







JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche
discipline penalistiche - Criminalia
discipline pubblicistiche
filosofia del diritto
storia del diritto

TESTI

CLASSICI

Comitato scientifico

Marcello Clarich, Aurelio Gentili,
Fausto Giunta, Mario Jori, Mario Montorzi,
Michele Taruffo



JURA

Temi e problemi
del diritto

STUDI

discipline civilistiche

raccolti da Aurelio Gentili
con la collaborazione di:

Guido Alpa, Angelo Barba, Giovanni De Cristofaro,
Enrico Minervini, Fabio Padovini, Stefano Pagliantini,
Gianfranco Palermo, Adalberto Perulli, Paolo Spada





Andrea Genovese

Il trasferimento dell'ipoteca

Vicende del rapporto ipotecario



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

Questo volume ha usufruito di un contributo dell'Università degli Studi della Toscana.

Il volume è stato inserito in questa Collana anche all'esito di referaggio anonimo da parte di due professori ordinari del settore scientifico disciplinare IUS/01.

© Copyright 2017
Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA
Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL
via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675095-2



a Giuseppe, Carlo e Giorgio





INDICE

Introduzione	13
1. L'oggetto del rapporto ipotecario	13
2. Le modifiche (in senso ampio e descrittivo) dell'oggetto del rapporto ipotecario	19
3. La surrogazione reale	22
4. Modifica ipotecaria oggettiva «omogenea». Rinvio	27
5. Modifica ipotecaria oggettiva «eterogenea»	30
6. Piano dell'indagine	33

CAPITOLO I

LA MODIFICA IPOTECARIA OGGETTIVA OMOGENEA: IL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA

Sezione I	
Il trasferimento dell'ipoteca nei codici	37
1. La modifica dell'oggetto dell'ipoteca dipendente dal trasferimento coattivo per la ricomposizione fondiaria (art. 853 cod. civ.)	37
2. Il trasferimento dell'ipoteca sul bene ricostruito con l'indennità corrisposta dall'assicuratore (art. 2742 cod. civ.)	40
3. <i>Segue</i> : considerazioni sistematiche	47
4. <i>Segue</i> : l'art. 572 cod. nav.	50
5. Il trasferimento dell'ipoteca derivante da divisione della proprietà: a) l'ipoteca sulla quota astratta	52
6. <i>Segue</i> : b) l'ipoteca su bene determinato	56
7. Il trasferimento dell'ipoteca del creditore perdente	61
8. <i>Segue</i> : limiti	67
9. <i>Segue</i> : osservazioni critiche. Rinvio	71
Sezione II	
Il trasferimento dell'ipoteca nella legislazione d'emergenza	75
1. Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 54, l. 968 del 1953	75

2. Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 7, l. 156 del 1983	79
3. Il trasferimento dell'ipoteca dipendente dalla ricostruzione del bene perito in conseguenza di eventi sismici (art. 9, l. 219 del 1981; art. 10, d.lgs. 76 del 1990; art. 3, comma 1, d.l. 28 aprile 2009, n. 39)	82
Sezione III	
Il trasferimento dell'ipoteca dipendente da contratto	85
1. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. La posizione della dottrina	85
2. Rilievi critici. Rinvio	89

CAPITOLO II IL NODO DELLA DISCIPLINA

Sezione I	
Catalogo di problemi connessi al trasferimento dell'ipoteca	97
1. Premessa	97
2. L'ipoteca invalida	99
3. Il grado	102
4. L'iscrizione	107
5. L'annotazione	110
6. <i>Segue</i> : annotazione come elemento della fattispecie complessa che determina l'efficacia del trasferimento dell'ipoteca verso i terzi	114
7. La rinnovazione	120
8. La prescrizione	122
9. L'ammontare del credito per cui può farsi valere l'ipoteca	124
Sezione II	
Il problema della disciplina applicabile	127
1. Individuazione della disciplina applicabile: a) dall'eclissi del diritto al diritto calcolabile	127
2. <i>Segue</i> : b) indagine fondata sul criterio sistematico. Rinvio	132
3. Il principio di specialità e/o di pubblicità	134
4. <i>Segue</i> : il principio di specialità in senso stretto	137
5. <i>Segue</i> : dimensione sincronica o diacronica del principio di specialità	139
6. <i>Segue</i> : osservazioni critiche	141
7. Inesistenza di un principio generale di specialità	142



8. Regolarità delle norme di disciplina della modifica ipotecaria oggettiva omogenea	147
9. Inconferenza delle conseguenze che vogliono trarsi dalla costruzione del critico rapporto tra regola (principio di specialità e/o pubblicità) ed eccezione (norme di disciplina delle vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca)	151

CAPITOLO III

IL CRITERIO DELL'ENTITÀ DELLA MODIFICA DELL'OGGETTO DELL'IPOTECA. APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA DELLA NOVAZIONE

Sezione I

Considerazioni generali	157
1. L'entità della modifica: a) criterio dell'incidenza della modifica sulla connessione tra diritto di ipoteca e cosa che ne forma oggetto	157
2. <i>Segue</i> : b) criterio dell'incidenza della modifica sulla struttura del rapporto ipotecario	160
3. Osservazioni sistematiche. Rinvio	167
4. La novazione. Considerazioni introduttive	169
5. <i>Segue</i> : l' <i>aliquid novi</i> e l' <i>animus novandi</i>	173
6. Modifiche accessorie	176
7. Applicabilità della disciplina degli artt. 1230 ss. cod. civ. alla modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario	181

Sezione II

La modifica accessoria dell'oggetto dell'ipoteca	187
1. La modifica prodotta dall'art. 853 cod. civ.	187
2. La modifica prodotta dagli artt. 2742 cod. civ. e 572 cod. nav. Osservazioni sistematiche	188
3. La modifica prodotta dall'art. 2825 cod. civ.	189
4. La modifica prodotta dagli artt. 2856 e 2857 cod. civ.	190
5. La modifica dell'oggetto dell'ipoteca nella legislazione di emergenza. Osservazioni sistematiche	192
6. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. Rinvio	194

Sezione III

La modifica essenziale dell'oggetto dell'ipoteca	197
1. La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca su bene già ipotecato. L'art. 2742 cod. civ. e la legislazione di emergenza	197





- 2. La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca in caso di inosservanza degli oneri regolati dagli artt. 2825 e 2856 s. cod. civ. 199
- 3. Il contratto novativo dell'ipoteca 201

Sezione IV

Incidenza della modifica dell'oggetto e disciplina applicabile 203

- 1. La disciplina applicabile per la soluzione dei problemi del «catalogo»: a) l'invalidità dell'ipoteca 203
- 2. *Segue*: b) annotazione, iscrizione e grado 205
- 3. *Segue*: c) rinnovazione, prescrizione e *quantum* 207

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. L'oggetto del rapporto ipotecario. – 2. Le modifiche (in senso ampio e descrittivo) dell'oggetto del rapporto ipotecario. – 3. La surrogazione reale. 4. – Modifica ipotecaria oggettiva «omogenea». Rinvio. 5. – Modifica ipotecaria oggettiva «eterogenea». 6. – Piano dell'indagine.

1. *L'oggetto del rapporto ipotecario*

È possibile assegnare all'espressione «diritto di ipoteca» e, più in particolare, alla locuzione «rapporto ipotecario», all'interno del quale la stessa ipoteca si svolge e realizza, un primo significato che le deriva dall'appartenenza alla categoria dei diritti reali di garanzia¹. Tradizionalmente, questi ultimi sono indivi-

¹ La dottrina è divisa sulla natura giuridica del diritto di ipoteca. Secondo l'orientamento tradizionale e prevalente, l'ipoteca è riconducibile nell'alveo dei diritti reali, ancorché con peculiari caratteristiche. Vi è però anche chi, accordando un peso decisivo a queste ultime, preferisce parlare di diritto al valore di scambio del bene ipotecato, chi vi ravvisa un diritto processuale e chi, infine, nega che queste qualificazioni abbiano una qualche utilità per la comprensione e la corretta interpretazione dell'istituto, secondo la fisionomia che è possibile assegnargli in esito all'applicazione delle varie norme che lo disciplinano [per un quadro d'insieme, si vedano E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in AA.Vv., *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, V, Torino, 2006; pubblicato anche in E. GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Torino, 2011, p. 560 ss. (da cui si cita); N. DISTASO, *Natura giuridica dell'ipoteca. Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia*, Milano, 1953, p. 84 ss.; F. BOSETTI, *La natura giuridica dell'ipoteca. Spunti critici e ricostruttivi*, Pisa, 2006, p. 9 ss.; M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 319 ss.; ID., *Diritti reali in generale*², in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, pp. 188 e 249 ss.; F. DEGNI, *Delle ipoteche*, in AA.Vv., *Libro della tutela dei diritti*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da M. d'Amelio, Firenze, 1943, p. 684 s.; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*², in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1976, p. 10 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F.

duati attraverso la distinzione con i diritti di credito². Nei secondi il potere del creditore è mediato, in quanto il conseguimento del bene richiede la collaborazione del debitore, e relativo, poiché è possibile esercitarlo nei confronti di una sola persona³. Nei diritti reali, invece, il potere concesso al titolare presenta il carattere dell'immediatezza e dell'assolutezza⁴, senza necessità

Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 3 ss.; G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 773 s.; C. CICERO, *L'ipoteca*, Milano, 2000, p. 31 ss.; ID., *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria. Artt. 2826-2851*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, p. 5 s.; ID., voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, X, Torino, 2016, p. 473; G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche (Art. 2784-2899)*⁵, in *Comm. Cod. Civ.*, già diretto da A. Scialoja e G. Branca, continuato da F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 181 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1957, p. 749; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1984, p. 14 ss.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*², in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2010, p. 49 s.; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca. I) Ipoteca immobiliare*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 1; ID., voce *Garanzia (diritti reali di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 603 s.; E. PROTETTI, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 1; A.M. BIANCO, *La pubblicità immobiliare*, Torino, 1976, pp. 131 e 340 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali*, Milano, 2012, pp. 321 e 325; S. CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*³, Milano, 2015, p. 126 ss.; L. ORSINGHER, C. RUGGIU, *Pegno e ipoteca. Aspetti sostanziali e risposte giurisprudenziali a questioni pratiche*, Milano, 2013, p. 89 ss.; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, in *Diritto civile*, II, 3, Torino, 1932, p. 198 ss.; I. MOSCHELLA, voce *Ipotecche*, in *Nuovo Dig. it.*, VII, Torino, 1938, p. 171 s.; A. MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 235 ss.; L. COVIELLO, *L'ipoteca è un diritto reale?*, in *Riv. dir. civ.*, 1936, p. 1 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle ipoteche e dei privilegi*, in *Il Cod. civ. comm.*, XV, 2, Torino, 1930, p. 1].

² In argomento, cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 10 ss.; A. GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979, p. 3 ss.; G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*³, Padova, 1941, p. 76 ss.; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 157 ss.

³ Si veda sul punto M. CONFORTINI, *La multiproprietà*, Padova, 1983, pp. 92 e 95, il quale rileva anche che, in relazione al profilo della relatività, si dà pure un secondo significato, che si coglie pensando alla impossibilità che, almeno di regola, il diritto di credito sia violato da parte di un soggetto diverso dall'obbligato.

⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 753; L. BARASSI, *I diritti reali*, Milano, 1934, p. 35 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., p. 603. Si segnala che, sul punto, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 326, preferisce trattare, in modo autonomo, il profilo dell'inerenza, per ciò che attiene all'aspetto dell'opponibilità del vincolo rispetto a chi acquista la proprietà della cosa con atto trascritto successivamente all'iscrizione dell'ipoteca.

che il soddisfacimento dell'interesse passi attraverso la cooperazione di altri soggetti, e lo stesso diritto può farsi valere nei confronti di tutti i consociati⁵.

Giova, peraltro, formulare una precisazione per ciò che attiene al rapporto ipotecario, con riferimento al quale viene in rilievo una delle possibili modalità d'essere del più ampio rapporto giuridico, con il quale si designa oggi, ad una prima e generale definizione, la relazione rilevante che lega due o più soggetti⁶, per il soddisfacimento dell'interesse protetto dalla norma giuridica⁷.

Differentemente da quanto può dirsi per la proprietà⁸, nel diritto reale di ipoteca, conformemente a ciò che accade, in generale, rispetto ad altri diritti reali su cosa altrui, è più marcata che altrove⁹

⁵ Così, M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 748 s., il quale però osserva che questa concezione tradizionale è incentrata sul paradigma della proprietà, da un lato, e del diritto di credito avente ad oggetto un bene o una somma di danaro, dall'altro, sicché, talvolta, «i criteri sui quali essa poggia si rilevano inidonei a classificare le altre soluzioni». Proprio per questo motivo, non è mancato chi ha proposto una ricomposizione dei diritti soggettivi che, muovendo dalla concezione rigidamente c.d. bipolare, finisce per determinare l'emersione di ben «(...) quattro categorie: obbligazioni, diritti di godimento (su cosa propria o altrui), diritti di garanzia, diritti potestativi» (così, A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 8). E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 12, precisa, peraltro, che nel lato passivo dei diritti reali «non sono i "tutti", ma solo quelli che possono venire, di fatto, a contatto con la cosa, che abbiano, cioè, di fatto, la possibilità di ingerirsi della cosa». Per una critica dell'impostazione tradizionale, si vedano inoltre le riflessioni di E. TILOCCA, *La distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in *Arch. giur.*, 1950, p. 3 ss.

⁶ F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*⁴, Milano, 1959, p. 15 ss.; F. SANTORO-PASARELLI, *op. cit.*, p. 752; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*⁹, Padova, 2015, p. 84.

⁷ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, rist., Napoli, 2004, p. 32 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, p. 685 ss.

⁸ Non è infrequente che nei discorsi della dottrina volti a disegnare la linea di confine tra diritti reali e diritti di credito si finisca per fermare l'attenzione sul solo statuto della proprietà (si veda, ad esempio, W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 693).

⁹ Come posto in luce anche da A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 43 ss., muovendo dalla considerazione dell'effetto traslativo del consenso, talvolta sembra potersi cogliere un duplice profilo di incidenza del diritto di proprietà: interno ed esterno. Ad esempio, mentre il consenso manifestato nella forma prescritta dalla legge determina, nei rapporti *inter partes*, il pieno effetto del trasferimento della proprietà del bene immobile, poi, affinché quel trasferimento sia efficace nei confronti dei terzi, è necessario che il contratto che ospita quel consenso sia ritualmente trascritto.

la distinzione tra diversi piani di incidenza del relativo rapporto giuridico¹⁰, che appare complesso¹¹.

Stando all'ipoteca, si dà, infatti, un primo piano, che è possibile denominare «esterno», dove questo diritto acquista rilievo essenzialmente come prelazione e non già come garanzia¹². In esso il rapporto ipotecario risente fortemente della ricordata nota della realtà¹³. Il titolare del diritto, il creditore ipotecario, può soddisfare l'interesse protetto dalla norma giuridica senza bisogno dell'altrui cooperazione¹⁴, mediante il rapporto immediato e diretto con la cosa che forma oggetto dello stesso diritto: il bene ipotecato. La parte passiva è invece rappresentata dalla generalità dei consociati, sui quali grava il generico dovere di astenersi dal frapporre ostacoli al soddisfacimento dell'interesse del creditore ipotecario. Più in particolare, attraverso il diritto di ipoteca, in caso di inadempimento del debitore, il creditore, che è anche il titolare del diritto di ipoteca, può far espropriare il bene vincolato a garanzia e, quindi, soddisfarsi sul ricavato della vendita con preferenza rispetto agli altri creditori chirografari o che, comunque, siano sprovvisti di un diritto di prelazione che possa dirsi prevalente (art. 2808 cod. civ.)¹⁵. Nel fare ciò, il creditore, che è

¹⁰ Sul tema della rilevanza giuridica è fondamentale l'opera di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 5 ss. [anche in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1094 ss. (da cui si cita), nonché in *Id.*, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 3 ss.].

¹¹ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 11 s.

¹² Per un'interessante lettura che conduce a ritenere, anche nell'ipoteca, la distinzione tra il piano della garanzia e quello della prelazione, «e quindi tra vicende del rapporto *inter partes* ed *erga omnes*», si veda E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 570 ss.

¹³ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 773 s., ponendo a confronto la passata configurazione dell'ipoteca rispetto a quella desumibile ad ordinamento vigente, osserva che «dopo che la cosa ipotecata ha cessato di essere oggetto di un potere di disposizione del creditore e può soltanto essere espropriata per ordine del giudice (...), dopo che sono scomparsi sia il diritto al possesso della cosa, sia l'azione reale per farlo valere, l'idea di considerare l'ipoteca un diritto reale vero e proprio è divenuta molto discutibile. Certo, sono rimaste tracce di "realtà", come il diritto di seguito, quello di prelazione, quello alla conservazione dell'integrità materiale della cosa». Per un rilievo critico del profilo dell'immediatezza nei diritti reali di garanzia, cfr. inoltre E. TILOCCA, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴ Nell'ipoteca peraltro, al pari di quanto può accadere anche in relazione ad altri diritti soggettivi, può essere necessario l'intervento del giudice.

¹⁵ A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, *cit.*, pp. 1 e 6.

titolare del c.d. diritto di seguito¹⁶, non è limitato dal fatto della possibile vendita del bene ipotecato oppure della costituzione sullo stesso bene di altri diritti (artt. 2808 e 2812 cod. civ.)¹⁷.

Come verrà posto in rilievo, affinché questo piano del rapporto espliciti i propri effetti, è apprestato un sistema in base al quale il diritto di ipoteca, al pari delle vicende che possono interessarlo, acquista, di regola, efficacia verso i terzi solo una volta che sia stata curata la formalità pubblicitaria di volta in volta prevista dalla legge, attraverso l'iscrizione oppure l'annotazione del fatto giuridico nei pubblici registri¹⁸.

È però utile, come accennato, porre in luce anche un secondo e diverso piano di incidenza del rapporto ipotecario, che, questa volta, è possibile denominare «interno». Qui viene essenzialmente in rilievo la diversa relazione tra proprietario ipotecato, da un lato, e creditore ipotecario, dall'altro; relazione destinataria di una serie di norme e principi che si attagliano non più o non solo al piano dell'ipoteca come prelazione, ma a quello dell'ipoteca come garanzia¹⁹.

Innanzitutto, si fa riferimento al principio di accessorialità quanto al credito garantito che caratterizza sia l'ipoteca²⁰, sia, in

¹⁶ L. COVIELLO, *Delle ipoteche (nel diritto civile italiano)*², Roma, 1936, p. 4; L. BARASSI, *I diritti reali*, cit., p. 41; E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 563; F.S. GENTILE, *Le ipoteche. Commento agli artt. 2808 a 2899 del codice civile*, Roma, 1961, p. 17; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare. Manuale teorico-pratico*, Milano, 1958, p. 7; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 326; ID., *Diritti reali in generale*, cit., p. 256 s.; F. DEgni, *op. cit.*, p. 685; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 474; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 321 s.; A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., p. 603; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 90; S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 165.

¹⁷ E. PACIFICI-MAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ Confutando l'ipotesi argomentativa che vuole ricondurre l'ipoteca nell'alveo dei diritti reali, A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 50, osserva che «L'inclusione dell'ipoteca tra i diritti reali consente quindi una sintesi sul piano linguistico, ma non implica l'adozione di gravi conseguenze operative. D'altra parte, la caratteristica fondamentale che assiste i diritti reali, cioè l'opponibilità ai terzi, è espressamente stabilita dalla legge per l'ipoteca (artt. 2808, 2858 ss., 2889 ss. c.c.)».

¹⁹ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 570 ss.

²⁰ Si afferma, in dottrina, che l'ipoteca presenta, rispetto all'obbligazione garantita, un'autonomia strutturale ed una dipendenza funzionale (D. RUBINO, *op. cit.*, p. 23; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 57). In ordine all'accessorialità, si vedano, altresì, P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 698; M. MAGGIOLO, *La concessione di ipoteca per atto unilaterale*, Padova, 1998, p. 31 ss.; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, pp. 19 s. e

generale, ogni garanzia personale o reale²¹, a partire dai privilegi²². L'accessorietà è il risvolto della connessione funzionale che si attua tra ipoteca e diritto garantito²³. Qui si coglie la caratteristica del diritto di ipoteca come diritto normalmente privo di un'esistenza autonoma²⁴. Esso presuppone la configurabilità di un altro diritto che intende assicurare e proteggere: il diritto di credito²⁵. Il vincolo reale di indisponibilità sul bene esiste in quanto sussista il diritto di credito da garantire²⁶, di talché con l'estinzione di quest'ultimo viene meno la causa e la giustificazione dell'ipoteca²⁷. Su questa pertanto si riflettono, secondo un nesso di neces-

25; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 17 ss.; B. MARIANI, *op. cit.*, p. 6; ID., *Ipoteca e trascrizione. Guida pratica*³, Milano, 1955, p. 99; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 2; ID., voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., p. 604 s.; P. BOERO, *op. cit.*, p. 47 ss.; F. BOSETTI, *La natura giuridica dell'ipoteca*, cit., p. 123; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 8; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 339 s.; F.B. CICALA, *op. cit.*, p. 263; P. DE LISE, L. COSSU, *Delle ipoteche*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da V. de Martino, Novara, 1974, p. 28; F. FIORENTINI, *Dall'ipoteca alle ipoteche: le prospettive del diritto europeo*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1095 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 327; G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Riv. not.*, 2014, p. 205; S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 128; I. MOSCHELLA, voce *Ipotecche*, cit., p. 175 s.; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 201 s.; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 151. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669, in *Mass. Giur. it.*, 2006. Il tratto dell'accessorietà dell'ipoteca è comune agli ordinamenti radicati nella tradizione romanistica (così, A. FUSARO, *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, I, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, p. 20 ss.; N. FERRARO, *Accessorietà e circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 145). Il principio di accessorietà dell'ipoteca è sottoposto a rilievi critici da B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, Napoli, 2016, *passim*.

²¹ Si vedano L. BARASSI, *I diritti reali*, cit., pp. 70 s. e 75; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 181 ss.; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 93 s.

²² P. VIRGADAMO, *Dei privilegi sopra gli immobili. Artt. 2770-2776*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, p. 4.

²³ C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 34 s.; ID., *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 6; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 476.

²⁴ C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 1.

²⁶ A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., p. 604; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 176.

²⁷ Per l'esame di un'altra ipotesi normativa, offerta dall'art. 838 cod. civ., in cui si verifica un'interdipendenza tra rapporto giuridico reale, da un lato, e rapporto giuridico obbligatorio, dall'altro, cfr. N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 45 s.

sità e immediatezza, le vicende del diritto di credito assistito dalla stessa garanzia²⁸.

Si può, inoltre, pensare ad altre norme di disciplina di questa diversa modalità del rapporto ipotecario. Si pensi, ad esempio, alla relazione – che verrà osservata più avanti²⁹ – tra creditore ipotecario e proprietario ipotecato, in base alla quale se il primo può, di regola, liberamente specificare il bene (o i beni) su cui iscrivere ipoteca, nonché determinare la somma per la quale detta iscrizione è presa (art. 2809 cod. civ.), poi, però, il secondo può chiedere al giudice un'appropriata riduzione e/o restrizione della stessa ipoteca, tutte le volte in cui la garanzia appaia eccessiva e sproporzionata (art. 2872 ss. cod. civ.)³⁰.

Sarà poi possibile reperire un ulteriore argomento a conferma di questa duplice incidenza del rapporto ipotecario allorché verranno esaminate³¹ una serie di fattispecie dal cui studio ha preso avvio la presente indagine. Infatti, in quella sede, sarà possibile avere contezza di come, al verificarsi di quelle stesse fattispecie, si determini un effetto consistente, almeno apparentemente, nella modifica dell'oggetto dell'ipoteca; modifica che, appunto, appare destinata ad incidere, non sempre nel medesimo istante e con la stessa efficacia, su entrambi i ricordati piani, interno e esterno, dello stesso rapporto.

2. Le modifiche (in senso ampio e descrittivo) dell'oggetto del rapporto ipotecario

Al pari di qualunque altro rapporto giuridico, anche con riferimento a quello ipotecario, alla «statica» indagine sul suo contenuto succede, necessariamente, lo studio del suo profilo «dinamico», in cui vengono in rilievo gli avvenimenti per i quali il rapporto non solo si costituisce, ma anche si svolge³².

