsabilità avrebbe, in effetti, potuto rinvenirsi nella sussistenza di una attività contraddistinta da un rischio non irrisorio,

¹²⁹ In questi termini, con riguardo alla responsabilità aquiliana, v. M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 90 e 176 ss. Non molto dissimile era stato il pensiero di P. FORCHIELLI, *op. cit.*, 1381. Antesignana sul punto fu la concezione espressa sempre in tema di illecito extracontrattuale da G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in IDEM, *Diritto civile italiano*, Parte II, *Diritto delle obbligazioni*, IV, Padova, Cedam, 1940, 214 e 215, che non aveva esitato ad affermare che, in tema di attività economica con scopo di lucro, se i soggetti danneggiati avessero potuto agire solo dimostrando la colpa dell'agente, questi avrebbe finito per arricchirsi indebitamente a danno dei primi, trovando invero applicazione il noto brocardo *cuibus commoda, eius et incommoda*.

Contrari ad una ricostruzione unitaria della responsabilità oggettiva fondata esclusivamente sul criterio dell'esposizione al pericolo si sono tuttavia posti C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 713, 716 ss., secondo cui detta tesi, che voleva trovare la propria giustificazione nell'art. 2050 c.c. inerente all'esercizio di attività pericolose, in realtà faceva affidamento su una norma che prevedeva una responsabilità soggettiva, in quanto la pericolosità altro non costituiva se non una colpa in radice, poiché le cose o le attività sarebbero diventate tali nell'ipotesi e a causa della mancata adozione dei mezzi necessari a ridurre la pericolosità; nonché A. VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 38 e 39, secondo il quale un generale criterio basato sull'esposizione al pericolo non era da ritenersi adeguato a tutte le fattispecie di responsabilità oggettiva, in quanto non ogni attività economica che creava rischio era pericolosa.

¹³⁰ Ma al contempo presenti già nel diritto romano. Questa l'osservazione messa in evidenza nei suoi iniziali approcci alla materia da C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 503 ss. ed in particolare 509 e 513, con riferimento al campo dell'inadempimento contrattuale. Sul punto taluno - v. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964, 78 e 80, nonché 109 e 110, 114 e 115, 116 - nel tentativo di affermare l'unitarietà del sistema della responsabilità civile, aveva precisato come ciò che rilevava in tutte le forme di responsabilità, soggettiva od oggettiva, fosse il danno patito dalla vittima.

¹³¹ Era giunto a distinguere dalla responsabilità per colpa quella per rischio, P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 36 ss., e ciò sulla base del fatto che quest'ultima si caratterizzava per un fondamento diverso ed autonomo rispetto alla prima, costituito dall'esercitare pressione, per ridurre il pericolo di danni derivabili da una certa attività, attribuendo il loro risarcimento a quel soggetto più idoneo, sotto il profilo economico, a sopportarne il costo. Che in ipotesi di responsabilità oggettiva contrattuale l'inadempimento che originava il danno fosse dovuto ad una causa imputabile al debitore a titolo di rischio era opinione sostenuta anche da V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, il Mulino, 1977, 260. Pure per F. CAPPAL, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, Giuffrè, 2011, 32 e 33, nella responsabilità oggettiva il debitore è chiamato a rispondere nel caso in cui il mancato risultato dedotto in obbligazione sia causalmente collegato a fattori a cui l'obbligato deve fare fronte a titolo di rischio.

quale conseguenza di una scelta economica, e al tempo stesso caratterizzata da una continuità o da un'organizzazione anche elementare¹³². Tuttavia, un significativo contributo all'elaborazione dogmatica dell'istituto in esame si è avuto con il tentativo di inquadrare la responsabilità oggettiva nell'ambito della teoria economica della allocazione dei costi e dei benefici – valutati volta per volta nei singoli casi concreti, e non determinati a monte in base al tipo di attività presa a riferimento – quale fattore a fondamento delle decisioni di produzione¹³³. Assai efficacemente quest'ultimo indirizzo ha sottolineato come il fenomeno in questione, lungi dal presupporre una condotta antigiuridica e pertanto colpevole – diversamente da quanto accadeva in termini di responsabilità soggettiva – rispondesse invero all'esigenza dell'ordinamento di prevenire il verificarsi del danno e, qualora ciò si determinasse ugualmente, di individuare i soggetti più idonei a sostenerne il peso, tenendo conto dell'assetto degli interessi economici delle parti.

Senonché, la dottrina che più di tutte ha approfondito il tema sotto il profilo monografico è giunta a prendere le distanze dai criteri in esame quanto e soprattutto dal profilo del nesso di causalità – e dalle conseguenti *teorie c.d. del rischio* e del *pericolo* – sostenendo che rispetto alla responsabilità soggettiva, in cui viene attribuito all'agente un fatto fonte di danno provocato da una condotta del medesimo, in quella oggettiva l'allocazione dell'evento lesivo in capo al soggetto tende, anche in campo contrattuale, ad essere «tipologica» e a consistere nel limitarsi ad accertare se il fatto accaduto sia riconducibile al novero di quelli che il criterio di imputazione attribuisce allo stesso per il mero verificarsi¹³⁴. In conseguenza di ciò, è possibile affermare che non esiste, in effetti, un principio costante e, pertanto, un modello generico a cui ricondurre tutte le fattispecie di responsabilità oggettiva,

¹³² Così P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973, 117.

¹³³ Sull'argomento G. CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, in *The Yale Law Journal*, 84, 1975, 666, si domandava, in effetti, quale fosse il soggetto che meglio avrebbe condotto un'analisi tra perdite e utili, valeva a dire tra i costi per evitare il danno e quelli per farvi fronte una volta avveratosi il medesimo, ritenendo che la scelta del legislatore fosse stata quella di attribuire la responsabilità a colui che poteva condurre al meglio tale studio, essendo più importante individuare chi dovesse sopportare l'incentivo di decidere correttamente e non già quale fosse l'esatta decisione. Anche una parte della letteratura scientifica successiva evidenziava come, per valutare se il fattore che aveva impedito al debitore di raggiungere il risultato appartenesse o meno alla sfera del debitore, occorresse effettuare una valutazione tipica. In tal senso v. V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1981, 154, secondo il quale l'appaltatore era liberato se dava la prova «dell'esistenza di un fatto tipico, che [avesse] causato in modo esclusivo il vizio o la difformità».

¹³⁴ Così C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 165 e 166, la cui riflessione è stata confermata anche più di recente in IDEM, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, cit., 366 e 374, in cui, in sintesi, l'Autore ha ricordato come il rapporto di causalità fosse «già risolto a monte nella descrizione della fattispecie», non potendo porsi nella responsabilità oggettiva una questione di rapporto eziologico tra evento e soggetto chiamato a rispondere per esso.

essendo il soggetto obbligato a rispondere individuato di volta in volta dall'ordinamento giuridico in forza della specifica disciplina. La responsabilità oggettiva in ambito contrattuale ha, infatti, per lo più attinto dai modelli interpretativi a cui è giunta la letteratura scientifica in forza degli approfondimenti in materia di illecito civile¹³⁵. Il prodursi del danno non deriva da una mera imputazione fondata sul nesso causale ma da una decisione presa dal soggetto responsabile alternativa rispetto ad un'altra verosimilmente contraria, vale a dire da una scelta riconducibile al potere dell'uomo¹³⁶. Del pari, anche gli ulteriori approfondimenti compiuti dalla più recente letteratura – sostanzialmente in coerenza e logica prosecuzione con il poc' anzi citato orientamento del *giudizio tipologico* – hanno rigettato l'idea che nel nostro ordinamento giuridico possa sussistere un'unica forma di responsabilità oggettiva prospettando, invero, l'esistenza, sebbene in ambito extracontrattuale, di più fattispecie normative caratterizzate da una pluralità di criteri di attribuzione tra cui è possibile rinvenire il rischio d'impresa, le attività pericolose, la proprietà di edificio, quella di veicolo, la custodia, il rapporto di subordinazione, ecc.¹³⁷. Sotto questo profilo la responsabilità oggettiva si mostrerebbe quindi volta, sulla base di una molteplicità di criteri di attribuzione, a ricollegare al soggetto il mancato risultato, tenendo conto di una regola di attribuzione tipologica contraddistinta da una gamma eterogena di eventi fissati dalla legge aventi per lo più in comune il fatto che vi sia un potere di intervento e di governo del debitore stesso indirizzato a prevenire l'evento medesimo, al pari di quanto impone, nel caso che ci occupa, l'obbligo di protezione. Il che non esclude che anche la cessione del credito sia tale da contemplare all'interno della sua disciplina, per espressa disposizione di legge ed in particolare in forza dell'*obbligo di protezione* poc' anzi indagato, un criterio di imputazione della responsabilità in termini oggettivi, costituendo essa stessa l'individuazione di una *allocazione tipologica* dell'evento lesivo in capo al cedente. Ci si trova dinanzi ad una sorta di fattispecie legale di responsabilità oggettiva in corrispondenza della quale è il precetto contenuto nell'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. che attribuisce l'evento e conseguentemente il danno ingiusto che ne scaturisce.

¹³⁵ L'osservazione è pacifica. V., in argomento, G. VISINTINI, *op. cit.*, 295.

¹³⁶ Il rinvio è ancora agli insegnamenti di C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 375 ss.

¹³⁷ Nei termini riportati nel testo v. A. VIOLANTE, *op. cit.*, 43 ss. ed in particolare 46 e 47. Tentativi in questo senso non mancavano poi neppure da parte di chi, come G. ALPA, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in AA.VV., *La responsabilità civile*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1987, 22, ricordava gli sforzi della letteratura scientifica volti ad elaborare nel tempo plurime regole idonee ad allargare l'area del danno extracontrattuale risarcibile, ascrivendo la responsabilità a colui che riceveva vantaggio dall'attività dannosa esercitata e che era dunque maggiormente in grado, rispetto al danneggiato, di sostenere le perdite che ne costituivano l'immediata conseguenza.

risce al cedente, sebbene l'avvenimento stesso non sia stato fisicamente cagionato da quest'ultimo¹³⁸.

Volendo restare nel campo della responsabilità contrattuale, anche se oggettiva, è sempre possibile che in forza di un dato negozio o di una certa clausola del medesimo un contraente assuma l'obbligo di prevenire o di fare in modo che determinati rischi non si verifichino ovvero che, qualora questi si dovessero avverare, non producano tuttavia effetti dannosi nella sfera di controparte. Ciò è quanto si riscontra anche nel caso in commento, laddove questa opportunità di valutare come scongiurare il prodursi di un danno si traduce nella decisione da parte del cedente se alienare o meno il credito tenendo conto delle prospettive di solvibilità del debitore ceduto, quando invece nello sconto bancario una simile scelta non assume carattere rilevante, avendo il legislatore previsto che sul cedente scontatario ricada un mero indennizzo in ipotesi di inadempimento del ceduto stesso. C'è pertanto una correlazione tra il danno causato dall'insolvenza del debitore ceduto e la scelta effettuata dal cedente. Ma non per ciò solo si può dar corso ad una valutazione basata per quest'ultimo sui criteri di convenienza tra cedere quel particolare credito, assumendo il costo del danno da risarcire in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto, e non trasferirlo per evitare di dover ristorare la lesione, al pari di quanto invero vorrebbero i fautori della tesi del confronto tra costi e benefici. Una siffatta alternativa è, in effetti, preclusa *ab origine*. La legge non concede al cedente opzioni, imponendogli invero di compiere quella scelta che essa stessa reputa giusta e corretta anche in relazione agli interessi dei soggetti coinvolti, vale a dire la cessione di posizioni giuridiche attive rispetto alle quali il debitore ceduto sarà solvibile. In altri termini, la violazione non riguarda l'obbligo primario; non è quella di non aver compiuto una comparazione o di non averla effettuata in modo corretto, ma di non aver evitato che il cessionario si ritrovasse di fronte ad un debitore insolvente, avendo deciso di cedere ugualmente il credito senza optare per una soluzione contraria ed alternativa. L'insolvenza del debitore ceduto è la conseguenza dell'inosservanza dell'obbligo di protezione che competeva al cedente e il suo verificarsi preclude in via definitiva di raggiungere il risultato promesso attraverso quel dovere di tutela, a cui quest'ultimo si era per l'appunto impegnato, consistente nel controllo preventivo volto ad evitare di cedere crediti in relazione ai quali si potesse verificare una mancata solvibilità.

Tra l'altro, che la suddetta opzione tra cedere il credito, sottoponendosi al costo del risarcimento del danno, ovvero evitare il trasferi-

¹³⁸ Sulla responsabilità oggettiva quale fattispecie legale di responsabilità si rinvia a C. MAJORCA, *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, 121.

mento, al fine di escludere l'obbligo di risarcire la lesione, sia in radice interdetta si giustifica anche in considerazione del fatto che non potrebbe ammettersi un ordinamento che, nel concedere al soggetto interessato una siffatta alternativa, finisca poi per condannarlo al risarcimento del danno in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto. Se ciò avviene - come in effetti si riscontra a seguito della disciplina dell'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. - è proprio perché una simile previsione costituisce la riprova che, in definitiva, non si tratta di una vera e propria decisione discrezionale, ma di una unica via indicata e tracciata, in termini non modificabili ad opera delle parti, dalla legge. Infatti, se il legislatore ha ritenuto che in ipotesi di insolvenza del debitore ceduto, il cedente debba rispondere del risarcimento del danno, significa che una diversa soluzione non è ammessa dall'ordinamento anche nel caso in cui questa fosse astrattamente più conveniente per il cedente stesso, tant'è che la medesima viene sanzionata con l'obbligo di riparare la lesione che tale fatto ha prodotto in capo all'altro contraente.

§ V.10. - I limiti entro i quali sussiste la responsabilità oggettiva del cedente

Dopo aver individuato la natura della responsabilità che contraddistingue la sfera del cedente, è giunto ora il momento di domandarsi se sussista per quest'ultimo la possibilità di andare esente dalla stessa in ipotesi di mancato raggiungimento dell'esito a cui si era impegnato con il regolamento di interessi. Una simile indagine si rende necessaria in quanto una cosa è il *fondamento* della responsabilità ed altra il *limite* della stessa¹³⁹. Mentre il primo dei due aspetti costituisce la soluzione all'interrogativo *in forza di quali presupposti* o *con quali modalità* un debitore è chiamato a rispondere - e pertanto individua il *quomodo* viene imputata la responsabilità - il secondo - una volta definito se si tratta di una responsabilità soggettiva, idonea ad attribuire il fatto lesivo in base alla colpa, ovvero, al pari di quanto concluso nel paragrafo che precede, di una responsabilità oggettiva che prescinde da un comportamento diligente - rappresenta invero il *confine*, inteso quale perimetro, della struttura di detta responsabilità, indicandosi con tale locuzione non il *quantum* della medesima ma l'*an* di quest'ultima.

Volendo traslare i suddetti principi al caso che ci occupa, appare pertanto chiaro come affermare che il cedente è soggetto all'obbligo di risarcire il danno in ipotesi di mancata solvibilità del debitore ceduto a prescindere da un comportamento colposo non equivalga a concludere

¹³⁹ Come ha notato giustamente G. D'AMICO, *op. cit.*, 96.

che il medesimo sia sempre responsabile qualunque sia l'origine dell'assenza di un siffatto risultato in termini di protezione dell'interesse del cessionario. Anche nella responsabilità oggettiva esiste una linea di delimitazione oltre la quale la stessa non opera. A tal proposito un ruolo decisivo è assunto dal disposto dell'art. 1218 c.c. che, nel solco dei risultati raggiunti dalla dottrina e di cui già si è accennato nel paragrafo precedente, troverebbe applicazione agli obblighi di protezione in via diretta¹⁴⁰, ovvero, preferibilmente, in considerazione della circostanza che al momento della stesura del precetto in esame ben difficilmente il legislatore era consapevole della figura dei diritti protettivi, in virtù di una estensione analogica¹⁴¹ giustificata dell'*eadem ratio*. Infatti, una volta preso atto che la protezione del cessionario è divenuta - a fronte dell'insolvenza del debitore ceduto - impossibile ed è stata violata, non resta che indagare, se si vuole rispondere all'interrogativo da cui ha preso avvio il ragionamento in esame, il significato di *impossibilità della prestazione* di cui all'art. 1218 c.c. - avendo l'accortezza, in considerazione del ricorso all'analogia, di sostituire tale espressione con quella di *impossibilità della protezione* - sul presupposto che, per espressa previsione di quest'ultima disposizione, qualora la stessa derivi da *causa non imputabile* al debitore quest'ultimo non potrà essere chiamato a risarcire alcun danno¹⁴². Ma sul punto non vi è identità di vedute. Sin dai tempi risalenti sull'annoso e delicato problema della esenzione da responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. si è infatti incentrato tra gli studiosi del diritto civile un ampio e delicato dibattito. Ciò ha riguardato sia la nozione di *causa non imputabile* e la sua eventuale sovrapponibilità o meno con quel concetto di *fortuito* che si ritrova in una serie di enunciati legislativi che regolamentano specifici rapporti ovvero determinati contratti¹⁴³, sia, ancor prima, il dualismo tra la concezione di impossibilità oggettiva e quella soggettiva che per lungo tempo ha agitato e diviso la dottrina¹⁴⁴.

¹⁴⁰ V. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, cit., 374; IDEM, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., 1098.

¹⁴¹ Era questa l'opinione di C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 503, nt. 200.

¹⁴² Infatti, non per nulla A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 107, a suo tempo osservava come la nozione di *impossibilità* cui faceva riferimento l'art. 1218 c.c. al fine di escludere la responsabilità da inadempimento pareva presupporre la rilevanza del risultato che con l'obbligazione si sarebbe dovuto realizzare.

¹⁴³ È questo il caso, ad esempio, degli artt. 2051 e 2052 c.c. in tema di danno cagionato da cose e animali in custodia, dell'art. 1693 c.c. con riguardo alla responsabilità del vettore per perdita ed avaria o dell'art. 1787 c.c. in materia di depositi nei magazzini generali o ancora dell'art. 1839 c.c. in relazione al servizio bancario delle cassette di sicurezza ed in particolare all'idoneità dei locali e all'integrità degli strumenti apprestati.