²⁸ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 565.

²⁹ Si veda *infra* cap. II, sez. II, par. 4.

³⁰ In argomento, cfr. S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, pp. 41 ss. e spec. 55.

³¹ Si veda *infra* cap. I.

³² N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1095.

Se, infatti, già l'iscrizione dell'ipoteca attribuisce la titolarità del diritto reale di garanzia, la stessa ipoteca sarà poi, eventualmente, chiamata ad esplicare ogni effetto solo in caso di promozione dell'azione esecutiva sul bene che ne forma l'oggetto, allorché il creditore ipotecario, con l'ordine stabilito, potrà soddisfare le proprie ragioni con preferenza rispetto all'intera platea dei creditori chirografari oppure dei creditori sprovvisti di pozione causa di prelazione³³.

Per quanto visto, tra il momento della costituzione del diritto di ipoteca e quello della sua estinzione può intercorrere anche un notevole lasso di tempo, durante il quale possono verificarsi alcuni fatti destinati ad incidere sullo stesso diritto.

Conformemente al rapporto giuridico in generale³⁴, ed al pari di quanto può accadere rispetto all'obbligazione, anche quello ipotecario tollera pertanto la verifica di fatti produttivi di vicende³⁵

³³ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 567 s., pone efficacemente in rilievo che nelle fattispecie che contemplano le garanzie reali «(...) la realtà si esprime nella creazione, a favore del creditore garantito, di una riserva *ad rem*: il diritto infatti non investe l'intero patrimonio del debitore, ma si cristallizza su un bene determinato, che assoggetta ad una riserva di utilità (...) conseguibile in un momento logicamente e cronologicamente successivo (...) tramite l'esercizio dei poteri esecutivi riconosciuti al creditore sul bene oggetto della garanzia (...)».

³⁴ N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*, osserva che «il rapporto giuridico si costituisce, si modifica, si estingue; ciò significa: è accaduto il fatto, a cui il diritto obiettivo ricollega l'essere, l'essere diversamente, il non essere del rapporto». Conformemente, si vedano P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 1, il quale mette in rilievo che «ogni vicenda giuridica – vale a dire ogni nascita, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico – trova la sua causa in una fattispecie, cioè in un fatto o complesso di fatti considerati dal diritto idonei alla produzione di quella vicenda»; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 704; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della seconda edizione, Napoli, 2002, p. 12; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 490 ss.; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, s.d., ma 1950, p. 11 ss.; ID., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, s.d., ma 1952, p. 7 ss.; F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 213.

³⁵ La locuzione «vicenda del rapporto giuridico», come osservato da N. IRTI, *Prefazione*, in M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist., Torino, 1999, p. 3 s., è stata coniata per la prima volta da Emilio Betti, per diventare, successivamente, di uso comune nel lessico giuridico. Proprio leggendo la chiara pagina di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, Milano, 1955, p. 5, è possibile designare, con l'espressione vicenda, «una situazione giuridica concer-

che lo presuppongono e che su di esso incidono in modo più o meno intenso³⁶.

Può, pertanto, accadere che, a seguito dell'iscrizione dell'ipoteca, che determina la costituzione dell'originario rapporto, sia possibile registrare, in un secondo istante, l'avveramento di fatti capaci di incidere su quel rapporto: sul lato soggettivo; o sul suo oggetto, e pertanto sul bene sul quale è iscritta ipoteca.

La conseguenza è che, in questi casi, si è al cospetto di un rapporto ipotecario che, sempre a livello descrittivo, assume una nuova modalità d'essere dipendente dall'effetto sullo stesso prodotto dal fatto giuridico³⁷.

Al riguardo, è opportuno segnalare la possibilità di individuare una congerie di norme, qualche volta ospitate dal codice civile, altre volte portate da leggi speciali, le quali si danno cura di disciplinare queste vicende dirette ad incidere, in modo più o meno significativo, sulla conformazione dell'originario rapporto, in un istante successivo rispetto al momento della sua costituzione.

In via stipulativa, nel presente studio, queste vicende verranno anche denominate «modifiche ipotecarie».

Si potrà assistere, pertanto, a vicende definibili in termini di modifica ipotecaria «soggettiva», tutte le volte in cui il mutamento che determina, in senso lato, la riconfigurazione della fisionomia del rapporto riguardi il suo elemento soggettivo, attivo o passivo; si avrà invece la presenza di una modifica ipotecaria «oggettiva», allorché la variazione interessi la *res*, il bene sul quale è iscritta l'ipoteca.

nente i soggetti o l'oggetto, la quale sopravviene nella vita del rapporto giuridico, modificando la situazione preesistente per modo da segnare una fase di svolgimento del rapporto, o da produrre l'estinzione».

³⁶ Con riferimento, in generale, al rapporto giuridico, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1989, p. 89; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹², Napoli, 2006, p. 617.

³⁷ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1095, ricorda che «il fatto giuridico non è semplicemente il fatto, ma il *fatto che esiste nel e per il diritto*».



3. La surrogazione reale

È il caso di notare, sempre in via preliminare, che l'espressione «modifica ipotecaria», secondo il senso di essa sopra stabilito in via stipulativa, presenta notevoli punti di contatto con il significato della parola «surrogazione» – nelle sue varie declinazioni: «legale», «personale» o «reale» –, sovente utilizzata nel linguaggio giuridico in senso ampio³⁸.

Tralasciando d'esaminare, in questa sede, le ipotesi di modifica ipotecaria c.d. soggettiva³⁹, il cui perimetro semantico s'interseca con quello riservato all'espressione surrogazione personale, è opportuno soffermare l'attenzione sulla modifica ipotecaria «oggettiva».

Nel fare ciò, peraltro, si rileva decisamente utile lo svolgimento di qualche notazione rispetto alla categoria che, generalmente, è denominata «surrogazione reale», in relazione alla quale – si avrà modo di approfondirlo – la modifica ipotecaria «oggettiva» presenta notevoli momenti di collegamento. E ciò perché, al fine di cercare di metterne a fuoco la peculiarità e spiegarne il meccanismo, la dottrina che, nel tempo, si è occupata della surrogazione reale ha sovente finito per portare a esempio e, quindi, a esaminare alcune norme che, a ben vedere, regolano, in maniera puntuale, vere e proprie ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva.

La surrogazione reale affonda le proprie radici in alcune leggi romane⁴⁰, per poi, passando dal medio evo, divenire oggetto di rinnovata attenzione negli studi eseguiti, attorno al Diciannovesimo secolo, dalla dottrina francese e tedesca⁴¹.

Presso la letteratura d'oltralpe è possibile rinvenire, in un pri-

³⁸ A. BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 21.

³⁹ Per le modifiche nel lato attivo, cfr., ad esempio, art. 8, l. 2 aprile 2007, n. 40, art. 1201 ss. cod. civ., art. 1260 ss. cod. civ., art. 2871, secondo comma, cod. civ., art. 2866, commi secondo e terzo, cod. civ. Per quanto riguarda la modifica del lato passivo del rapporto ipotecario, si pensi alla vendita del bene ipotecato.

⁴⁰ L. BALLERINI, *Patrimoni separati e surrogazione reale. Il patto di sostituzione*, Napoli, 2016, p. 126 s.; C. TOMASSETTI, *La surrogazione reale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 818.

⁴¹ Puntuali cenni storici si rinvencono in F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1926, p. 36 ss.



mo momento, una definizione molto ampia e generale di surrogazione reale, con la quale s'intende il fenomeno della sostituzione di un bene ad un altro bene, in un contesto nel quale il secondo prende il posto del primo, subentrando nel medesimo regime giuridico⁴². Successivamente, si passa ad una teoria moderna della surrogazione reale, la quale, sempre in Francia, è apparsa giungere a dominare l'intero diritto dei beni⁴³.

In Italia, dove si registra un sostanziale disinteresse per l'argomento⁴⁴, secondo una parte della dottrina sarebbe possibile formulare una distinzione tra surrogazione reale «generale», la quale avrebbe luogo nelle universalità dei beni, ed una surrogazione reale «speciale», che invece lambirebbe le materie dei beni dotali, dell'oggetto dei diritti di garanzia e di altri istituti contemplati di volta in volta da singole leggi speciali⁴⁵.

Secondo una diversa sistemazione, la surrogazione reale rappresenterebbe nient'altro che il risultato di una finzione giuridica, in base alla quale una cosa è sostituita ad un'altra in una qualità particolare o nell'oggetto di un diritto reale. Peraltro, ai fini dell'emersione della categoria della surrogazione reale, sarebbe opportuno adottare un criterio maggiormente selettivo, in base al quale essa, di fatto, ricorrerebbe solo con riferimento alla qualità particolare del bene dotale e all'oggetto dei diritti reali di garanzia o di godimento (artt. 1951 e 1980 cod. civ. previgente)⁴⁶.

Muovendo, infine, dalle riflessioni di chi, con maggiore attinenza al discorso svolto nel presente studio, riconduce il fenomeno in parola all'interno della categoria delle vicende del rapporto giuridico, e pertanto guardando agli effetti prodotti su di un rap-

⁴² Aderisce a quest'impostazione in Italia A. BICCI, *Della surroga ipotecaria per evizione in ordine agli articoli 2011 e 2022 del Codice civile e dei lucri dotali secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1882, p. 31; F. LOFFREDO, *Atti tra vivi. Legge notarile*², Milano, 2011, p. 241; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 2.

⁴³ A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, Milano, 1968, p. 7 ss.

⁴⁴ A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, *Diritto civile*, Milano, 1978, p. 1231; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ F. LONGO, *Della surrogazione reale nel diritto civile italiano*, Napoli, 1897, *passim*, spec. pp. 11 ss. e 216.

⁴⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, pp. 74-75.

porto giuridico originario in seguito al verificarsi di specifici fatti, sarebbe possibile selezionare almeno due diverse concezioni di surrogazione reale⁴⁷.

Secondo una prima e più ristretta elaborazione, ricorrerebbe un'ipotesi di surrogazione reale tutte le volte in cui, a seguito della modifica che lo riguarda, il rapporto giuridico conserva intatta la sua struttura e la sua natura, cambiando soltanto l'oggetto. Ma poi a questa forma di surrogazione si affiancherebbe, come messo in rilievo, una seconda e più generale concezione. In base ad essa, pur se è possibile, in linea teorica, continuare a parlare di surrogazione reale allorché il venir meno dell'oggetto dell'originario rapporto si riflette sulla sua struttura e natura giuridica, qui, guardando al rapporto risultante da questi fatti giuridici, sarebbe preferibile parlare di «rapporto derivato»; e ciò per sottolineare il dato che quanto discende da quella vicenda non è più un qualcosa che può dirsi riconducibile all'interno dell'originario rapporto, pur non essendo nemmeno un *quid* del tutto autonomo o diverso da esso⁴⁸. Solo la prima delle dette concezioni, che fa leva su un significato di surrogazione reale in senso più stretto, è ritenuta pregnante oltreché ricca di implicazioni in ordine alla disciplina del rapporto giuridico; al contrario, la seconda finirebbe per dare corpo ad un istituto tutto sommato anodino⁴⁹.

Una volta che si è creduto di ravvisare il fondamento dell'istituto nell'ordine economico delle cose⁵⁰, in quanto tale più attinente al valore che non alla individualità della *res*, lo studio della surrogazione reale si è dovuto confrontare, inevitabilmente, con il tema dei diritti di garanzia⁵¹, dei quali rappresenterebbe un indispensabile completamento. In questa direzione, la surrogazione reale costituirebbe, a favore del creditore, un rimedio particolarmente efficace in occasione del perimento⁵² o deterio-

⁴⁷ L.V. MOSCARINI, voce *Surrogazione reale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 969.

⁴⁸ L.V. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.*; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 98; C. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 819.

⁴⁹ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 969 s.

⁵⁰ M. ESU, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 971 e 973.

⁵² Il significato dell'espressione perimento è messo in risalto da A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., pp. 1205 ss. e 1232 ss.

ramento della cosa posta a oggetto del diritto di garanzia⁵³.

In particolare, in relazione alla disciplina portata dall'art. 2742 cod. civ., non si manca di osservare che si sarebbe al cospetto di una surrogazione reale in senso stretto, altrimenti detta «surrogazione reale propria»⁵⁴, nelle ipotesi in cui, successivamente al perimento o al deterioramento della cosa, l'indennità corrisposta dall'assicuratore è impiegata dal proprietario per la riparazione o ricostruzione del bene⁵⁵. In questa eventualità, infatti, il rapporto giuridico resta sostanzialmente lo stesso, pur incidendo su di un oggetto il quale è, anche se solo in parte, diverso⁵⁶. Qui si aggiunge anche che non assume rilievo che la cosa, in conseguenza del ripristino, possa riprendere o perdere la sua originaria individualità⁵⁷.

Sempre guardando alla disposizione racchiusa nell'art. 2742 cod. civ., sarebbe, inoltre, possibile riscontrare una seconda versione del fenomeno, qualificabile, questa volta, in termini di surrogazione reale «in senso ampio» o «impropria»⁵⁸. Ciò accadrebbe tutte le volte in cui, in difetto di riparazione, si verifica la sostituzione del *pretium* con la *res*, il tutto beninteso in un contesto nel quale,

⁵³ A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1506.

⁵⁴ C. MAIORCA, voce *Ipoteca (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 145; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75 ss.; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 275 ss.

⁵⁵ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 973; F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., pp. 60 e 73 s. *Contra*, V. ANDRIOLI, *Commento sub art. 2742 cod. civ.*, in AA.VV., *Libro sesto. Tutela dei diritti. Art. 2740-2899*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1945, p. 28.

⁵⁶ Per una diversa sfumatura, si veda peraltro A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1267, secondo il quale «se la cosa viene ripristinata, si ha una semplice sostituzione di cosa a cosa e si conserva il rapporto di garanzia reale originariamente costituito (il quale rimane inalterato sia per l'oggetto, che per il titolo che ne regola il contenuto)».

⁵⁷ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 971 e 973; A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 240.

⁵⁸ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145; D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, 1, Torino, 1985, p. 418 ss.; A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, cit., p. 240; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 275 ss.; C. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 819. Nega che qui si verifichi una surrogazione «nel suo senso letterale» C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Cod. Civ.*, Libro VI, II, 1, Torino, 1976, p. 63 s.; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 242; G. FANELLI, voce *Assicurazione. II) Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 20.

però, è compromessa la struttura del rapporto giuridico. Difatti, in questa evenienza l'ipoteca si estingue⁵⁹; al suo posto nasce il diritto al pagamento dell'indennità assicurativa⁶⁰.

È oggi più che fondato il dubbio in ordine all'effettiva rilevanza giuridica⁶¹ della categoria⁶². Non è chiaro, infatti, come e perché questa surrogazione reale sarebbe dotata di una forza normativa propria oppure derivante, per influenza, da altri principi⁶³. Guardando a ciò che dovrebbe rappresentare la surrogazione reale, appare estremamente arduo, se non impossibile, guadagnare il significato di una norma mediante l'individuazione dei concetti di fattispecie e, quindi, di conseguenza giuridica⁶⁴.

Si aggiunge che all'interno di questa categoria si fanno normalmente confluire, a seconda della diversa sensibilità degli studiosi che nel tempo se ne sono occupati, molti ed eterogenei fatti contemplati da singole fattispecie⁶⁵. Tutto ciò mentre impone agli stessi autori, impegnati nella sistemazione dell'istituto, il ricorso a conseguenti distinzioni concettuali tra surrogazione reale generale e speciale, oppure tra surrogazione reale propria e impropria – che, per questo motivo, surrogazione reale dichiaratamente non è⁶⁶ –,

⁵⁹ In questa evenienza, secondo A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1268, «si estingue il solo rapporto di garanzia reale, mentre permane inalterata l'originaria prelazione».

⁶⁰ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 971 e 973; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 504.

⁶¹ N. IRTI, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. p. 1101 ss.

⁶² A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 496. In questo studio si ometterà di dare conto anche di ID., *Le ipoteche*, in AA.VV., *Tutela dei diritti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XX, 2, Torino, 1998, p. 5 ss., il cui contenuto è ripreso, nelle sue impostazioni generali, nell'omonima opera, più recente e ampia.

⁶³ A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., pp. 19 ss., 22 s.

⁶⁴ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 1106.

⁶⁵ M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 146, osserva bene che «la categoria denominata "surrogazione reale" non ha un contenuto unitario». Similmente, L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 122, pone in rilievo che «la legge non detta (...) una disciplina valida in generale, limitandosi a regolare una nutrita serie di ipotesi sparse, nelle quali, con diverse accentuazioni, una parte della dottrina ha ravvisato gli indici rivelatori dell'effetto surrogatorio».

⁶⁶ La scarsa rilevanza della qualifica «surrogazione reale impropria», con cui la dottrina è incline a definire la natura giuridica della risoluzione dell'ipoteca nell'indennità, è posta in risalto da G. FANELLI, *op. loc. ult. cit.*

finisce per addensare, anziché dileguare i dubbi che rendono più che mai opaca e impenetrabile la categoria.

Del resto, è possibile, in generale, pervenire a conclusioni non dissimili tutte le volte in cui – come nell'esempio appena tratteggiato – questo o quell'istituto di antica derivazione⁶⁷ si riveli poi insuscettibile di riaccreditarsi all'interno di una disposizione legislativa vigente⁶⁸, alla luce di una valutazione che è, al contempo, oggettiva e disincantata.

Se, pertanto, non sembra che con l'espressione surrogazione reale sia possibile identificare, ad ordinamento vigente, la fisionomia di un istituto caratterizzato, anche solo in parte, da un'effettiva rilevanza interna⁶⁹, essa può essere utilizzata per indicare, cionondimeno, una variante terminologica con cui delimitare l'area all'interno della quale si affolla un insieme di norme giuridiche la cui applicazione presuppone: a) un preesistente rapporto giuridico; b) un fatto contemplato da una fattispecie destinato ad incidere, più o meno profondamente, sulla struttura di quel rapporto giuridico e più in particolare sul suo oggetto.

Così si pone l'incerto punto di contatto tra surrogazione reale, da un lato, e modifica ipotecaria oggettiva, dall'altro.

4. *Modifica ipotecaria oggettiva «omogenea». Rinvio*

Proprio riguardo all'espressione «modifica ipotecaria oggettiva», con essa – è stato anticipato – è possibile delimitare il peri-

⁶⁷ In argomento, si potrebbe portare, in linea generale, anche l'esempio della pratica irrilevanza che è possibile assegnare all'antica regola compendiabile nell'espressione «clausola *rebus sic stantibus*», la cui antica influenza oggi è, di massima, normativamente ristretta, quanto alla materia contrattuale, negli angusti spazi disegnati dagli artt. 1467-1469 cod. civ.

⁶⁸ G. ALPA, *I principi generali*², in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2006, p. 105 s., osserva, in modo largamente condivisibile, che spesso «la riproduzione di brocardi, massime, formule proverbiali (...) sopravvivono alle codificazioni, come sopravvivono alle codificazioni gli atteggiamenti mentali, gli argomenti, e i modi di ragionare dei giuristi (...)». Tuttavia, essendo ormai il diritto sussunto nella organizzazione dello Stato, racchiuso nella legge, e la legge nei codici (oltre che nelle previsioni speciali), e la consuetudine degradata a fonte inferiore, i principi debbono riaccreditarsi, cioè trovare il loro fondamento, le loro radici, nel testo scritto».

⁶⁹ In tema di rilevanza interna, si veda N. IRTI, *op. ult. cit.*, pp. 1101-1106.



metro di alcune vicende modificative, in senso ampio, dell'originario rapporto ipotecario che la legge ricollega al verificarsi di taluni fatti giuridici⁷⁰.

In modo più analitico, è possibile registrare lo sviluppo di questa sequenza: a) si costituisce un rapporto ipotecario avente per oggetto una data *res*; b) in un secondo istante, accade un fatto rilevante; c) questo fatto incide sul bene su cui è iscritta l'ipoteca, attraverso la sostituzione dell'oggetto della garanzia con un diverso bene. È per questo motivo che il precedente rapporto ipotecario perde, relativamente all'oggetto, in tutto o in parte, la sua originaria fisionomia, sicché, indipendentemente dall'entità della modifica che lo ha interessato, si è al cospetto di un rapporto anche solo in parte diverso.

È opportuno osservare che, all'interno di questa categoria, è consentita la formulazione di una prima ma fondamentale distinzione, funzionale al successivo sviluppo della ricerca.

Si dà infatti una specie di modifica ipotecaria oggettiva, che è possibile denominare «omogenea», la quale risulta regolata da una serie di norme, che – si avrà modo di osservarlo – presentano tutte almeno un fondamentale elemento in comune.

Solo in questa forma di modifica «omogenea» si assiste, infatti, al verificarsi di fatti contemplati da fattispecie che determinano un effetto variamente definito⁷¹ come «trasferimento»⁷², «tra-

⁷⁰ Proprio queste norme, infatti, per lo più considerate in maniera non sistematica, hanno consentito di ipotizzare, secondo il pensiero di certa dottrina, casi più o meno sicuri di surrogazione reale.

⁷¹ Al pari di quanto verrà fatto nel presente studio, adottano, ad esempio, le espressioni «trasferimento» e «trasporto» come sinonimi: B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 152 s.; U. ZIO, *Commento sub art. 2825 cod. civ.*, in AA.VV., *Cod. Civ., Libro Sesto. Della tutela dei diritti*², a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1991, p. 393; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 199; F. DEGNI, *op. cit.*, pp. 722 e 792; B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 215 e 217.

⁷² C. PINTO, *La surroga ipotecaria legale secondo gli articoli 2011 e 2022 del codice civile italiano ed esame di una questione in materia di locazioni concluse dall'usufruttuario*, Napoli, 1891, p. 27; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 48; A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, pp. 2 e 9; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 819 s.; A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1300; B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., pp. 141 e 277-279; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 380.



sporto»⁷³, «spostamento»⁷⁴, «trasposizione»⁷⁵, «traslazione»⁷⁶ o, ancora, «trapasso»⁷⁷ dell'ipoteca⁷⁸.

In queste ipotesi di modifica ipotecaria omogenea – che sono disciplinate dagli artt. 853, 2742, 2825, 2856 e 2857 cod. civ., dall'art. 572 cod. nav., dall'art. 54, l. 968 del 1953, dall'art. 7, l. 156 del 1983, dall'art. 9, l. 219 del 1981, dall'art. 10, d.lgs. 76 del 1990 e dall'art. 3, comma 1, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, come convertito in legge –, accade che, successivamente alla costituzione del rapporto giuridico, il diritto di ipoteca si trasferisce, in tutto o in parte, dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta ad un diverso bene pur sempre capace d'ipoteca⁷⁹.

Qui è possibile fermare la sequenza: a) si ha, in un primo momento, la costituzione di un rapporto ipotecario, nel quale l'ipoteca insiste su di un bene, il bene «uno»; b) segue il verificarsi, in un momento cronologicamente successivo, del fatto sussumibile nella fattispecie che determina la vicenda in senso lato modificativa; c) quest'ultima consiste nel trasferimento del diritto reale di garanzia su di un diverso bene, il bene «due», capace d'ipoteca⁸⁰.

⁷³ G. STOLFI, *Nota a Cass.*, Sez. II, 28 novembre 1934, in *Foro it.*, 1935, I, c. 199; C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*; G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, cit., p. 192; F.S. GENTILE, *op. cit.*, pp. 162 e 298; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010, p. 48; ID., *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, in AA.VV., *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, III, *Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Torino, 2014, p. 347; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, pp. 220 e 459.

⁷⁴ E. PERONACI, *La surrogazione nel diritto civile italiano*, Milano, 1910, p. 250.

⁷⁵ C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 487.

⁷⁶ E. PERONACI, *op. cit.*, pp. 247-248; A. BICCI, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁷ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 353.

⁷⁸ Qui si ha la presenza di una serie di fatti che inducono un medesimo effetto che, per tale via, assume autonomia concettuale (il ragionamento è svolto, in generale, da V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie*, Milano, 2013, p. 37).

⁷⁹ Il presente studio si propone di affrontare l'ipotesi più frequente, oltretutto economicamente significativa, in cui è soggetto a iscrizione ipotecaria il pieno diritto di proprietà di un bene immobile (art. 2810, primo comma, n. 1, cod. civ.).

⁸⁰ Si potrebbero utilizzare anche le espressioni *bene di partenza* e *bene di arrivo*, che pongono in luce il fenomeno del trasferimento dell'ipoteca, prendendo spunto dalla figura del *trasferimento in volo* usata efficacemente da S. MEUCCI, *Diritti edificatori e autonomia negoziale*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 90 s.; ID., *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, p. 105 s.

Ogni momento della serie è, in quest'indagine, parimenti essenziale, giacché mancando anche solo uno di essi la vicenda è espulsa dalla «modificazione ipotecaria oggettiva omogenea», come definita in via stipulativa. Ricade, così, al di fuori del perimetro della presente ricerca la modifica ipotecaria: che è sì oggettiva, perché concerne il bene ipotecato; ma non omogenea, perché qui l'ipoteca non si trasporta su bene capace d'iscrizione (art. 2810 cod. civ.).

5. Modifica ipotecaria oggettiva «eterogenea»

Possono infatti darsi tante altre vicende iscrivibili sì nel novero della «modifica ipotecaria oggettiva», però non più «omogenea» e quindi «eterogenea». Queste si distinguono dalle ipotesi che sono parse alimentare la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, perché, adottando un criterio selettivo di tipo residuale o negativo, non si lasciano ricomporre lungo i binari attraverso i quali corre la ricordata serie.

In relazione a questa «modifica ipotecaria oggettiva eterogenea», si pensi, ad esempio, alla disposizione portata dall'art. 2742 cod. civ. allorché il proprietario ipotecato non voglia o non possa ricostruire il bene andato deteriorato o perito, con la conseguenza che il diritto di ipoteca si estingue e si risolve nel diritto di prelazione del creditore al pagamento dell'indennizzo.

Nella descritta ipotesi, che, a livello fenomenologico, può farsi confluire nello spazio delimitato dall'ambito d'applicazione dell'antico ditterio *pretium succedit in locum rei*, infatti, se la prelazione che compete al creditore rinviene la propria fonte nel precedente diritto di ipoteca, che ne stabilisce contenuto e limiti, non è revocabile in dubbio che all'originario diritto reale di garanzia, che si estingue in modo irreversibile, succede un qualcosa che, secondo la sistemazione più condivisibile, appare assumere la struttura del diritto di credito⁸¹. Rispetto alla «modifica ipotecaria oggettiva omogenea», in essa pertanto difetta almeno il momento di cui alla lettera c) della sequenza, giacché il bene sul quale si dovrebbe trasferire il diritto reale di garanzia non è capace di ipoteca.

⁸¹ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 973 s.

Il mancato ripristino di ciò che è andato perito rappresenta, nell'art. 2742 cod. civ., il fatto in presenza del quale trova attuazione quello che da più parti è stato definito alla stregua di meccanismo surrogatorio⁸², ma che, dal punto di vista dell'effetto prodotto dalla norma, si traduce, né più né meno, nell'estinzione del precedente rapporto ipotecario, quale conseguenza del perimento del bene, e nella costituzione di un nuovo rapporto avente ad oggetto il pagamento dell'indennità, sulla quale potrà far valere le proprie ragioni il creditore ipotecario, con l'ordine di preferenza assicurato dall'ipoteca ormai estinta⁸³.

⁸² A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., p. 1513.

⁸³ Il taglio del lavoro suggerisce di soffermare l'attenzione sul solo caso rappresentato dal totale perimento del bene. In questo contesto, l'assicuratore deve, innanzitutto, sospendere il pagamento dell'indennizzo a favore dell'assicurato. Qualora eseguito prima del decorso del termine di trenta giorni entro il quale i creditori possono fare opposizione, infatti, lo stesso pagamento non estinguerebbe l'obbligo gravante sull'assicuratore. Più in particolare, entro il termine di trenta giorni (non perentorio, secondo E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 423 s.), decorrente o dal momento della verifica del fatto che determina la perdita o il deterioramento, oppure, in caso di creditori iscritti, da quello della notificazione dello stesso fatto a cura dell'assicuratore, i creditori hanno l'onere di fare opposizione contro il pagamento dell'indennizzo a favore del debitore, attraverso una dichiarazione non negoziale di volontà [si veda V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, p. 162 ss. In tema di onere, cfr. inoltre F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 235, il quale, distinguendolo dall'obbligo, osserva che «(...) il *genus commune* è la *necessitas*, la *differentia specifica* riguarda la coincidenza tra il soggetto necessitato e il soggetto dell'interesse tutelato, che si riscontra nell'onere e non nell'obbligo: mentre l'obbligo è la necessità di subordinare un interesse proprio a un interesse altrui, l'onere è necessità di subordinarvi un altro interesse proprio», sicché la «pietra di paragone» per distinguere tra obbligo ed onere sta nel verificare se la mancata osservanza del comportamento ivi descritto determina, rispettivamente, un illecito oppure no. La figura dell'onere è sottoposta a valutazione critica da parte di N. IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, in ID., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 51 ss.; e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 107 ss. (da cui si cita); ID., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 45 s.; infine, ID., *Proprietà e impresa*, cit., p. 19 ss., spec. 21 s., secondo il quale «l'onere non indica un tipo di effetto giuridico, ma un modo di essere della fattispecie. Si ha onere, dove l'efficacia giuridica di un comportamento (c.d. esercizio del potere) presuppone l'osservanza di un altro comportamento, tenuto dal medesimo soggetto. L'onere descrive un nesso tra elementi della fattispecie, non già un sottotipo di dovere giuridico; non dice che il singolo è tenuto a qualcosa, ma che qualcosa è presupposto indeclinabile per il verificarsi dell'effetto». L'opposizione produce

Possono, altresì, farsi confluire nell'orbita che grava attorno alla modifica ipotecaria oggettiva c.d. eterogenea anche altre norme che pure prevedono una vicenda in senso lato modificativa dell'originario rapporto ipotecario, nel quadro dell'assenza dei requisiti essenziali per la configurazione di quella che è stata definita modifica ipotecaria oggettiva c.d. omogenea.

Tra queste, si segnala, innanzitutto, l'art. 2815 cod. civ., il quale prevede, con disciplina tutto sommato analoga a quella portata dal successivo art. 2816 cod. civ. a proposito del diritto di usufrutto⁸⁴, che, in caso di affrancazione, le ipoteche gravanti sul diritto del concedente⁸⁵ del fondo enfiteutico si risolvono sul prezzo, rapportato ad una somma di quindici volte il canone annuo⁸⁶, dovuto dall'enfiteuta per l'acquisto della proprietà⁸⁷. In questi casi, l'enfiteuta, debitore del prezzo dell'affranco, può pagarlo al concedente solo una volta soddisfatti i creditori iscritti, secondo l'ordine delle rispettive cause di privilegio⁸⁸.

Con riferimento a questa ipotesi, che, ancora una volta, può dirsi soggetta, a livello descrittivo, all'antica regola *pretium succedit in locum rei*, alcuni studiosi vi intravedono un'applicazione della surrogazione reale c.d. impropria⁸⁹; altri, invece, vi ravvisano, più semplicemente, il risultato di un'arbitraria soluzione legislativa, diretta a tutelare il concedente che, in difetto di essa, vedrebbe praticamente preclusa la possibilità di ricorrere al mercato del credito a causa di un'ipoteca altrimenti aleatoria⁹⁰.

l'effetto di vincolare lo stesso indennizzo al pagamento dei creditori privilegiati, legittimati conseguentemente a soddisfarsi direttamente su questa somma di danaro sino alla concorrenza di quanto dovuto, tenuto conto dell'ordine stabilito dalla singola causa di privilegio (così, A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., p. 1514).

⁸⁴ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 165.

⁸⁵ Nel caso di ipoteche iscritte sul diritto dell'enfiteuta, a seguito dell'affrancazione esse si estendono sulla piena proprietà del fondo (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 160).

⁸⁶ Si vedano, le leggi del 22 luglio 1966, n. 607, e del 18 dicembre 1970, n. 1138.

⁸⁷ F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁸ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 160, il quale illustra anche le modalità fissate dagli artt. 15 e 16 della legge 11 giugno 1925 n. 998 per quanto attiene al procedimento di ripartizione del prezzo tra i creditori.

⁹⁰ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

Ad una valutazione di carattere oggettivo, è invece possibile individuare, nella norma appena ricordata, una delle ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva eterogenea, nella quale si determina, in base alla volontà della legge, la sostituzione del precedente oggetto della garanzia con un bene incapace di ipoteca, sul quale, ciononostante, il creditore già ipotecario potrà far valere, nei confronti degli altri creditori, così come del debitore, la causa di prelazione con l'ordine derivante dal diritto ormai estinto.

Per quanto concerne, invece, la devoluzione, l'art. 2815 cod. civ. dispone che l'ipoteca sull'enfiteusi si risolve su quanto dovuto dal concedente a titolo di indennità per i miglioramenti e, in quanto maturato, anche sul diritto all'indennizzo per le addizioni. Mentre è parificata alla disciplina della devoluzione l'ipotesi di cessazione dell'enfiteusi per scadenza del termine, per quel che concerne la prescrizione del diritto per non uso, la stessa disposizione prevede invece che, con l'estinzione del diritto di enfiteusi, si determina anche quella delle ipoteche sullo stesso diritto iscritte⁹¹. Va infine da sé che, in tutti i casi nei quali si estingue il diritto dell'enfiteuta, l'ipoteca iscritta sul diritto del concedente si espande all'intera proprietà⁹².

Questa breve indagine sull'art. 2815 cod. civ. ha consentito di selezionare altri fatti che possono farsi rientrare all'interno della categoria che è stata nominata modifica ipotecaria sì oggettiva, ma eterogenea, non omogenea. In presenza di essi, infatti, in senso lato, si assiste a questo trasferimento dell'oggetto del diritto dal bene sul quale esso poteva esercitarsi al diverso bene, il quale però non è più capace d'ipoteca.

6. Piano dell'indagine

Muovendo dalle premesse poste, il presente studio ha per oggetto l'indagine di quei fenomeni che si è creduto di poter ricondurre entro la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea. Si tratta infatti di vicende che, secondo quanto accade nella realtà, sono unificate dalla produzione di un effetto a esse co-

⁹¹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 161.

⁹² A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*



mune: il trasferimento dell'ipoteca dal bene «uno» al bene «due», pure capace d'iscrizione⁹³.

Dopo aver osservato che le ipotesi che alimentano questa categoria paiono coincidere, anche se solo in parte, con quelle che, secondo la dottrina, permetterebbero di riconoscere, ancora oggi, un ambito di rilevanza a favore della surrogazione reale e, più in particolare, di quella in senso stretto o propria, il presente studio si propone di verificare se, rispetto al «trasferimento dell'ipoteca» (indipendentemente dalle fattispecie da cui esso dipende), sia possibile individuare una disciplina di carattere generale che consenta di prevedere e risolvere⁹⁴ i problemi ad esso connessi.

⁹³ Detto in altre parole, al verificarsi dei fatti contemplati da alcune fattispecie, tra loro unificabili perché operanti sullo sfondo dell'esistenza di un precedente diritto di ipoteca, l'ordinamento determina un effetto ad esse comune che si lascia compendiare in questo trasferimento dell'ipoteca. Da questo momento, sarà possibile esercitare, nei limiti previsti dalla legge, l'azione ipotecaria non più sul bene «uno», ma sul bene «due».

⁹⁴ Il tema, di assoluto rilievo, della centralità del profilo della prevedibilità del fatto e della necessaria calcolabilità della decisione della controversia da esso dipendente, quale conseguenza del superamento della crisi della fattispecie, è magistralmente intuito da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

Capitolo I

LA MODIFICA IPOTECARIA OGGETTIVA OMOGENEA: IL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA



Sezione I

IL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA NEI CODICI

SOMMARIO: 1. La modifica dell'oggetto dell'ipoteca dipendente dal trasferimento coattivo per la ricomposizione fondiaria (art. 853 cod. civ.). – 2. Il trasferimento dell'ipoteca sul bene ricostruito con l'indennità corrisposta dall'assicuratore (art. 2742 cod. civ.). – 3. *Segue*: considerazioni sistematiche. – 4. *Segue*: l'art. 572 cod. nav. – 5. Il trasferimento dell'ipoteca derivante da divisione della proprietà: a) l'ipoteca sulla quota astratta. – 6. *Segue*: b) l'ipoteca su bene determinato. – 7. Il trasferimento dell'ipoteca del creditore perdente. – 8. *Segue*: limiti. – 9. *Segue*: osservazioni critiche. Rinvio.

1. *La modifica dell'oggetto dell'ipoteca dipendente dal trasferimento coattivo per la ricomposizione fondiaria (art. 853 cod. civ.)*

Un primo esempio di trasferimento dell'ipoteca è individuabile nell'art. 853, terzo comma, cod. civ.¹, che deriva, nelle sue linee generali, dall'art. 25 della legge sulla bonifica integrale, introdotta con il r.d. 13 febbraio 1933, n. 215².

¹ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 820; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 55 s. e 416 s., nota 59; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 153; P. VIRGADAMO, *Dei privilegi sopra gli immobili*, cit., p. 156.

² Il comma 1 dell'art. 1, d.lgs. 1 dicembre 2009, n. 179, in combinato disposto con l'allegato 1 allo stesso decreto, ha, tra l'altro, ritenuto indispensabile la permanenza in vigore del r.d. n. 215 del 1933, anche relativamente agli artt. 25 e 33, che disciplinano di un'ipotesi di trasferimento del diritto di ipoteca. Il primo, l'art. 25, dispone infatti che: «1. I diritti reali, escluse le servitù prediali, sono trasferiti sui terreni assegnati in cambio (...). 3. Le ipoteche che non siano costituite su tutti i terreni dello stesso proprietario graveranno sul fondo di nuova assegnazione per una quota parte, corrispondente in valore ai terreni su cui erano costituite. 4. In caso di esproprio, il fondo sarà espropriato per intero e il creditore ipotecario troverà collocazione, per il suo credito, solo sulla parte del prezzo corrispondente alla quota soggetta all'ipoteca». L'art. 33 poi aggiunge che: «1. Il provvedimento di appro-

La disciplina derivante dalla disposizione non è apparsa del tutto soddisfacente a chi ha osservato che, mentre il caso ordinario contemplato dalla legge sulla bonifica consiste nella stipula di «permutate coattive» tra comproprietari, nell'art. 853 cod. civ. lo strumento prescelto dal legislatore, nella prospettiva di assicurare il piano di riordino della proprietà attraverso l'affidamento di funzioni esecutive al consorzio previsto dalla legge (art. 850 cod. civ.)³, è invece rappresentato dal «trasferimento coattivo»⁴ (art. 851 cod. civ.).

La norma racchiusa nell'art. 853, ultimo comma, cod. civ., regola le ipoteche iscritte sui terreni nel caso in cui al proprietario ipotecato sia assegnato un nuovo fondo al posto di quello già gravato: parafrasando la norma, accade che le ipoteche «sono trasferite sul fondo di nuova assegnazione per una quota corrispondente in valore ai terreni su cui erano costituite».

Con il caratteristico effetto della modifica dell'oggetto dell'ipoteca, quale conseguenza del trasferimento del diritto, l'art. 853 cod. civ. è parso ai più un punto di emersione dell'istituto della surrogazione reale; secondo altri, invece, costituirebbe nient'altro che la conseguenza derivante dall'adozione di un'arbitraria scelta legislativa, adottata in occasione del contemperamento tra interessi confliggenti in conseguenza dell'atto di ricomposizione fondiaria⁵.

A seguito della vicenda che determina, in senso lato, la modifica dell'oggetto dell'originario rapporto ipotecario, con l'art. 853, terzo comma, cod. civ. è posto un divieto di espropriazione par-

vazione del piano di sistemazione deve essere trascritto a cura del consorzio, entro 30 giorni dalla sua data, presso la conservatoria delle ipoteche nella cui circoscrizione sono situati i beni. 2. A cura del consorzio deve essere altresì provveduto alle vulture catastali e alla pubblicità dei passaggi delle ipoteche sui fondi di nuova assegnazione. Tale pubblicità è fatta mediante annotazione a margine o in calce all'iscrizione originaria, con l'indicazione del fondo di nuova assegnazione o della quota parte di esso, se l'ipoteca debba gravare su questa».

³ G. PESCATORE, R. ALBANO, *Della proprietà*², in *Comm. Cod. Civ.*, Libro III, 1, Torino, 1967, p. 228.

⁴ F. DE MARTINO, in F. DE MARTINO, R. RESTA, G. PUGLIESE, *Della proprietà (Art. 810-956)*⁴, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 229.

⁵ F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 230; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 346. *Contra*, G. PESCATORE, R. ALBANO, *op. cit.*, p. 232, nota 7; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 203 s.

ziale del fondo. Il motivo si rinviene nel fatto che, se così non fosse, si determinerebbe quella situazione contrastata dalla *ratio* della disciplina, espressione di un sicuro sfavore per un eccessivo frazionamento dei fondi rustici⁶. Pertanto, in questi casi, non si potrebbe procedere se non attraverso un'espropriazione totale del bene immobile, in un contesto nel quale il credito garantito risulta collocato sulla parte di ricavato dall'incanto corrispondente alla quota soggetta ad ipoteca⁷.

In occasione di questa ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva omogenea⁸, possono porsi taluni problemi attinenti, ad esempio, al regime di pubblicità della vicenda, al tema dell'efficacia dei diritti di ipoteca in ipotesi iscritti successivamente all'atto di ricomposizione fondiaria e, infine, agli effetti prodotti dalla stessa vicenda sul grado ipotecario.

Con riferimento al primo aspetto, la difficoltà consiste, ad esempio, nell'omessa segnalazione, da parte della norma di riferimento, se questo trasferimento del diritto di ipoteca sia in qualche modo soggetto ad un'autonoma forma di pubblicità⁹, o mediante una nuova iscrizione dell'ipoteca oppure attraverso una semplice annotazione¹⁰; *a fortiori*, è anche omessa qualsivoglia

⁶ F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 230.

⁷ F. DE MARTINO, *op. loc. ult. cit.*; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 171.

⁸ Lo studio dell'art. 853 cod. civ. conferma l'illazione, sopra svolta, secondo la quale essa dà vita ad una vicenda che, almeno ad una prima valutazione, può dirsi modificativa dell'oggetto dell'originario rapporto ipotecario, sussumibile nella categoria che, in via stipulativa, è stata chiamata modifica ipotecaria oggettiva omogenea. Si dà infatti un iniziale rapporto tra creditore ipotecario e proprietario ipotecato, che ha portato alla nascita del diritto di ipoteca. Si verifica quindi, successivamente all'iscrizione della stessa ipoteca, il fatto rilevante: il trasferimento coattivo mediante assegnazione al proprietario di un nuovo fondo. Questo fatto determina anche il trasferimento dell'ipoteca, dal fondo sul quale essa è stata originariamente presa ad un diverso terreno, assegnato d'imperio al proprietario nella prospettiva di una razionale ricomposizione fondiaria.

⁹ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 152 s., osserva, sul punto, che mentre, come sopra visto, l'art. 33 del r.d. n. 215 del 1933 stabilisce che «il trasferimento deve essere eseguito: "mediante annotazione a margine o in calce all'iscrizione originaria (...)»», nell'art. 853 cod. civ. nulla è invece previsto in modo espresso al riguardo.

¹⁰ Secondo B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 153; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 278, è necessario procedere mediante un'iscrizione conformemente a quanto previsto dall'art. 2825 cod. civ., in esito ad un'applicazione analogica di questa disposizione.

indicazione inerente agli effetti connessi all'eventuale espletamento di una qualche forma di pubblicità della vicenda¹¹.

La seconda nota critica consiste nel fatto che, secondo quanto previsto dall'art. 2809 cod. civ., le ipoteche successive al trasferimento coattivo si dovranno estendere a tutto il fondo, con la conseguenza pratica che sarà possibile individuare uno scenario nel quale, ad un tempo, convivono – anche se, tutto sommato, in modo armonico ed ordinato, in considerazione del grado delle rispettive iscrizioni –, un'ipoteca che incide su di una limitata parte del più ampio fondo e un'altra che invece insiste sullo stesso fondo nella sua interezza¹².

Va notato, infine, che nessun riferimento si rinviene, nella stessa disposizione, riguardo al tema del grado risultante dal trasferimento dell'ipoteca. Non è infatti stabilito, in modo espresso, se, in virtù della vicenda in senso lato modificativa dell'oggetto, la stessa ipoteca continui ad essere caratterizzata dal precedente grado oppure se, al contrario, il trasferimento determini, con sé, anche l'effetto di un nuovo grado ipotecario¹³.

2. *Il trasferimento dell'ipoteca sul bene ricostruito con l'indennità corrisposta dall'assicuratore (art. 2742 cod. civ.)*

Appartiene alla comune esperienza il principio, immanente all'ordinamento giuridico e risalente al diritto romano, secondo il quale il perimento del bene produce anche l'estinzione dei diritti che su di esso possono farsi valere¹⁴.

¹¹ Gli artt. 855 e 854 cod. civ. si limitano, infatti, a prevedere, rispettivamente, che il trasferimento dei diritti, anche di ipoteca, si attua in virtù dell'atto amministrativo di approvazione del piano di riordinamento, il quale poi va trascritto presso il competente ufficio dei registri immobiliari.

¹² F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 230.

¹³ In modo apodittico, B. MARIANI, *op. loc. ult. cit.*, afferma però che «qui è rispettato il grado».

¹⁴ A. GIANOLA, voce *Surrogazione reale*, cit., p. 238. In questi casi, secondo una suggestiva ricostruzione, si verificherebbe un'ipotesi di «estinzione necessaria» in contrapposto a quella che può denominarsi «estinzione propriamente legale». Più in particolare, nell'esperienza giuridica la distruzione della cosa rappresenterebbe

È per tale ragione che, spesso, l'ordinamento si prodiga a dettare norme che si danno cura di regolare il profilo del collocamento del rischio «perimento», per vedere se, di volta in volta, ad esempio, sia opportuno farlo ricadere su chi aveva la detenzione della cosa oppure su chi vantava sulla stessa il diritto di proprietà, fatto quest'ultimo normalmente compendiabile nell'adagio *res perit domino*¹⁵.

Conformemente alla sua portata generalissima, questo principio esplica i propri effetti anche quando si estingue la cosa sulla quale insiste un diritto reale di garanzia, come l'ipoteca, che pure conseguentemente si estingue¹⁶. L'art. 2878, n. 4, cod. civ., in modo conforme al previgente art. 1951¹⁷, recependo questa antica *regula iuris*, prevede dunque che l'ipoteca, di regola, si estingue con il perimento del bene ipotecato¹⁸.

Peraltro, è il caso di notare che alla norma appena ricordata, che dispone l'effetto estintivo del diritto di ipoteca per il caso di perimento del bene sul quale la stessa è iscritta, si affianca un'altra norma che invece, al verificarsi di ulteriori fatti, prevede una differente e, a seconda dei casi, più o meno intensa, vicenda modificativa del precedente rapporto ipotecario¹⁹.

un'esperienza limite, nella quale ogni interesse resta inevitabilmente sacrificato. L'effetto contemplato dalla norma non può più trovare applicazione. Qui ogni sacrificio peraltro non è voluto dalla legge, ma è imposto da una necessità esterna (così, A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 19 s.).

¹⁵ Ad esempio, cfr. artt. 1376, 1465, 1523 cod. civ.

¹⁶ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 52; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 152; F. LONGO, *op. cit.*, p. 207 s.; A. CHIANALE, *Ipoteca*, in AA.Vv., *Diritti reali di garanzia*, V, in *Tratt. dir. reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2014, p. 494; ID., *L'ipoteca*, cit., p. 411; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 399 s.; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 493.

¹⁷ E. PERONACI, *op. loc. ult. cit.*; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 197; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 9; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 411.

¹⁸ P. BOERO, *op. cit.*, p. 707 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 508; E. PROTETTÌ, *op. cit.*, p. 308; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 327; ID., *Diritti reali in generale*, cit., pp. 104 e 257; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 345; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 292.