¹⁴⁴ La letteratura sul tema è copiosissima. Ragioni di economia consigliano quindi di limitare all'essenziale le citazioni dottrinali, rinviando ad esse per i riferimenti ulteriori, inclusi quelli relativi alla altrettanto nutrita dottrina straniera. Soffermandosi sul primo dei due suddetti orientamenti citati in testo già in epoca risalente G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., 336 e 360, e successivamente in *Scritti giuridici*, cit., 82 e 109, aveva sottolineato come la responsabilità avesse quale limite esclusivamen-

In ordine al primo dei due suddetti aspetti, la circostanza che il Codice civile del 1942 abbia riunito nell'unica espressione di *causa non imputabile* di cui all'art. 1218 le locuzioni della previgente disciplina civilistica del 1865 di *causa estranea non imputabile* prevista nell'art. 1225, nonché di *forza maggiore* e *caso fortuito* contemplate dal successivo art. 1226 non parrebbe essere stata di per sé del tutto decisiva ai fini del superamento di quella distinzione concettuale tra *causa non imputabile*, da un lato, e *caso fortuito*, dall'altro, che impedirebbe, non potendosi accogliere il principio che si tratti di formule da utilizzare quale sinonimi, una perfetta sovrapposibilità tra le due nozioni, confermando invero la sussistenza di una tendenziale divaricazione¹⁴⁵. Nonostante ciò, che vi sia una decisa influenza della fattispecie del caso fortuito sul concetto di *non imputabilità dell'inadempimento* è tuttavia alquanto evidente¹⁴⁶. In effetti, anche chi è giunto a rigettare la conclusione che le formule in esame possano essere impiegate indifferentemente ha comunque ritenuto che nell'esercizio dell'attività economica sussista una esenzione da responsabilità oggettiva di cui all'art. 1218 c.c. in corrisponden-

te la sola impossibilità obiettiva e assoluta della prestazione senza dare alcuna importanza alla condotta diligente del debitore; tesi questa ribadita in IDEM, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., 604; ed in IDEM, *Impossibilità sopravveniente*, cit., 291. Successivamente anche E. BETTI, *op. ult. cit.*, 41, aveva messo in luce come nelle prestazioni di risultato, l'assenza di quest'ultimo determinasse, per quanto intenso fosse stato lo sforzo tenuto dall'obbligato, comunque sempre inadempimento, potendo al più il debitore andare esente dalla responsabilità solo fornendo la prova che la mancata prestazione era divenuta impossibile per causa a lui non imputabile. Diversamente sul fronte opposto mentre alcune voci in letteratura - cfr. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 104, 110 e 112 - avevano sostenuto che nel nostro ordinamento la responsabilità da inadempimento presentava, quale elemento imprescindibile, la verifica del mancato soddisfacimento del creditore, ma pur sempre connesso alla violazione di un obbligo, ossia ad una condotta concretamente antidoverosa, tant'è che se il debitore per nulla garante della prestazione dovuta fosse riuscito a fornire la prova di aver attuito il proprio obbligo, il medesimo avrebbe così dimostrato l'esatto adempimento di quanto dovuto, circostanza che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., escludeva il bisogno di ricorrere alla prova dell'impossibilità non imputabile, altre - v. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, III ed., Milano, Giuffrè, 1975, 232 ss. - avevano invece circoscritto la portata applicativa della regola dettata dall'art. 1218 c.c. ai soli casi di impossibilità sopravvenuta della prestazione, nei quali il debitore si liberava provando di non aver potuto impedire la medesima con la normale diligenza di cui all'art. 1176 c.c., applicando a tutte le ipotesi in cui la prestazione, nonostante l'inadempimento, fosse ancora possibile un metro di responsabilità soggettivo più o meno intenso a seconda del tipo di rapporto ma senz'altro fondato su regole diverse da quelle di cui all'art. 1218 c.c., ossia su parametri che non richiedevano, per mandare esente da responsabilità l'obbligato, per forza l'accertamento della sopravvenuta impossibilità della prestazione, e altre ancora - v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, Milano, Giuffrè, 1984, 49 ss. - giungevano a ritenere, anche in base alle affermazioni della Relazione di accompagnamento al Codice civile del 1942, che il generale criterio della diligenza, espresso dall'art. 1176 c.c., trovava applicazione, quale aspetto centrale della disciplina dell'adempimento, in ordine all'esatta esecuzione della prestazione di tutti i rapporti obbligatori, essendo la responsabilità da inadempimento strettamente connessa con la colpa del debitore.

¹⁴⁵ Così F. REALMONTE, *op. cit.*, 251.

¹⁴⁶ Uno spunto in tal senso era presente in C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Libro IV - *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1979, 172 e 173.

za di eventi preclusivi determinati dalla *forza maggiore* e, pertanto, di una causa estranea al rischio tipico dell'attività d'impresa svolta, sul presupposto per l'appunto che in quest'ultima circostanza l'episodio che ha originato l'impedimento si sottrarrebbe al controllo del debitore, dovendosi infatti circoscrivere al *caso fortuito* esclusivamente quegli avvenimenti di ostacolo alla prestazione estranei alla colpa¹⁴⁷. Ancora più netta e chiara è invece la presa di posizione di chi¹⁴⁸, più di recente, non ha avuto dubbi a ricondurre, sempre in tema di responsabilità oggettiva, alla formula *causa non imputabile* tutti quegli eventi esteriori alla sfera di vigilanza del debitore, per lo più di carattere catastrofico, non evitabili da quest'ultimo neppure tramite l'adozione di tutti gli strumenti possibili, in tal modo restando invece esclusi – quindi attribuibili al soggetto – quelli interni all'ambito del debitore stesso nonostante l'incolpevolezza di quest'ultimo¹⁴⁹. La tesi merita di essere condivisa. È alquanto evidente che, quando si risponde non per colpa ma, al pari del caso di specie, in forza di un criterio di responsabilità oggettiva, quella causa non imputabile *ex art. 1218 c.c.* non può che assumere una colorazione oggettiva, avvicinandosi pertanto al fortuito, essendo rilevante l'estraneità dell'evento rispetto alla sfera del debitore. A tal proposito la dottrina non ha dubbi: le ipotesi di responsabilità costruite con il limite del fortuito sono fattispecie di responsabilità oggettiva, in quanto l'inevitabilità del fatto ostativo all'adempimento è valutata non tramite il criterio del giudizio di colpa, ma attraverso un parametro diretto ad una più rigida assolutezza¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Sull'argomento occorre richiamare gli studi di L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 125 ss., il quale a propria volta non esitava a rinviare – salvo poi prendere le distanze dall'idea che si trattasse di un vero e proprio caso fortuito sostituendo a questo la categoria della *forza maggiore* – alle conclusioni sia di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 223 e 224 – per il quale il caso fortuito si identificava con quell'evento così raro da non potersi pretendere che fosse calcolato dall'obbligato e di natura tale da cagionare danni superiori a quelli che in via ordinaria e astratta l'attività del debitore sarebbe stata idonea a causare e verso cui l'ordinamento non avrebbe potuto esigere una certa prevenzione – sia di C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1978, 488 e 489, secondo cui il fortuito rappresentava quell'evento in relazione al quale non veniva richiesto che il debitore tenesse un comportamento volto ad impedirlo in quanto estraneo al rischio tipico dell'attività. Sul punto v. pure F. REALMONTE, *op. cit.*, 255, che giungeva ad affermare come il *fortuito* costituisse l'elemento causale estraneo ai rischi tipicamente discendenti da una determinata attività d'impresa ed al suo specifico esercizio, non differenziandosi rispetto al concetto di *forza maggiore*.

¹⁴⁸ V. G. VISINTINI, L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, II ed., I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1999, 229.

¹⁴⁹ Cfr. P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, cit., 521.

¹⁵⁰ Così M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 83; IDEM, *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva*, in *Foro it.*, 1985, I, 2650 e 2654, il cui pensiero era stato condiviso e ripreso da C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 486 e 487, che poneva in evidenza come, nell'ambito della responsabilità contrattuale, nelle ipotesi in cui la legge aveva limitato la stessa al fortuito, il criterio di addebito della medesima non fosse la colpa, potendosi in esse riscontrare invece un

La conclusione dovrebbe valere anche con riferimento alla clausola *pro solvendo* e ciò pur in assenza di un espresso riferimento nell'art. 1267, comma 1, seconda parte, c.c. all'esonero da responsabilità del cedente per *caso fortuito*. Infatti, se, come si crede, a quest'ultimo va attribuita la qualifica di figura generale¹⁵¹, nessun ostacolo dovrebbe sussistere in ordine al fatto che al medesimo, quale categoria giuridica, sia sempre possibile ricorrere in tema di responsabilità oggettiva anche laddove la norma non ne faccia espressa menzione e nonostante la formulazione di cui all'art. 1218 c.c. *causa non imputabile* sia una nozione che non sempre è stata sovrapposta a quella di *fortuito*. A sostegno di quanto testé affermato è sufficiente osservare la circostanza che le disposizioni civilistiche che espressamente contengono e declinano la locuzione non forniscono una definizione di che cosa sia il *caso fortuito*, limitandosi semplicemente a richiamare la stessa, sul presupposto evidentemente che si tratti per l'appunto di una figura ricostruibile in termini unitari. In aggiunta anche l'affermazione che esclude una coincidenza di significati tra la nozione di *causa non imputabile* e quella di *fortuito*¹⁵² non appare in contraddizione con quanto testé affermato. La suddetta espressione di cui all'art. 1218 c.c. finisce, in effetti, per coincidere con quella di caso fortuito solo a fronte di una fattispecie di re-

modello oggettivo di imputazione. Pure L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 125, riteneva che le norme disciplinanti casi di limitazione al fortuito della responsabilità, tanto in materia contrattuale quanto extracontrattuale, stabilivano un criterio di imputazione diverso dalla colpa, raffigurando così ipotesi di responsabilità oggettiva. Conf. F. REALMONTE, *op. cit.*, 251, il quale affermava che, qualora la legge ponesse il fortuito come limite della responsabilità da inadempimento, quest'ultima veniva ad essere costruita in modo aggravato rispetto alle ipotesi in cui detta soglia si identificava con la causa non imputabile. Più di recente F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, Giuffrè, 1990, 151, 152 e 153, ha osservato come, quando il debitore fosse stato liberato solo in presenza di un caso fortuito, ci si sarebbe trovati innanzi ad una fattispecie di responsabilità oggettiva in cui l'obbligato non avrebbe risposto di inadempimento della prestazione ineseguita esclusivamente se l'impossibilità della stessa fosse discesa da un fenomeno estraneo alla sua sfera di controllo e di intervento.

¹⁵¹ Articolata è in effetti la ricostruzione della dottrina sulla definizione in oggetto. I contributi dottrinali in materia sono numerosi. Senza pretesa di esaustività, non si può non ricordare come talvolta il concetto in esame fosse stato fatto coincidere con l'evento incolpevole ed estraneo alla sfera dei contraenti e pertanto non soggettivamente imputabile al debitore - v., tra i tanti, G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 381 e 384 - mentre talaltra si fosse rimarcata più la sua estraneità alla sfera dell'obbligato, trattandosi di accadimento non per forza straordinario ma inevitabile dal medesimo, ossia irresistibile, dovendosi distinguere dal concetto di *fatto non imputabile*. In questi ultimi termini cfr. M. COMPORI, *op. ult. cit.*, 2651 ss. Già in precedenza C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 487, rigettava l'assimilazione della nozione di *fortuito* a quella di *imprevedibilità* o *inevitabilità* dell'evento che aveva impedito l'esatto adempimento. In argomento v. successivamente anche L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 125 e 126, che sosteneva una nozione oggettiva di *fortuito* inteso quale fattore estraneo ai rischi tipicamente discendenti da una certa attività d'impresa. Sostanzialmente conf. sul punto è stato pure F. REALMONTE, *op. cit.*, 251 e 253, per il quale la regola di responsabilità fissata dal fortuito non poteva essere interpretata in senso soggettivistico ma doveva invece essere letta in termini oggettivi, nel senso che il debitore avrebbe dovuto essere ritenuto responsabile anche di fattori causali non attribuibili a sua colpa, bensì conducibili alla sfera di rischi tipici connessi all'attività svolta dal medesimo.

¹⁵² Formulata da F. REALMONTE, (*v. supra*, nt. 150) *op. cit.*, 251.

sponsabilità aggravata in quanto, se la stessa è ascritta al debitore sulla base del criterio della colpa, il concetto di *non imputabilità* rileverà invece sulla base della regola della mera diligenza del comportamento tenuto da quest'ultimo. Sennonché, volendo qui aderire a quell'indirizzo¹⁵³ che ha elaborato la nozione di *fortuito* in chiave oggettiva, è in effetti possibile riassumere la medesima in una clausola generale in grado di racchiudere quell'insieme di eventi inevitabili in termini assoluti dal debitore e, pertanto, straordinari ed eccezionali in relazione ai quali la legge non può esigere un comportamento del medesimo volto a neutralizzarli. Il che non significa che fortuito equivalga ad uno scenario in cui il comportamento del debitore è completamente assente. L'evento che caratterizza il caso fortuito è sì un aspetto oggettivo, ma la circostanza attinente al fatto che il medesimo non possa essere evitato è un fenomeno che, posto in relazione con la sfera del debitore, necessita comunque di essere valutato sulla base di uno sforzo a cui quest'ultimo è tenuto che lo manda esente da responsabilità, sebbene al riguardo sia del tutto estranea la vicenda della sussistenza o meno di una diligenza. Nella sostanza il debitore – e dunque nel caso che ci occupa il cedente – risponde degli eventi che si verificano a fronte della previsione tipologica del legislatore anche se diligente con esclusione del solo fortuito, in quanto, se dovesse rispondere anche di quest'ultimo, si tratterebbe, stante la completa assenza di un controllo e più in generale di un comportamento, di una fattispecie di *garanzia pura* al pari di quanto accade nello sconto bancario.

Pertanto, se si parte dall'insegnamento per cui la formulazione letterale di *causa non imputabile* di cui all'art. 1218 c.c. è neutra rispetto ai diversi criteri di attribuzione della responsabilità soggettiva ed oggettiva¹⁵⁴ e si tengono fermi i risultati sin qui raggiunti – vale a dire che la suddetta espressione comprende tanto la causa estranea alla colpa¹⁵⁵ quanto quella coincidente con il caso fortuito – non pare sussistano ostacoli nel sostenere che gli artt. 1218 e 1176 c.c. costituiscono due enunciati normativi che trovano applicazione a tutte le obbligazioni, sia di mezzi che di risultato. Se così è, pare quindi ragionevole concludere che il cedente risponde di ogni evento, anche incolpevole, se, nello scegliere di trasferire il credito, abbia comunque determinato una situazione nella quale è venuta a mancare la solvibilità del debitore ceduto, e se sia definitivamente sopravvenuta una irrealizzabilità dell'obbligo protettivo di fare in modo che ciò non accadesse, potendo egli andare esente da responsabilità oggettiva esclusivamente allorquando, nel rispetto del disposto dell'art. 1218 c.c., tale impossibilità –

¹⁵³ V. *supra*, nt. 151 con riguardo ai fattori della tesi oggettiva del caso fortuito.

¹⁵⁴ L'affermazione era di L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 124.

¹⁵⁵ Frutto di un evento impositivo incolpevole.

che ha impedito di dar corso alla corretta scelta di non cedere il credito – sia dipesa da una causa del tutto estranea alla sua sfera di influenza.

Si delinea in tal modo nella sostanza un *obbligo di risultato* del cedente che, alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, può essere idealmente scomposto in due diversi elementi strettamente connessi, che si riflettono in altrettanti momenti posti necessariamente tra di loro in logica e cronologica sequenza: la condotta del cedente quale attività di controllo sulle condizioni prospettiche di insolvenza del debitore ceduto, che precede il trasferimento del credito e assume rilevanza giuridica nel momento della stipula del contratto, e il risultato vero e proprio in termini di mancata insolvenza di quest'ultimo successivamente al subentro del cessionario nella legittimazione a pretendere l'adempimento che, pur verificandosi dopo l'alienazione, è comunque la conseguenza del rispetto di quell'obbligo protettivo costituito essenzialmente dall'indagine preventiva che deve essere compiuta per scongiurare l'evento lesivo¹⁵⁶. Punto centrale di una simile ricostruzione è in effetti la decisione di cedere il credito a seguito della preliminare attività di *screening* sulle condizioni di solvibilità del ceduto di cui si è accennato in precedenza¹⁵⁷; scelta questa che costituisce quindi l'epilogo della condotta del debitore e quindi l'ultimo atto di quel suo comportamento idoneo a realizzare il risultato voluto dalle parti.

Fermo restando che l'onere della prova dell'esatto adempimento grava sempre sul debitore, e ciò tanto negli obblighi di mezzi quanto in quelli di risultato¹⁵⁸, è doveroso qui soffermarsi sugli elementi difensi-

¹⁵⁶ Anche in relazione alle tradizionali obbligazioni munite di prestazione l'attività preparatoria che il debitore doveva espletare per raggiungere il programma negoziale, in quanto necessaria a tal fine, costituiva per la dottrina – v. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 75 – comunque un aspetto inseparabile alla stessa. In argomento cfr. pure M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, Tomo I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1992, 202, secondo cui le prestazioni di risultato non erano estranee ad un impegno essenziale per conseguire il medesimo. Anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 141, ha ricordato come il concetto di *prestazione*, quale comportamento dovuto corrispondente alla pretesa creditoria e idoneo a soddisfare l'interesse di questi era unitario e sempre valutabile dal punto di vista oggettivo, «con maggiore o con minor precisione, in termini di "risultato"». In precedenza L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, Cedam, 1943, 65 e 66, aveva evidenziato come la prestazione costituisse ciò che l'obbligato doveva compiere, implicando questo verbo sempre «un'azione mediante un bene» che, nella sua formulazione più semplice, si traduceva in un dovere di comportarsi in modo da far sì che lo stesso potesse transitare dal patrimonio del debitore a quello del creditore, ricordando altresì che lo scopo della medesima non era altro che la prestazione considerata nel suo momento conclusivo.

¹⁵⁷ V. *supra*, § 5 e 8.