¹⁹ Per una diversa sfumatura, peraltro, si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., p. 444, il quale assume che se, a seguito del perimento della cosa, si estingue anche il diritto reale di garanzia iscritto sulla stessa cosa, ciò accade nell'ipotesi illustrata in virtù di una «finzione» (che, come noto, egli elevava, al tempo della riflessione, a fondamento dell'istituto della surrogazione reale) «per la

Allorché la cosa perita, ma anche solo deteriorata, sia assicurata contro siffatto rischio, l'art. 2742 cod. civ. dispone, con due differenti norme, che il diritto reale di garanzia, in un caso, si risolve sull'indennizzo dovuta dall'assicuratore. Nell'altro caso, che si verifica quando il proprietario del bene perito preferisca impiegare l'indennità per la ricostruzione, l'ipoteca invece si trasferisce sul bene così realizzato²⁰.

Nella seconda delle dette eventualità è per questo motivo che l'art. 2878, n. 4 cod. civ., nel disporre che, in generale, il perimento del bene comporta l'estinzione dell'ipoteca, precisa che in questi casi è fatto «salvo quanto stabilito dall'art. 2742».

Nonostante quanto può, in astratto, essere sostenuto²¹, non si reputa che l'art. 2742 cod. civ., nella parte in cui consente al proprietario di eseguire la ricostruzione del bene, mediante l'uso dei fondi forniti dall'assicuratore, con conseguente trasferimento dell'ipoteca dal bene originario a quello risultante dalla ricostruzione, possa qualificarsi entro il novero delle norme eccezionali. Se, infatti, la lettura dell'inciso «eccetto che» con cui si chiude la proposizione normativa contenuta nell'art. 2742, primo comma, cod. civ. potrebbe lasciar propendere proprio per questa soluzione, una simile conclusione non appare pienamente condivisibile.

L'art. 2742 cod. civ., infatti, più che dirsi eccezionale, dà corpo ad una norma regolare. Questa disposizione secondo alcuni non rappresenta altro che una puntuale applicazione del principio racchiuso nell'art. 2811 cod. civ.²²; secondo altri, invece, essa si limita ad attribuire all'indennità corrisposta dall'assicuratore la sua

quale si considera che la nuova cosa sia l'antica, si ammette che il diritto reale di garanzia possa rivivere».

²⁰ I puntuali riferimenti storici che hanno consentito, in Italia, dapprima la disciplina dell'art. 1951 cod. civ. previgente e, quindi, dell'attuale art. 2742 cod. civ. sono minuziosamente indicati da F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 425 ss. Essi, in particolare, si fanno risalire agli studi compiuti in Francia dal 1844 al 1850 in occasione dei lavori preparatori della riforma ipotecaria, i cui risultati sono poi stati fatti propri dalla legge ipotecaria belga del 16 dicembre 1951.

²¹ D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 89; G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980, p. 39; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 292 s.; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 197; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 9; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 414.

²² E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 308.

naturale destinazione; destinazione che, talvolta, è fatta coincidere con lo strumento più appropriato a fornire al creditore quel rimedio di cui ha bisogno per il soddisfacimento del proprio interesse²³; talaltra, nel ripristino della cosa già assicurata e andata distrutta, e non certo nel pagamento del diritto di credito vantato dal titolare dell'ipoteca²⁴.

L'art. 2742 cod. civ. dimostra, cioè, di considerare come «ottimale» la soluzione del ripristino, mediante l'uso dell'indennizzo, della cosa deteriorata o andata distrutta. È peraltro chiaro che in un contesto nel quale quella cosa e, allo stesso tempo, l'indennità che ne costituisce il controvalore economico, rappresenta un *quid* sul quale è impresso un vincolo²⁵ di destinazione a garanzia dei creditori ipotecari²⁶, la norma attribuisce agli stessi creditori il potere di chiedere al giudice di disporre le opportune cautele perché non si disperda il bene, oltreché l'indennizzo necessario a ricostruirlo, sul quale poter esercitare la causa di prelazione²⁷.

L'art. 2742 cod. civ., pertanto, coerentemente all'art. 1951 cod. civ. del 1865, nella parte in cui dispone che le somme dovute dagli assicuratori per il perimento della cosa sono vincolate al pagamento dei creditori privilegiati, salvo che vengano impiegate per la riparazione della stessa perdita, attribuisce ai creditori il diritto

²³ Così, A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1264 s., secondo cui è possibile affermare che: «il meccanismo surrogatorio (...) costituisce un indispensabile completamento dell'istituto delle garanzie reali: esso dà al creditore l'ulteriore sicurezza di poter contare sull'indennità corrispondente al valore della cosa e quindi tutela al massimo il suo interesse di garanzia».

²⁴ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 73.

²⁵ D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., p. 91.

²⁶ In ordine al vincolo, quale situazione giuridica soggettiva secondaria di contenuto negativo, preordinata a conservare la destinazione impressa a uno o più beni, si veda M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in *Dizionari del diritto privato*, I, *Diritto civile*, a cura di N. Irti, Torino, 1980, p. 887.

²⁷ L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 973; V. ANDRIOLI, *Commento sub art. 2742 cod. civ.*, cit., p. 29; E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 420 s.; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 71; M. D'AMELIO, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, in *Libro della tutela dei diritti*, diretto da M. d'Amelio, cit., p. 445; D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., p. 90. Alla stessa conclusione giunge anche la giurisprudenza, nella parte in cui mette in rilievo che l'ipoteca si risolve nel diritto di prelazione a favore dei creditori solo ove il proprietario non abbia deciso di ricostruire il bene perito (così, Cass., Sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3655, in *Ced Cass.*, 2013).

di rivalersi con preferenza sull'indennità solo in via residuale, laddove il proprietario non abbia deciso di reimpiegare quelle somme per la ricostruzione del bene²⁸. Non si manca, al riguardo, di precisare che questa sistemazione non diverrebbe controversa anche se fosse frattanto divenuto esigibile il diritto di credito garantito ipotecariamente²⁹. La stessa conclusione potrebbe, infatti, tenersi ferma avuto riguardo alla sicura prevalenza del diritto d'impiego del proprietario, rispetto al diverso diritto di prelazione dei creditori³⁰.

È, inoltre, opportuno segnalare due ulteriori motivi per i quali i creditori appaiono, in ogni caso, sprovvisti del potere di opporsi alla ricostruzione della cosa³¹.

Innanzitutto, perché il significato della norma sopra messo in rilievo (i creditori possono rivalersi in via diretta sull'indennità solo in mancanza dell'impiego delle somme per la ricostruzione del bene) è ossequioso del criterio letterale³². Dando alla norma quel significato fatto palese dall'uso proprio delle parole, si perviene al risultato che la scelta del proprietario di ricostruire il bene impedisce, al contempo, l'estinzione dell'ipoteca, che si trasferisce sul bene ricostruito, e la nascita del diritto di credito da far valere direttamente sull'indennità³³.

Il medesimo risultato, peraltro, si raggiunge anche muovendo dall'applicazione di un canone interpretativo di stampo sia sistematico sia logico, che questa volta faccia leva sulla *ratio* che irradia la disciplina del contratto di assicurazione. Quest'ultimo, in-

²⁸ E. PERONACI, *op. loc. ult. cit.*; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 444.

²⁹ L. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1884, p. 100 s.

³⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 445 s.

³¹ L. LUZZATI, *op. loc. ult. cit.*

³² Fa leva sui «termini generali adoperati dall'art. 1951» cod. civ. prev. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 444.

³³ Secondo V. ANDRIOLI, *Commento sub art. 2742 cod. civ.*, cit., p. 29, la norma ravviserebbe un «fatto impeditivo della surrogazione nell'essere la somma dovuta dall'assicuratore impiegata a riparare la perdita o il deterioramento». Occorre, peraltro, tener presente che, in modo non pienamente condivisibile, secondo C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 70 s., il trasferimento dell'ipoteca sarebbe ammesso solo quando la perdita non abbia «annullato la cosa nella sua individualità, in quanto, altrimenti, mutando l'oggetto della garanzia e della causa di prelazione, il rapporto relativo sarebbe completamente rinnovato e verrebbe ad avere una regolamentazione propria, indipendente dal rapporto precedente».

fatti, si stipula per scongiurare il rischio della perdita dell'integrità della cosa, in un contesto nel quale l'«unico arbitro» legittimato a valutare, in definitiva, la convenienza della ricostruzione è rappresentato dall'assicurato³⁴. Per questo motivo, l'opzione che volesse proporre uno scenario ermeneutico nel quale, in seguito al perimento, i creditori potrebbero immediatamente far valere le loro ragioni sull'indennità, per quanto visto, non solo contrasterebbe con il significato della norma ottenuto mercé il criterio letterale, ma anche con il senso derivante dalla fruizione dei canoni sistematico e logico; quell'opzione tradirebbe, cioè, l'esigenza d'individuare il significato della norma nel più ampio contesto nel quale la vicenda è inserita, oltretutto secondo l'intenzione del legislatore che si riflette nella natura giuridica del contratto da cui deriva il diritto al pagamento dell'indennità.

La conclusione raggiunta non appare irragionevole anche tenuto conto che, aderendo ad essa, i creditori non perdono nulla, poiché, una volta avvenuta la ricostruzione, possono comunque far valere i loro diritti sul bene ricostruito³⁵. Solo se non dovesse realizzarsi la condizione della ricostruzione di quest'ultimo, ora a causa dell'inerzia del debitore, ora per quella serbata dai creditori interessati³⁶, ecco che allora subentrerebbe, in alternativa, come effetto automatico, una vicenda che, a livello fenomenologico, può dirsi produttiva della sostituzione del *pretium* alla *res*³⁷, secondo il

³⁴ E. PERONACI, *op. loc. ult. cit.*; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 446.

³⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*; C.M. PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., p. 70; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 217.

Per inciso, se l'ipoteca colpisce anche il sedime dell'edificio, la ricostruzione determina automaticamente il mantenimento dell'efficacia della stessa ipoteca che si estende alla nuova costruzione, in virtù dell'applicazione del vincolo delle accessioni di cui all'art. 2811 cod. civ. Se, invece, il diritto di ipoteca è stato concesso da parte del superficiario, lo stesso diritto continua a insistere sulla superficie (così, A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., pp. 346 e 494 s.).

³⁶ L. LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, cit., p. 103, osserva che i creditori possono pretendere, anche contro la volontà del debitore, che l'indennità sia destinata alla ricostruzione o riparazione. In questa ipotesi, che può configurarsi, ad esempio, allorché l'indennità può restituire all'immobile un valore idoneo ad assicurare l'integrale soddisfacimento delle ragioni dei creditori, l'interesse del creditore coincide con quello del debitore, nel nome del quale si esercita il diritto in via surrogatoria.

³⁷ Secondo Cass., Sez. III, 14 febbraio 2013, n. 3655, cit., «La cosiddetta “surrogazione reale” dell'indennità alla cosa assicurata, prevista dall'art. 2742 cod. civ., ha

procedimento delineato dall'art. 2742, secondo comma, cod. civ.³⁸.

Per quanto osservato, anche in relazione all'art. 2742 cod. civ. è stato possibile porre in rilievo una delle fattispecie al verificarsi delle quali si determina la nota vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca. È per questo motivo che, anche qui, va conseguentemente posto, in modo ineludibile, il problema della disciplina alla stessa applicabile; problema non secondario, solo considerato che, ancora una volta, nella disposizione nulla si dice, ad esempio, riguardo agli effetti del trasferimento dell'ipoteca rispetto al grado ipotecario, oppure sulla necessità che il fatto giuridico sia assoggettato a questa o quella forma di pubblicità, e con quali effetti, e via dicendo.

Problemi, quelli appena tratteggiati, che però non sembrano avvertiti in tutte le loro implicazioni dalla dottrina che, credendo di ricondurre questo trasferimento dell'ipoteca all'interno della categoria della surrogazione reale³⁹, e più precisamente della

l'effetto di imporre all'indennizzo assicurativo un vincolo di destinazione a favore del creditore dell'assicurato titolare di un diritto di prelazione sulla cosa distrutta».

³⁸ L.V. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.* Il tutto, beninteso, in un contesto nel quale il diritto di ipoteca qui perde la sua originaria connotazione e struttura, estinguendosi, con la conseguenza che non si avrebbe più a che fare con una vicenda che, almeno per quanto può dirsi allo stato della ricerca, è semplicemente modificativa dell'oggetto, attraverso il trasferimento del diritto di ipoteca dal bene di partenza al bene di arrivo. In questi casi si avrebbe, infatti, la presenza di un qualcosa che cade al di fuori del perimetro riservato alla categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea. Allorché il diritto di ipoteca si risolve nella causa di prelazione da esercitare sull'indennità, l'originario rapporto ipotecario è interessato da una radicale e irreversibile trasformazione, in esito alla quale si estingue il diritto di ipoteca e, al suo posto, si costituisce un diverso diritto relativo, destinato ad essere soddisfatto all'interno di un nuovo rapporto giuridico, dove la pretesa della parte attiva consiste nel pagamento dell'indennità; la stessa pretesa può, inoltre, farsi valere, più che verso il debitore, nei confronti della parte passiva del relativo rapporto, che è l'assicuratore (cfr. L.V. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.*; R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1954, p. 1 s., il quale, sulla stessa falsariga della vicenda modificativa, porta l'esempio dell'art. 8, d.lgs. 24 febbraio 1948, n. 114, attraverso il quale, in tema di provvidenze a favore delle piccole proprietà contadine, è disposto che «Fatta eccezione delle servitù prediali, i diritti di godimento o di garanzia esistenti sui fondi acquistati secondo le norme del presente decreto sono soddisfatti sul prezzo»).

³⁹ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 60; A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1299 s.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 345 s.;

surrogazione reale in senso stretto o propria, poi reputa di poter pervenire alla conclusione secondo cui in questi casi il rapporto ipotecario resterebbe identico rispetto a quello derivante dall'originaria iscrizione, pur andando ad incidere su di un oggetto in tutto o in parte diverso⁴⁰.

Questa sistemazione, non foss'altro per l'insicuro fondamento al quale si vorrebbe ancorare, non appare tuttavia pienamente condivisibile, come si cercherà di mettere in rilievo nel corso dell'indagine.

3. Segue: *considerazioni sistematiche*

Analizzando, nel dettaglio, ciò che può accadere nella realtà soggetta al campo di applicazione dell'art. 2742 cod. civ., è possibile intravedere uno scenario complesso, rispetto al quale occorre valutare se la distruzione del bene accompagnata dalla sua ricostruzione mercé l'indennizzo determini sempre una semplice modifica dell'oggetto dell'ipoteca e, in caso affermativo, con quali effetti.

La situazione apparentemente unitaria che si ricava dalla lettura della norma si frammenta perché, a seguito del perimento del bene, può accadere che si proceda alla ricostruzione: a) dello stesso bene di quello andato perito sullo stesso fondo; b) di un bene diverso, per forma o cubatura, rispetto a quello andato danneggiato, sempre sullo stesso fondo; c) dello stesso bene di quello andato distrutto su diverso terreno libero da gravami⁴¹; d) di un bene diverso, per forma o cubatura, rispetto a quello risultato

M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 816 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 176; ID., *Diritti reali in generale*, cit., p. 104; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1946, p. 267; G. RUISI, A. PALERMO, C. PALERMO, *I privilegi*, cit., p. 37 ss.; A. GIANOLA, *op. cit.*, p. 240; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 504; C. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 819; M. ESU, *op. cit.*, p. 3; G. FANELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ Così, L.V. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.* Similmente, secondo F. DEGNI, *op. cit.*, p. 792, nell'ipotesi contemplata dalla norma si attua «il trasporto della garanzia ipotecaria, col relativo grado d'iscrizione, dell'immobile assicurato, distrutto o danneggiato».

⁴¹ *Contra*, si veda A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 346, nota 358, il quale nega che si possa procedere alla ricostruzione su di un diverso terreno; pena, in difetto, la creazione di un'ipoteca occulta.

compromesso, su diverso terreno libero da gravami; e) dello stesso bene o di un bene diverso, per forma o cubatura, rispetto a quello andato rovinato, su diverso terreno già ipotecato.

Nelle ipotesi descritte, già a livello intuitivo, è possibile avvertire la sensazione, che poi dovrà trovare un'adeguata conferma nel corso dell'indagine, che le cose non stanno allo stesso modo per ciò che riguarda le vicende indicate nelle lettere a), b), c) e d), da un lato, rispetto a quella delineata nella lettera e), dall'altro.

Infatti, nel primo caso, se l'indennità rappresenta da un punto di vista economico il bene, è possibile affermare che lo stesso bene, una volta perito, è rappresentato da quello ricostruito con l'impiego della somma dovuta dall'assicuratore⁴², a nulla valendo, in contrario, il fatto che l'edificio, ad esempio, sia stato ricostruito con un piano in più o su diverso fondo, sempre di proprietà dell'assicurato, libero da gravami pregiudizievoli⁴³.

Qui si verifica una vicenda che, per quanto osservato, sembra compendiabile nel trasferimento dell'ipoteca, rispetto al quale parrebbe possibile scorgere l'esistenza di una semplice modificazione dell'oggetto della stessa ipoteca.

Questa vicenda, per inciso, è stata accostata a quella regolata dall'art. 1019, secondo comma, cod. civ., allorché il bene posto a oggetto del diritto di usufrutto sia rappresentato da un edificio il quale sia stato assicurato contro il rischio del suo perimento⁴⁴. Secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 1019, cod. civ., in caso di distruzione dell'edificio, se «l'usufruttuario ha provveduto all'assicurazione della cosa o al pagamento dei premi per la cosa già assicurata, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta dall'assicuratore». Ma lo stesso articolo, al secondo comma,

⁴² M. FRAGALI, voce *Ipoteca*, cit., p. 817.

⁴³ Anche qui si verifica, ancora una volta, un'ipotesi riconducibile nella modifica dell'oggetto dell'originario diritto di ipoteca. Si ha, cioè, il trasferimento del diritto reale di garanzia dal bene sul quale lo stesso era stato originariamente iscritto, il bene «uno», a quello che risulta per effetto della ricostruzione, il bene «due». Non rappresenta un elemento ostativo all'accoglimento della conclusione la circostanza che il bene risultante dalla ricostruzione, di valore commerciale non inferiore al precedente, sia, in ipotesi, identico o difforme rispetto a quello assicurato e distrutto, oppure che lo stesso sia costruito sul terreno sul quale insisteva lo stesso bene ovvero su di un diverso fondo libero da pesi, di cui il debitore sia pur sempre proprietario.

⁴⁴ M. FRAGALI, voce *Ipoteca*, cit., p. 817.

disegna una vicenda modificativa, assimilabile a quella che è generalmente etichettata alla stregua di un'ipotesi di surrogazione reale, nella quale si accorda un peso decisivo all'interesse sociale alla ricostruzione⁴⁵. In questa disposizione si afferma infatti che «se è perito un edificio e il proprietario intende di ricostruirlo con la somma conseguita come indennità, l'usufruttuario non può opporsi». Ma, in questo caso, il diritto di usufrutto si trasferisce sull'edificio ricostruito⁴⁶.

Soffermando ora l'attenzione sull'ipotesi delineata alla lett. e) – che si verifica allorquando l'assicurato intenda procedere alla ricostruzione su diverso terreno di proprietà, ma già ipotecato⁴⁷ –, giova segnalare che ad essa non appare attagliarsi la sistemazione sopra divisata.

Nell'ipotesi contemplata dalla stessa lett. e), infatti, il trasferimento dell'ipoteca mal si concilia col fatto che sul terreno sul quale si esegue la ricostruzione è già iscritta una diversa ipoteca, a vantaggio di un diverso creditore; fatti, questi, dei quali non sembra proprio non potersi tenere conto⁴⁸.

Ed è per questo motivo che la prima sensazione, che dovrà poi trovare conferma nel corso dell'indagine, è che, in questi casi,

⁴⁵ Sia permesso rinviare, in argomento, ad AND. GENOVESE, *Il perimento della cosa. Il trasferimento del diritto di usufrutto sull'indennità dovuta dal terzo responsabile del perimento o dall'assicuratore*, in AA.VV., *Usufrutto, uso, abitazione*, II, a cura di G. Bonilini, Torino, 2010, p. 1411. Sottolinea, relativamente al diritto d'impiego dell'indennità nell'art. 2742 cod. civ., «l'interesse pubblico che le perdite e i deterioramenti siano riparati», F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 446; conformemente, allude all'interesse dell'economia pubblica alla riparazione del danno, M. D'AMELIO, *Surrogazione dell'indennità alla cosa*, cit., p. 445.

⁴⁶ Il fatto della rovina dell'edificio assicurato sul quale è costituito il diritto di usufrutto, accompagnato dalla volontà del nudo proprietario avente ad oggetto la ricostruzione del bene mediante l'impiego dell'indennità – in uno scenario nel quale si contrappongono le ragioni del nudo proprietario e dell'usufruttuario – rappresenta il fatto contemplato dalla fattispecie dell'art. 1019 cod. civ. al cui verificarsi si determina la vicenda modificativa, che consiste nel trasferimento del diritto reale di godimento dal bene sul quale è stato originariamente costituito al diverso bene; e ciò indipendentemente dal fatto che quest'ultimo abbia la stessa consistenza del primo ovvero che sia realizzato sullo stesso fondo piuttosto che su di un diverso terreno.

⁴⁷ O altrimenti gravato da gravami pregiudizievoli, che è lo stesso.

⁴⁸ Secondo D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75, nota 18, «(...) per l'art. 2742, I° comma, c.c., si ha surrogazione reale solo se la ricostruzione avviene su un terreno prima non gravato dall'originaria ipoteca».

appare profilarsi una vicenda non qualificabile come semplicemente modificativa quanto all'oggetto del precedente rapporto ipotecario. L'impressione è che qui si ha a che fare con un qualcosa di profondamente diverso, che incide più intensamente sul precedente rapporto.

4. Segue: *l'art. 572 cod. nav.*

In modo non difforme da quanto visto per l'art. 2742 cod. civ.⁴⁹, anche l'art. 572 cod. nav. reca, con riferimento al perimento o deterioramento della nave, che è bene capace d'ipoteca (art. 2810, secondo comma, cod. civ.)⁵⁰, una possibile vicenda riconducibile nel novero della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

La distruzione o il danneggiamento dell'imbarcazione costituisce il fatto che rende esigibili i diritti al pagamento, a favore del proprietario, di alcuni indennizzi, analiticamente indicati nell'art. 572, secondo comma, cod. nav.⁵¹. Tra questi, proprio quello dovuto dall'assicuratore⁵².

Formulando l'ipotesi di lavoro rappresentata dal perimento, si pone, ora, il quesito in ordine al trattamento riservato dalla legge allorché sulla nave, assicurata proprio contro quel rischio, sia iscritta un'ipoteca.

Sul punto, conformemente a quanto accade in relazione all'art. 2742 cod. civ., si danno due differenti norme giuridiche, contemplate dall'art. 572 cod. nav.⁵³. Esse derivano, come sopra

⁴⁹ E. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., p. 426; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁰ Le connessioni tra disciplina speciale dell'ipoteca navale e normativa generale sono indagate, in modo incisivo, da G. PERLINGIERI, *Profili in tema di ipoteca navale e immobiliare. Diritto della navigazione e unitarietà del sistema giuridico vigente*, in *Riv. dir. impr.*, 2014, p. 19 ss.

⁵¹ C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 72.

⁵² L'art. 469 del cod. nav., rubricato, «Avarie comuni», prescrive che: «Le spese e i danni direttamente prodotti dai provvedimenti presi, a norma dell'articolo 302, dal comandante, o da altri in sua vece, per la salvezza della spedizione, sono avarie comuni e vengono ripartiti fra tutti gli interessati alla spedizione stessa, sempre che il danno volontariamente prodotto non sia quello stesso che si sarebbe necessariamente verificato secondo il corso naturale degli eventi».

⁵³ Si veda *retro*, cap. I, paragrafi 2 e 3.

visto, dal risultato del processo interpretativo condotto anche sull'art. 572 cod. nav. alla luce dei criteri letterale, sistematico e logico.

La riparazione attraverso l'indennizzo opera infatti in un contesto nel quale i creditori ipotecari non perdono nulla in conseguenza di essa, giacché potranno continuare a far valere le proprie ragioni, con l'ordine di prelazione previsto dalla legge, mediante o la promozione dell'azione esecutiva sul bene vincolato e ricostruito con l'impiego dell'indennizzo, o attraverso l'intervento nella stessa procedura esecutiva in ipotesi promossa sullo stesso bene da terzi.

Pertanto, in relazione alla prima delle suddette norme, essa si prende cura di disciplinare il fatto complesso caratterizzato da: a) la perdita della nave ipotecata, che dovrebbe, a rigore, determinare in modo automatico anche l'estinzione del diritto di garanzia; b) la decisione del proprietario di impiegare le indennità che gli sono dovute al fine della ricostruzione o riparazione della stessa nave (art. 572 cod. nav.). Alla verifica di questo fatto rilevante l'ordinamento ricongiunge la produzione di un effetto modificativo dell'oggetto del diritto di ipoteca, che si trasferisce dal bene «uno» al bene «due», a nulla valendo, in contrario, che, in seguito al ripristino, l'imbarcazione possa aver subito una qualche modifica – che però non abbia inciso negativamente sul suo valore commerciale – per quel che concerne, ad esempio, la lunghezza, l'altezza, la larghezza o la stazza.

Anche qui, pertanto, si è al cospetto di una vicenda che – nonostante sia fatta confluire, da una parte della dottrina⁵⁴, nell'alveo della surrogazione reale propria – contribuisce invece all'emersione di un'altra ipotesi normativa che concorre ad alimentare la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

Peraltro, *mutatis mutandis*, anche in relazione alla fattispecie regolata dall'art. 572 cod. nav. tornano ad affollarsi gli stessi dubbi che tormentano questa categoria. Difatti, stando almeno alla formulazione letterale della disposizione, anche qui nulla si dice in ordine alla più ampia disciplina in ipotesi applicabile a questa vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca; disciplina la cui

⁵⁴ Cfr. *retro*, nota 39.

individuazione appare però indispensabile per la soluzione di una gran quantità di problemi – come, ad esempio, il grado ipotecario, l'eventuale espletamento della formalità pubblicitaria, ecc. ecc. – che continuano a caratterizzare anche questa specie di trasporto dell'ipoteca.

Come visto, si dà anche una seconda norma giuridica, la quale acquista rilievo nel caso in cui alla distruzione dell'imbarcazione si accompagni non l'operosa attività di ricostruzione, ma l'inerzia del proprietario. In questo caso – che pure dà vita ad una vicenda modificativa, riconducibile, di regola, a livello descrittivo, nel fenomeno della surrogazione reale impropria, oppure, e meglio, nella modifica ipotecaria oggettiva eterogenea –, l'ipoteca si risolve nel diritto dei creditori al pagamento, in modo privilegiato, delle somme di danaro dovute dall'assicuratore e dagli altri debitori: *pretium succedit in locum rei*.

5. Il trasferimento dell'ipoteca derivante da divisione della proprietà: a) l'ipoteca sulla quota astratta

I beni di proprietà sono ipotecabili⁵⁵. Il problema dell'ipoteca che incide su di essi non è secondario nella prospettiva della tutela del credito ipotecario⁵⁶. Vi è, infatti, l'esigenza di offrire un sistema che consenta di affermare che questo tipo di ipoteca possa dirsi utile. E ciò, da un lato, avuto riguardo all'interesse del comproprietario, che dovendo accedere al mercato del credito ha tutto il vantaggio ad avere una garanzia così spendibile⁵⁷; dall'altro, si deve approntare però uno strumento che possa

⁵⁵ L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 110; B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 140; ID., *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 86; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 169; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 146 s.

⁵⁶ In questa sede si trascurava d'esaminare, perché estranea all'oggetto dell'indagine, l'ipotesi dell'ipoteca che sia iscritta a carico di tutti i comproprietari sul bene in comune, con riferimento alla quale, per uno sguardo d'insieme, si vedano L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 110 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 100 ss.; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 166.

⁵⁷ Per un quadro d'insieme, cfr. G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici. Art. 1100-1139*⁶, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 292 ss.

dirsi idoneo a soddisfare le esigenze di garanzia a favore del creditore ipotecario⁵⁸.

Rispetto a queste ultime, la disposizione di cui all'art. 1113, terzo comma, cod. civ., nella parte in cui costruisce un litisconsorzio necessario nel giudizio di divisione anche nei confronti dei creditori iscritti, rappresenta né più né meno che un semplice corollario. In base a questa disposizione, gli stessi creditori iscritti, indipendentemente dal fatto che lo siano di uno o più condomini, devono essere chiamati perché possano intervenire nel giudizio di divisione⁵⁹, giacché, in difetto, la stessa divisione non sarebbe loro opponibile, con la conseguenza che l'ipoteca continuerebbe ad essere pienamente efficace sul bene gravato anche nei confronti dell'assegnatario dello stesso bene ovvero di colui che dovesse aggiudicarselo, una volta posto in vendita all'incanto⁶⁰.

Con l'art. 2825 cod. civ., conformemente alle soluzioni già adottate nel diritto francese, poi rifluite nel codice previgente, si è mantenuta la regola del principio di dichiaratività⁶¹ e retroattività⁶² della divisione⁶³, con la conseguenza che, come espressamente previsto dal primo comma della stessa disposizione, «l'ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione produce effetto rispetto a quei beni o a quella porzione

⁵⁸ Cfr. G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, cit., p. 305, anche per uno sguardo d'insieme delle soluzioni al problema concepite nel diritto romano e nelle esperienze giuridiche straniere.

⁵⁹ F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 160; B. MARIANI, *op. loc. ult. cit.*; R. FERFOL, *L'ipoteca su beni indivisi per la copertura di cauzioni e riserve*, in *L'Assicurazione*, 1949, p. 109.

⁶⁰ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 111 s.

⁶¹ C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 486.

⁶² Il tema generale della retroattività è studiato, in modo incisivo, da A. CIATTI, *Retroattività e contratto: disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, *passim*, al quale si rinvia anche per la completa indicazione della bibliografia di riferimento.

⁶³ G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 485; A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., p. 1 ss.; R. FERFOL, *op. loc. cit.*; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 106; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 159; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 87; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 277; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 144; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 722. *Contra*, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 9 s., secondo cui la divisione non avrebbe efficacia dichiarativa, ma costitutiva e retroattiva. Similmente, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 148.

di beni che a lui verranno assegnati nella divisione». La soluzione prescelta dal legislatore, che non importa la configurabilità di un'ipoteca su cosa futura⁶⁴, agevola il comproprietario non debitore⁶⁵, che, diversamente, avrebbe dovuto subire l'espropriazione forzata per l'intero, salvo poi far valere i propri diritti in via di regresso nei confronti del condomino debitore ipotecato, magari nei fatti anche insolvente⁶⁶.

Nonostante la *sedes materiae* in cui trova ospitalità (la sezione IV dedicata all'ipoteca volontaria), la disposizione racchiusa nell'art. 2825 cod. civ. è ritenuta applicabile a tutti i casi di ipoteca, e quindi indipendentemente dal fatto che la stessa sia volontaria, legale o giudiziale⁶⁷.

La regolamentazione dettata dall'art. 2825 cod. civ. corre lungo due differenti binari, a seconda che l'ipoteca sia presa sulla «quota astratta» ovvero su di «un immobile determinato» facente parte della comunione⁶⁸.

Ricorre la prima ipotesi allorché l'ipoteca grava sulla quota

⁶⁴ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 784 s.

⁶⁵ La giurisprudenza ha avuto modo di osservare che quando il bene indiviso, gravato da ipoteca costituita sulla propria quota da uno dei partecipanti alla comunione, sia stato assegnato ad un convivente diverso da quello che ha concesso l'ipoteca, lo stesso deve pervenire all'assegnatario libero dallo stesso gravame (cfr. Cass., 17 febbraio 1979, n. 1062, in *Mass. Giur. it.*, 1979; Trib. Siracusa, 31 dicembre 1994, in *Gius*, 1995, p. 2064).

⁶⁶ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 306 s.

⁶⁷ A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., p. 5; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 307; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 166, nota 65; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 784; U. ZIO, *Commento sub art. 2825 cod. civ.*, cit., p. 392; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 215 s.; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 193. Come osservato da A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 106, inoltre, la divisione da cui deriva l'applicazione dell'art. 2825 cod. civ. può essere sia convenzionale sia giudiziale, e, in quest'ultimo caso, essere disposta dal giudice del processo esecutivo o di un ordinario giudizio di cognizione.

Non sembrano inoltre ravvisarsi ostacoli, ad una prima riflessione, sorretta da un canone essenzialmente logico, affinché la medesima disciplina possa applicarsi anche all'ipotesi di proprietario ipotecato di bene indiviso non debitore, ma terzo datore d'ipoteca.

⁶⁸ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 308; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 105; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 149; E. PROTETTI, *op. loc. ult. cit.*; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 353; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 217; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 195 s.; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*

astratta di un condomino⁶⁹, sia in presenza di un solo bene immobile⁷⁰, sia nel caso in cui il diritto reale di garanzia sia stato invece iscritto sulla quota astratta di una pluralità di beni⁷¹.

Con la divisione, l'ipoteca si trasferisce su tutti i beni assegnati al titolare della quota astratta e, più in particolare, essa graverà: a) per intero su tutte le parti assegnate, qualora al condividente venga trasferita una porzione di ciascun bene già oggetto della comunione; b) sull'intero oggetto ipotecabile, qualora al condividente venga assegnato questo bene nella sua totalità⁷².

Come posto in luce, l'iscrizione dell'ipoteca sulla quota astratta se, da un lato, offre la massima garanzia per il creditore⁷³, finisce, dall'altro, col rappresentare un peso abbastanza intenso per il debitore, oltretutto un intralcio all'agevole circolazione giuridica⁷⁴.

L'ipoteca sulla quota astratta conserva la propria natura giuridica soltanto nei casi in cui in occasione della divisione venga poi assegnata al debitore una parte di beni ipotecabili corrispondenti al valore della quota medesima, con la conseguenza che nemmeno si pone un problema di diritto al pagamento di un congruo. Nell'ipotesi indicata, l'ipoteca si trasferisce sui beni assegnati, con lo stesso effetto che si sarebbe prodotto se l'ipoteca fosse stata iscritta proprio su quei beni dal tempo dell'originaria iscrizione: ciò in virtù della ricordata efficacia dichiarativa e retroattiva della divisione⁷⁵. In presenza di siffatto trasferimento dell'ipoteca, non è ritenuta necessaria alcuna reinscrizione dell'ipoteca sui beni specificamente assegnati⁷⁶.

⁶⁹ Giova osservare che la possibilità di sottoporre ad ipoteca la quota astratta deriva dall'applicazione dei principi generali che governano la materia, e di cui costituiscono puntuali applicazioni l'art. 1103 cod. civ. (così, F. DEgni, *op. cit.*, p. 721), per quanto concerne il potere di alienazione della quota astratta, e gli artt. 599 ss. cod. proc. civ. per quel che riguarda, invece, il diritto del creditore di sottoporre a esecuzione forzata la stessa quota (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 105).

⁷⁰ C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 196.

⁷¹ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*; U. ZIO, *Commento sub art. 2825 cod. civ.*, cit., p. 392 s.

⁷² F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 160 s.; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 486. Conformemente, in giurisprudenza, cfr. Trib. Bari, 27 marzo 1962, in *Giur. it.*, 1962, I, c. 548.

⁷³ C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 196.

⁷⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 308-309.

⁷⁵ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 310.

⁷⁶ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 106; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185.

Può peraltro accadere che al condividente venga attribuita, per un valore inferiore alla propria quota, la proprietà di altri beni non gravati dall'originario diritto di ipoteca e in parte una somma di danaro, oppure soltanto una somma di danaro. In questi casi, rispettivamente, l'ipoteca si trasferirà sui beni assegnati, se capaci d'iscrizione, secondo il procedimento previsto dall'art. 2825 cod. civ. a proposito dell'ipoteca su bene determinato che verrà ora illustrato⁷⁷, applicabile alla presente ipotesi se non in via diretta, almeno per analogia. La stessa ipoteca poi si risolverà quindi, in tutto o in parte, nel diritto di prelazione avente ad oggetto il pagamento del conguaglio in danaro⁷⁸, secondo lo schema descrittivamente compendiabile, ancora una volta, nel noto adagio *pretium succedit in locum rei*.

6. Segue: b) l'ipoteca su bene determinato

Anche per evitare i problemi sopra indicati, legati al possibile intralcio alla circolazione giuridica, almeno con riferimento all'ipoteca volontaria, il debitore può decidere di concedere il diritto reale di garanzia solo con riferimento ad uno o più beni determinati oggetto della comunione ovvero in relazione ad una porzione materiale dell'unico bene comune: ad esempio, un appartamento o un garage dell'intero stabile. Ciò verosimilmente accadrà tutte le volte in cui il condividente nutra l'aspettativa che quel determinato cespite, in base alle trattative in corso con gli altri comproprietari, gli venga poi assegnato in proprietà esclusiva in sede di divisione⁷⁹.

⁷⁷ Si veda, *infra*, par. 6.

⁷⁸ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 107; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 198 s. In seguito allo scioglimento della comunione, i debitori delle somme dovute a titolo di conguaglio sono tenuti a notificare la divisione ai creditori iscritti, perché questi ultimi manifestino, in ipotesi, un atto di opposizione al pagamento nel termine di trenta giorni. In mancanza di questa opposizione, gli stessi debitori possono eseguire il pagamento dovuto a favore dei condividenti con efficacia liberatoria (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 107; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185).

⁷⁹ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 309. In questi casi, nella nota per l'iscrizione verrà indicato il bene o i beni in comune rispetto ai quali si riferisce la quota, ciò

Una simile soluzione è particolarmente vantaggiosa per il debitore⁸⁰, che può vincolare a garanzia del pagamento del proprio debito solo uno o più beni idonei a soddisfare l'altrui esigenza di garanzia; beni che poi, come detto, ha motivo di credere che gli perverranno in occasione della divisione. Difatti, se quella speranza di assegnazione si avvera, anche dopo la divisione l'originaria iscrizione ipotecaria continuerà ad essere pienamente efficace sullo stesso bene, mantenendo il suo grado⁸¹; il tutto, in un quadro generale dove la relativa vicenda non pone problemi di sorta⁸².

Tuttavia, può anche accadere che quell'aspettativa risulti frustrata; ciò che si verifica allorché venga assegnata allo stesso debitore la proprietà esclusiva di un bene diverso rispetto a quello ipotecato. Ed è proprio per far fronte a questo problema che l'ordinamento ha apprestato una disciplina, particolarmente interessante ai fini della presente indagine, nella quale si cercano di contemperare le esigenze, talvolta confliggenti, dei creditori, del dividendo ipotecato e, infine, degli altri comproprietari.

L'art. 2825 cod. civ., così, nel divisato contesto, prevede due diverse soluzioni.

La prima, sopra già illustrata con riferimento all'ipoteca sulla quota astratta, presenta un marginale interesse rispetto al presente studio. Essa si verifica allorquando venga assegnato al dividendo o nessun bene immobile ovvero un bene immobile o frazione d'immobile diverso da quello ipotecato e di valore inferiore. In questa evenienza – oltre, laddove possibile, al verificarsi del consueto trasferimento del diritto reale sul bene assegnato di valore inferiore, secondo il procedimento che verrà più avanti illustrato –, l'ipoteca si risolve, per il resto, nel diritto al pagamento di un conguaglio o in denaro o mediante assegnazione di altri beni non

non già perché la garanzia debba necessariamente iscriversi sull'intero bene, ma al solo fine della determinazione dell'oggetto riferibile alla stessa quota (così, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 785).

⁸⁰ C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 201.

⁸¹ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 312; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 166; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 202; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 198.

⁸² Secondo A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185, in particolare, quando nella divisione verrà assegnata a quel dividendo proprio la proprietà del bene ipotecato, la garanzia continuerà a gravare sullo stesso bene senza necessità che si proceda al compimento di alcuna formalità pubblicitaria.

capaci d'ipoteca⁸³. I creditori, a seguito dell'estinzione dell'ipoteca sul bene originariamente vincolato, potranno far valere la causa di prelazione, nei limiti di valore specificati in occasione della precedente iscrizione, sul diritto al pagamento del conguaglio⁸⁴.

Ma, come preannunciato, può darsi un'altra eventualità. Essa è esemplificata pensando che l'ordinamento può essere chiamato a dare una risposta alla seguente domanda: cosa accade allorché venga assegnato al condividente un bene immobile, o frazione dello stesso bene, diverso da quello sul quale è stata iscritta ipoteca?

La risposta si rinviene nell'art. 2825, secondo comma, cod. civ., che – come verrà posto in rilievo – prevede un'ulteriore ipotesi di trasferimento dell'ipoteca, con ciò ampliando il ventaglio di fattispecie che contribuiscono alla progressiva messa a fuoco della categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

La norma infatti, nell'ipotesi indicata, dispone un effetto che, a livello descrittivo, può essere ricondotto nel novero della surrogazione reale⁸⁵, ma che rappresenta nient'altro che una vicenda modificativa dell'oggetto del diritto di ipoteca. La conseguenza ricollegata dalla norma alla fattispecie consiste, cioè, nel trasferimento dell'ipoteca dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta al bene che poi risulta assegnato in proprietà esclusiva al debitore⁸⁶.

⁸³ A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 166.

⁸⁴ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 819.

Nel contesto appena delineato, la vicenda potrebbe, ancora una volta, essere ricondotta, in via descrittiva, all'interno del dedotto fenomeno della surrogazione reale impropria, giacché, anche se solo in parte, qui si verifica un qualcosa compendiabile nell'antico adagio *pretium succedit in locum rei*. In realtà, a causa della ritenuta irrilevanza della detta qualificazione, si reputa che in questa eventualità si ha a che fare con una vicenda che può farsi confluire all'interno della categoria che, in via stipulativa, è stata denominata «modifica ipotecaria oggettiva eterogenea», non oggetto del presente studio.

⁸⁵ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*⁶, Torino, 2013, p. 430; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 75, 148 e 153; A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., p. 5; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 110; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 487; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 162; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 722; L. ORSINGHER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 170; C. TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 819; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 241 s. Un riferimento alla surroga, senza altre qualifiche, derivante dall'applicazione dell'art. 2825 cod. civ., si rinviene anche nella *Relazione al codice civile*, n. 1150.

⁸⁶ G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 380; G. GORLA, P.

Per espressa volontà della legge, nell'evenienza appena illustrata, l'ipoteca non solo si trasferisce su di un diverso bene, ma ciò fa portandosi dietro il grado derivante dall'originaria iscrizione⁸⁷. Diversamente da quanto accade rispetto alle altre norme sinora esaminate⁸⁸, che pure si danno cura di regolare questa o quella vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca, qui infatti è lo stesso art. 2825 cod. civ. a sancire, in modo espresso, che al trasferimento dell'ipoteca si accompagna la conservazione del grado ipotecario derivante dall'originaria iscrizione.

Oltre a ciò, la disposizione aggiunge un'altra indicazione di centrale importanza. Nel dettaglio, la norma subordina questo trasferimento dell'ipoteca con tanto di originario grado a condizione che la parte interessata tenga il comportamento posto a oggetto di un onere⁸⁹, finalizzato a scongiurare i pericoli derivanti dall'insorgenza di ipoteche occulte in danno dei terzi. Conformemente al principio di pubblicità⁹⁰, che conforma ogni svolgimento del diritto di ipoteca, qui la modifica dell'oggetto della garanzia, nei limiti del valore del bene già gravato⁹¹, si attua sempreché l'ipoteca venga nuovamente iscritta sul bene assegnato⁹² nel termine di novanta giorni⁹³, decorrente dalla data di trascrizione

ZANELLI, *op. cit.*, p. 310; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 166; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 202. Secondo F.S. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*, in questi casi si determina una «eccezzionalissima trasposizione (surroga reale)» dell'ipoteca.

⁸⁷ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 199; C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 346, reputa peraltro che all'art. 853 cod. civ. si applichi in via estensiva proprio la disciplina dettata sul punto dall'art. 2825 cod. civ.

⁸⁹ C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ Si veda *infra* cap. II, sez. I, parr. 4-6, sez. II, par. 3.

⁹¹ A. CICU, *La natura dichiarativa della divisione nel nuovo codice civile*, cit., p. 9; B. MARIANI, *op. loc. ult. cit.*; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*; G. TAMBURRINO, *op. loc. ult. cit.* Secondo G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 313 s., il trasporto nei limiti del valore del bene sul quale l'ipoteca è stata originariamente iscritta determina una deroga eccezionale al principio di indivisibilità. Precisa, inoltre, F.S. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*, che «dopo il trasporto dell'ipoteca, il creditore ipotecario potrà bensì espropriare tutto l'immobile, ma potrà soddisfarsi soltanto sulla parte corrispondente al detto valore».

⁹² A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 185; G. TAMBURRINO, *op. loc. ult. cit.*; U. ZIO, *Commento sub art. 2825 cod. civ.*, cit., p. 393; F. DEGNI, *op. loc. ult. cit.*

⁹³ In giurisprudenza, si veda Trib. Cassino, 4 agosto 2010, in *Leggi d'Italia on line*. Se è indubbia la natura perentoria del termine di novanta giorni, è tuttavia animato

dell'atto di divisione (art. 2825, cpv., seconda parte, cod. civ.)⁹⁴. Più in particolare, in occasione della nuova iscrizione, nella relativa nota si dovrà precisare che si tratta di una formalità presa in ripetizione della precedente iscrizione, che pertanto dovrà ivi essere contemplata⁹⁵.

Al verificarsi dei fatti descritti nella fattispecie, l'originaria garanzia non si estingue, ma si sposta con l'originario grado su di un diverso bene. L'osservanza dell'onere previsto dalla norma non compromette le ragioni del creditore ipotecario, al quale, in ipotesi, non saranno opponibili eventuali ipoteche, così come altre pregiudizievoli⁹⁶, iscritte sul bene «due» successivamente all'originaria iscrizione sul bene «uno».

Peraltro, se l'art. 2825 cod. civ. presenta, come visto, il vantaggio di offrire la disciplina di alcuni dei problemi posti dal trasferimento dell'ipoteca, la stessa disposizione ha però lo svantaggio, come verrà osservato più avanti, di non farsi carico, espressamente, di una serie di altre questioni che pure possono insorgere in concomitanza di questa o quella vicenda modificativa dell'oggetto della stessa ipoteca⁹⁷.

in dottrina il dibattito in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della formalità nello stesso termine. Secondo alcuni infatti, scaduto quel termine, sarebbe sempre possibile iscrivere una nuova ipoteca con il grado che si prende per effetto dalla stessa e nuova iscrizione. Altri, invece, dubitano sul potere del creditore di iscrivere, una volta decorso lo stesso termine, una nuova ipoteca senza il consenso del debitore (per uno sguardo d'insieme, cfr. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 109 s., nota 57). In realtà, la scadenza del termine previsto dall'art. 2825 cod. civ. non implica anche la prescrizione del diritto di credito, con la conseguenza che, ad eccezione di quanto può dirsi con riferimento all'ipoteca volontaria, o data dal terzo, con riferimento alle quali appare necessario il consenso della parte interessata ai fini della nuova iscrizione, sembra che il titolare del diritto di credito, che sia ancora dotato anche del diritto personale all'ipoteca, possa procedere attraverso una nuova iscrizione (P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 221).

⁹⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 312 s.; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, cit., p. 166; ID., *L'ipoteca*, cit., p. 185; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 820; F.S. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 154; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 202 s.; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 353; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 220.

⁹⁵ B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 140.

⁹⁶ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 109 e nota 57.

⁹⁷ Appare quindi sempre più evidente la necessità di individuare una disciplina unitaria attraverso la quale regolare, in modo uniforme, una serie di fattispecie che sono tra loro accomunate da un effetto: il trasferimento dell'oggetto del diritto di

7. Il trasferimento dell'ipoteca del creditore perdente

Gli artt. 2856 e 2857 cod. civ. regolano una vicenda denominata, parafrasando la rubrica della prima delle suddette norme, «surrogazione del creditore perdente» nelle ragioni del creditore soddisfatto⁹⁸.

Si tratta di una disciplina attraverso la quale l'ordinamento ha inteso risolvere il problema dei rapporti intercorrenti tra l'ipoteca c.d. collettiva, o ipoteca più estesa, da un lato, e le ipoteche meno ampie di grado successivo, dall'altro⁹⁹. Problema che si verifica tutte le volte in cui si dà un primo creditore il quale è titolare di un diritto di ipoteca iscritto su più beni, anche in considerazione del principio d'indivisibilità sancito dall'art. 2809 cod. civ.; si ha poi un secondo creditore che dispone di un'ipoteca di grado successivo o concorrente soltanto su uno o più degli stessi beni¹⁰⁰.