¹⁵⁸ La questione, con riguardo a questi ultimi, è stata tra l'altro diffusamente indagata anche dalla Suprema Corte. Volendosi limitare ai più recenti arresti v., tra le tante, Cass., 21 maggio 2019, n. 13685, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, *online*, per la quale si estende anche alle obbligazioni di risultato il principio secondo cui il creditore che agisca per la risoluzione o per l'adempimento del contratto, nonché per il risarcimento del danno, deve provare solo la fonte del proprio diritto e il termine di scadenza del medesimo, spettando di contro al debitore convenuto la prova dell'adempimento, vale a dire il fatto estintivo della pretesa creditoria; Cass., 15 giugno 2018, n. 15732, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*; Cass., 21 settembre

vi che quest'ultimo deve produrre per dimostrare di aver realizzato il risultato convenuto. A tal proposito, mentre nelle obbligazioni di mezzi per andare esente da responsabilità il debitore dovrà dimostrare di avere tenuto la diligenza necessaria, in quelle di risultato – al pari dei doveri di protezione – sarà invece essenziale fornire la prova di aver raggiunto un risultato conforme a quello pattuito ovvero, se difforme, di non aver potuto impedire quell'evento produttivo di un diverso esito¹⁵⁹. In altri termini l'esonero o meno da responsabilità risponde alla domanda se detta impossibilità poteva o meno essere dal debitore evitata, posto che solo in ipotesi di risposta negativa il debitore andrà esente da responsabilità e ciò a prescindere dal grado di diligenza spiegata. Negli obblighi di risultato il debitore non è tenuto alla propria prestazione esclusivamente quando sia impossibile raggiungere il fine dovuto attraverso qualsiasi attività strumentale¹⁶⁰. Al riguardo

2017, n. 21927, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, online; Cass., 2 dicembre 2016, n. 24731, in *Dir. giust.*, 2016, 5 dicembre; Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 862; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 3, 849, con nota di A. FIORI, D. MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*, 849 e 864; Cass., 9 novembre 2004, n. 21343, in *Dir. maritt.*, 2006, 4, 1187 ss., con nota di C. MARZIALI, *La responsabilità dell'organizzatore di viaggi in materia di overbooking alberghiero*.

Per il merito v. Trib. Roma, 22 maggio 2020, in *www.dejure.it*; Trib. Cosenza, 1° aprile 2020, in *www.dejure.it*; Trib. La Spezia, 21 gennaio 2019, in *www.dejure.it*; Trib. Rieti, 5 novembre 2018, in *www.dejure.it*; Trib. Bari, 6 luglio 2016, in *www.dejure.it*; App. Roma, 1° marzo 2011, in *www.dejure.it*; Trib. Milano, 28 maggio 2010, in *www.dejure.it*.

¹⁵⁹ Sulla prova liberatoria che deve dare il debitore per andare esente da responsabilità anche F. CAPPAL, *op. cit.*, 55, 56 e 57, in tema di appalto, osserva come, gravando sull'appaltatore un'obbligazione di fare di risultato, il debitore non risponda dei vizi dell'opera non già dando prova di aver rispettato certi canoni di condotta, bensì se riesce a dimostrare che i vizi del bene discendono da specifici fattori causali estranei alla propria sfera di azione. Sul punto v. pure le osservazioni di F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 115, per cui, negli obblighi di risultato, gravava sul debitore l'onere di dimostrare che l'impossibilità dell'esito cui le parti miravano era dovuta a una causa estranea a sé non imputabile. Pure G. D'AMICO, *op. cit.*, 184, 185 e 192, ha sostenuto che il debitore di un obbligo di risultato, che volesse andare esente da responsabilità, dovesse dare la prova non già della propria condotta diligente, ma di una specifica causa estranea e a sé non imputabile che aveva determinato il mancato raggiungimento del medesimo. In argomento v. altresì A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 479 e 480, che sosteneva come negli obblighi di risultato, posto che il mancato raggiungimento dell'esito voluto dalle parti costituiva già di per sé inadempimento, il debitore potesse non rispondere di quest'ultimo solo dimostrando che il fatto impeditivo dell'esatta esecuzione della prestazione non era riconducibile alla sua sfera di volontà o di dominio.

¹⁶⁰ V., al riguardo, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 74. In argomento anche A. TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1947-48, 131, aveva posto, quale limite dello sforzo umano che impegnava il debitore a raggiungere un dato risultato, il fortuito, la forza maggiore o altre cause non imputabili all'obbligato. La tesi si fonda sui rilievi dei primi studi italiani sulla responsabilità contrattuale. A tal proposito G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., 209, 212, 217, 220 e 221, e successivamente in *Scritti giuridici*, cit., 3, 6, 11 e 15, era giunto ad escludere la responsabilità dell'obbligato inadempiente solo nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a fortuito, ossia qualora la stessa non fosse imputabile a colpa del debitore; impossibilità che doveva, peraltro, essere obiettiva – ossia costituita da un ostacolo relativo all'intrinseca entità del contenuto della prestazione, slegata dunque dalle condizioni peculiari dell'obbligato – e assoluta – il cui impedimento per meglio dire non poteva essere neutralizzato dalle forze umane.

già in passato si era soliti affermare che una cosa era, infatti, la prestazione in sé considerata, altra i mezzi necessari per predisporla ed attuarla, tant'è che una eventuale impossibilità della prestazione dovuta a questi ultimi non avrebbe rivestito alcun rilievo ai fini dei limiti della responsabilità¹⁶¹. In altri termini, l'obbligato si ritrova vincolato ad apprestare un risultato specifico volto a soddisfare in modo definitivo l'aspettativa di controparte sì che – al pari del caso che ci occupa con riguardo alla cessione *pro solvendo* – la verifica dell'adempimento va condotta in modo oggettivo, essendo sufficiente accertare se il risultato sia stato o meno raggiunto, atteso che lo sforzo che il debitore compie non lo manda esente da responsabilità.

È pertanto facile intuire come nell'obbligo del cedente, che caratterizza la cessione del credito *pro solvendo*, la prova che grava su quest'ultimo per andare esente da responsabilità non sia quella di aver tenuto lo sforzo in modo diligente ma quella di dimostrare che non avrebbe potuto evitare l'impossibilità del risultato attraverso un comportamento idoneo a neutralizzare le conseguenze dell'evento sopravvenuto, vale a dire l'insolvenza del debitore ceduto; evento rientrante, conseguentemente, nella categoria generale del *caso fortuito* in quanto, per l'appunto, non superabile. In termini generali, e con riferimento alla tradizionale obbligazione munita di prestazione, è solo una volta che sia stata accertata l'impossibilità oggettiva di quest'ultima che la suddetta figura del *fortuito* rileva¹⁶². È un siffatto concetto che ci dice se una determinata impossibilità del risultato dedotto in obbligazione possa o meno es-

Anche successivamente la dottrina ha continuato a sostenere che le obbligazioni di risultato potevano ritenersi adempite solo una volta realizzato l'esito previsto quale effetto dell'attività richiesta all'obbligato nei suoi aspetti quantitativi e qualitativi, irrilevante essendo il contegno diligente del debitore, se incapace di realizzare il primo. In questi termini v. G. Bozzi, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in AA.Vv., *Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, Tomo I, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 77 e 78, che ha specificato inoltre, con riferimento agli obblighi di risultato, come l'onere di provare l'inadempimento, inteso in termini di mancato raggiungimento del risultato pattuito, gravasse sul creditore, dovendo d'altra parte il debitore, per andare esente da responsabilità, fornire la prova liberatoria che, in base all'art. 1218 c.c., consisteva nel mettere in luce che il mancato esito era stato determinato da una causa a lui non imputabile, ossia estranea alla sua sfera di revisione e di controllo.

¹⁶¹ Questo era stato il pensiero di G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., 336, 337, 360, 420 e 459, e successivamente in IDEM, *Scritti giuridici*, cit., 82, 83, 109, 113, 155; ripercorso dall'Autore anche in IDEM, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, cit., 604, e in IDEM, *Impossibilità sopravveniente*, cit., 291, 292, 293 e 295 e ripreso pure da E. BETTI, *op. ult. cit.*, 112, 113, 114 e 131. In merito ad una siffatta problematica si rinvia anche a quanto precisato *supra*, in nt. 144.

¹⁶² Secondo F. ANELLI, *op. cit.*, 79, 80 e 81, per non essere sanzionabile, l'inadempimento contrattuale doveva essere stato ostacolato da una impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione, da valutare secondo buona fede oggettiva in relazione al peculiare rapporto obbligatorio creatosi nel caso di specie, che non fosse imputabile al debitore, ossia determinata da un caso fortuito.

sere imputata al debitore, e non potrà che esserlo se questi non riesce a provare la sua completa estraneità rispetto all'evento.

In definitiva, a prescindere dagli sforzi compiuti nella valutazione se cedere o meno il credito, il cedente risponde in termini di risarcimento del danno se la medesima ha comunque comportato il verificarsi di una mancata solvibilità del debitore ceduto e di conseguenza un risultato difforme da quello voluto in forza del negozio di cessione *pro solvendo*. L'unica ipotesi di esonero da responsabilità del cedente sarebbe pertanto costituita dall'insolvenza del ceduto determinata dal verificarsi di un caso fortuito non superabile con l'organizzazione del cedente, esulando dalla sua sfera di azione la possibilità di evitare l'evento; fattispecie quest'ultima alquanto difficile da poter immaginare nel concreto in riferimento al caso che ci occupa, se non in termini di lesione patrimoniale del debitore ceduto idonea a causare un'insolvenza originata da un evento completamente non governabile ed ingestibile in quanto estraneo alla sua sfera e più in generale di ogni possibile controllo umano poiché di natura catastrofica, come la perdita di gran parte o dell'intero patrimonio a causa di un terremoto o di altre calamità naturali o, per le stesse ragioni, un aumento esponenziale delle passività da soddisfare. Si tratta di aspetti questi testé citati che rendono in effetti inevitabile il verificarsi della mancata solvibilità del debitore ceduto.

D'altra parte, se è ragionevole che il cedente impedisca che si crei una situazione tale per cui il ceduto risulti insolvente, analogamente la legge non può pretendere che il primo risponda dell'insolvenza del secondo qualora questa si origini da eventi fortuiti che il cedente stesso non avrebbe mai potuto governare attraverso un controllo preventivo neppure sulla base di uno sforzo massimo possibile e che pertanto non avrebbe del pari mai potuto neanche neutralizzare. Se, infatti, il cedente dovesse rispondere pure per accadimenti non controllabili, gli si addosserebbero le conseguenze giuridiche di qualche cosa di non prevedibile, sfociandosi in tal modo, come si è già più volte osservato, nel campo della *garanzia pura* allontanandosi da quello tipico della responsabilità oggettiva che caratterizza, come concluso nel paragrafo precedente, la clausola *pro solvendo*. Altrimenti detto, non è immaginabile che il cedente possa essere tenuto a rispondere in ordine alla mancata solvenza del debitore ceduto in termini di vincolo obbligatorio in assenza di un suo intervento. Infatti, qualora ci si chiedesse se in obbligazione possa essere dedotto qualunque risultato a prescindere da un legame strumentale con un comportamento del debitore, la risposta non potrebbe che essere negativa¹⁶³.

¹⁶³ Così P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 1277 e 1278.

Sennonché, mentre nelle obbligazioni di mezzi detta condotta acquisisce una autonomia decisiva propria, in quelle di risultato la stessa rileva solo in quanto asservita all'obiettivo ultimo a cui mira la prestazione, in modo tale che, seppur non di per sé solo sufficiente a delineare la fattispecie, il contegno è comunque sempre presente ed in entrambi i casi si può parlare di *responsabilità contrattuale*. E così è anche con riguardo a quella particolare fattispecie di obbligazione di risultato che si origina da un dovere di protezione che mira a salvaguardare l'interesse del creditore, essendo a tal fine non irrilevante, tra l'altro, la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 1267 c.c., secondo la quale è inefficace qualsiasi pattuizione diretta «ad aggravare la responsabilità del cedente», che nella sostanza equivale a ricordare il divieto di dar corso ad accordi volti a superare non solo le previsioni contenute nel precetto in esame in ordine al risarcimento del danno ma anche il suo limite generale invalicabile, *id est* il caso fortuito.

Bibliografia

- [A. ANONIMO], *Garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.
- ALCARO F., «Soggetto» e «contratto» nell'attività bancaria. *Contributo allo studio dei contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1981.
- ALCARO F., *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988.
- ALESSI R., *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1934.
- ALESSI R., *La natura giuridica dello sconto cambiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1935, I.
- ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, III ed., Milano, Giuffrè, 1955.
- ALESSI R., *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- ALIBRANDI A., *Aspetti problematici della surrogazione assicurativa*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1999.
- ALLARA M., *Delle obbligazioni*, *Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, a.a. 1938-39.
- ALLARA M., *La vendita*, *Corso di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1958.
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V ed., I, *La teoria generale della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.
- ALLORIO E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935.
- ALOJ N., *Arricchimento senza causa e lucro cessante*, in *Giur. merito*, 2010.
- ALPA G., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno. Quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in AA.Vv., *La responsabilità civile*, diretta da G. Alpa e M. Bessone, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1987.
- ALPA G., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, VI, Torino, UTET, 1986.
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. ROPPO (a cura di), *Rimedi-2*, V, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006.
- AMAGLIANI R., *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- AMBROSINI L., *La vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, Giuffrè, 2003.
- AMBROSINI S., *Sconto bancario*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XIII, Torino, UTET, 1996.
- ANDREOLI G., *Contributo alla teoria dell'adempimento*, Padova, Cedam, 1937.
- ANDREOLI G., *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.
- ANDREOLI G., *Note in tema di regresso e di surrogazione del fidejussore*, in AA.Vv., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, Giuffrè, 1980.
- ANELLI F., *Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ANELLI F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, in *Studi di diritto privato*, diretto da A. Dalmartello e L. Mengoni, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1996.

- ANGELICI C., *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- ANGELONI V., *Lo sconto. Studio di diritto bancario*, Milano, Vallardi, 1919.
- ANGELONI V., *Clausole di garanzia nelle compre-vendite commerciali*, Napoli, Genaro Majo Editore, 1924.
- ANGELONI V., *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I.
- ANTONUCCI A., *L'assicurazione fra impresa e contratto*, IV ed., Bari, Cacucci, 2000.
- ARENA A., *Lo sconto della carta commerciale*, in *Studi di Banca borsa e titoli di credito*, diretti da F. Messineo e G. Molle, II, Milano, Giuffrè, 1936.
- ARENA A., *Lo sconto documentale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1950, I.
- ASCARELLI T., *Cambiale*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, UTET, 1937.
- ASCARELLI T., *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in IDEM, *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952.
- ASCARELLI T., *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, III ed., Milano, Giuffrè, 1962.
- ASQUINI A., *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova, Fratelli Drucker, 1915.
- ASQUINI A., *Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni*, in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Padova, Cedam, 1936.
- ASQUINI A., NICOLÒ R., *Garanzie e pubblicità del credito cinematografico*, in AA.VV., *Atti del 2° convegno di studi sui problemi giuridici della cinematografia*, Roma, 29-30 ottobre 1960.
- ASTONE A., *Il trasferimento del credito. Artt. 1260-1267*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2014.
- AULETTA G.G., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Edizioni Scientifiche Italiane, 1942.
- AULETTA G., *Recensione a Minervini, Lo Sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1950.
- AZZARO A.M., *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in AA.VV., *Obbligazioni*, III, *Il contratto in generale*, Tomo II, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009.
- AZZOLINA U., *Sulla nozione d'insolvenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II.
- BACCIGALUPI M., *I dati normativi della cessio pro solvendo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1954, II.
- BALBI G., *Saggio sulla donazione*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino*, Serie II, Memoria L, Torino, Giappichelli, 1942.
- BARASSI L., *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, in *R.I.S.G.*, 1897.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, Giuffrè, 1946.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1946.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II ed., III, *L'attuazione*, Milano, Giuffrè, 1948.
- BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II ed., I, *Introduzione-Parte preliminare-Parte generale-Diritti della personalità-Diritto di famiglia-Diritti reali*, Torino, UTET, 1949.

- BARBERO D., *La legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, II ed., Milano, Giuffrè, 1950.
- BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, VI ed., II, *Obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, Torino, UTET, 1965.
- BARBIERA L., *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1971.
- BATISTONI FERRARA F., *Cessione di credito «a garanzia» e fallimento del cedente*, in *Foro it.*, 1961.
- BAVETTA G., *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I.
- BELFIORE A., *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989.
- BELLISARIO E., *Divieto di cumulo fra equo indennizzo e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2018.
- BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Milano, Giuffrè, 1965.
- BENATTI F., *Tra dottrina e giurisprudenza, l'interpretazione delle norme di legge*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016.
- BERGAMINI L., *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie in materia bancaria e finanziaria*, in E. GABRIELLI, R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, II ed., I, Torino, UTET, 2011.
- BESSONE M., D'ANGELO A., *Adempimento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani, 1988.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, II ed., I, Padova, Cedam, 1947.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949.
- BETTI E., *Teoria del negozio giuridico*, II ed., Torino, UTET, 1950.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Tomo II, Torino, UTET, 1950.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1955.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2-*Vicende dell'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1955.
- BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, II, Parte I, Padova, Cedam, 1960.
- BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957.
- BIANCA C.M., *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Tomo I, Torino, UTET, 1972.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1979.
- BIANCA C.M., *La norma giuridica - I soggetti*, in IDEM, *Diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 1990.
- BIANCA C.M., *L'obbligazione*, in IDEM, *Diritto civile*, IV, Milano, Giuffrè, 1993.

- BIANCA C.M., *Il contratto*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, III, Milano, Giuffrè, 2000.
- BIANCA C.M., *La norma giuridica - I soggetti*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, I, Milano, Giuffrè, 2002.
- BIANCA C.M., *La responsabilità*, II ed., in IDEM, *Diritto civile*, V, Milano, Giuffrè, 2012.
- BIGIAVI W., *La delegazione*, Padova, Cedam, 1940.
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, Giuffrè, 1974.
- BILE F., *Il mandato. La commissione. La spedizione. Commento agli articoli 1703 a 1741 del Codice civile*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1961.
- BIONDI B., *Cessione pro solvendo e pegno di crediti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II.
- BO G., *Garanzia*, in *Nuovo Dig. it.*, VI, Torino, UTET, 1938.
- BOBBIO N., *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, UTET, 1963.
- BOBBIO N., *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1965.
- BOBBIO N., *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, UTET, 1968.
- BOBBIO N., *L'analoga nella logica del diritto*, in *Memorie dell'Istituto Giuridico dell'Università di Torino, Serie II*, Torino, 1938, ora a cura di P. Di Lucia, Milano, Giuffrè, 2006.
- BOCCHIOLA M., *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I.
- BOGGIO G., *Della evizione negli atti traslativi di diritti in materia civile e specialmente nella vendita*, Torino, UTET, 1886.
- BOGLIONE A., *La surroga assicurativa in diritto italiano e inglese*, in *Assicurazioni*, 2002.
- BOLAFFIO L., *La prescrizione cambiaria e il rapporto giuridico fondamentale*, in *Foro it.*, 1907, I.
- BOLAFFIO L., *La legislazione commerciale italiana*, VI ed., Torino, UTET, 1934.
- BONASI BENUCCI E., *Considerazioni sulla natura dei danni da ricerca e sfruttamento minerario*, in *Riv. dir. min.*, 1956.
- BONELLI G., *Della Cambiale, dell'Assegno bancario e del Contratto di conto corrente*, in *Commentario al Codice di commercio*, III, Milano, Vallardi, 1914.
- BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, VI ed., Milano, Vallardi, 1917.
- BONILINI G., *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979.
- BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2014.
- BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, VI ed., Milano, Giuffrè, 2019.
- BOSELLI A., *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.
- BOSELLI A., *Il rischio nell'assicurazione sociale e nell'assicurazione privata*, in *Assicurazioni*, 1949, II.
- BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni. Artt. 1904-1918*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2010.
- BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *AA.Vv., Obbligazioni*, III, *Il rapporto obbligatorio*, Tomo I, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009.
- BRACCINI R., *Le clausole di stile (Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza)*, in *Riv. not.*, 1962.