Nel delineato contesto, l'azione del primo creditore può rendere in tutto o in parte perdente il secondo creditore, che per questo motivo è anche chiamato creditore evitto. Ciò che può accadere, ad esempio, se il primo, il creditore soddisfatto, detto anche evincente¹⁰¹, dovesse decidere o di agire e soddisfarsi sul solo bene immobile ipotecato dal secondo creditore, oppure di sottoporre ad esecuzione forzata, in modo proporzionale, tutti gli immobili gravati¹⁰².

ipoteca. Disciplina, beninteso, che, ormai è sempre più chiaro, non potrà certo essere identificata limitandosi ad affermare, quasi fosse un *obiter dictum*, che (alcuni di) questi fenomeni sarebbero riconducibili nella categoria della surrogazione reale.

⁹⁸ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 494; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 7; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 385; G. CASSANO, *La tutela dei diritti*, Padova, 2008, p. 1181; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 360 s.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 185 s.; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 273 ss.; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 755.

⁹⁹ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 395; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 360 s.; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 496.

¹⁰⁰ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 396; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 480 s.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰¹ Questa espressione è usata da A. BICCI, *op. cit.*, p. 32, il quale chiama «(...) creditore *evincente* quello, che per suo diritto di poeriorità ottenne pagamento sopra un fondo, e spoglia della sua garanzia il creditore posteriore, il quale si chiama *evitto*, che equivale appunto alla parola *perdente* adoperata dal nostro Codice. Diremo finalmente (...) creditori *evincendi* quelli iscritti sugli altri fondi, sui quali il creditore surrogato va ad esercitare il beneficio di questo rimedio».

¹⁰² Anche nel caso descritto, infatti, ben si potrebbe configurare uno scenario

D'altra parte, al legislatore non è apparso opportuno limitare la libertà d'azione del primo creditore avente ipoteca più estesa¹⁰³, non foss'altro perché, anche nel comportamento di quest'ultimo volto a sottoporre ad esecuzione forzata l'insieme dei beni ipotecati in modo proporzionale, non potrebbe, a rigore, escludersi la cifra di un'azione esecutiva di un piano collusivo ai danni del creditore risultato perdente¹⁰⁴.

Da qui, il sistema di norme che mirano a temperare i contrapposti interessi¹⁰⁵, per la cui applicazione è richiesta la verifica dei seguenti fatti. Innanzitutto, è necessario che si diano almeno due diverse ipoteche, delle quali l'una con grado successivo rispetto all'altra. La prima delle suddette ipoteche poi deve essere presa con riferimento ad un complesso di beni maggiore rispetto a quelli o quello su cui è stata iscritta la seconda ipoteca. Inoltre, deve accadere che il creditore di grado posteriore abbia integralmente soddisfatto le proprie ragioni, substando proprio quel bene o quei beni sui quali era stata iscritta anche la seconda ipoteca da parte del diverso creditore che è restato, per questo motivo, insoddisfatto. Infine, devono darsi ulteriori beni assoggettati ad ipoteca da parte del creditore soddisfatto, indipendentemente dal fatto che altri creditori abbiano pure iscritto su di essi ipoteca, ma con iscrizione successiva rispetto al momento in cui è stata presa quella del c.d. creditore perdente¹⁰⁶.

Dalle norme produttive di questa modifica dell'oggetto dell'ipoteca è come se venisse predisposta, in sintesi, una «graduatoria

nel quale il secondo creditore risulta evitto. Si immagini, ad esempio, a ciò che accade allorché il creditore evincente, per soddisfarsi proporzionalmente anche sull'immobile dove il creditore perdente ha iscritto ipoteca, finisca per percepire una data percentuale del prezzo di aggiudicazione, in un quadro dove la somma che resta a disposizione dello stesso creditore perdente si rilevi insufficiente a soddisfare in modo integrale le ragioni di credito di quest'ultimo (così, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 395 s.; E. PERONACI, *op. cit.*, p. 259, che dà anche conto della prima decisione giurisprudenziale in tal senso, individuata in App. Napoli, 23 luglio 1879).

¹⁰³ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 238 s.; A. FONTANA, *Note in tema di surrogazione del creditore perdente*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 574; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 396.

¹⁰⁵ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*; A. FONTANA, *op. cit.*, p. 575.

¹⁰⁶ C. PINTO, *op. cit.*, p. 28 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 494; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 7; M. BOCCHIOLA, *Surrogazione legale e subingresso ipotecario*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 27 s.

unica» dell'insieme dei creditori sui beni immobili del debitore¹⁰⁷, sulla base del tempo in cui sono avvenute le singole iscrizioni¹⁰⁸; da questa graduatoria unica l'ordinamento fa dipendere l'ordine attraverso il quale passa la soddisfazione di questo o quel creditore titolare d'ipoteca¹⁰⁹.

La disciplina enucleata dagli artt. 2856 e 2857 cod. civ. non è parsa determinare alcuna frattura del principio di pubblicità delle ipoteche¹¹⁰. Infatti, i creditori che, ad esempio, hanno iscritto ipoteca sul fondo Tuscolano, in epoca successiva rispetto al tempo in cui il creditore perdente ha preso ipoteca sul differente fondo Corneliano, sono in condizione di prevedere, mediante consultazione dei pubblici registri, le conseguenze dell'esistenza di un'ipoteca estesa su entrambi i fondi, ai fini della potenziale applicazione della disciplina in esame¹¹¹.

La surrogazione del creditore evitto non opera automaticamente in quanto, come sopra osservato, è richiesto che, a seguito

¹⁰⁷ Se, infatti, il creditore che ha un'ipoteca con grado peggiore è, da un lato, libero di assoggettare ad espropriazione questo o quel bene sul quale abbia iscritto ipoteca, dall'altro, l'ordinamento reputa opportuno attribuire al creditore evitto la facoltà di sostituirsi nelle ragioni del creditore soddisfatto sugli altri beni non subastati, con preferenza rispetto ai creditori sia chirografari sia ipotecari, ma con iscrizione successiva rispetto a quella del c.d. creditore perdente (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 494 s.).

¹⁰⁸ Come espressamente previsto dall'art. 2856, comma terzo, cod. civ., e da sempre ribadito in dottrina (A. BICCI, *op. cit.*, p. 47 s.; E. PERONACI, *op. cit.*, p. 270; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 47; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 402 s.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 366; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 300 s.; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 367; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 385; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 185; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 464 s.; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 281; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 758; D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., pp. 97 e 209 s.), la vicenda modificativa contemplata dall'art. 2856 cod. civ. trova applicazione anche quando il creditore ipotecario sia rimasto soccombente perché sul bene ipotecato si è soddisfatto un creditore per causa non già d'ipoteca, ma di privilegio immobiliare.

¹⁰⁹ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 396; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 460.

¹¹⁰ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 249. *Contra*, F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 298.

¹¹¹ Come posto in rilievo da G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 398, nell'accennata eventualità, infatti, gli stessi creditori possono pacificamente accertare e prevedere, mediante la consultazione dei registri immobiliari, se sugli altri beni gravati dall'ipoteca collettiva sia stata successivamente iscritta una diversa ipoteca, ma in epoca precedente rispetto al tempo in cui anche quegli stessi creditori hanno, a loro volta, acquistato il diritto reale di garanzia.

dell'espropriazione promossa dal creditore evincente, si sia rilevata infruttuosa la garanzia ipotecaria dello stesso creditore risultato evitto¹¹².

Dopo aver sottolineato che il creditore perdente acquista, per effetto della surroga, un'ipoteca il cui limite massimo è rappresentato dall'ammontare del credito iscritto dal creditore soddisfatto¹¹³, è inoltre opportuno segnalare che la soccombenza può, come visto, essere sia totale sia parziale¹¹⁴.

Differentemente da quanto accade, di regola, rispetto alle altre fattispecie che pure possono farsi confluire all'interno della categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, anche attraverso le disposizioni dedicate alla surroga del creditore perdente il legislatore ha inteso farsi carico di alcuni dei problemi che fanno da sfondo al trasferimento dell'ipoteca.

Affinché si determini nei confronti dei terzi il trasporto dell'ipoteca dal bene originario al bene sul quale, precedentemente, quell'ipoteca non esisteva¹¹⁵, l'art. 2857 cod. civ. pone a carico del creditore evitto l'onere dell'annotazione della vicenda modificativa a margine dell'iscrizione ipotecaria presa dal creditore evincente¹¹⁶.

¹¹² A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 497; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 762; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 418.

¹¹³ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 64.

¹¹⁴ Ciò che accade quando, a seguito del processo esecutivo a mezzo del quale si sia integralmente soddisfatto il creditore evincente, anche il creditore ipotecario di grado successivo abbia conseguito, pur se solo in parte, il pagamento del proprio diritto di credito (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 501; C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

¹¹⁵ E. PERONACI, *op. cit.*, pp. 247 ss., spec. 250, riferisce, in modo incisivo, «di una surroga d'ipoteca ad ipoteca o, se vogliamo essere più precisi, di fondo a fondo; per la disposizione contenuta nell'art. 2011 del nostro codice civile si opera insomma uno spostamento dell'obbietto dell'ipoteca, ed un fondo viene per ministero di legge messo in luogo di quello colpito dall'ipoteca spettante al creditore evitto». Per una diversa sfumatura, cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 397, secondo il quale la disciplina della surrogazione del creditore perdente viene a modellarsi attraverso un misto di rilevanza di cui godevano, prima della vicenda modificativa, le due ipoteche coinvolte, e quindi quella collettiva e quella speciale del creditore perdente. Il regolamento che ne deriva, più in particolare, prende, di ciascuna delle due ipoteche, il minore effetto possibile (quanto al grado dell'iscrizione, quanto alla somma), e ciò nella prospettiva sia di accordare una protezione a favore dei terzi, sia di offrire un temperamento in virtù della rilevanza eccezionale dell'istituto.

¹¹⁶ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 400; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 367 s.; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 303 s.; B. MARIANI, *op. loc. ult. cit.*; F. DEGNI, *op. ult. cit.*, p. 762; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 496.

La formalità potrà dirsi assolta mediante la presentazione al conservatore della copia dello stato di graduazione della procedura esecutiva, dalla quale risulti l'incapienza, in tutto o in parte, del bene sottoposto ad esecuzione, e, per questo motivo, la sua inidoneità a soddisfare per intero le ragioni del creditore perdente¹¹⁷.

Allorché colloca a carico della parte interessata l'esecuzione del comportamento posto a oggetto di questo onere, l'art. 2857, comma terzo, cod. civ. fa dipendere la produzione degli effetti della modifica dell'oggetto dell'ipoteca, nei confronti dei terzi¹¹⁸, dall'espletamento della detta formalità pubblicitaria¹¹⁹; la sua mancata osservanza rende, per converso, improcedibile l'esercizio della surroga del creditore perdente¹²⁰. Se, infatti, dall'incapienza nasce il diritto¹²¹ che attribuisce al creditore perdente il potere di esercitare a date condizioni, nei confronti del debitore, l'azione ipotecaria sul bene «due», la stessa incapienza, però, rappresenta soltanto una condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché quella modifica dell'oggetto dell'ipoteca produca

¹¹⁷ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 497; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 368; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 304; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 367 s.; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.* La norma presuppone pertanto che si sia celebrato un processo esecutivo il quale si sia definito mediante la vendita del bene ipotecato. L'aggiudicazione del bene ed il riparto del prezzo tra i creditori risulta funzionale alla certificazione da cui risulti l'incapienza – emessa a cura della cancelleria della sezione esecutiva –, nella quale sono specificati gli importi dei crediti privilegiati, ordinati secondo il rispettivo grado, e l'entità delle somme da assegnare ai creditori che attendono ancora soddisfazione (secondo A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 502 s., nota 138, il conservatore non potrebbe esimersi dal ricevere la richiesta di annotazione del creditore evitto anche laddove il fatto della incapienza dovesse risultare non dallo stato di graduazione, ma da una sentenza così come, in generale, da un qualunque altro provvedimento giudiziale, ancorché non passato in giudicato. Inoltre, B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 481, reputa che tra i titoli che è possibile presentare al conservatore per l'annotazione si dà il anche verbale di liquidazione dei crediti, formato dopo la graduazione).

¹¹⁸ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 420.

¹¹⁹ Così, C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 386. Come osservato anche da P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 470, da questo punto di vista giova segnalare la differenza tra il sistema attuale e quello adottato dal codice previgente, il cui art. 2011 prevedeva che «il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore (...) s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto, e può far eseguire la relativa annotazione (...)».

¹²⁰ F.S. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 159; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 195.

poi, in un secondo momento, i propri effetti *ex tunc* anche nei confronti dei terzi¹²². Per questo motivo, la soccombenza è parsa a taluno rappresentare soltanto il titolo per procedere all'annotazione¹²³, in un contesto nel quale, in mancanza di assolvimento della formalità pubblicitaria, la vicenda modificativa non potrebbe certo essere opposta ai terzi¹²⁴.

A tal fine, se non si danno, a carico del creditore perdente, termini di decadenza entro cui procedere all'annotazione dell'incapienza¹²⁵, occorre però tener conto che ogni ipoteca, ivi compresa quella del creditore perdente, è assoggettata al principio di pubblicità. In forza di esso, al pari di qualunque vicenda relativa all'ipoteca, perché anche la surroga del creditore perdente acquisti efficacia nei confronti degli *omnes*, è perciò opportuno curare la formalità prescritta dalla legge¹²⁶ in modo sollecito. *Medio tempore*, e quindi nell'intervallo tra il momento in cui si verifica l'incapienza e quello, successivo, nel quale si determina, anche nei confronti dei terzi, la vicenda modificativa, è costituito a favore del creditore perdente un diritto personale alla modifica dell'oggetto dell'ipoteca¹²⁷, soggetto all'ordinario termine di prescrizione

¹²² *Contra*, si veda E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 186, secondo il quale l'annotazione produrrebbe effetti *ex nunc*, considerato che: «la incapacienza dei beni del debitore è titolo per ottenere la surroga, che non ha effetto fino a quando non sia annotata. Pertanto, qualora un terzo iscriva un'ipoteca sull'immobile dopo l'evizione del creditore perdente e prima dell'annotazione della surroga, questa non ha effetto nei suoi confronti».

¹²³ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 406; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 496.

¹²⁴ *Contra*, D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale l'annotazione dell'incapienza avrebbe efficacia costitutiva della surrogazione e in sostanza del trasferimento del diritto di ipoteca.

¹²⁵ Resta peraltro fermo non solo il limite temporale di efficacia cui soggiacciono le varie ipoteche, ma anche la circostanza che, prima dell'annotamento, gli altri creditori ipotecari potranno subastare il bene immobile, ove potrà essere esercitata la surroga, senza bisogno di avvisare il creditore perdente, il quale, nei fatti, non essendo un creditore iscritto, non risulta nemmeno tra i beneficiari dell'avviso contemplato dall'art. 498 cod. proc. civ. (cfr. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 497 s.).

¹²⁶ A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 380.

¹²⁷ Si tratta, più in particolare, di un diritto non dissimile al diritto all'ipoteca – che pure può farsi valere sia verso il conservatore per ottenere l'annotazione, sia verso il creditore soddisfatto (D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*) –, come posto in rilievo, destinato però a produrre effetti nei confronti dei terzi solo una volta compiuta l'annotazione prevista dalla legge.

decennale¹²⁸, che – verrà ora segnalato – potrebbe risultare frustrato in conseguenza dell'acquisto di diritti sullo stesso bene da parte di terzi.

Infine, in modo non difforme da quanto appena visto, la stessa modifica dell'ipoteca può verificarsi, *ex art.* 2856, primo comma, cod. civ., in presenza di una pluralità di creditori perdenti, fra loro ordinati secondo il rispettivo grado, acquistato in occasione delle relative iscrizioni: è pertanto consentita la c.d. surroga di secondo grado¹²⁹, detta anche surroga della surroga¹³⁰.

8. Segue: *limiti*

La surroga del creditore perdente è soggetta a talune limitazioni.

Tra queste, quella che si verifica allorché il primo creditore rinunci all'ipoteca collettiva, poi cancellata prima che la modifica-

¹²⁸ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 388.

¹²⁹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 500.

¹³⁰ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 280; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 463. Come osservato in dottrina (E. PERONACI, *op. cit.*, p. 266 s.; C. PINTO, *op. cit.*, p. 35 ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 402; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 366; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 299 s.; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 364; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 385; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 380), la surroga della surroga si verifica quando i creditori ipotecari, divenuti a loro volta perdenti, in conseguenza della prima surroga del creditore evitto, procedano, a loro volta, a surrogarsi nell'ipoteca del creditore evincente risultato soddisfatto. In questi casi, a seguito della surroga, il primo creditore ad avvalersi del diritto contemplato dall'art. 2856 cod. civ. risulta titolare, nei fatti, di un'ipoteca collettiva o, comunque, più estesa rispetto a quella vantata dai creditori di grado successivo, liberi, per questo motivo, di procedere, in caso di insoddisfazione nelle proprie ragioni di credito, mediante altre surroghe (così, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 403). Rispetto a questa surroga di secondo grado vigono le stesse limitazioni previste in generale dall'art. 2856 cod. civ. Così, anche la modifica dell'oggetto del diritto di ipoteca che opera pure a favore dei creditori successivi non può avere effetto per una somma maggiore rispetto a quella garantita in occasione dell'iscrizione dell'ipoteca più estesa (E. PERONACI, *op. cit.*, p. 267; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 398; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit. p. 64). E ciò secondo un principio che è apparso, in dottrina, ineccepibile, considerato che, mediante il sistema delineato dalle norme che regolano questa vicenda modificativa, il legislatore ha sì voluto evitare un danno a carico dei creditori intermedi, nei limiti in cui esso può derivare dall'evizione, ma certo non ha inteso riconoscere un lucro non dovuto in nocumento dei creditori posteriori (così, E. PERONACI, *op. loc. ult. cit.*).

zione dell'oggetto del diritto di ipoteca produca, in conseguenza dell'annotazione, effetti nei confronti dei terzi¹³¹. Premessa l'esistenza del diritto al risarcimento dei danni derivanti da atti lesivi del diritto alla surroga (art. 2899 cod. civ.), è evidente la *ratio* della limitazione appena illustrata che, ancora una volta, acquista nitidezza osservando i fatti attraverso la lente della pubblicità che permea l'intero sistema ipotecario: in mancanza di quella limitazione, infatti, i terzi correrebbero il rischio di veder risorgere un'ipoteca che, dalla consultazione dei pubblici registri, poteva invece a ragione considerarsi estinta¹³². Ed è per questo motivo che al suddetto limite può senz'altro parificarsi, quanto agli effetti, la perenzione dell'ipoteca per mancata rinnovazione nel ventennio (art. 2847 cod. civ.)¹³³ e la prescrizione della stessa ipoteca (art. 2880 cod. civ.)¹³⁴ che si siano prodotte prima dell'annotazione, a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria, della surroga del creditore perdente.

L'ipoteca del creditore evitto deve, inoltre, essere ancora valida ed efficace nel momento in cui prende inizio l'espropriazione forzata, a nulla valendo, in contrario, che poi essa, almeno apparentemente, sembri estinguersi con l'incapienza, risultante dalla definizione del processo esecutivo attraverso la vendita all'incanto o l'aggiudicazione del bene subastato¹³⁵.

¹³¹ A. BICCI, *op. cit.*, p. 35; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 399 e 405; B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 481; ID., *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 368 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 400; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 503 s.; A. FONTANA, *op. cit.*, p. 577 ss.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 186.

¹³² G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 405.

¹³³ Tutte le volte in cui l'ipoteca più estesa sia stata cancellata o sia divenuta altrimenti perenta, il creditore perdente può, di regola, procedere attraverso una nuova iscrizione sui beni sui quali risultava iscritta l'ipoteca del creditore evincente. Tuttavia, va da sé che in questa ipotesi l'ipoteca prende il grado dipendente da questa nuova iscrizione, e quindi con efficacia *ex nunc* e non già *ex tunc*. Da questo punto di vista, non si è mancato di osservare che la surroga del creditore perdente opererebbe sia riguardo all'iscrizione ipotecaria, sia con riferimento al titolo che pure consente di prendere una nuova iscrizione (così, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 405 s.).

¹³⁴ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 401.

¹³⁵ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 256 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 398; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 301; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 363; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 51. Si vedano, inoltre, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 405, i quali, muovendo da questo dato di fatto, finiscono per trarre la conclusione secondo cui la disciplina racchiusa

Oltre a quanto osservato, la disciplina racchiusa negli artt. 2856 e 2857 cod. civ. è soggetta ad altre limitazioni, delle quali alcune dettate espressamente dalla legge, altre desumibili per via sistematica.

Quanto alla prima, la surrogazione non opera con riferimento ai beni dati in ipoteca dal terzo¹³⁶ ovvero da parte di un coobbligato solidale¹³⁷. La *ratio legis* del limite viene tradizionalmente individuata nell'esigenza di tutela che l'art. 1203 cod. civ. riconosce a favore del terzo datore di ipoteca o del coobbligato in qualche modo solvente, poiché, alla fine, ha comunque pagato il proprio debito, o in modo volontario oppure subendo l'esecuzione forzata¹³⁸.

negli artt. 2856 e 2857 cod. civ. sarebbe riferibile alla surroga nella prima ipoteca, quella collettiva, e non al trasporto dell'ipoteca. A parte che, come messo in risalto da E. PERONACI, *op. cit.*, p. 257, il diritto del creditore perdente è costituito già al momento dell'evizione, che si verifichi in epoca anteriore rispetto al tempo in cui viene poi ordinata la cancellazione, se si volesse accogliere la soluzione proposta dalla dottrina qui criticata (G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*), sarebbe arduo giustificare perché: a) la surroga si determina solo se il creditore evitto è dotato di un'ipoteca speciale di secondo grado rispetto al titolare dell'ipoteca collettiva rimasto soddisfatto; b) è il grado dell'ipoteca, che si vorrebbe estinta e quindi a rigore non più trasportabile, che invece determina l'effetto di fondamentale importanza: la prevalenza della causa di prelazione nei confronti degli altri creditori, titolari di una causa di privilegio acquistata in epoca successiva rispetto al tempo in cui veniva presa l'ipoteca del creditore risultato poi perdente.

¹³⁶ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 402; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 366 s.; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 301 s.; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 185; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 380; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 467; G. TAMBURINO, *op. cit.*, p. 277; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 759; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 419.

¹³⁷ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 404; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 468.

¹³⁸ Detto in altre parole, colui che, «essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo», ed ha eseguito, indipendentemente dalla modalità, quel pagamento, ha poi diritto di surrogarsi nel diritto di credito e nell'ipoteca collettiva che lo garantisce. Si tratta, inoltre, di una surroga che, avvenendo per pagamento, si caratterizza anche per essere dotata dello stesso grado ipotecario posseduto dal titolare dell'ipoteca collettiva soddisfatto, e quindi prevalente rispetto a quella di cui è invece titolare il creditore risultato perdente (G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 404 s.). La surroga per pagamento deve, pertanto, dirsi prevalente rispetto alla c.d. surrogazione del creditore perdente (G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 405). Se il terzo è dotato, infatti, del potere di surrogarsi nel diritto vantato dal creditore, che è risultato altrimenti soddisfatto, apparirebbe irragionevole attribuire al creditore successivo il potere di assoggettare ad esecuzione il bene di proprietà del terzo (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 498; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 404). Peraltro, è ovvio che se il fondo, già apparte-

Un'ulteriore limitazione si verifica allorché il bene sul quale è stata iscritta ipoteca da parte del creditore evincente sia stato alienato dal debitore ad un terzo, tutte le volte in cui l'atto dal quale deriva il trasferimento sia stato trascritto prima dell'annotazione della soccombenza¹³⁹. *A fortiori*, questa surroga non potrebbe nemmeno operare quando il bene sul quale abbia iscritto ipoteca il creditore evincente sia stato addirittura alienato con atto trascritto prima dell'iscrizione dell'ipoteca del creditore perdente¹⁴⁰.

nuto al terzo datore di ipoteca, dovesse diventare di proprietà del debitore al tempo dell'evizione, verrebbe meno la limitazione appena illustrata, con la conseguenza che non si darebbero limitazioni perché possa attuarsi quella particolare vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca, che va sotto il nome di surroga del creditore perdente (così, L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 324, nota 2; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 405).

¹³⁹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 498 s.; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 302; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 385 s.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 185. *Contra*, G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, cit., p. 207 s.

¹⁴⁰ A. BICCI, *op. cit.*, p. 64 s.; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 380; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 277 s.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 419; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 760. *Contra*, F. CARNELUTTI, *In tema di surroga del creditore ipotecario incapiente nella ipoteca del creditore soddisfatto*, nota critica ad App. Messina, 6 giugno 1938, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 290 ss. Per concludere, un altro limite al trasferimento dell'ipoteca derivante dalla surroga del creditore perdente, questa volta desumibile dal più ampio contesto nel quale si iscrive la disciplina, è posto allorché il mancato soddisfacimento del creditore non sia dipeso dalla decisione del creditore avente causa di privilegio poziore (così, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 502). Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del primo creditore che, a garanzia di diversi crediti, abbia iscritto più ipoteche. Questo creditore, per soddisfare ciascun diverso credito, è tenuto a sottoporre ad esecuzione ogni bene posto a garanzia del rispettivo diritto di credito. Qui è evidente che se, attraverso il processo esecutivo promosso su di un bene vincolato a garanzia di uno dei crediti, si dovesse rendere perdente un altro creditore, quest'ultimo non avrebbe alcun diritto alla surroga. Se così non fosse, infatti, si determinerebbe una violazione del diritto di ipoteca prevalente di cui è sì titolare il creditore che in parte si è già soddisfatto, ma rispetto ad un credito diverso da quello che forma oggetto di questo diritto di garanzia (G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 403). Nel contesto appena delineato, infatti, il secondo creditore (evitto) sarebbe rimasto comunque insoddisfatto anche se il primo creditore avesse previamente assoggettato ad esecuzione gli altri beni appartenenti allo stesso debitore (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 502).

9. Segue: osservazioni critiche. Rinvio

La singolare e, per certi versi, suggestiva disciplina della surrogata del creditore perdente, tutt'altro che secondaria nel panorama della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, ha da sempre suscitato un vivace dibattito in dottrina. Il quale non si è incentrato, come parimenti plausibile, sulla constatazione della mancanza, anche rispetto a questo trasporto dell'ipoteca, di una disciplina espressa dei tanti conflitti che esso può generare; constatazione, questa, che avrebbe rappresentato l'indispensabile presupposto per l'avvio, in un secondo momento, della ricerca volta all'individuazione della norma applicabile per la decisione, in modo prevedibile e calcolabile, delle controversie così insorte.

L'autorevole presa di posizione che ha sollevato più clamore è, infatti, quella secondo cui non sarebbe altrimenti possibile spiegare il sistema delineato dagli artt. 2856 e 2857 cod. civ. se non nella pura *ratio legis*, nel compimento di un atto di esercizio della mera volontà del legislatore. Per questo motivo, si assume che il senso di queste norme non andrebbe ricercato altrove, se non in questa volontà della legge, dalla quale non potrebbe separarsi¹⁴¹.

Il pragmatico procedere del legislatore, animato e sorretto dall'esclusiva esigenza di comporre un contrasto tra interessi, renderebbe impossibile una ricostruzione della vicenda all'interno di date categorie generali. La indicata conclusione potrebbe dirsi dimostrata, a livello empirico, anche guardando ai fallimenti in cui sarebbero incorsi tutti i tentativi compiuti nella direzione di una più ampia sistemazione della materia da parte di altri studiosi¹⁴².

Non si manca di aggiungere, coerentemente alle premesse poste, che si rivelerebbe del tutto inutile lo sforzo di inquadrare il sistema delineato da queste norme all'interno di più ampi concetti o schemi, come la successione dell'ipoteca, la sostituzione del suo oggetto, il trasferimento dell'ipoteca e, ancora, lo scambio delle ipoteche o la sostituzione di ipoteca ad ipoteca¹⁴³.

Più in particolare, nella vicenda non si determinerebbe alcuna

¹⁴¹ Così, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399.

¹⁴² D. RUBINO, *op. cit.*, p. 396. Conformemente, P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 462 s.

¹⁴³ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

successione nell'ipoteca, in considerazione della permanenza dell'originario grado¹⁴⁴. Né sarebbe configurabile una surrogazione personale¹⁴⁵ oppure una surroga in qualche modo riconducibile all'art. 1203 cod. civ., non foss'altro a causa del difetto del requisito del pagamento¹⁴⁶. La vicenda non sarebbe neanche inquadrabile nella sostituzione dell'oggetto dell'ipoteca¹⁴⁷, in considerazione che di essa non resterebbe né l'ammontare originario, né sempre il grado, almeno per quanto può dirsi allorché vi siano creditori anteriori iscritti sul medesimo fondo¹⁴⁸. Si aggiunge, inoltre, che il sistema non sarebbe nemmeno riferibile al trasferimento dell'ipoteca poiché, oltre a non restare fermo l'ammontare originario del credito¹⁴⁹, lo stesso trasferimento non potrebbe avvenire se l'ipoteca collettiva fosse stata nel frattempo cancellata¹⁵⁰. Né si

¹⁴⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399, nota 8.

¹⁴⁵ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁶ L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 308 s.; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ Secondo M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 64, la surroga del creditore perdente darebbe vita ad un episodio di modifica soggettiva del rapporto ipotecario (per una diversa sfumatura, si veda però ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 166). Conformemente, F. SANTORO-PASSARELLI, *La surrogazione reale*, cit., p. 34, fa leva sull'interpretazione letterale della fattispecie contenuta nell'art. 2011 cod. civ. previgente per osservare che, stando alla stessa espressione usata dalla legge, si verterebbe in un'ipotesi nella quale si dà una persona, il creditore evitto, che è surrogata ad un'altra persona, il creditore evincente. La elegante sistemazione peraltro risulta incompatibile con la circostanza che, a stretto rigore, a seguito del soddisfacimento dell'interesse del creditore evincente, si dovrebbe però estinguere proprio questo rapporto giuridico che si vorrebbe modificato non già dal lato oggettivo, ma da quello soggettivo; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., p. 267, parla di sostituzione nell'ipoteca. Per una diversa sfumatura, si veda A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 364 s., secondo il quale nella surroga del creditore perdente si verterebbe in tema di «(...) subingresso del creditore perdente nell'ipoteca anteriore più ampia». Non può essere negato, peraltro, che, anche nella surroga del creditore perdente, si dia anche un momento di personalità, ma ciò rappresenta un effetto riflesso del trasporto dell'ipoteca dal fondo di partenza e quello di arrivo. Detto in altre parole, la stessa surrogazione presenta sì un limitato carattere personale, ma «solo in via accessoria e mediata» (così, E. PERONACI, *op. cit.*, p. 251 s.).

¹⁴⁸ L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 310 s.; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁹ L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 311.

¹⁵⁰ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

avrebbe la presenza di un fenomeno di sostituzione o di passaggio di ipoteca ad ipoteca¹⁵¹, o di un credito a credito, e ciò in considerazione del fatto che qui non muta il grado¹⁵².

Non si manca di precisare, infine, che la vicenda non sarebbe nemmeno sussumibile entro la categoria della surrogazione reale¹⁵³, giacché, altrimenti, non si saprebbe giustificare il motivo per il quale la somma entro cui può soddisfarsi il creditore perdente debba essere contenuta entro i limiti di quella per la quale è stata presa l'iscrizione da parte del creditore evincente¹⁵⁴.

Secondo questo tentativo di sistemazione, pertanto, nessuna delle ipotesi formulate in dottrina vanterebbe il pregio di attagliarsi alla soluzione adottata dal legislatore. Lo stesso legislatore, nel momento della formulazione di quelle norme, non solo non sarebbe stato ispirato da soluzioni dottrinali o altrimenti concettuali, ma nemmeno avrebbe ravvisato in queste ultime alcun tipo d'impedimento rispetto alla soluzione poi adottata¹⁵⁵. Nel predisporre quest'ultima, come detto, il legislatore sarebbe stato esclusivamente animato dalla necessità di risolvere un problema pratico e, nel fare ciò, avrebbe anche individuato una soluzione che non si esita a definire «geniale»¹⁵⁶.

Le osservazioni svolte conducono, infine, questa dottrina ad affermare che «nessuna luce per la comprensione della legge e per la soluzione dei relativi problemi può venire da queste costruzioni concettuali, ma luce può venire soltanto dalla ragione della

¹⁵¹ Ipotesi, questa, sostenuta da L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 311 s.; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 197; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 9; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 381. Per diverse sfumature linguistiche, cfr.: G.P. CHIRONI, *La surrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 480, che parla di surrogazione che avviene nell'ipoteca; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 210 ss., preferisce invece qualificare la vicenda quale ipotesi di subingresso nella sola ipoteca.

¹⁵² G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 396.

¹⁵³ Così, invece, C. PINTO, *op. cit.*, p. 26; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 198; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 48; M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., p. 176; ID., *Diritti reali in generale*, cit., p. 104; N. CORBO, *La tutela dei diritti*³, Torino, 2014, p. 150; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; U. ZIO, *Commento sub artt. 2856 e 2857 cod. civ.*, in *Cod. Civ.*, cit., p. 427; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 241 s.

¹⁵⁴ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁵ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399 s.

¹⁵⁶ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 400.

legge, che è poi la stessa volontà legislativa, cioè dalla sua storica interpretazione»¹⁵⁷.

La sistemazione indicata non appare tuttavia pienamente condivisibile.

Al di là del ragionamento che, a tratti, può sembrare rinunciatario, e che parrebbe determinare la prevalenza dell'impostazione ermeneutica su quella dogmatica¹⁵⁸, è indubbio che – almeno stando all'impostazione prescelta nel presente studio – anche nella surroga del creditore perdente, sia pure con singolari particolarità, si determina, ancora una volta, quel caratteristico trasferimento del diritto di ipoteca¹⁵⁹; vale a dire quell'effetto su cui si è creduto di poter edificare la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

Inoltre, è opportuno rilevare che, nel dettare questa disciplina, ammesso e non concesso che il legislatore sia stato effettivamente mosso da un intento meramente pragmatico, ha poi però dimostrato di avere ben chiari i tipici problemi che possono accompagnare ogni singola fattispecie produttiva della descritta vicenda modificativa. Solo così si spiega, ad esempio, che non si è certo ommesso di disciplinare il tema del grado ipotecario risultante dalla modifica, il limite entro cui può operare il trasferimento e, infine, il sistema di pubblicità che s'impone perché la vicenda possa produrre i propri effetti nei confronti dei terzi¹⁶⁰.

¹⁵⁷ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁸ Si veda *infra* cap. II, sez. II, par. 1.

¹⁵⁹ Così, A. BICCI, *op. cit.*, p. 34; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 48; G. STOLFI, *Nota*, cit., c. 199; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 153.

¹⁶⁰ Anche per questo motivo, non si fa davvero fatica a far confluire anche la disciplina compendiata con l'espressione «surrogazione del creditore perdente» all'interno del perimetro che, da un incontrovertibile punto di vista oggettivo, raccoglie le varie fattispecie di modifica ipotecaria oggettiva omogenea. Del resto, come già osservato, la necessità di una più ampia ricostruzione della vicenda non s'impone per assecondare esigenze esclusivamente classificatorie. Essa, al contrario, è preordinata ad offrire una soluzione ad una gran quantità di problemi che – come verrà posto in rilievo – possono verificarsi in occasione del trasferimento dell'oggetto dell'ipoteca: segnatamente anche di quello determinato dalla surrogazione del creditore perdente. A problemi siffatti, in caso contrario, non si saprebbe offrire una risposta soddisfacente.

Sezione II

IL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA
NELLA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA

SOMMARIO: 1. Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 54, l. 968 del 1953. – 2. Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 7, l. 156 del 1983. – 3. Il trasferimento dell'ipoteca dipendente dalla ricostruzione del bene perito in conseguenza di eventi sismici (art. 9, l. 219 del 1981; art. 10, d.lgs. 76 del 1990; art. 3, comma 1, d.l. 28 aprile 2009, n. 39).

1. *Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 54, l. 968 del 1953*

Altre ipotesi di trasferimento dell'ipoteca sono ospitate all'interno di alcune leggi speciali, le quali se, di regola, sono apprestate per affrontare contingenti situazioni, cionondimeno risultano tutto fuorché eccezionali. Quelle disposizioni, infatti – lungi dall'essere secondarie o marginali rispetto alla disciplina generale –, appaiono normalmente pensate e concepite dal legislatore in modo sistematico e, quindi, destinate a integrare l'ordinamento giuridico, contribuendo, per tale via, alla sua complessiva caratterizzazione¹.

Seguendo l'invito, certamente condivisibile, a procedere attraverso uno studio unitario della disciplina generale e speciale², accade che, proprio guardando a quest'ultima, è – come anticipato – possibile cogliere altri episodi di trasferimento dell'ipoteca, che pure contribuiscono a pieno titolo alla progressiva emersione

¹ L'attitudine sistematica della legislazione di emergenza, che contribuisce anche a chiarire in quale direzione va evolvendo l'ordinamento, è stata posta in luce nella celebre prolusione genovese di Filippo Vassalli del 22 novembre 1918 [con riferimento alla quale, si veda F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1919, p. 1 ss. (e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1960, p. 337 ss., da cui si cita)].

² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 119; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 20.

della categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

Tra questi, innanzitutto, è possibile soffermare l'attenzione sul trasporto dell'ipoteca regolato dall'art. 54, legge n. 968 del 1953, che disciplina la «concessione di indennizzi e contributi per danni di guerra»³.

La disposizione, rubricata «Privilegi e diritti reali sui beni ripristinati», si compone di due commi. Con il primo è previsto che «Sui beni riparati o ricostruiti permangono e rivivono i privilegi, le ipoteche e gli altri diritti reali quali esistevano sui beni stessi prima del danno, anche se la ricostruzione avvenga in luogo diverso»⁴. Il secondo comma dello stesso art. 54, però, si affretta a precisare un elemento che – si avrà modo di illustrarlo – appare di centrale importanza ai fini della presente indagine: «La ricostruzione in luogo diverso può non essere ammessa quando sul nuovo terreno esistano ipoteche o altri diritti reali che pregiudichino quelli costituiti sull'immobile distrutto».

L'interpretazione della disposizione consente di selezionare, al suo interno, tre differenti norme giuridiche.

Secondo la prima di esse, lo scenario nel quale si iscrive la vicenda è costituito, per quel che rileva in questo studio⁵, dal fatto che, in occasione della guerra, risulti distrutto un edificio sul quale è iscritta un'ipoteca. Lo stesso edificio è quindi ricostruito probabilmente attraverso la conclusione di un contratto di appalto, utilizzando i fondi messi a disposizione dalla pubblica amministrazione, sotto forma di contributi e indennizzi. È irrilevante, infine, che il nuovo edificio, che è ricostruito sullo stesso fondo sul quale era stato edificato il precedente fabbricato perito e che verosimilmente avrà un valore commerciale non inferiore rispetto allo stesso bene, abbia la consistenza o cubatura di quest'ultimo.

Al verificarsi dei fatti sussumibili all'interno della fattispecie complessa che li descrive, il primo comma del richiamato art. 54

³ Il precedente di questa disposizione è individuabile nella disciplina dettata dall'art. 20 del Decreto luogotenenziale del 27 marzo 1919, n. 426, con riferimento al quale si veda B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 152 s.; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 278 s.

⁴ In tema di reviviscenza, si rinvia a V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie*, cit., *passim*.

⁵ Non presenta una particolare rilevanza l'ipotesi della riparazione del bene danneggiato, la quale, conseguentemente, non è esaminata.

fa conseguire la produzione dell'effetto che, secondo la dottrina che si è imbattuta incidentalmente nella norma, può essere ricondotto all'interno della categoria della surrogazione reale⁶ o, più in particolare, della surrogazione reale propria⁷, nella quale al bene originario succede quello, sempre capace d'ipoteca, risultante dalla ricostruzione.

In realtà, nonostante il richiamo allo stesso e incerto istituto, nell'ipotesi descritta è dato scorgere, ancora una volta, quella vicenda modificativa dell'oggetto dell'originario rapporto ipotecario. Si tratta, pertanto, di un episodio che, a ragione, può farsi confluire nel novero della modifica ipotecaria oggettiva omogenea⁸.

Come accennato, lo stesso art. 54 si dà cura di disciplinare altre due norme giuridiche, che si distinguono per avere alcuni elementi aggiuntivi nella fattispecie, al cui verificarsi si determinano differenti effetti giuridici.

Innanzitutto, come visto, secondo l'art. 54, secondo comma, legge cit., la pubblica amministrazione può non solo negare il permesso di costruire sul fondo già ipotecato, ma, *a fortiori*, anche rifiutare il pagamento del contributo per la stessa ricostruzione, quando il bene «due» risulti già ipotecato. In questa evenienza, la fattispecie è arricchita da un elemento aggiuntivo che consiste nella (richiesta di) ricostruzione su di un fondo già ipotecato e nella valutazione negativa del fatto da parte della pubblica amministrazione. Da questa fattispecie il nesso di causalità giuridica fa quindi derivare la negazione dell'effetto previsto dalla suddetta norma regolare, e vale a dire il mancato rilascio del permesso di costruire e l'omessa erogazione del contributo a fondo perduto.

⁶ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 204.

⁷ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 817; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 416 s., nota 59.

⁸ È soggetto al campo di applicazione della stessa norma appena illustrata il fatto del beneficiario dell'indennizzo che procede alla ricostruzione dell'edificio perito non più sul fondo sul quale insisteva il fabbricato andato perito, ma su di un diverso fondo di cui è proprietario, a condizione che sullo stesso terreno non risultino precedenti iscrizioni ipotecarie. Anche qui, infatti, si determina lo stesso effetto della modifica del rapporto giuridico ipotecario che, stando a quanto può dirsi in questa fase iniziale della ricerca, pare continuare a esistere secondo le originarie caratteristiche, ad eccezione del bene sul quale può essere esercitata l'azione ipotecaria, che ora è l'immobile ricostruito con il contributo erogato dalla pubblica amministrazione.

Da qui la qualificabilità di questa seconda norma come eccezionale.

Ricade sotto l'ambito di applicazione della disposizione appena tratteggiata il caso del titolare del bene distrutto che, per motivi che non è dato in questa sede indagare, intenda procedere alla ricostruzione su di un diverso fondo di proprietà, ma su cui sia già iscritta (almeno) un'ipoteca.

Al prodursi del fatto sussumibile nella fattispecie di questa norma si determinano conseguenze che sono eterogenee rispetto a quelle che si riannodano al verificarsi della prima fattispecie, sopra illustrata, che, pur sembrando simile, ad una valutazione più attenta risulta profondamente diversa.

L'elemento di rottura, che impedisce acritiche assimilazioni ai casi sopra esemplificati, ha rilievo decisivo: il potenziale conflitto che può generarsi tra creditori ipotecari non tollera automatismi di sorta. Il permesso di costruire e il contributo pubblico sono negati.

Si dà, infine, una terza norma nella quale risuona la *ratio* che sembra alimentare anche la seconda. L'ente pubblico, in esito ad una valutazione positiva dipendente dall'esercizio della discrezionalità amministrativa, autorizza la realizzazione della ricostruzione su questo diverso terreno già gravato da (almeno) una pregiudizievole, in ipotesi anche riconoscendo il pagamento del contributo.

Tuttavia, almeno per quanto può dirsi in questa fase dello studio, è intuitivo che, in tale eventualità, l'effetto che qui può prodursi non consiste più in una semplice vicenda modificativa dell'originario rapporto, che continua a vivere così come modificato; e il motivo non sembra risiedere, ancora una volta, nel fatto che in questi casi la vicenda non dipenderebbe da una fattispecie riconducibile all'interno della surrogazione reale, così come sostenuto in dottrina⁹. È la stessa legge a precisare che, in questa ipotesi, sul bene «due» si danno «(...) ipoteche o altri diritti reali che (...)» pregiudicano «(...) quelli costituiti sull'immobile distrutto» (art. 54, secondo comma, cit.).

Salvo quanto verrà messo in rilievo più avanti, se anche questa vicenda può farsi confluire nell'area di competenza della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, guardando ad essa è però inne-

⁹ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75, nota 18.

gabibile la sensazione – avvalorata dalla lettura della disposizione – che il trasferimento dell'ipoteca non può certo avvenire con pregiudizio delle ragioni dei creditori ipotecari. I quali, a ben vedere, prima (o dopo) che si verificasse il perimento del bene del comune debitore, avevano iscritto ipoteca su di un diverso bene libero da gravami, e quindi destinato a soddisfare le loro ragioni con l'ordine di preferenza derivante dalla legge.

A parte le considerazioni appena svolte, è opportuno far rilevare che, anche rispetto alla disciplina di questo episodio di trasporto dell'ipoteca, possono svolgersi i consueti rilievi critici: è, infatti, ancora una volta omessa la regolamentazione, in modo espresso, dei molti problemi che possono dirsi connessi alla descritta vicenda; problemi che, per inciso – come già posto in risalto –, non sembrano nemmeno avviati a ricevere soluzione guardando agli insicuri luoghi della surrogazione reale.

2. Il trasferimento dell'ipoteca regolato dall'art. 7, l. 156 del 1983

Anche l'art. 7 della legge n. 156 del 2 maggio 1983, intitolata «Provvidenze in favore della popolazione di Ancona colpita dal movimento franoso del 13 dicembre 1982», prevede un'ipotesi senz'altro riconducibile entro la categoria della modifica ipotecaria oggettiva c.d. omogenea¹⁰.

Nei casi contemplati dagli artt. 5 e 6 della legge cit., è individuata, sulla base di criteri oggettivi, per il caso in cui l'evento abbia determinato la distruzione o il danneggiamento di beni immobili, la platea degli aventi diritto all'erogazione dei contributi pubblici, nonché l'ammontare e le modalità di erogazione dei contributi medesimi. Il successivo art. 7 dispone, ancora una volta, la vicenda modificativa che consiste nel trasferimento del diritto di ipoteca dal bene immobile sul quale è stata originariamente presa l'iscrizione, andato perito o deteriorato, al nuovo bene che si acquista usufruendo della contribuzione pubblica.

¹⁰ Si veda A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 347, il quale scorge nella norma una delle ipotesi di «trasporto dell'ipoteca su altro immobile».

Più in particolare, l'art. 7, primo comma, l. cit., prevede, in via alternativa, due diverse modalità mediante le quali può attuarsi il trasporto dell'ipoteca¹¹.

La prima vicenda modificativa si verifica allorché l'ipoteca, già iscritta sul bene perito, si trasferisce sul diverso bene che viene ricostruito in altro luogo, verosimilmente in esito alla conclusione di un contratto di appalto. L'espressione linguistica usata dal legislatore («immobili costruiti») lascia infatti pensare ad uno scenario dove il bene sul quale si trapianta l'ipoteca è realizzato in esecuzione di un contratto di appalto.

Nell'ipotesi appena indicata, si assiste pertanto alla seguente sequenza, posta a oggetto della fattispecie della norma, al cui verificarsi si produce l'effetto del trasferimento dell'ipoteca: a) innanzitutto, si dà il primo immobile sul quale è stata presa l'iscrizione ipotecaria; b) si verifica il moto franoso che determina il perimento del bene; c) per le caratteristiche di cui si compone il bene danneggiato dall'evento naturale o altrimenti, il proprietario ipotecato è, quindi, ammesso a usufruire del contributo pubblico; d) quest'ultimo viene impiegato per la ricostruzione di un bene immobile su diverso fondo già di proprietà oppure acquistato nell'occasione dal proprietario dell'immobile perito.

Ma poi si dà una seconda fattispecie, che è pur sempre produttiva del medesimo effetto giuridico. Essa si verifica nei casi in cui il titolare del bene perito proceda all'acquisto di un diverso bene immobile, mediante la stipulazione, nella generalità dei casi, di un contratto di vendita.

La serie rilevante, perché contemplata dalla fattispecie, in questa eventualità, è così composta: 1) ricorrono i primi tre momenti appena illustrati *sub* lett. a), b) e c); 2) inoltre, il contributo viene impiegato per il pagamento del prezzo di acquisto del nuovo appartamento.