- BRACCIODIETA A., *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012.
- BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Bologna, Zanichelli, 1956.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1991.
- BRECCIA U., *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Milano, Giuffrè, 2004.
- BRIGANTI E., *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Camerino-Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1981.
- BRIGANTI E., *Percorsi di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1994.
- BRIGANTI E., *La nuova legge sui "contratti di rete" tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010.
- BRUGI B., *Istituzioni di diritto civile italiano*, III ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914.
- BRUNETTI A., *Operazioni bancarie su tratte documentate*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I.
- BRUNETTI A., *Diritto marittimo privato italiano*, III, *Le obbligazioni*, II, *Dei sinistri marittimi e dell'assicurazione*, Torino, UTET, 1938.
- BUCCISANO O., *La surrogazione per pagamento*, I, Milano, Giuffrè, 1958.
- BUGANI I., *La nullità del contratto*, Padova, Cedam, 1990.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, UTET, 1974.
- BUSNELLI F.D., *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- BUTTARO L., *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1954.
- BUTTARO L., *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958.
- BUTTARO L., *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958.
- BUTTARO L., *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana*, in *Assicurazioni*, 1962, I.
- CAFAGGI F., *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009.
- CAFAGGI F., *Contratto di rete*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016.
- CAFAGGI F., IAMICELI P., *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009.
- CAGNASSO O., COTTINO G., *Contratti commerciali*, II ed., in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IX, Padova, Cedam, 2009.
- CAGNASSO O., *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, Giuffrè, 1983.
- CAGNASSO O., *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, Treccani, 1997.
- CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975.
- CALABRESI G., *Optimal Deterrence and Accidents*, in *The Yale Law Journal*, 84, 1975.
- CALAIS-AULOY J., *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, in *Recueil Dalloz Sirey*, I, 1993.
- CALVO R., *Manuale di diritto civile*, Padova, Cedam, 2017.

- CAMARDI C., *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, IV ed., a cura di M. Campobasso, Torino, UTET, 2008.
- CANARIS C.W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. De Cristofaro, Padova, Cedam, 2003.
- CANDIAN A., *Illiceità della causa e ordine pubblico nelle clausole di esclusiva dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *IDEM, Saggi di diritto*, II, Padova, Cedam, 1935.
- CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, II ed., Milano, Giuffrè, 1949.
- CANDIAN AL., *Le garanzie mobiliari*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, Tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1984.
- CANNATA C.A., *Le obbligazioni in generale*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, II ed., Tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1999.
- CANNATA C.A., PROSPERETTI M., VISINTINI G., *L'adempimento delle obbligazioni*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1984.
- CANTILLO M., *Le obbligazioni*, Tomo I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1992.
- CANTILLO M., *Le obbligazioni*, Tomo III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1992.
- CAO L., *Vendita di cosa viziata e azione di esatto adempimento*, in *Giur. it.*, 1981, I, 2.
- CAPO G., *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2001.
- CAPOBIANCO E., *L'integrazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, Giuffrè, 2006.
- CAPOBIANCO E., *Dello sconto bancario*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1803-1860*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011.
- CAPOBIANCO E., *Lo sconto bancario*, in AA.Vv., *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, XXI, Torino, UTET, 2016.
- CAPOTOSTI R.A., *L'alea nell'assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV.
- CAPPAI F., *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CAPUTO E., *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, I, 1978, I.
- CARBONE V., *Art. 1175-Comportamento secondo correttezza*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni. Artt. 1173-1217*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, UTET, 2012.
- CARCATERRA G., *Analogia I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, Treccani, 1990.
- CARICATO C., *Danno e indennità*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CARINGELLA F., DE MARZO G., *Manuale di diritto civile, II. Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2008.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, 1947.

- CARIOTA FERRARA L., *Rapporto successorio, rapporto giuridico e rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I.
- CARLEO R., *Prelazione legale e interesse dei creditori*, Milano, Giuffrè, 2000.
- CARNELUTTI F., *Appunti sulle obbligazioni, II, Distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I.
- CARNELUTTI F., *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I.
- CARNELUTTI F., *Nota in tema di competenza per garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in IDEM, *Studi di diritto processuale, II*, Padova, Cedam, 1928.
- CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, Cedam, 1933.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile, I, Funzione e composizione del processo*, Padova, Cedam, 1936.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1951.
- CARPINO B., *Surrogazione (pagamento con)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, UTET, 1971.
- CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988.
- CARRARO L., *Recensione a Panuccio, La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I.
- CARRESI F., *La cessione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1950.
- CARRESI F., *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I.
- CARRESI F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I.
- CARRESI F., *Il contratto*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXI, Milano, Giuffrè, 1987.
- CARRIÈRE P., *La nuova normativa sui contratti di garanzia finanziaria. Analisi critica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I.
- CARRIERO A.M., *Il contratto di sconto*, in AA.VV., *Contratti bancari*, diretto da E. Gabrielli e F. Maimeri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 2002.
- CASALINI L., *Lo sconto bancario*, in G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2020.
- CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, Giuffrè, 1974.
- CASTELLANO G. (S. SCARLATELLA), *Le assicurazioni private*, II. ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1981.
- CASTELLANO G., *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1970.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976.

- CASTRONOVO C., *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1978.
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, Giuffrè, 1991.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani, 1991.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.Vv., *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Tomo I, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1995.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, Giuffrè, 1997.
- CASTRONOVO C., *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2004.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966.
- CATAUDELLA A., *I contratti, Parte generale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2000.
- CATAUDELLA A., *I contratti, Parte generale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009.
- CAVALIERI G., *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2.
- CAVALLI G., *Lo sconto*, in L. CAPALDO, G. CAVALLI, *Contratti bancari*, 2. *Il credito documentario-Lo sconto*, Milano, Giuffrè, 1993.
- CESARE A., *Cessione del credito a scopo di garanzia*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche. Clausole specifiche. Giurisprudenza di riferimento*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010.
- CHECCHINI A., AMADIO G., *Lezioni di diritto privato*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2014.
- CHECCHINI A., *Prestazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991.
- CHECCHINI A., *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, I, *Il conflitto fra le diverse concezioni e le incongruenze che ne derivano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I.
- CHERUBINI M.C., *La promessa del fatto del terzo*, Milano, Giuffrè, 1992.
- CHERUBINI M.C., *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, in *Danno e responsabilità*, 2003.
- CHERUBINI M.C., *Art. 1372-Efficacia del contratto*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011.
- CHIANALE A., *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, UTET, 1995.
- CHIANALE A., *Qualche pensiero sulle recenti vicende del patto marciano*, in *Riv. not.*, 2016, III.
- CHIRONI G.P., ABELLO L., *Trattato di diritto civile italiano, I. Parte generale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1904.
- CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, II ed., Torino, Fratelli Bocca Editori, 1925.
- CHIRONI G.P., *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa extra-contrattuale*, II ed., II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1906.
- CICALA F.B., *Il rapporto giuridico*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1959.
- CICALA R., *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, Jovene, 1962.

- CICCARELLO S., *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971.
- CICCONE R., *Lo sconto bancario*, in F. FIORUCCI (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Padova, Cedam, 2012.
- CIOTOLA E., *Le obbligazioni nel fallimento*, Milano, Società Editrice Libreria, 1936.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- COGLIOLO P., *Scritti varii di diritto privato*, II ed., II, Torino, UTET, 1917.
- COLAGROSSO E., MOLLE G., *Diritto bancario. Soggetti-titoli negozi giuridici*, II ed., Roma, Casa editrice Stamperia Nazionale, 1960.
- COLAGROSSO E., *Risconto*, in *Nuovo Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1939.
- COLAGROSSO E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, II ed., Roma, Stamperia Nazionale, 1948.
- COLOMBO C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, Cedam, 1999.
- COMPORZI M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, Morano, 1965.
- COMPORZI M., *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva*, in *Foro it.*, 1985, I.
- CONFORTINI C., *Clausole di rappresentazione e garanzia*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, II, Milano, UTET, 2019.
- COPPA-ZUCCARI P., *L'alea nel contratto di assicurazione*, Roma, Tipografia partenopea F.lli Amoroso, 1899.
- CORRIAS P., *Sulle peculiarità della disciplina del rischio nelle assicurazioni marittime*, in *Dir. trasp.*, 1995.
- CORRIAS P., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.
- CORSALE M., *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973.
- COSATTINI L., *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, Cedam, 1939.
- COSTA C., *Lo sconto bancario*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. II. Banca, mercati, società*, Bologna, il Mulino, 2012.
- COSTANZA M., *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I.
- COSTANZA M., *Appunti in tema di castelletto di sconto, apertura di credito, e azione revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1994, I.
- COSTI R., *Attività creditizia e procedure concorsuali. Un profilo del processo di socializzazione del rischio di impresa*, in *Pol. dir.*, 1975.
- COTTARELLI F., *Sconto*, in *Dig. it.*, XXI, Parte I, Torino, UTET, 1891.
- COTTINO G., *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960.
- COTTINO G., *Diritto commerciale, La banca, la borsa, i titoli di credito*, II ed., II, Tomo I, Padova, Cedam, 1992.
- COVIELLO N., *La responsabilità senza colpa*, in *R.I.S.G.*, 1897, XXIII, fasc. I.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1915.
- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1959.
- CRISCUOLI G., *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, II ed., Padova, Cedam, 2002.

- CUTURI T., *Della vendita, della cessione e della permuta*, II ed., in *Il diritto civile italiano*, diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, Parte XII, *Contratti speciali*, Napoli-Torino, Marghieri-UTET, 1923.
- D'AMICO G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- D'AMICO G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Tomo I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, il Mulino, 2012.
- D'AVANZO W., *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in AA.Vv., *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale*, in *Codice civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, I, Firenze, Barbèra, 1948.
- DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, Cedam, 1962.
- DALMARTELLO A., *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1969.
- DANOVI R., *La decadenza dal beneficio del termine e gli effetti del preesistente stato di insolvenza del debitore sulle obbligazioni a termine*, in *Dir. fall.*, 1964, I.
- DE BIASE E., *I contratti bancari*, Roma, Jandi Sapi, 1957.
- DE CUPIS A., *Il recesso unilaterale dal contratto*, in *R.I.S.G.*, 1939.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1946.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II ed., II, Milano, Giuffrè, 1970.
- DE CUPIS A., *Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990.
- DE GENNARO G., *I contratti misti*, Padova, Cedam, 1934.
- DE GREGORIO A., FANELLI G., *Le assicurazioni*, Roma, Società Editrice Alighieri, 1951.
- DE GREGORIO A., FANELLI G., *Il contratto di assicurazione*, revisione e aggiornamento a cura di A. La Torre, in AA.Vv., *Diritto delle assicurazioni*, II, Milano, Giuffrè, 1987.
- DE LORENZI V., *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1981.
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976.
- DE MARINI C.M., *Osservazioni in tema di surroga dell'assicuratore*, in *Foro it.*, 1955, I.
- DE MARTINI A., *Sconto di assegni bancari e accreditamento in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II.
- DE MARTINI D., *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, Cedam, 1983.
- DE MENECH C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contr.*, 2015.
- DE NOVA G., *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in G. ALPA, V.Z. ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Milano, Giuffrè, 1987.
- DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, UTET, 1990.

- DE NOVA G., *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992, I, Milano, Giuffrè, 1993.
- DE NOVA G., *Nuovi contratti*, II ed., Torino, UTET, 1994.
- DE NOVA G., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. imp.*, 1988.
- DE RUGGIERO R., MAROI F., *Istituzioni di diritto privato*, VIII ed., I, Milano-Messina, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1951.
- DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, VII ed., III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Milano-Messina, Casa Editrice Giuseppe Principato, 1935.
- DE SEMO G., *Istituzioni di diritto privato*, IV ed., Firenze, Barbèra, 1946.
- DE SEMO G., *Diritto cambiario. Principii generali comuni ai titoli cambiari. Cambiale-assegno bancario-titoli cambiari speciali. Diritto cambiario penale*, Milano, Giuffrè, 1953.
- DE SIMONE M., *Il subingresso dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato*, in AA.VV., *Saggi in scienze assicurative*, IV, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1942.
- DE SIMONE M., *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.
- DEMOGUE R., *De l'obligation du vendeur a raison des inconvénients de la chose et de la responsabilité délictuelle entre contractants (A propos d'un arrêt de la Cour suprême du Canada)*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1923.
- DEMURO I., *Lo sconto bancario*, in A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Padova, Cedam, 2010.
- DEVOTO L., *Alcune considerazioni giuridiche sul contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Saggi in scienze assicurative*, I, Pisa, Nistri-Lischi Editori, 1935.
- DEVOTO L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, Cedam, 1943.
- DI BENEDETTO G., *Lo sconto*, in AA.VV., *I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, Giuffrè, 1999.
- DI BLASI F.U., *Il libro delle obbligazioni. Parte Speciale. I singoli contratti*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1943.
- DI FONZO F., *Lo sconto bancario*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010.
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, Cedam, 1987.
- DI LAURO A., *Insolubilità, insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Dir. fall.*, 1965, I.
- DI MAJO A., *Obbligazione I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1991.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1988.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, II ed., III, Milano, Giuffrè, 1993.
- DI MAJO A., *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, in *Corr. giur.*, 2009.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1967.
- DI MICHELE P., *Il camion perde la ruota in autostrada: colpa del gommista? Occorre provarlo*, in *Dir. giust.*, 2013.
- DI ROSA G., *Problemi di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2010.

- DIANA A.G., *Il sistema delle garanzie del credito*, Padova, Cedam, 2018.
- DIENER M.C., *Il contratto in generale*, III ed., in *Collana notarile Guido Capozzi*, Milano, Giuffrè, 2015.
- DISTASO A., *L'indennità*, in M. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità civile*, I, Bari, Editrice Adriatica, 1970.
- DISTASO N., *Le obbligazioni in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1970.
- DOLMETTA A.A., *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Torino, UTET, 1988.
- DOLMETTA A.A., PORTALE G.B., *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, in S. MACCARONE, A. NIGRO (a cura di), *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, Milano, Giuffrè, 1988.
- DOLMETTA A.A., *La ricerca del "marciano utile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017.
- DONADIO G., *Lo sconto*, Milano, Giuffrè, 1948.
- DONADIO G., *Sulla natura giuridica dello sconto bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, I.
- DONATI A., *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1937, I.
- DONATI D., *Lacune della legge*, in *Nuovo Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1938.
- DONATI A., *Il contratto di assicurazione nel Codice civile*, I, in AA.VV., *Le assicurazioni private nel Codice civile commentario*, Roma, Edizioni della rivista Assicurazioni, 1943.
- DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, I. *Concetto-Evoluzione storica-Fonti*, Milano, Giuffrè, 1952.
- DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, III. *Il diritto del contratto di assicurazione. Sez. I: I principi generali del contratto di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 1954.
- DONATI A., *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.
- DONATI A., *Economia, tecnica e diritto nell'assicurazione*, in *Giornale degli economisti e annali di economia*, 1961.
- DONATI A., VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- DOSSETTO M., *Autonomia contrattuale, clausole contrattuali principali ed accessorie, condizioni generali e particolari di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I.
- DURANTE A., *L'alea e il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I.
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, in A. BARATTA (a cura di), Milano, Giuffrè, 1970.
- ESMEIN P., *Trois problèmes de responsabilité civile*, in *Rev. trim. dr. civ.*, XXXIII, 1934.
- EULA E., *Della permuta*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte I, in *Commentario Codice Civile*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1947.
- FADDA C., *Ancora sulla risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I.
- FALCONI F., *Surroga dell'assicuratore e successione nel diritto controverso*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941.

- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997.
- FANELLI G., *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio nell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1944, I.
- FANELLI G., *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Roma, Edizione della Rivista Assicurazioni, Giuffrè, 1945.
- FANELLI G., *Le assicurazioni*, Tomo I, *Introduzione. Analisi e qualificazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1973.
- FARENGA L., *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2015.
- FAVARA E., *Surrogazione dell'assicuratore ed avviso al debitore del risarcimento del danno*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954.
- FEOLA M., *Contratto e protezione del terzo*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, VIII, Parte III, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- FERRARA F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1914.
- FERRARA JR. F., *La girata della cambiale*, Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1935.
- FERRARA JR. F., *L'esecuzione coattiva della compra-vendita commerciale*, Milano, Giuffrè, 1937.
- FERRARA SR. F., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti*, II (1900-1935), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- FERRARI V., *Il concetto di fatto assicurativo*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FERRARI V., *Il fatto assicurativo nelle sue articolazioni strutturali*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FERRARI V., *La funzione unitaria del fatto assicurativo*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FERRARINI S., *Sul dovere dell'assicurato di salvaguardare l'azione contro il terzo responsabile del danno*, in *Assicurazioni*, 1942, II, 2.
- FERRARINI S., *Ulteriori considerazioni sulla legittimazione dell'assicurato ad agire contro il terzo responsabile dopo il pagamento dell'indennità assicurativa*, in *Assicurazioni*, 1953, II, 2.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, II ed., Torino, UTET, 1960.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, VIII ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, UTET, 1991.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, X ed., a cura di C. Angelici e G.B. Ferri, Torino, UTET, 1996.
- FERRI G.B., *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, in *Studi di diritto civile*, diretti da R. Nicolò e F. Santoro Passarelli, Milano, Giuffrè, 1970.
- FERRO-LUZZI P., *Lo sconto bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I.
- FERRO-LUZZI P., *Lo sconto bancario*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978.

- FERRO-LUZZI P., *Lo sconto bancario (tra moneta futura e moneta presente)*, in AA.VV., *Lezioni di diritto bancario*, II ed., raccolte dal prof. P. Ferro-Luzzi, *Volume II: Parte speciale. I contratti*, Torino, Giappichelli, 2006.
- FIorentino A., *L'assicurazione contro i danni. Parte generale*, Napoli, Jovene, 1949.
- FIorentino A., *Le operazioni bancarie*, II ed., Napoli, Jovene, 1952.
- FIorentino A., *Del conto corrente. Dei contratti bancari. Art. 1823-1860*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969.
- FOLCO C., *Il sistema del diritto della banca*, II ed., II, *I documenti di banca*, Milano, Giuffrè, 1968.
- FONDRIESCHI A., *Prestazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, Tomo II, Torino, UTET, 2007.
- FORCHIELLI P., *Intorno alla responsabilità senza colpa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967.
- FORCHIELLI P., *Responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1983.
- FRAGALI M., *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I.
- FRAGALI M., *Del mutuo. Art. 1813-1822*, II ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1969.
- FRAGALI M., *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969.
- FRANCESCHELLI B., *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, Jovene, 1957.
- FRANCHI L., *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, in *Il Filangieri*, 1892, I.
- FRANGINI A., *Recesso, risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*, in *Giur. mer.*, 1995, I.
- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1993.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1999.
- FRANZONI M., *Il contratto e i terzi*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, UTET, 1999.
- FRANZONI M., *L'operazione assicurativa*, in IDEM (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016.
- FRIGIDA F., *La promessa del fatto o dell'obbligazione del terzo*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2012.
- FRIGNANI A., *Quando il legislatore affronta il factoring (D.d.l. Lipari, progetto Unidroit)*, in *Resp. civ. prev.*, 1988.
- FROSINI V., *Situazione giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, UTET, 1970.
- FROSSARD J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1965.
- FUNAIOLI C.A., *La tradizione*, in *Monografie de" Il foro della Lombardia"*. *Studii di diritto civile commerciale e processuale civile*, diretti da F. Messineo e M.T. Zanzucchi, Serie II, III, Padova, Cedam, 1942.
- FURGUELE G., *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1974.

- FUSARO A., *Contratto e terzi*, in M. COSTANZA (a cura di), *Effetti*, III, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2006.
- GABRIELLI E., *Il contratto di sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984, I.
- GABRIELLI E., *Sulla cessione pro solvendo nel contratto di sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II.
- GABRIELLI E., *Il rischio contrattuale*, in AA.VV., *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, UTET, 1991.
- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto. Artt. 1346-1349*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2001.
- GABRIELLI G., *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974.
- GALASSO A., *Contratti di credito e titoli bancari. Studi di diritto privato bancario*, Padova, Cedam, 1971.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, III, Milano, Giuffrè, 1988.
- GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, II, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 1990.
- GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, IV ed., II, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Tomo I, in IDEM, *Diritto civile e commerciale*, Padova, Cedam, 2004.
- GALGANO F., *L'imprenditore, Impresa-Contratti di impresa-Titoli di credito-Fallimento*, in IDEM, *Diritto commerciale*, XIII ed., Bologna, Zanichelli, 2013.
- GALGANO F., *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, in *Trattato di diritto civile*, III ed., II, a cura di N. Zorzi Galgano, Padova, Cedam, 2015.
- GALLAVRESI L., *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, Milano, Tipografia dei Fratelli Rechiedei, 1877.
- GALLETTI D., GUERRIERI G., *La cartolarizzazione dei crediti*, Bologna, il Mulino, 2002.
- GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, il Mulino, 2006.
- GALLETTO T., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988.
- GALLO P., *Trattato del contratto*, Tomo I, *La formazione*, Torino, UTET, 2010.
- GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, Giuffrè, 1964.
- GAMBOGI A., *Ancora sui rapporti tra diritto di surrogazione dell'assicuratore e concorso di colpa dell'assicurato*, in *Assicurazioni*, 1961, II.
- GANGI C., *Il debito e la responsabilità. Le obbligazioni naturali*, in IDEM, *Scritti giuridici vari*, I, Padova, Cedam, 1933.
- GARBAGNATI E., *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, Giuffrè, 1938.
- GASPERONI N., *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I.
- GASPERONI N., *Contratto di assicurazione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, UTET, 1959.

- GASPERONI N., *La c.d. surroga dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1966, I.
- GATTA A., *Il Contratto di Sconto secondo le disposizioni del nuovo Codice Civile*, Napoli, Rispoli Editore, 1942.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XVIII ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- GENGHINI L., APICELLA R., *Le obbligazioni*, Padova, Cedam, 2015.
- GENOVESE A., *Il fondamento razionale della surroga dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1968, I.
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, Jovene, 1990.
- GERI L.M., *Sul significato del termine «clausola» in relazione al comma 2° dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.
- GERI V., *Responsabilità civile per danni da cose e da animali*, II ed., Milano, Giuffrè, 1967.
- GIANFORMAGGIO L., *Analogia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, UTET, 1987.
- GIANNATTASIO C., *Lo sconto bancario*, in *IDEM, Orientamenti della giurisprudenza sui contratti bancari*, Milano, Giuffrè, 1953.
- GIANNATTASIO C., *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, Milano, Giuffrè, 1960.
- GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, I.
- GIANNINI T., *I contratti di conto corrente. Critica e pratica*, Firenze, Luigi Niccolai editore, 1895.
- GIAQUINTO A., *La responsabilità degli enti pubblici*, II ed., III, *Teoria speciale*, S. Maria Capua Vetere-Napoli, Cavotta, 1914.
- GIGLIOTTI F., *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in *Ordines*, 2015.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., IV, *Fonti delle obbligazioni. Continuazione e fine dei contratti*, Firenze, Fratelli Cammelli, 1925.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., I, *Definizione e requisiti delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1930.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII ed., IV, *Fonti delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1930.
- GIORGIANNI M., *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960.
- GIORGIANNI M., *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, UTET, 1965.
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Milano, Giuffrè, 1968.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, III ed., Milano, Giuffrè, 1975.
- GITTI G., *L'oggetto della transazione*, Milano, Giuffrè, 1999.
- GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 1963.
- GIUSIANA E., *L'atto del terzo, il diritto di credito e l'adempimento dell'obbligazione*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, I.
- GOBBI U., *L'assicurazione in generale*, in *Annali di economia*, XIII, Padova, Cedam, 1938.

- GORLA G., *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1935.
- GORLA G., *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, Guerra, 1936.
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Torino, UTET, 1937.
- GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941.
- GORLA G., *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961.
- GRASSETTI C., *Clausola*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I.
- GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, in *Monografie de "Il foro della Lombardia". Studii di diritto civile commerciale e processuale civile*, diretti da F. Messineo e M.T. Zanzucchi, XVI, Padova, Cedam, 1983.
- GRASSETTI C., *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giovanni Pacchioni*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GRAZIANI A., *Appunti sul lucro cessante*, in *Annali dell'Istituto giuridico dell'Università di Perugia*, 1923-1924 ed ora in IDEM, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, Jovene, 1953.
- GRAZIANI A., *La cessione dei crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I.
- GRAZIANI A., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, Jovene, 1953.
- GRAZIANI A., *Manuale di diritto commerciale*, IV ed., Napoli, Morano, 1955.
- GRAZIANI A., *Manuale di diritto commerciale*, VI ed., Napoli, Morano, 1961.
- GRAZIANI A., *Manuale di diritto commerciale*, VII ed., Napoli, Morano, 1968.
- GRECO P., *Le operazioni di banca*, Padova, Cedam, 1930.
- GRECO P., *Delegazione e contratto a favore di terzi*, in *Foro it.*, 1931, I.
- GRECO P., *Recensioni a Haymann F., Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlin-Leipzig, 1933, W. De Gruyter, in *Assicurazioni*, 1934, I.
- GRECO P., *La compravendita ed altri contratti*, II ed., Milano, Malfasi, 1947.
- GRECO P., *Lezioni di diritto commerciale. I contratti. Vendita-Ripporto-Contratto estimatorio-Somministrazione-Appalto*, Roma, Libreria Editrice Ricerche, 1955.
- GRISI G., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1999.
- GROSSO G., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, III ed., Torino, Giappichelli, 1966.
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, Giappichelli, 1992.
- GUASTINI R., *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, UTET, 1993.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2004.
- GUERRIERI G., *Cessione del credito a scopo di garanzia (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 1988, aggiunta del 2001.
- HARTMANN N., *Der Aufbau der realen Welt*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1940.

- HOENIGER H., *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, in IDEM, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, Mannheim und Leipzig, J. Bensheimer, 1910.
- IAMICELI P., *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in IDEM (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, Giappichelli, 2009.
- IAMICELI P., *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *Contr.*, 2009.
- IELO F., *Il rapporto tra indennizzo e risarcimento del danno*, in *Giorn. diritto amm.*, 2018.
- INVREA F., *La parte generale del diritto*, Padova, Cedam, 1934.
- INZITARI B., *Cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fallimento*, 1997.
- IORIO G., *Prime pagine di diritto privato*, II ed., Torino, Giappichelli, 2013.
- IPPOLITO R., *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1981, I.
- IPPOLITO R., *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I.
- IRRERA M., *La nuova disciplina dei «prestiti» dei soci alla società*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, Giappichelli, 2003.
- IRTI N., *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994.
- IRTI N., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.
- IUDICA G., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, 1998.
- IZZO U., *È nato prima il danno o la sicurezza sociale? (Saggio in tre atti)*, Atto III, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- JAKOBS H.H., *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn, Ludwing Röhrscheid Verlag, 1969.
- JANNUCCI L., *Della commissione. Art. 1731-1736*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1996.
- JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861, trad. it. di F. Procchi, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene, 2005.
- KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925.
- KRESS H., *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, Scientia Verlag Aalen, 1929, rist. 1974.
- LA PORTA U., *La causa del trasferimento del credito, gli effetti preliminari e la disposizione del diritto futuro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II.
- LA TORRE A., *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1978, I.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, Cedam, 2007.
- LANDINI S., *Assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2004.
- LANDINI S., *Art. 1905 - Limiti del risarcimento*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1861-1986*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011.

- LANZANI C., *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*, in *Danno e responsabilità*, 2007.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, XII ed., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979.
- LASCIALFARI M., *La cessione di crediti a scopo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, UTET, 2000.
- LAZZARO G., *Rapporto giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, UTET, 1967.
- LEO C., *La promessa del fatto del terzo tra indennizzo e risarcimento*, in *Contr.*, 2003.
- LEPIANE L., *La controversa natura del contratto di assicurazione*, in AA.VV., *Nuovi profili di diritto delle assicurazioni. Il fatto assicurativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- LIBONATI B., *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I.
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, in *Studi di diritto civile*, diretti da R. Nicolò e F. Santoro Passarelli, II, Milano, Giuffrè, 1964.
- LIPARI N., *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè, 1964.
- LO DUCA M.G., *Analisi logica*, in *Enciclopedia dell'Italiano*, I, Roma, Treccani, 2010.
- LOCATELLI L., *L'assicurazione contro i danni*, in M. FRANZONI (a cura di), in *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016.
- LONGO G., *Diritto delle obbligazioni*, Torino, UTET, 1950.
- LONGOBUCCO F., *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, in *Contr. imp.*, 2012.
- LORDI L., *La clausola «salvo incasso» nel conto corrente e nell'apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II.
- LORDI L., *Le obbligazioni commerciali*, II ed., II, Milano-Roma, Soc. ed. Libreria-Soc. ed. "Athenaeum", 1936.
- LORDI L., *Istituzioni di diritto commerciale*, III, *Assicurazioni - Titoli di credito*, Padova, Cedam, 1943.
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e continuato da L. Mengoni, XXXII, Milano, Giuffrè, 1984.
- LUMINOSO A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I.
- LUMINOSO A., *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453, §1-8, §23-68*, Tomo I, 1, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1990.
- LUMINOSO A., *Chiose in chiaroscuro in margine al d. legisl. n. 24 del 2002*, in M. BIN, A. LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXI, Padova, Cedam, 2003.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2011.
- LUZZATTO R., *La compravendita secondo il nuovo Codice*, Parte I, Genova, Edizioni Lupa, 1946.
- LUZZATTO R., *La compravendita*, Torino, UTET, 1961.
- MACARIO F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008.

- MACARIO F., LOBUONO M., *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004.
- MACCARONE S., *Lo sconto bancario*, in *Enc. banca e borsa*, II, Roma-Milano, Compagnia Edizioni Internazionali, 1967.
- MACCARONE S., *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1978.
- MACCARONE S., *I contratti bancari di liquidità*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1987, I.
- MAGAZZÙ A., *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960.
- MAGAZZÙ A., *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982.
- MAGAZZÙ A., *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990.
- MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MAIMERI F., *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, II, Torino, UTET, 2006.
- MAJORCA C., *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961.
- MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.
- MANCINI T., *Pegno di crediti, cessio pro solvendo e cessione a scopo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II.
- MANCINI T., *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1968.
- MANIORI F., *Indennizzo diretto: alla ricerca del filo di Arianna*, in *Assicurazioni*, 2010.
- MANNA L., *Le obbligazioni senza prestazione*, in L. GAROFALO (a cura di), *La struttura e l'adempimento*, Tomo III, *Obbligazioni senza prestazione e obbligazioni naturali*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, I, Padova, Cedam, 2010.
- MARANO P., *Lo sconto*, in R. TETI, P. MARANO, *I contratti bancari. Apertura di credito. Anticipazione-Sconto*, I, Milano, Giuffrè, 1999.
- MARELLA M.R., *La promessa del fatto del terzo*, in AA.VV., *I contratti in generale*, VIII, *Efficacia-Condizione e termine. Esecuzione-Penale e caparra*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, UTET, 2000.
- MARELLA M.R., *Art. 1381-Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, UTET, 2011.
- MARESCA G., *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, Giannini, 1979.
- MARICONDA V., *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I.
- MARICONDA V., *Le cause di nullità*, in AA.VV., *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Tomo I, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1991.
- MARINELLI F., *In tema di garanzia per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1984, I.
- MARINELLI F., *La responsabilità civile dell'appaltatore*, in *Dir. e impresa*, 1986.
- MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, Jovene, 1984.

- MARSEGLIA R., *Lo sconto*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, Giappichelli, 2016.
- MARTINO M., *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, I.
- MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, Jovene, 1959.
- MARTORANO F., *Sconto bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, UTET, 1969.
- MASTROPAOLO F., *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacati di voto*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, Cedam, 1992.
- MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995.
- MASTROPAOLO F., *Contratti costitutivi o conservativi di garanzie nei rapporti di obbligazione*, in *AA.Vv.*, *I contratti di garanzia*, Torino, UTET, 2006.
- MASTROPAOLO F., *Contratti di garanzia delle obbligazioni*, in *AA.Vv.*, *I contratti di garanzia*, Torino, UTET, 2006.
- MAYR R., *Praestare*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Zweiuundvierzigster band, I.V. Band der Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Weimar, Hermann Bohlaus Nachfolger, 1921.
- MAZEAUD H., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, VI éd., I, Paris, Éditions Montchrestien, 1965.
- MAZZONI A., *Lettere di patronage, mandato di credito e promessa del fatto del terzo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1984.
- MEDICUS D., *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, München, Verlag C. H. Beck, 2003.
- MENGONI L., *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952.
- MENGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I.
- MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I.
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II.
- MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- MENGONI L., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986.
- MENGONI L., *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988.
- MERKL A., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1987.
- MESSINA G., *La simulazione assoluta*, in *IDEM, Scritti giuridici, V, Diritti potestativi-diritti facoltativi. Simulazione assoluta. Usura e negozio usurario. Interpretazione dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1948.
- MESSINA G., *Negozi fiduciari*, in *IDEM, Scritti giuridici, Introduzione e parte I*, I, Milano, Giuffrè, 1948.
- MESSINA G., *Diritti potestativi*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, UTET, 1960.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., I, Milano, Giuffrè, 1957.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, Milano, Giuffrè, 1958.

- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., III, Milano, Giuffrè, 1959.
- MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.-teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961.
- MESSINEO F., *Operazioni di borsa e di banca*, III ed., Milano, Giuffrè, 1966.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., V, Milano, Giuffrè, 1972.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1972.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1973.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, Milano, Giuffrè, 1973.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, Tomo I, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1957.
- MICCIO R., *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1959.
- MICCIO R., *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, II ed., Tomo IV, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1966.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, II ed., Tomo I, in *Commentario del Codice Civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1966.
- MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1320, III ed., Tomo I, (Titolo I), in *Commentario del Codice civile, Libro IV*, Torino, UTET, 1982.
- MICHELI G.A., *Sulla definizione legislativa del contratto di sconto*, in *Riv. banc.*, 1945.
- MINERBI F., *Sulla natura giuridica della surroga assicuratoria*, in *Assicurazioni*, 1954, I.
- MINERVINI G., *Lo sconto bancario*, Napoli, Jovene, 1949.
- MINERVINI G., *L'azione extra-cartolare derivante dal contratto di sconto*, in *Foro it.*, 1950, I.
- MINNITI G., *Garanzia e alienazione*, Torino, Giappichelli, 2007.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, II ed., Padova, Cedam, 2012.
- MOLLE G., *I contratti bancari*, IV ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XXXV, Milano, Giuffrè, 1981.
- MOLLE G., DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, VII ed., Milano, Giuffrè, 2005.
- MONTEL A., *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, Giappichelli, 1952.
- MONTEL A., *Garanzia*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961.
- MONTELEONE G.A., *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, Giuffrè, 1975.
- MORERA U., *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998.
- MORMILE L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, Giappichelli, 2013.
- MOROZZO DELLA ROCCA F., *Sostituzione di clausole contrattuali con norme imperative*, in *Dir. lav.*, 1963, II.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, VIII ed., I, Padova, Cedam, 1969.

- MOSCHELLA R., *Il negozio contrario a norme imperative*, in F. VASSALLI, G. VISENTINI (a cura di), *Legislazione economica*, 1978/79, Milano, Giuffrè.
- MOSCHELLA R., *Fatto giuridico*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989.
- MOSCO L., «*Culpa in contrahendo*» e determinazione del danno risarcibile, in *Giur. compl. Cass. sez. civ.*, 1947.
- MOSSA L., *La cambiale secondo la nuova legge*, Parte I, Milano, Società Editrice Libraria, 1935.
- MOSSA L., *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicurazioni*, 1953, I.
- MUCCIARONE G., *Lo sconto bancario*, in *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, diretto da V. Roppo, Milano, Giuffrè, 2014.
- NATOLI U., *Su una «rimeditazione» relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, Milano, Giuffrè, 1974.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, Milano, Giuffrè, 1984.
- NAVARRINI U., *Conto corrente (Contratto di)*, in *Dig. it.*, Torino, UTET, 1895-1898.
- NAVARRINI U., *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1911.
- NEGRI G., *Appunti in tema di danni minerari*, in *Riv. dir. min.*, 1951.
- NICOLÒ R., *Il negozio delegatorio*, Messina, Tipografia Ditta D'Amico, 1932.
- NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale*, in AA.VV., *Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, II ed., in *Commentario del codice civile, Libro IV*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1955.
- NICOLÒ R., *Alea*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958.
- NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, in IDEM, *Raccolta di scritti* (già Milano 1936), Tomo II, Milano, Giuffrè, 1980.
- NICOLÒ R., *Successione nei diritti*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, UTET, 1971.
- NICOLUSSI A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003.
- NICOLUSSI A., *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2008.
- NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015.
- NUTI G.A., *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 1954.
- ONOFRI F., *Indennizzo da promessa del fatto del terzo*, in *Corr. giur.*, 1992.
- OPPO G., *Contratti parasociali*, Milano, Vallardi, 1942.
- ORLANDO CASCIO S., *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, Milano, Giuffrè, 1938.
- OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954.
- OSTI G., *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, UTET, 1959.
- OSTI G., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1962.

- OSTI G., *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamento e principi generali*, in IDEM, *Scritti giuridici*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1973.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, e in IDEM, *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1973.
- PACCHIONI G., *Lezioni di diritto civile*, Padova, La Litotipo, 1926.
- PACCHIONI G., *Dei contratti in generale*, II ed., in IDEM, *Diritto civile italiano*, Parte II, *Diritto delle obbligazioni*, II, Padova, Cedam, 1936.
- PACCHIONI G., *Dei delitti e quasi delitti*, in IDEM, *Diritto civile italiano*, Parte II, *Diritto delle obbligazioni*, IV, Padova, Cedam, 1940.
- PAGLIANTINI S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *N. leggi civ.*, 2015.
- PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987.
- PALERMO A., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, La Tribuna, 1969.
- PANUCCIO V., *Cessione di locazione e clausola di garanzia*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II.
- PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, Giuffrè, 1955.
- PANUCCIO V., *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960.
- PANZARINI G., *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, Giuffrè, 1984.
- PARADISO M., *Corso di istituzioni di diritto privato*, IX ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- PARESC E., *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972.
- PARTISANI R., *L'obbligazione di garanzia*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-1320 c.c.)*, Torino, UTET, 2004.
- PASCUCCI F., TOMEI R., *L'indennizzo ex art. 2041 c.c. non si estende al lucro cessante*, in *Urbanistica e appalti*, 2008.
- PATRIOLI A., *Decozione*, in *Dig. it.*, IX, Parte I, Torino, UTET, 1887-1898.
- PAVONE LA ROSA A., *Apertura di credito, cessione «pro solvendo» e pegno di crediti, girata in garanzia di cambiale tratta con clausola di cessione della provvista*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II.
- PAVONE LA ROSA A., *La cambiale*, VI ed., Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1994.
- PERASSI M., *Lo sconto*, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, Cedam, 2001.
- PERLINGIERI P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, Jovene, 1968.
- PERLINGIERI P., *Profili istituzionali del diritto civile*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1979.
- PERLINGIERI P., *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1982.
- PERLINGIERI P., *Le cessioni dei crediti ordinari e «d'impresa». Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- PERRIER E., *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in AA.VV., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e con-*

- tratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano, Egea, 1994.
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXVII, Milano, Giuffrè, 1996.
- PIAZZA G., *Surroga e regresso dell'assicuratore che ha pagato per l'altrui debito d'imposta e cumulo delle eccezioni ad esso opponibili dal debitore coobbligato con il contraente la polizza fideiussoria*, in *Dir. giur.*, 1983.
- PIAZZA L., *Garanzia*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, Treccani, 1989.
- PICARD M., BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en droit français*, Tome II, *Assurance de dommages. Règles générales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1940.
- PINO A., *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I.
- PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive, Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, Cedam, 1963.
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS, 2016.
- PIOLA G., *Clausola*, in *Dig. it.*, VII, Parte II, Torino, UTET, 1897-1902.
- PIRAINO F., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006.
- PIRAINO F., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008.
- PIRAINO LETO A., *Cessione di credito a fine di garanzia*, in *Nuovo dir.*, 1977, I.
- POGLIANI M., *La natura giuridica della surrogazione dell'assicuratore ed il regime della prescrizione*, in *Mon. trib.*, 1965.
- POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed., I, Roma, Athenaeum, 1915.
- POLI S., *Appunti in tema di nullità parziale e di clausole di non concorrenza*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2.
- PONZANELLI G., *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*, in *Foro it.*, 1992, I.
- PORTALE G.B., *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1998.
- PORZIO M., *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in AA.Vv., *Obbligazioni e contratti*, IV, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, UTET, 1985.
- POSITANO DE VINCENTIIS V., *Insolvenza colpevole*, in *Dig. it.*, XIII, Parte I, Torino, UTET, 1902-1906.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, VII ed., I, *Impresa-Contratti-Titoli di credito. Fallimento*, Bologna, Zanichelli, 2015.
- PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, V ed., Milano, Giuffrè, 1969.
- PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935.
- PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in IDEM, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951.
- PUGLIATTI S., *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in IDEM, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951.

- PUGLIATTI S., *La «cessio bonorum» e la realizzazione dei diritti di credito*, in IDEM, *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica, Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951.
- PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964.
- PUTTI P.M., *Nuovi profili della disciplina della nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, UTET, 1999.
- QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1974.
- RAAPE L., *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1949.
- RAMELLA A., *Trattato delle assicurazioni*, Milano, Vallardi, 1921.
- RAMELLA A., *Trattato delle assicurazioni private e sociali*, II ed., Parte I, Milano, Società Editrice Libreria, 1934.
- RAVAZZONI A., *La fideiussione*, Milano, Giuffrè, 1957.
- REALMONTE F., *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, UTET, 1988.
- RENNA L., *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. imp.*, 2013.
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979.
- RESCIGNO P., *Contratto I) In generale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Treccani, 1988.
- RESCIGNO P., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991.
- RIBOLZI C., *Risarcibilità e indennizzabilità dei danni provocati dall'attività mineraria*, in *Foro pad.*, 1951, I.
- RIBOLZI C., *Ancora sul risarcimento e l'indennizzo dei danni minerari*, in *Foro pad.*, 1962, I.
- RICHIELLO G., *In tema di surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. giur. circ.*, 1959.
- ROCCO A., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Titolo I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1917.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.
- ROMAGNO G.W., *Dello sconto bancario. Artt. 1858-1860*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2017.
- ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, Giuffrè, 1967.
- ROMANO-PAVONI G., *Teoria delle società, Tipi-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- RONCORONI F., *Grammatica essenziale della lingua italiana*, Milano, Mondadori, 2005.
- ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, il Mulino, 1977.
- ROPPO E., *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992.
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in E. CESARO (a cura di), *Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993 (Atti del convegno di studi sul tema. Napoli 28 maggio 1993)*, Padova, Cedam, 1994.

- ROPPA V., *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.
- ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, I, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Milano, Cedam, 2011.
- ROSSETTI M., *Diritti personali di godimento ed interesse assicurato*, in *Dir. fisc. assic.*, 2012.
- ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, Cedam, 2012.
- ROSSI F., RUGGIANO F., *Scrivere in italiano*, Roma, Carocci Editore, 2013.
- ROSSI G., *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, Milano, Giuffrè, 1962.
- ROTONDI M., *Considerazioni sui concetti di sinistro e di rischio nell'assicurazione sulla responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 1960, I.
- RUBINO D., IUDICA G., *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, IV ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 2007.
- RUBINO D., *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, Giuffrè, 1937.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939.
- RUBINO D., *La compravendita*, II ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXIII, Milano, Giuffrè, 1962.
- RUBINO D., *L'appalto*, IV ed., Tomo III, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Torino, UTET, 1980.
- RUSCELLO F., *Istituzioni di diritto privato. Le Obbligazioni. I Contratti. L'impresa*, Milano, Giuffrè, 2014.
- RUSSO E., *Evizione e garanzia. 1959/1965*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1986.
- RUSSO E., *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, Giappichelli, 2000.
- RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I.
- RUSSO G., in commento a Cass., 24 marzo 1933, n. 989, in *Foro it.*, 1933 I.
- RUSSO G., *Del mandato*, in AA.VV., *Dei contratti speciali*, Parte I, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni*, II, Firenze, Barbèra, 1947.
- SACCHI U., *Clausola*, in *Enc. giur. it.*, III, Parte II, Sez. II, Milano, Società Editrice Libreria, 1913.
- SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966.
- SACCO R., *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VI, Torino, UTET, 1975.
- SACCO R., *Come individuare il contratto. Come contare i contratti*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, UTET, 2016.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, UTET, 1993.
- SALANDRA V., *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1939, I.
- SALANDRA V., *Manuale di diritto commerciale*, II ed., II, *I contratti commerciali. I titoli di credito*, Bologna, Zuffi, 1950.

- SALANDRA V., *Dell'assicurazione. Art. 1861-1932*, III ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1966.
- SALVI C., *Danno*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, UTET, 1989.
- SALVI C., *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989.
- SANGIORGI S., *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, Giuffrè, 1965.
- SANTAGATA C., *L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961.
- SANTINI G., *La vendita per filière*, Padova, Cedam, 1951.
- SANTINI G., *L'azione causale nel diritto cambiario*, II ed., Padova, Cedam, 1968.
- SANTORO PASSARELLI F., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954.
- SANTORO PASSARELLI F., *La causa del contratto di assicurazione*, in *AA.VV., Studi sulle assicurazioni*, Roma, Edizione dell'istituto nazionale delle assicurazioni, 1963.
- SANTORO PASSARELLI F., *La causa del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1963, I.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1966.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, Jovene, 1981 (ristampa edizione 1966).
- SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, Giuffrè, 1971.
- SARTORI F., *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in *Giust. civ.*, 2019.
- SATTA S., *L'esecuzione forzata*, II ed., Tomo I, fasc. 2, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, UTET, 1952.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, II éd., Tome I, *Les sources de la responsabilité civile*, Paris, 1951.
- SCACCHI A., *La cessione del credito a scopo di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I.
- SCALFI G., *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955.
- SCALFI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I.
- SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1960.
- SCALFI G., *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., I, Torino, UTET, 1987.
- SCALFI G., *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, UTET, 1991.
- SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.
- SCHLESINGER P., *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002.
- SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, III ed., Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1933.
- SCOGNAMIGLIO C., *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, IV.
- SCOGNAMIGLIO R., *Indennità*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1962.

- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, UTET, 1968.
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro IV - Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro Italiano, 1970.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, III ed., Fasc. II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, IV, Milano, Vallardi, 1980.
- SCORDINO F., *I contratti bancari*, Napoli, Jovene, 1965.
- SEgni M., *La «lettre de patronage» come garanzia personale impropria*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I.
- SENA G., *Contratti di credito, contratti di custodia, contratti di disponibilità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956.
- SERIANNI L., *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni forme costrutti*, Torino, UTET, 1988.
- SERIANNI L., *Italiano. Grammatica italiana. Ortografia e morfologia. Analisi logica e grammaticale. Sintassi della proposizione e del periodo*, Milano, Garzanti, 2013.
- SESTA M., *Le garanzie atipiche, I, Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, Cedam, 1988.
- SICCHIERO G., *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contr. imp.*, 1999.
- SICCHIERO G., *Clausola contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Aggiornamento, I*, Torino, UTET, 2003.
- SICCHIERO G., *La clausola contrattuale*, Padova, Cedam, 2003.
- SICCHIERO G., *La risoluzione per inadempimento. Artt. 1453-1459*, in *Il Codice civile Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2007.
- SILVETTI C., *Il conto corrente bancario*, in V. CALANDRA BUONAURA, M. PERASSI, C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, Cedam, 2001.
- SIMONE R., *Distribuzione di films, cessione in garanzia dei contributi governativi: «a ciascuno il suo»*, in *Foro it.*, 1991, I.
- SIMONETTO E., *I contratti di credito*, Padova, Cedam, 1953.
- SOTGIA S., *Appunti per un corso di diritto bancario, a.a. 1943-44*, Padova, Cedam, 1944.
- SOTGIA S., *Diritto delle assicurazioni. Appunti di lezioni*, Padova, Cedam, 1946.
- SOTGIA S., *Brevi note sull'art. 1916 del codice civile*, in *Assicurazioni*, 1949, I.
- SOTGIA S., *Dei contratti bancari*, in AA.VV., *Dei contratti speciali, Parte II*, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni, II*, Firenze, Barbèra, 1949.
- SOTGIA S., *Del conto corrente*, in AA.VV., *Dei contratti speciali, Parte II*, in *Codice Civile Commentario*, diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle Obbligazioni, II*, Firenze, Barbèra, 1949.
- SOTGIA S., *Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1956, II.
- SOTGIA S., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1959, I.
- SOTGIA S., *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'articolo 1916 cod. civ.*, in *Assicurazioni*, 1960, I.

- SPERDUTI G., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, Giuffrè, 1944.
- SPINELLI M., GENTILE G., *Diritto bancario*, II ed., Padova, Cedam, 1991.
- SPINELLI M., *Le cessioni liquidative*, II, Napoli, Jovene, 1962.
- STASI M.C., *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, UTET, 1967.
- STAUB H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, Guttentag, 1903, trad. it. di G. Varanese, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- STEFINI U., *La cessione del credito con causa di garanzia*, Padova, Cedam, 2007.
- STEFINI U., *La cessione del credito*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, XI, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 2020.
- STOLFI G., *La promessa del fatto di un terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947.
- STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 136. Bd., H. 3 (1932).
- TAGLIAPIETRA S., *La prestazione. Struttura e contenuti dell'obbligazione*, Padova, Cedam, 2013.
- TALAMANCA M., *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979.
- TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978.
- TAMPONI M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. (Parte II)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978.
- TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, UTET, 1999.
- TARANTINO G., *La surroga dell'INAIL in caso di risarcimento per danno da sinistro stradale: limiti e condizioni*, in *Dir. giust.*, online, 2019.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- TARZIA G., *Le garanzie atipiche (e l'attuazione della direttiva europea sui contratti di garanzia finanziaria)*, in *Fallimento*, 2005.
- TEMPESTA P., *Conto corrente (Contratto di)*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, UTET, 1938.
- TERRANOVA G., *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte I, Lo sconto come contratto di credito*, in *Econ. cred.*, 1984.
- TERRANOVA G., *Appunti per uno studio sullo sconto bancario, Parte II, Lo sconto come contratto tipico dell'intermediazione bancaria*, in *Econ. cred.*, 1984.
- TERRANOVA G., *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989.
- TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, V éd., Paris, Dalloz, 1993.
- TESCARO M., *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano, Cedam, 2017.
- THIELE W., *Leistungsstörung und Schutzverletzung*, in *Juristenzeitung*, 1967.
- THON A., *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, Hermann Böhlau, 1878, trad. it. *Norma giuridica*

- e diritto soggettivo. *Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1939.
- TOFFOLI S., *Commento sub art. 1916 (Diritto di surrogazione dell'assicuratore)*, III ed., in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie e l'intermediazione assicurativa*, Milano, Giuffrè, 2014.
- TOMBARI U., *Il "diritto dei gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 2015.
- TONDO M., *Contratti bancari*, Tomo II, *I contratti di credito*, Roma, Bancaria, 1958.
- TONDO M., *Dei contratti bancari art. 1834-1860*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. de Martino, *Libro IV- Delle obbligazioni*, Novara-Roma, Pem, 1970.
- TORRENTE A., *In tema di causa della cessione*, in *Giur. comp. dir. civ.*, 1946.
- TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXII, Milano, Giuffrè, 1956.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2004.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XXVI ed., Padova, Cedam, 1983.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLI ed., Padova, Cedam, 2004.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.
- TRIMARCHI P., *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1973.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, XXII ed., Milano, Giuffrè, 2018.
- TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, Giuffrè, 1954.
- TUCCI G., *Factoring*, in AA.VV., *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Tomo I, Torino, UTET, 1995.
- TUCCI G., *Garanzia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, UTET, 1992.
- TUNC A., *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1947-48.
- VALERI G., *Manuale di diritto commerciale*, II, Firenze, Casa Editrice Cya, 1948.
- VARANESE G., *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- VARRONE C., *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, Jovene, 1968.
- VELLUZZI V., *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Edizioni ETS, 2013.
- VENEZIAN G., *Studi sulle obbligazioni*, Parte I, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in IDEM, *Opere giuridiche*, Roma, Athenaeum, 1918.
- VERDURA G., *Cessione del credito a scopo di garanzia: tra massime mentitorie e autorità morale del precedente*, in www.edizionicafoscari.unive.it, *Ricerche giuridiche*, Parte II, *Papers*, 2012.
- VETTORI G., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, Giuffrè, 1995.
- VETTORI G., *Introduzione*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999.

- VIALE M., *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XVIII, Padova, Cedam, 1994.
- VIDALI D., *Il concetto del rischio nell'assicurazione*, in *Dir. prat. comm.*, 1929.
- VIGORITA A., *Appunti in tema di aggravamento del rischio e di spese della lite*, in *Assicurazioni*, 1954, II.
- VILLANI L., *L'assicurazione del credito*, in M. FRANZONI (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, coordinato da C. Miriello, Bologna, Zanichelli, 2016.
- VINCENTI E., *La dottrina in dialogo con la giurisprudenza: il pensiero di Pietro Trimarchi in taluni orientamenti della Cassazione civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018.
- VIOLANTE A., *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.
- VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1987.
- VISINTINI G., CABELLA PISU L., *L'inadempimento delle obbligazioni*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, II ed., I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, UTET, 1999.
- VITERBO C., *Il contratto d'assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I.
- VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1936.
- VITERBO C., *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1947, IV.
- VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, I, *Le assicurazioni terrestri*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1885.
- VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, III, *Le assicurazioni sulla vita*, Milano, Ulrico Hoepli Editore, 1887.
- VIVANTE C., *I titoli all'ordine. La cambiale*, in *Trattato di diritto commerciale*, V ed., III, *Le Cose*, Milano, Vallardi, 1924.
- VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione. Di pegno-Di deposito nei magazzini generali. Art. 417-479 Cod. Comm.*, in *Il codice di commercio commentato*, Torino, UTET, 1936.
- VOLPE PUTZOLU G., *L'assicurazione*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIII, Torino, UTET, 1985.
- VOLPE PUTZOLU G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, il Mulino, 1992.
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, trad. it. di C. Fadda e P.E. Bensa, II, Torino, UTET, 1925.
- ZACCHEO M., *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987.
- ZICCARDI F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1991.

Giurisprudenza

1911.

Cass., chambre civ., 21 novembre 1911, in *www.legifrance.gouv.fr*.

1924.

App. Venezia, 23 gennaio 1924, in *Mon. trib.*, 1924, 552 ss., n. 37.

App. Venezia, 20 dicembre 1924, in *Foro ven.*, 1925, 23 ss.

1931.

App. Palermo, 7 febbraio 1931, in *Circ. giur.*, 1931, I, 162 ss.

1933.

Cass., 24 marzo 1933, n. 989, in *Foro it.*, 1933, I, 545 ss., con commento di G. Russo.

1947.

App. Roma, 19 dicembre 1947, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1948, II, 61 ss.

App. Torino, 13 giugno 1947, con nota di V. PANUCCIO, *Cessione di locazione e clausola di garanzia*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, II, 1015 ss.

1950.

Cass., 20 settembre 1950, n. 2550, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, 593 ss.

1951.

Cass., 27 novembre 1951, n. 2696, in *Foro it.*, 1952, I, 11 ss., con osservazioni di M. Elia.

1952.

App. Napoli, 2 luglio 1952, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, II, 190 ss.

1953.

Cass., 23 luglio 1953, n. 2492, in *Giust. civ.*, 1953, 2596 ss.

App. Roma, 4 settembre 1953, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1953, II, 466 ss.

1954

Trib. Lecce, 9 marzo 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Obbligazioni e contratti*, 1811, n. 220.

Cass., 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Vendita*, 2764, n. 99.

Cass., 6 ottobre 1954, n. 3334, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1955, II, 10 ss.

Cass., 23 ottobre 1954, n. 4019, in *Foro pad.*, 1955, I, 287 ss., con nota di M. FRAGALLI, *Surrogazione dell'assicuratore e azione dell'assicurato*.

Cass., 10 dicembre 1954, n. 4415, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 453 ss.

1955.

App. Napoli, 1° febbraio 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1957, *Assicurazione (imprese di)*, n. 75, 235.

Cass., 3 maggio 1955, n. 1236, in *Mass. Foro it.*, 1955, *Obbligazioni e contratti*, 267.

Cass., 27 giugno 1955, n. 1985, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, II, 1 ss.

App. Milano, 1° luglio 1955, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, *Obbligazioni e contratti*, 2072, n. 34

1956.

App. Messina, 6 febbraio 1956, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, II, 63 ss.

App. Brescia, 14 marzo 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, 702, n. 39.

App. Trento, 27 marzo 1956, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Commissione*, 506, n. 5.

Cass., 28 marzo 1956, n. 888, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, 308.

Cass., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Patto commissorio*, 1967, nn. 7 e 8.

Cass., 22 ottobre 1956, n. 3813, in *Mass. Giur. it.*, 1956, 798.

Cass., 30 ottobre 1956, n. 4057, in *Giust. civ.*, 1957, I, 637 ss.

1957.

App. Genova, 31 gennaio 1957, in *Rep. Giur. it.*, 1957, II, *Obbligazioni e contratti*, 2409, n. 368.

Cass., 31 gennaio 1957, n. 363, in *Rep. Giur. it.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, 2371, n. 29.

App. Genova, 17 aprile 1957, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1957, n. 297, 528.

Trib. Napoli, 3 giugno 1957, in *Dir. fall.*, 1957, II, 709 ss., con nota di N. PERROTTI, *Pene pecuniarie e fallimento*.

Cass., 26 ottobre 1957, n. 4139, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1957, II, 480 ss.

App. Catania, 13 dicembre 1957, in *Rep. Giust. civ.*, 1958, *Obbligazioni e contratti*, 2296 ss., n. 42.

1958.

- App. Messina, 14 gennaio 1958, in *Rep. Giur. it.*, 1959, *Obbligazioni e contratti*, 2523, n. 51.
App. Ancona, 6 marzo 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 373 ss.
Cass., 14 ottobre 1958, n. 3244, in *Riv. giur. edil.*, 1959, I, 33 ss.
Cass., sez. un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, I, 311 ss.

1959.

- App. Ancona, 3 marzo 1959, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, II, 554 ss.
Cass., 31 marzo 1959, n. 948, in *Giust. civ.*, 1959, I, 1288 ss.
Cass., sez. un., 28 aprile 1959, n. 1245, in *Foro it.*, 1959, I, 732 ss.
App. Milano, 17 luglio 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 1036 ss., con nota di U. BISEGNA, *Locazione di cosa futura in relazione alla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo ed ai presupposti del contratto a condizione sospensiva*.
Cass., 26 ottobre 1959, n. 3076, in *Foro it.*, 1960, 618 ss.
Trib. Genova, 26 novembre 1959, in *Rep. Foro it.*, 1960, *Banca*, 260, nn. 67-68.
Cass., 22 dicembre 1959, n. 3576, in *Rep. Giur. it.*, 1960, *Obbligazioni e contratti*, 2463, n. 34.

1960.

- App. Genova, 23 febbraio 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 339 ss.
Cass., 28 marzo 1960, n. 656, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 511.
Cass., 30 maggio 1960, n. 1398, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 20, con nota di P. CECCOPIERI MARUFFI, *Fallimento del cedente e ammissione al passivo del cessionario*.
Pret. Manfredonia, 3 giugno 1960, in *Rep. Giust. civ.*, 1961, *Obbligazioni e contratti*, 2423, n. 31.
Trib. Roma, 15 giugno 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, 636 ss.
Trib. Perugia, 22 giugno 1960, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 262 ss.
Cass., 7 luglio 1960, n. 1794, in *Giust. civ.*, 1961, I, 118.

1961.

- Cass., 24 aprile 1961, n. 919, in *Assicurazioni*, 1961, II, 2, 230 ss.
App. Brescia, 30 giugno 1961, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1961, 735.

Cass., 18 settembre 1961, n. 2033, in *Assicurazioni*, 1962, II, 2, 36 ss., con nota di S. FERRARINI, *La classe della nave nell'assicurazione marittima corpi*.

App. Brescia, 9 novembre 1961, in *Le Corti di Brescia, Venezia e Trieste*, 1962, 137.

App. Genova, 23 dicembre 1961, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 57 ss.

1962.

- App. Potenza, 7 febbraio 1962, in *Dir. fall.*, 1962, II, 644 ss.
Trib. Roma, 10 febbraio 1962, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 123 ss.
App. Napoli, 28 marzo 1962, in *Dir. giur.*, 1963, 559 ss., con nota di R. RASCIO, *Giurisprudenza e dottrina su varie questioni relative ad un caso di promessa del fatto altrui*.
Cass., 4 aprile 1962, n. 688, in *Assicurazioni*, 1963, II, 12 ss.
Trib. Foggia, 17 aprile 1962, in *Daunia giud.*, 1963, II, 25.
Cass., 22 giugno 1962, n. 1631, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 274 ss., con nota di G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*.

1963.

- Cass., 26 gennaio 1963, n. 109, in *Assicurazioni*, 1963, II, 71 ss.
App. Roma, 4 febbraio 1963, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, 401 ss.
Cass., 9 aprile 1963, n. 918, in *Foro it.*, 1963, I, 1734 ss.
Cass., sez. un., 16 maggio 1963, n. 1244, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 6 ss., con nota di E. ANTONINI, *Brevi osservazioni sul regime tributario della corrispondenza commerciale*.
App. Roma, 26 luglio 1963, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1963, II, 398 ss.
Trib. Roma, 9 novembre 1963, in *Temi rom.*, 1964, II, 352 ss.
Cass., 13 novembre 1963, n. 2987, in *Giust. civ. Mass.*, 1963, 1398.
Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 757 ss.

1964.

- Trib. Roma, 30 gennaio 1964, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, II, 420 ss.
Cass., 15 giugno 1964, n. 1518, in *Temi nap.*, 1964, I, 495 ss.
Cass., 16 giugno 1964, n. 1531, in *Giust. civ.*, 1964, I, 2268 ss.

Cass., 24 luglio 1964, n. 2018, in *Giust. civ.*, 1965, I, 116 ss., con nota di C. GIANNATASIO, *Ancora dello sconto cambiario e del diniego dell'azione di arricchimento contro il traente*.

1965.

Cass., 12 luglio 1965, n. 1471, in *Foro it.*, 1965, I, 1902 ss.

App. Firenze, 9 novembre 1965, in *Giur. tosc.*, 1996, 245 ss.

1966.

Cass., 6 aprile 1966, n. 910, in *Foro it.*, 1967, I, 354 ss.

Cass., 20 agosto 1966, nn. 2260 e 2261, in *Rep. Foro it.*, 1966, *Registro*, 2395 e 2396, nn. 365 e 367.

1967.

Cass., 20 febbraio 1967, n. 421, in *Resp. civ. prev.*, 1967, 460 ss.

Cass., sez. un., 29 aprile 1967, n. 799, in *Assicurazioni*, 1967, II, 156 ss.

Cass., 25 luglio 1967, n. 1967, in *Resp. civ. prev.*, 1968, 308 ss.

Cass., 7 agosto 1967, n. 2098, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 956 ss.

Trib. Roma, 21 dicembre 1967, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 283 ss., con nota di T. MANCINI, *Pegno di crediti, cessio pro solvendo e cessione a scopo di garanzia*.

1968.

Cass., 26 aprile 1968, n. 1289, in *Rep. Foro it.*, 1968, *Cessione dei crediti*, 342, n. 8.

Cass., 21 giugno 1968, n. 2102, in *Giust. civ.*, 1969, I, 458 ss.

1969.

Cass., 8 gennaio 1969, n. 33, in *Mass. Foro it.*, 1969, 14.

Cass., 7 marzo 1969, n. 747, in *Giust. civ. Mass.*, 1969, 380.

Cass., 31 marzo 1969, n. 1050, in *Mon. trib.*, 1969, 553 ss.

Cass., 9 aprile 1969, n. 1132, in *Rep. Foro it.*, 1969, *Cessione dei crediti*, 365, nn. 5-6.

Cass., 26 aprile 1969, n. 1361, in *Foro it.*, 1969, I, 1720 ss.

Cass., 22 maggio 1969, n. 1786, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 916 ss.

Cass., 24 maggio 1969, n. 1850, in *Resp. civ. prev.*, 1970, 515 ss.

Cass., 16 luglio 1969, n. 2620, in *Giust. civ. Mass.*, 1969, 1345 ss.

1970.

Trib. Biella, 21 febbraio 1970, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1970, II, 380 ss.

Cass., 18 marzo 1970, n. 731, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 402 ss.

Cass. 8 settembre 1970, n. 1347, in *Giust. civ. Mass.*, 1970, 733 ss.

1971.

Trib. Napoli, 23 gennaio 1971, in *Dir. fall.*, 1971, II, 595 ss.

Cass., 15 febbraio 1971, n. 380, in *Assicurazioni*, 1972, II, 65 ss.

Trib. Firenze, 29 marzo 1971, in *Giur. tosc.*, 1971, 226, 227 ss.

Cass., 18 maggio 1971, n. 1462, in *Assicurazioni*, 1972, II, 2 ss., con note di V. GERI, *Eccezione di inadempimento e facoltà di sospensione nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, e di E. SALAFIA, *Sull'applicabilità dei rimedi previsti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ. al contratto di assicurazione contro i danni*.

Cass., 21 giugno 1971, n. 1952, in *Mass. Foro it.*, 1971, 572.

Cass., 29 novembre 1971, n. 3475, in *Resp. civ. prev.*, 1972, 91 ss.

1972.

Cass., 19 aprile 1972, n. 1262, *Giust. civ. Mass.*, 1972, 684.

Cass., 9 giugno 1972, n. 1783, in *Rep. Foro it.*, 1972, *Obbligazioni in genere*, 1899, nn. 34 e 37.

Cass., 15 settembre 1972, n. 2746, in *Foro it.*, 1973, 1508 ss.

Cass., 16 ottobre 1972, n. 3096, in *Giust. civ.*, 1973, I, 464 ss., con nota di A. DI AMATO, *Ancora in tema di dissesto dell'assicuratore e tutela dell'assicurato*.

1973.

Cass., 5 luglio 1973, n. 1875, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1918 ss.

Cass., 13 novembre 1973, n. 3004, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 309.

1974.

Cass., 4 gennaio 1974, n. 11, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1629 ss., con nota di A. DI AMATO, *Cenni sulla prestazione dell'assicuratore nell'assicurazione contro i danni*.

Cass., 14 febbraio 1974, n. 420, in *Giust. civ.*, 1974, I, 733 ss.

Cass., 13 novembre 1974, n. 3601, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1206 ss.

1975.

- App. Trento, 18 febbraio 1975, in *Giur. merito*, 1975, I, 424.
Cass., 18 aprile 1975, n. 1465, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1975, II, 405 ss.
Cass., 14 luglio 1975, n. 2780, in *Rep. Giur. it.*, 1975, *Sconto bancario*, 3638, n. 1.
Cass., 26 agosto 1975, n. 3010, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1553 ss.
Cass., 20 novembre 1975, n. 3887, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 126 ss.
Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309 ss.

1976.

- Cass., 14 aprile 1976, n. 1302, in *Assicurazioni*, 1977, II, 108 ss.
Cass., 18 maggio 1976, n. 1750, in *Mass. Giur. it.*, 1976, 462.
Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1977, II, 141 ss.
Cass., 17 novembre 1976, n. 4269, in *Foro it.*, 1977, I, 88 ss., con osservazioni di A. Lener.
Trib. Firenze, 23 dicembre 1976, in *Giur. merito*, 1977, I, 487 ss.

1977.

- Cass., 16 febbraio 1977, n. 718, in *Giust. civ.*, 1977, I, 570 ss.
Cass., 2 agosto 1977, n. 3421, in *Sett. Giur.*, 1978, II, 119.
Cass., 7 settembre 1977, n. 3907, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 694 ss.

1978.

- Cass., 17 marzo 1978, n. 1343, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 553.
Cass., 5 maggio 1978, n. 2137, in *Riv. dir. lav.*, 1979, 229 ss.
Cass., 30 maggio 1978, n. 2737, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, II, 1 ss.

1979.

- Cass., chambre civ. 2, 14 février 1979, 77-12.551, in *www.legifrance.gouv.fr*.
Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, 134 ss.

1980.

- Cass., 27 febbraio 1980, n. 1379, in *Giur. it. Mass.*, 1980, 339.
Trib. Napoli, 29 febbraio 1980, in *Dir. giur.*, 1981, 132 ss., con osservazioni di P. Majello.

- Cass., 23 maggio 1980, n. 3411, in *Giur. it. Mass.*, 1980, 863.
Cass., 5 novembre 1980, n. 5943, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 2484.

1981.

- Cass., 18 maggio 1981, n. 3277, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 1143 ss.
Cass., 2 luglio 1981, n. 4279, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Arbitrato*, n. 61, 162.
Cass., 27 luglio 1981, n. 4834, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Assicurazione (contratto)*, 195, n. 167.
Cass., 16 novembre 1981, n. 6071, in *Arch. civ.*, 1982, 476 ss.
Cass., 24 novembre 1981, n. 6240, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 2219.

1982.

- Cass., sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081 ss.
Cass., 7 aprile 1982, n. 2142, in *Giust. civ.*, 1983, I, 238 ss., con nota di P. Russo, *Fideiussione, assicurazione del credito, assicurazione fideiussoria*.
Cass., 19 aprile 1982, n. 2411, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 869.
Cass., 10 giugno 1982, n. 3513, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 1282 ss.
Cass., 17 novembre 1982, n. 6156, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1319 ss.
Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172 ss.

1983.

- Trib. Bologna, 4 maggio 1983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, 533 ss., con nota di E. GABRIELLI, *Sulla cessione pro solvendo nel contratto di sconto*.
Cass., 13 maggio 1983, n. 3800, in *Riv. not.*, 1983, II, 765 ss.
Trib. Novara, 3 giugno 1983, in *Assicurazioni*, 1984, II, 126.

1984.

- Cass., 10 febbraio 1984, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3383 ss., con osservazioni di M.C.
Cass., 25 maggio 1984, n. 3228, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 1094.
Cass., 20 settembre 1984, n. 4808, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1985, 61 ss.
Trib. Verona, 15 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 268.

1985.

Cass., 16 gennaio 1985, n. 99, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 35.

Cass., 18 gennaio 1985, n. 130, in *Arch. giur. circ.*, 1985, 490.

Cass., 21 febbraio 1985, n. 1543, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 482.

Cass., 21 agosto 1985, n. 4473, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 150 ss.

1986.

Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, 598 ss., con nota di N. LIPARI, *Promessa di pagamento titolata, obbligazioni condizionate e sconto bancario*.

Trib. Milano, 13 ottobre 1986, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 82 ss.

Cass., 13 ottobre 1986, n. 5981, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 879 ss.

1987.

Cass., 3 febbraio 1987, n. 950, in *Dir. fall.*, 1987, II, 692 ss.

Cass., 6 giugno 1987, n. 4984, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 1428.

Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2090 ss.

Cass., 1° settembre 1987, n. 7154, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 2080 ss.

1988.

Cass., 1° febbraio 1988, n. 909, in *Mass. giur. it.*, 1988, 136.

Cass., 29 aprile 1988, n. 3234, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 975 ss., con nota di G. SCALFI, *Limiti alla intrasmissibilità della indennità per assicurazione infortuni*.

Cass., 17 maggio 1988, n. 3443, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, 429 ss.

Trib. Vicenza, 12 luglio 1988, in *Fallimento*, 1989, 728 ss., con osservazioni di L.A. Russo.

App. Milano, 7 ottobre 1988, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 475 ss.

App. Firenze, 20 dicembre 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, 831 ss., con nota di M. BRONZINI, *La cessione di credito e il fallimento*.

1989.

Trib. Monza, 6 febbraio 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 3219 ss., con osservazioni di R. Caso.

Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1428, con note di V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e*

principio di causalità, e F. REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*.

Trib. Milano, 13 aprile 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 476 ss;

Cass., sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1021, con nota di M. COSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia e il divieto di patto commissorio*.

Cass., 17 ottobre 1989, n. 4169, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1575 ss.

App. Milano, 31 ottobre 1989, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 42, con osservazioni di A. Sciarrone Alibrandi.

Cass., 27 novembre 1989, n. 5146, in *Arch. giur. circ.*, 1990, 306 ss.

1990.

Cass., 1° marzo 1990, n. 1572, in *Arch. giur. circ.*, 1990, 867 ss.

Trib. Napoli, 7 marzo 1990, in *Dir. giur.*, 1990, 780.

Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2571 ss.

App. Milano, 19 giugno 1990, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 448 ss.

Cass., 10 agosto 1990, n. 8128, in *Giust. civ.*, 1991, I, 51 ss., con nota di V. SANTARSIERE, *Profili in materia di apertura di credito, regolata in conto corrente, e sconto bancario*.

Cass., 22 settembre 1990, n. 9650, in *Fallimento*, 1991, 253 ss.

Cass., chambre civ. 1, 11 décembre 1990, 88-14.058, in *www.legifrance.gouv.fr*.

1991.

Cass., chambre civ. 1, 22 janvier 1991, 89-11.699, in *www.legifrance.gouv.fr*.

Cass., 25 gennaio 1991, n. 757, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Assicurazione (contratto)*, 212, n. 123.

App. Palermo, 8 marzo 1991, in *Giur. comm.*, 1992, II, 471 ss.

Cass., chambre civ. 1, 11 juin 1991, 88-18.130, in *www.legifrance.gouv.fr*.

Cass., 21 giugno 1991, n. 6984, in *Foro it.*, 1992, I, 1248 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Indennizzo è e indennizzo deve rimanere: l'ipotesi dell'art. 1381 c.c.*

Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3151 ss.

Cass., 12 luglio 1991, n. 7794, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, 30 ss.

Cass., 13 luglio 1991, n. 7805, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 1061.

1992.

Trib. Milano, 17 settembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 79.

1993.

Cass., chambre civ. 1, 27 janvier 1993, 91-12.131, in *www.legifrance.gouv.fr*.

App. Milano, 4 maggio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 691 ss.

Cass., 5 maggio 1993, n. 5216, in *Riv. dir. sport.*, 1993, 471 ss., con osservazioni di N. Cosentino.

App. Roma, 30 novembre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 193 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*.

Trib. Milano, 6 dicembre 1993, in *Gius.*, 1994, fasc. 7, 151.

1994.

Cass., 26 maggio 1994, n. 5165, in *Arch. giur. circ.*, 1994, 947 ss.

Cass., sez. un., 28 maggio 1994, n. 5245, in *Mass. Foro it.*, 1994, 471.

Cass., 24 giugno 1994, n. 6091, in *Foro it.*, 1995, I, 2518 ss., con osservazioni di V. Monteruli.

Cass., 8 novembre 1994, n. 9271, in *Arch. giur. circ.*, 1995, 525.

Cass., 16 novembre 1994, n. 9693, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1422.

1995.

Cass., 22 febbraio 1995, n. 1997, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 2044.

Cass., 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438 ss.

Cass., 15 marzo 1995, n. 3024, in *Riv. giur. Sarda*, 1996, I, 337 ss., con nota di A. LUMINOSO, *Brevi note in tema di propagazione al fideiussore della decadenza dal termine del debitore principale ammesso alla procedura di amministrazione controllata*.

Cass., 23 marzo 1995, n. 3570, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1787 ss.

Cass., 27 aprile 1995, n. 4642, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 910.

Cass., 11 ottobre 1995, n. 10597, in *Mass. giur. it.*, 1995, 1116.

Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Giur. comm.*, 1997, II, 656 ss., con nota di R. SIMONE, *Dr. Jekyll e Mr. Hide, ovvero la doppia vita del sale and lease back*.

1996.

Cass., 18 maggio 1996, n. 4614, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 509 ss.

Cass., 23 maggio 1996, n. 4755, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 763.

Cass., 15 luglio 1996, n. 6399, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 993.

Cass., 27 settembre 1996, n. 8522, in *Mass. Foro it.*, 1996, 771.

Cass., 16 novembre 1996, n. 10050, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1532.

1997.

Cass., 23 luglio 1997, n. 6882, in *Fallimento*, 1998, 273 ss., con osservazioni di A. Cesaroni.

Cass., 5 settembre 1997, n. 8614, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1635.

Cass., 29 settembre 1997, n. 9554, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1813.

1998.

Cass., chambre civ. 1, 3 mars 1998, 96-11.054, in *www.legifrance.gouv.fr*.

Cass., 6 marzo 1998, n. 2484, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 670.

Trib. Milano, 16 marzo 1998, in *Foro pad.*, 1999, I, 89 ss.

App. Milano, 27 marzo 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 438.

Cass., 26 giugno 1998, n. 6338, in *Danno resp.*, 1999, 53, con nota di A. PALMIERI, *Il pagamento del terzo trasportato e la "doppia" surrogazione dell'assicuratore*.

Cass., 11 agosto 1998, n. 7871, in *Giur. it.*, 1999, 996.

Cass., 25 agosto 1998, n. 8440, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1770.

Cass., 21 dicembre 1998, n. 12769, in *Vita not.*, 1999, 208.

1999.

Cass., 3 febbraio 1999, n. 919, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 246.

2000.

Cass., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, 2782.

Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 30 ss., con nota di G.W. ROMAGNO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*.

Cass., 5 ottobre 2000, n. 13278, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2095.

Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Orient. giur. lav.*, 2000, 995 ss.

2001.

- Cass., 10 gennaio 2001, n. 280, in *Fallimento*, 2001, 794 ss., con nota di C. PROTO, *I limiti di operatività della garanzia costituita dal credito dell'imprenditore nell'amministrazione controllata*.
- Cass., 2 febbraio 2001, n. 1508, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Assicurazione (contratto)*, 555, n. 83.
- Cass., 7 febbraio 2001, n. 1773, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 224.
- Cass., 22 marzo 2001, n. 4085, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 543.
- Cass., 2 aprile 2001, n. 4796, in *Contr.*, 2002, 348 ss., con commento di G. Capilli.
- Cass., 23 giugno 2001, n. 8621, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1251.
- Cass., 19 ottobre 2001, n. 12783, in *Giur. imp.*, 2002, 42.

2002.

- Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Giust. civ.*, 2002, 1262 ss.
- Cass., 14 febbraio 2002, n. 2133, in *Giur. imp.*, 2002, 587.
- Cass., 25 marzo 2002, n. 4211, in *Giust. civ.*, 2002, I, 910 ss.
- Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1817.
- Cass., 23 aprile 2002, n. 5917, in *Fallimento*, 2003, 56 ss., con nota di G. TARZIA, *Cessione di credito, mandato in rem propriam e revocatoria fallimentare*.
- Cass., 23 settembre 2002, n. 13823, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, II, 1 ss., con nota di O. DE NICOLA, *Sul diritto della banca scontatore alla restituzione della somma anticipata*.

2003.

- Cass., 13 maggio 2003, n. 7317, in *Dir. giust.*, 2003, 108.
- Cass., 19 agosto 2003, n. 12101, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1549.
- Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 2476 ss.
- Cass., 19 dicembre 2003, n. 19472, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1257, 1259 ss.

2004.

- Cass., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Assicurazioni*, 2005, 10 ss.
- Cass., 1° giugno 2004, n. 10477, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1245.
- Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, 415 ss.

App. Milano, 6 luglio 2004, in *www.dejure.it*.

- Cass., 7 luglio 2004, n. 12417, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 5, 87.
- Cass., 19 luglio 2004, n. 13342, in *Giur. comm.*, 2005, II, 594 ss., con nota di P. CORRIAS, *Surroga assicurativa e sentenza condizionale*.
- Cass., 9 settembre 2004, n. 18176, in *Giur. it.*, 2005, 1144 ss., con osservazioni di M.G. Cursi.
- Cass., 9 novembre 2004, n. 21343, in *Dir. maritt.*, 2006, 4, 1187 ss., con nota di C. MARZIALI, *La responsabilità dell'organizzatore di viaggi in materia di overbooking alberghiero*.
- Cass., 6 dicembre 2004, n. 22883, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2792.

2005.

- Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, 177 ss.
- Cass., 26 settembre 2005, 18785, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 2202 ss.
- Cass., 24 novembre 2005, n. 24806, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1973 ss.

2006.

- Cass., 24 marzo 2006, n. 6687, in *Contr.*, 2006, 1114 ss.
- Cass., 23 ottobre 2006, n. 22785, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2487.
- Cass., 12 dicembre 2006, n. 26509, in *Danno e responsabilità*, 2007, 894 ss., con nota di C. LANZANI, *Promessa del fatto del terzo: l'indennizzo è ancora risarcimento*.
- Cass., 22 dicembre 2006, n. 27458, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 148 ss.

2007.

- Cass., 2 marzo 2007, n. 4937, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 481, in *www.dejure.it*.
- Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 3, 849, con nota di A. FIORI, D. MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*
- Cass., 17 maggio 2007, n. 11457, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2436.
- Cass., 5 luglio 2007, n. 15225, in *Guida dir.*, 2007, 39, 65.
- Trib. Nocera Inferiore, 16 ottobre 2007, in *www.dejure.it*.
- Cass., 19 ottobre 2007, n. 22014, in *Fallimento*, 2008, 95.

2008.

Trib. Chieti, 5 febbraio 2008, in *Il merito*, 2008, 10, 34.

Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 3, 774 ss., con nota di G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*.

Cass., 14 maggio 2008, n. 12126, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 724.

Trib. Genova, 12 giugno 2008, in *Foro pad.*, 2010, 3, I, 578, con nota di E. BASSOLI, *La risoluzione per inadempimento nel contratto di mutuo*.

Cass., sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Foro it.*, 2009, I, 3413 ss., con osservazioni di G. D'Urgolo.

Trib. S. Maria Capua Vetere, 12 novembre 2008, in *Giur. merito*, 2010, 953 ss., con nota di N. ALOJ, *Arricchimento senza causa e non indennizzabilità del lucro cessante*.

2009.

Cass., 3 aprile 2009, n. 8145, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 582.

Cass., 3 luglio 2009, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1033 ss.

2010.

Cass., 3 febbraio 2010, n. 2517, in *Foro pad.*, 2010, I, 2 ss., con osservazioni di M. Melandri.

Trib. Roma, 30 aprile 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2116 ss.

Trib. Milano, 28 maggio 2010, in *www.dejure.it*.

Cass., 5 agosto 2010, n. 18181, in *Giust. civ.*, 2011, 684.

2011.

App. Ancona, 11 febbraio 2011, in *Giur. it.*, 2012, 866 ss., con nota di D. LOSI, *La promessa del fatto del terzo negli accordi sindacali*.

App. Roma, 1° marzo 2011, in *www.dejure.it*.

Trib. Trieste, 27 aprile 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2363 ss.

Cass., 30 giugno 2011, n. 14410, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2361 ss.

Trib. Bari, 5 ottobre 2011, in *www.giurisprudenzabarese.it*, 2011.

Cass., 7 ottobre 2011, n. 20648, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1421.

Cass., 18 novembre 2011, n. 24330, in *Giust. civ.*, 2012, I, 687.

Cass., sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 2054 ss.

2012.

App. Bari, 11 dicembre 2012, in *www.giurisprudenzabarese.it*, 2013.

2013.

TAR Lazio, 9 gennaio 2013, n. 150, in *Foro amm. TAR*, 2013, 162 e 163.

Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.

Cass., 17 maggio 2013, n. 12079, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 519.

Cass., 2 settembre 2013, n. 20110, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 862.

Cass., 16 dicembre 2013, n. 28061, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 1232.

2014.

Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Foro it.*, 2014, I, 2064 ss., con osservazioni di R. Pardolesi.

Cass., 9 luglio 2014, n. 15605, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, 692.

Trib. Pescara, 28 novembre 2014, in *www.dejure.it*.

2015.

Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, I, 685 ss., con osservazioni di R. Brogi.

Cass., 18 marzo 2015, n. 5440, in *www.dejure.it*.

2016.

Trib. Bari, 6 luglio 2016, in *www.dejure.it*.

Cass., 30 agosto 2016, n. 17407, in *www.dejure.it*.

Cass., 13 settembre 2016, n. 17957, in *Giuda dir.*, 2016, 49-50, 71.

Cass., 11 novembre 2016, n. 23093, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, *online*.

Cass., 2 dicembre 2016, n. 24731, in *Dir. giust.*, 2016, 5 dicembre.

2017.

App. Catanzaro, 4 aprile 2017, in *www.dejure.it*.

Trib. Cassino, 21 luglio 2017, in *www.dejure.it*.

Cass., 21 settembre 2017, n. 21927, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, *online*.

Cass., 23 novembre 2017, n. 27869, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 556.

2018.

- Cass., 25 gennaio 2018, n. 1834, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*.
- Trib. Napoli, 2 febbraio 2018, in *Fallimento*, 2019, 87, con nota di A. Rossi, *Il difficile avvio delle proposte concorrenti nel concordato preventivo*.
- Cass., 20 febbraio 2018, n. 4021, in *Guida dir.*, 2018, 17, 31, e in *www.dejure.it*.
- Trib. Roma, 22 febbraio 2018, in *www.dejure.it*.
- Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *Giur. comm.*, 2020, II, 316 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *La compensatio lucri cum damno al vaglio delle Sezioni Unite*.
- Cass., 15 giugno 2018, n. 15732, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*.
- Trib. Bari, 27 giugno 2018, in *www.dejure.it*.
- Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, in *www.dejure.it*.
- Cass., 9 luglio 2018, n. 18016, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*.
- Cass., 19 luglio 2018, n. 19320, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, *online*.
- Trib. Milano, 23 luglio 2018, in *www.dejure.it*.
- Trib. Rieti, 5 novembre 2018, in *www.dejure.it*.

2019.

- Trib. La Spezia, 21 gennaio 2019, in *www.dejure.it*.
- Cass., 5 marzo 2019, n. 6320, in *Guida dir.*, 2019, 16, 52.
- Trib. Trieste, 19 aprile 2019, in *www.dejure.it*.

Trib. Roma, 7 maggio 2019, in *www.dejure.it*.

- Cass., 14 maggio 2019, n. 12702, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, 2 ss.
- Cass., 21 maggio 2019, n. 13685, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, *online*.
- Cass., 13 giugno 2019, n. 15870, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, *online*.
- Cass., 1° ottobre 2019, n. 24509, in *Dir. giust. online*, 2019.
- Cass., 18 ottobre 2019, n. 26647, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, e in *Dir. giust. online*, con nota di G. TARANTINO, *La surroga dell'INAIL in caso di risarcimento per danno da sinistro stradale: limiti e condizioni*.

2020.

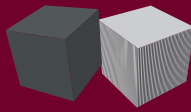
- Cass., 17 gennaio 2020, n. 844, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, in *www.dejure.it*.
- Trib. Busto Arsizio, 22 gennaio 2020, in *www.dejure.it*.
- Trib. Milano, 21 febbraio 2020, in *www.dejure.it*.
- Trib. Cosenza, 1° aprile 2020, in *www.dejure.it*.
- Trib. Roma, 22 maggio 2020, in *www.dejure.it*.
- App. Napoli, 23 settembre 2020, in *www.dejure.it*.
- Cass., 5 novembre 2020, n. 24633, in *Dir. giust.*, 6 novembre 2020, con nota di M. SUMMA, *Sinistri stradali e indennità corrisposte dagli enti di assicurazione sociale: la Cassazione esclude il cumulo tra le somme riscosse*, e in *www.dejure.it*.

Finito di stampare
nel mese di maggio del 2021

I quaderni de *Lo Stato*

Collana di scienza costituzionale, diritto dell'economia
e teoria del diritto diretta da Aljs Vignudelli

1. GÜNTHER WINKLER, *Il diritto e la scienza del diritto. Riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo*, a cura di Federico Lijoi, gennaio 2015.
2. GINO SCACCIA, *Il re della repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, gennaio 2015.
3. ENZO CHELLI, *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di Michela Manetti, settembre 2015.
4. ANTONINO SCALONE, *Stato, scienza e società in Hans Kelsen. Su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, aprile 2016.
5. AGOSTINO CARRINO, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, giugno 2016.
6. OTTO KIRCHHEIMER, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, marzo 2017.
7. BERND RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di Giuliana Stella, aprile 2018.
8. ALJS VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di Federico Pedrini e Luca Vespignani, ottobre 2018.
9. *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, a cura di Michela Manetti e Roberto Borrello, settembre 2019.
10. ANTONIO RIVIEZZO, *L'autorità dell'anticorruzione*, gennaio 2020.
11. DANIELE PICCIONE, *Effettività della Costituzione e coscienza collettiva*, aprile 2021.
12. LUCA MANDRIOLI, *La cessione dei crediti salvo buon fine nello sconto bancario: prime riflessioni*, maggio 2021.



È noto come da tempo lo sconto bancario rappresenti un'operazione fondamentale per procurare quel serbatoio di disponibilità finanziaria necessario ad assicurare la continuazione dell'attività economica. Pur essendosi originato con l'intento di convertire in denaro titoli di credito di lunga scadenza, il contratto in oggetto è oggi – caduta in disuso la cambiale quale mezzo di pagamento delle transazioni economiche – frequentemente utilizzato dalle imprese per anticipare i loro crediti nei confronti della clientela e in ciò può essere rinvenuta la nuova finalità dell'istituto. Mentre una siffatta trasformazione si è inevitabilmente riflessa sulla funzione del medesimo, in quanto alla causa di finanziamento inizialmente tipica del contratto di sconto la letteratura scientifica più moderna ha di recente sostituito quella di liquidità, del tutto irrilevanti sono state invece le variazioni in ordine all'essenza giuridica del fenomeno. Il presente lavoro, nel concentrare i propri sforzi sulla figura del *salvo buon fine* ed in particolare della garanzia quale "croce" della cessione del credito, si propone di indagare, sotto il profilo dogmatico e strutturale, la natura giuridica di tale inciso e le ripercussioni che il medesimo ha sul funzionamento dell'intero negozio di sconto. L'obiettivo intorno al quale si incentra maggiormente la riflessione in esame è proprio quello di individuare nel mancato adempimento a scadenza da parte del debitore ceduto non un risultato indesiderabile del contratto idoneo a produrre – al pari di quanto accade con riferimento alla garanzia per la solvenza del debitore ceduto di cui all'art. 1267 c.c. – uno scioglimento del medesimo, ma l'attuazione, in forza della garanzia pura caratterizzante la clausola *salvo buon fine*, di un meccanismo giuridico che è in grado di originare in capo allo scontatario l'obbligo di corrispondere un indennizzo allo scontatore.



L. MANDRIOLI

Luca Mandrioli, nato a Modena nel 1967, insegna dal 2006 Diritto delle crisi d'impresa presso il Dipartimento di Economia M. Biagi dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dal 2012 Procedure concorsuali presso il Dipartimento di Economia dell'Università degli Studi di Trento, dove in precedenza ha tenuto anche il corso di Elementi di diritto processuale per la professione. È autore di oltre sessanta pubblicazioni scientifiche fra articoli, contributi in volume e note a sentenza in tema di diritto concorsuale, societario, e bancario. È componente del Comitato scientifico della rivista

Diritto Bancario e docente presso la Scuola Superiore della Magistratura. Ha partecipato in qualità di relatore a numerosi convegni in materia di diritto fallimentare e commerciale, tenutisi a livello nazionale e internazionale. È stato componente dal 2005 al 2007 e Presidente dal giugno 2008 al dicembre 2012 della Commissione Nazionale "Crisi e Risanamento di impresa" del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, che si è occupata dello studio della riforma della legge fallimentare.

ISBN 978-88-7000-891-3

Versione pdf *open access* al sito
www.mucchieditore.it