Si segnala che l'ultimo comma dell'art. 7 cit. rinvia ad una di-

¹¹ La stessa disposizione prevede anche la facoltà, a favore del proprietario del bene ipotecato danneggiato, di chiedere alla pubblica amministrazione di accollarsi il debito già garantito dall'ipoteca, eseguendo il pagamento direttamente a favore del creditore ipotecario. In questo caso, si determina l'estinzione del diritto di ipoteca e la parziale modifica della parte passiva del rapporto obbligatorio, mediante l'aggiunta del nuovo condebitore.

versa fonte per quel che concerne l'individuazione delle attività da espletare perché si determini il trasferimento dell'ipoteca.

L'art. 17 della legge della Regione Marche n. 41 del 26 dicembre 1983 dispone che, nell'ipotesi in cui i titolari del diritto al contributo non abbiano preferito chiedere l'accollo del mutuo da parte della pubblica amministrazione, il trasferimento delle ipoteche «avviene sulla base di una presa d'atto da parte dell'ente delegato in ordine alla ricorrenza delle condizioni tutte stabilite dalla legge per il trasferimento, con individuazione esatta dei dati catastali dell'immobile sinistrato e di quello costruito o acquistato o assegnato in proprietà; la presa d'atto è rilasciata in esenzione di spese dall'ente delegato su richiesta dei titolari dell'ipoteca o del privilegio suddetti ed è titolo unico per le iscrizioni nei pubblici registri immobiliari».

L'indagine sulla disposizione indicata sembra consentire la conclusione che, in questi casi, il trasferimento del diritto di ipoteca si attua in conseguenza della formazione di questo provvedimento amministrativo emesso dall'ente all'uopo delegato¹².

È pertanto la presa d'atto a determinare nei rapporti tra le parti l'effetto del trasferimento dell'ipoteca. La successiva esecuzione della formalità pubblicitaria è invece posta a oggetto di un onere a carico della parte interessata, affinché gli effetti della stessa vicenda si riverberino verso i terzi.

Quest'episodio di trasporto dell'ipoteca appare pensato da un legislatore più consapevole e sistematico. Nella fattispecie si individua, innanzitutto, il momento in cui si verifica il trasferimento dell'ipoteca nei rapporti *inter partes*. Inoltre, è disciplinata la formalità pubblicitaria, denominata «iscrizione», cui soggiace la vicenda, perché gli effetti del trasferimento possano prodursi, in un secondo momento, anche nei confronti dei terzi, in ossequio al principio di pubblicità cui si informa l'intera disciplina ipotecaria.

¹² Prima della presa d'atto sembra darsi l'esistenza di una situazione giuridica soggettiva avente ad oggetto l'emanazione del provvedimento, da cui dipende il contestuale trasferimento dell'ipoteca. Stando all'interpretazione letterale della legge, la presa d'atto, che è il provvedimento emesso a conclusione del procedimento, è il fatto rilevante che determina il trasferimento dell'ipoteca dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta al bene costruito o acquistato usufruendo del contributo pubblico.

Tuttavia, anche in questa disposizione difetta quella più ampia sistemazione della materia, essenziale alla soluzione dei molti problemi che – come già posto in rilievo – possono accompagnare qualunque vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca. Tra questi, quello, senz'altro non secondario, che acquista nitidezza attraverso la posizione della domanda: è possibile procedere alla ricostruzione del bene su fondo già ipotecato?

Dovendo rinviare allo svolgimento del presente lavoro per cercare di offrire una risposta quanto più meditata al quesito appena posto, sembra peraltro possibile, già da ora, affermare, almeno a livello intuitivo, che la limitazione dettata espressamente dall'art. 54 della legge n. 968 del 1953, che reca una disciplina immanente all'ordinamento dell'ipoteca, possa trovare applicazione anche in questa ipotesi di trasporto. Se così fosse, sarebbe forse possibile raggiungere la conclusione che, in questi casi, non si avrebbe a che fare con una semplice vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca. Nella situazione descritta potrebbe dubitarsi, in via di prima approssimazione, che le caratteristiche della cosa che s'intende sostituire a quella perita, al fine di esercitarvi, in ipotesi, l'azione ipotecaria, consentano di ravvisare un episodio di semplice modifica dell'ipoteca, in quanto tale compatibile con la tenuta del precedente rapporto.

3. Il trasferimento dell'ipoteca dipendente dalla ricostruzione del bene perito in conseguenza di eventi sismici (art. 9, l. 219 del 1981; art. 10, d.lgs. 76 del 1990; art. 3, comma 1, d.l. 28 aprile 2009, n. 39)

Anche gli artt. 9, legge n. 219 del 1981, 10, d.lgs. n. 76 del 1990, e 3, comma 1, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39, e successive modifiche ed integrazioni, dispongono in modo sostanzialmente analogo alla disciplina del trasporto di ipoteca appena esaminato.

Le indicate disposizioni, infatti, contengono alcune norme giuridiche che prevedono, al verificarsi del danneggiamento di immobili gravati da ipoteca a seguito di eventi sismici, il consueto trasferimento dell'ipoteca.

Con l'art. 9 della legge n. 219 del 1981, la cui disciplina è poi sostanzialmente confluita nell'art. 10 del d.lgs. n. 76 del 1990, è

prevista l'erogazione di contributi, da parte della pubblica amministrazione, a favore dei proprietari di abitazioni distrutte o da demolire in conseguenza dei sismi che hanno interessato la Campania e la Basilicata nei mesi di novembre del 1980 e di febbraio del 1981.

Anche attraverso questa disposizione, infatti, è costituito, a favore del proprietario del bene andato distrutto in conseguenza del terremoto, il potere di procedere, mediante l'utilizzazione del contributo a fondo perduto, o alla ricostruzione del bene – sullo stesso fondo o su diversa area assegnata all'uopo dalla pubblica amministrazione – oppure attraverso l'acquisto di una nuova abitazione. In ogni caso, ciò comporta, ai sensi dell'art. 9 cit., ultimo comma, il trasferimento delle ipoteche già gravanti sugli immobili distrutti o da demolire sui diversi beni acquistati o ricostruiti, usufruendo del contributo pubblico.

Il legislatore ha quindi offerto una risposta, in modo sostanzialmente analogo, anche al terremoto che, nel mese di aprile del 2009, ha colpito la regione Abruzzo.

Infatti, in estrema sintesi, anche attraverso l'art. 3, comma 1, lett. a), del d.l. n. 39 del 2009, come convertito in legge, e successive modifiche e integrazioni, è previsto il consueto trasporto dell'ipoteca tutte le volte in cui, usufruendo dei contributi a fondo perduto erogati dalla pubblica amministrazione, il proprietario del bene andato danneggiato in conseguenza del sisma decida: a) o di ricostruire sullo stesso fondo o altrove l'immobile perito; b) oppure di acquistare un'abitazione sostitutiva, nuova o usata che sia. A tal fine, per espressa volontà della legge, gli atti pubblici e le scritture private autenticate ricognitive di queste ricostruzioni o acquisti rappresentano il titolo per ottenere il trasferimento del diritto di ipoteca dal bene immobile distrutto a quello ottenuto, in suo luogo, con la provvista erogata dalla pubblica amministrazione, secondo le modalità regolate dal secondo comma dell'art. 2825 cod. civ.¹³.

Anche le disposizioni d'emergenza appena illustrate, dettate

¹³ Come sopra esaminato, l'art. 2825, comma secondo, cod. civ., consente il trasporto dell'ipoteca «col grado derivante dall'originaria iscrizione e nei limiti del valore del bene in precedenza ipotecato (...) purché l'ipoteca sia nuovamente iscritta con l'indicazione di detto valore entro novanta giorni dalla trascrizione».

per fronteggiare gli effetti del sisma, sono pertanto caratterizzate, come visto, dalla ricorrenza di una fattispecie al verificarsi della quale si determina il trasferimento del diritto di ipoteca dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta a un diverso bene, divenuto di proprietà del danneggiato mediante il pagamento di un corrispettivo, la cui provvista è costituita in tutto o in parte dal contributo pubblico. Anche queste norme possono quindi, a pieno titolo, farsi confluire all'interno della categoria che, in via stipulativa, è stata denominata modifica ipotecaria oggettiva c.d. omogenea.

Ad eccezione del richiamo all'art. 2825, secondo comma, cod. civ. che, almeno in un'occasione, è qui compiuto, anche nelle disposizioni appena ricordate è possibile cogliere un ulteriore esempio di legislazione frammentaria. Generalmente, non si rinvencono infatti esaurienti indicazioni sugli effetti prodotti dal trasporto sul grado ipotecario, piuttosto che sulla formalità pubblicitaria da espletare e, in caso positivo, con quali conseguenze. Nulla si prescrive, inoltre, in ordine alla disciplina applicabile per la soluzione delle tante controversie che possono sorgere in conseguenza del trasferimento dell'ipoteca. Ciò rende sempre più improcrastinabile l'individuazione, anche rispetto a queste fattispecie, della più ampia regolamentazione ad esse applicabile per la decisione, in modo prevedibile e calcolabile, delle liti dalle stesse occasionate.

Peraltro, sia consentito svolgere, già da ora, ancora una volta, la seguente notazione. Sembra potersi escludere che, in questi casi, si avrà a che fare con una semplice vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca, tutte le volte in cui il proprietario del bene ipotecato perito decida: a) di ricostruire il bene su fondo già ipotecato; b) oppure di acquistare un appartamento parimenti già gravato dallo stesso diritto reale. Si dubita fortemente che qui il c.d. trasferimento dell'ipoteca, ove ammesso, possa effettivamente avvenire con pregiudizio delle ragioni dei terzi creditori che, in epoca precedente al verificarsi del fatto rilevante, abbiano validamente iscritto ipoteca sul bene poi acquistato dal beneficiario del contributo ovvero sul fondo su cui quest'ultimo abbia deciso di eseguire la relativa ricostruzione.

Sezione III

IL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA
DIPENDENTE DA CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. La posizione della dottrina. – 2. Rilievi critici. Rinvio.

1. *Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca.*
La posizione della dottrina

Si pone il tema se il trasferimento dell'ipoteca possa dipendere, oltreché dalla volontà della legge, dalla conclusione di un contratto.

In generale, la figura del negozio modificativo dell'oggetto è senz'altro ammessa in dottrina¹, sul rilievo essenziale che, in base

¹ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*. Artt. 1230-1259, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 117 s.; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. giur.*, 1969, p. 702; ID., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 36; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 710 s.; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 55; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 134 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 243 s.; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, nota a Cass., Sez. I, 7 gennaio 1957, n. 17, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 846 ss.; G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, «prestazione in luogo dell'adempimento» e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 263 ss.; A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*. Art. 1987-1991, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 492 ss.; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 145; C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988, p. 69 ss.; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, p. 37 s.; O. LOMBARDI, *La forma del mutuo dissenso*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 563 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione nel «negozio di accertamento»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 598 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 361 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, Messina, 1934 (e in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, I, p. 398, da cui si cita); P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 8; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in

all'art. 1321 cod. civ., il contratto può determinare non solo la costituzione o l'estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale tra le parti, ma anche la sua modifica.

Si tratta pertanto di stabilire se, anche riguardo all'oggetto dell'ipoteca, sia possibile stipulare un contratto modificativo, nel quale l'accordo è raggiunto tra il creditore ipotecario e il proprietario del bene ipotecato, indipendentemente dal fatto che sia anche il debitore. Solo se fosse possibile offrire una risposta affermativa al quesito appena posto, si tratterebbe poi di verificare quali effetti un simile accordo è idoneo a produrre, anche nei confronti dei terzi².

In argomento, è possibile registrare in dottrina una vera e propria «levata di scudi» contro una simile eventualità. Il tutto, come se l'atto di autonomia privata dovesse scontrarsi, nel contesto delineato, contro insuperabili limiti derivanti dalla rigidità formale dell'istituto, da un lato, e dal principio di intangibilità delle situazioni reali³, dall'altro.

Enc. dir., XL, Milano, 1989, p. 130 ss.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 282; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987, pp. 99 e 179 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 348; G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 341 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 20; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 33 ss.; B. COLOSIMO, *Adempimento in pendenza di condizione e negozio modificativo*, nota a Cass., Sez. I, 26 aprile 2010, n. 9948, in *Obb. e contr.*, 2011, p. 178 s.; N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, nota a Cass., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 5665, *ivi*, 2012, p. 109 ss. (e in *Persona e mercato*, 2012, p. 220 ss., da cui si cita). Nella manualistica, cfr. G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 456 ss. Per un'articolata indagine relativa alla possibile esistenza di una «diversità di regime giuridico» tra conclusione e modificazione del contratto, si veda A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526 ss., spec. p. 537 ss. Nella dottrina straniera, si veda P. KLEIN, *Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses*, Wien, 1907, p. 3 ss.

² Per un'accurata indagine avente per oggetto la configurabilità di un patto di c.d. surrogazione reale dei beni adibiti a patrimoni separati, si veda L. BALLERINI, *op. cit.*, *passim*, spec. p. 342 ss.

³ Così, E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 584, il quale ha anche potuto osservare, in modo incisivo, che questo principio appare quasi «ammantato da un velo di sacralità difficile da sollevare».

La dottrina negazionista dell'indicata possibilità, infatti, in modo pressoché unanime, osserva che non sarebbe consentita la stipula di validi contratti di surroga dell'oggetto dell'ipoteca, al fine di determinarne il trasferimento dal fondo sul quale è stata originariamente iscritta a un diverso bene. La ragione dell'impossibilità consisterebbe nel fatto che un simile accordo si porrebbe in contrasto con uno dei principi posti a fondamento dell'intera materia ipotecaria e segnatamente con il principio di pubblicità e/o di specialità⁴; in base ad esso, il vincolo dovrebbe necessariamente cadere su beni determinati⁵.

Non si manca poi di osservare, più in particolare, che, con riferimento all'ipoteca, il suddetto principio, accompagnato dalla considerazione dell'importanza che nel sistema assume il grado, farebbe sì che alla surrogazione reale – che si verificherebbe in presenza della mera sostituzione dell'oggetto del rapporto ipotecario, restando quest'ultimo invariato per tutto il resto – dovrebbe riconoscersi una natura strettamente eccezionale, con la conseguenza che quella vicenda sarebbe ammissibile solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge⁶. Al di fuori di questi ultimi, non si potrebbe, pertanto, assistere al trasferimento della stessa e identica ipoteca dal bene sul quale essa è stata presa a un differente bene, a nulla valendo, in contrario, una discorde volontà delle parti⁷.

Si aggiunge, peraltro, in modo plausibile, senza che in ciò non possa però individuarsi un embrione di contraddizione rispetto a quanto precedentemente sostenuto, che non potrebbe escludersi,

⁴ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 347; E. GALLO, *Inammissibilità del trasferimento autonomo dell'ipoteca*, nota a Trib. Palermo, 3 dicembre 1960, in *Riv. dir. ipotecario*, 1962, p. 105. Da ultimo, sembra propendere per questa soluzione anche L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 335 s. *Contra*, F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 244 s.

⁵ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 192; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55.

⁶ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75. A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 347, osserva che «gli interpreti concordano nell'affermare la natura eccezionale delle ipotesi di surrogazione reale, che derogano al principio della pubblicità dell'ipoteca, perché colpiscono un bene nuovo conservando il grado originario. Quindi la vicenda surrogatoria, con mantenimento del grado originario dell'ipoteca, è sottratta alla disponibilità delle parti, e non può essere prodotta da un accordo tra il proprietario ipotecario ed il creditore».

⁷ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*

a priori, la validità ed efficacia di un accordo tra le parti volto a conseguire, dal punto di vista del risultato pratico divisato, un effetto comunque latamente modificativo della precedente situazione di fatto. Ciò, in particolare, avverrebbe attraverso la combinazione di due atti tra loro collegati⁸: il primo di essi avente efficacia estintiva dell'originaria ipoteca; il secondo che consente, in un secondo momento, di prendere una nuova iscrizione ipotecaria su diverso bene⁹.

Tuttavia, come visto, in questi casi l'esecuzione dell'accordo passerebbe attraverso una prima vicenda estintiva dell'originario diritto reale di garanzia¹⁰, quale conseguenza dell'atto di rinuncia¹¹. Seguirebbe poi una seconda vicenda, questa volta costitutiva, di una nuova ed autonoma ipoteca, con il relativo grado, a seguito di una successiva iscrizione soggetta a imposta di registro, presa sulla base di un titolo idoneo¹². La particolarità di questa nuova ipoteca è che essa sarebbe sempre volontaria, indipendentemente dal fatto che la prima ipoteca, ormai estinta, fosse stata parimenti volontaria, oppure legale o giudiziale¹³.

Peraltro, si fa notare che, in questi casi, la sostituzione della prima ipoteca potrebbe influenzare, per qualche aspetto, la regolamentazione della seconda¹⁴.

A questo proposito, si precisa così che, ad esempio, se la prima

⁸ Per uno sguardo d'insieme dei principali problemi posti del collegamento negoziale, si veda V. BARBA, *La connessione tra negozi e il collegamento negoziale. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 791 ss.; ID., *Parte seconda*, *ivi*, p. 1167 ss.

⁹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55.

¹⁰ V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, p. 252; ID., *Struttura dell'atto di rinuncia all'eredità*, in G. BONILINI, V. BARBA, C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità e al legato*, Torino, 2012, p. 312, pone in rilievo che l'effetto della rinuncia al diritto reale comporta l'estinzione del diritto rinunciato. Per l'esame di alcune riflessioni che assegnano rilievo alla rinuncia al diritto ai fini dell'emersione della distinzione tra diritti reali e diritti di credito, si veda A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 97 ss.

¹¹ Sull'atto di rinuncia sia consentito rinviare, in questa sede, a P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, *passim*; V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, cit., *passim*; G. BONILINI, V. BARBA, C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità e al legato*, cit., *passim*; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 652 ss.

¹² D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75 s.

¹³ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76.

¹⁴ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*

ipoteca fosse stata invalida, ciò inciderebbe sulla seconda la quale sarebbe, per tale via, annullabile perché derivante da atto concluso per errore. Peraltro, nell'indicata eventualità, non si esclude che le parti, in una condizione di consapevolezza del vizio che inficia la prima ipoteca, potrebbero decidere di ovviare ad esso proprio attraverso la sostituzione dell'oggetto dell'ipoteca medesima¹⁵ che, per questa via, diverrebbe pienamente valida ed efficace.

2. Rilievi critici. Rinvio

La sistemazione tratteggiata non sembra pienamente condivisibile.

Innanzitutto, in essa vengono accomunate, tra loro, due fattispecie non perfettamente coincidenti, quali il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, da un lato, e la surrogazione reale, dall'altro, in un contesto dove – è stato già posto in rilievo – quest'ultima categoria risulterebbe però sprovvista di un'effettiva ed autonoma rilevanza interna¹⁶.

Inoltre, in questa sistemazione, non solo non si spiega, in modo esauriente, in quale modo si esplicherebbe la portata regolativa del ritenuto principio di specialità e/o pubblicità¹⁷, ma, soprattutto, non si dice in quale maniera questo stesso principio, in un secondo momento, avrebbe l'effetto d'impedire all'accordo raggiunto tra le parti di superare, con esito positivo, il test di liceità e di meritevolezza dell'interesse perseguito¹⁸.

¹⁵ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76, nota 20.

¹⁶ Si veda, *retro*, Introduzione, par. 3.

¹⁷ In argomento, cfr. *infra* cap. II, sez. II, par. 3-7.

¹⁸ Per uno sguardo d'insieme dei principali problemi della meritevolezza dell'interesse e della liceità del contratto, sia consentito rinviare, in questa sede, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 346 ss.; V. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003, p. 45 ss.; ID., *Disposizione testamentaria di destinazione*, in *Foro nap.*, 2016, spec. par. 5. In quest'ultimo studio, si distingue tra controllo di meritevolezza della causa, inteso come controllo civil-costituzionale di ogni atto di autonomia privata, e controllo di struttura del contratto non avente una disciplina particolare. Chiarisce l'A. che nessuno dei due significati è predicabile rispetto alla norma di cui all'art. 2645-ter cod. civ., nel quale il controllo di meritevolezza si riferisce al rapporto di destinazione. Secondo l'A., quindi, il controllo di meritevolezza, o liceità, c.d. civil-costituzionale, il quale trova

Infatti, se, al pari di qualunque altro negozio, tipico o atipico che sia, anche il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca potrebbe risultare illecito e caratterizzato da un interesse immeritevole di tutela, non sembra che si possa escludere, almeno *a priori*, uno scenario completamente opposto; uno scenario nel quale questo contratto, almeno di regola, risulti al contrario valido non solo perché dotato di tutti i requisiti previsti dalla legge, ivi compreso quello della forma *ad substantiam* (art. 1350, primo comma, n. 13, cod. civ.), ma anche in quanto perfettamente lecito e sorretto da un interesse meritevole di tutela, perché, ad esempio, compatibile con la struttura dell'ipoteca¹⁹ e non altrimenti lesivo dei diritti dei terzi²⁰.

Il profilo può meglio essere chiarito con un esempio. Si ipotizzi il caso del proprietario di tre appartamenti, ciascuno del valore di 100, il quale ha un debito di 40, a garanzia del quale è stata iscritta ipoteca su uno di questi tre beni. Si supponga che lo stesso proprietario riceva una proposta di acquisto del bene ipotecato in un contesto nel quale ciascuno degli altri due beni di proprietà, come visto, è da solo sufficiente a garantire le ragioni del creditore ipotecario. In questa ipotesi, salvo quanto verrà messo

fondamento nel sistema ordinamentale e, in particolare, nelle norme di cui agli artt. 2, 3, e 41 cost., riguarda la concreta funzione dell'atto ed è valutazione che concerne qualunque atto d'impulso. Serve a controllare che ogni concreto atto di autonomia privata risponda a una funzione giuridicamente e socialmente utile, ossia che sia idoneo ad attuare i valori fondamentali dell'ordinamento. Per contro, la meritevolezza, distinta dal controllo sulla funzione dell'atto e relativo ai soli contratti c.dd. atipici, implica una valutazione sulle mere strutture, allo scopo di verificare se l'astratto modello di composizione degli interessi sia rispondente e conforme agli interessi che l'ordinamento intende proteggere.

¹⁹ Si veda E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 580 ss., il quale, muovendo dal rilievo che l'attuale connotazione del diritto degli affari impone operazioni di finanziamento sempre più complesse, che mal si conciliano, ad esempio, con la crisi delle garanzie immobiliari, osserva, in modo condivisibile, che lo strumento per superare questi problemi può essere individuato nel «potere creativo che l'ordinamento riconosce all'autonomia privata», in un contesto dove si tenga però conto degli interessi in concreto coinvolti nelle singole operazioni economiche.

²⁰ M. ALBERGO, *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, in *Vita not.*, supp. al n. 5/6, III, 1987, p. CXLII; F. LOFFREDO, *op. loc. ult. cit.* Contro questa posizione, si vedano, peraltro, i rilievi critici di M.N. BADALAMENTI, *Osservazioni al quesito: «È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?»*, *ivi*, supp. al n. 4/5, III, 1989, p. LXXXVIII ss.

in rilievo più avanti, non si crede proprio che un accordo modificativo dell'oggetto dell'ipoteca – finalizzato a consentire al debitore la vendita del bene gravato –, attraverso il quale determinare il trasferimento della garanzia dal bene «uno» al bene «due», senza pregiudizio delle ragioni del creditore o di chicchessia terzo, possa, in qualche modo, dirsi illecito o altrimenti caratterizzato da un interesse immeritevole di tutela²¹.

Indipendentemente dall'effettiva portata regolativa dei ritenuti principi di specialità e di pubblicità, come visto considerati in dottrina impeditivi della stipula di un valido ed efficace contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, non è revocabile in dubbio il seguente dato di fatto. Anche stando al ragionamento svolto da quella stessa dottrina, passa pur sempre attraverso il raggiungimento di un accordo tra le parti la decisione di procedere dapprima attraverso la rinuncia all'ipoteca, che insiste sul primo bene, e, successivamente, alla costituzione, mediante iscrizione, sulla base del titolo all'uopo predisposto, di una nuova ipoteca sul differente bene, verosimilmente a garanzia, in tutto o in parte, del precedente diritto di credito.

Muovendo da quanto sostenuto dalla stessa dottrina, non si vede, pertanto, perché non possa affermarsi, in modo chiaro e logicamente ineccepibile, che le parti hanno il potere di stipulare un contratto preliminare²², con cui si impegnano a porre in essere, in un successivo momento, sia un atto di rinuncia all'ipoteca sul primo bene, sia un atto, unilaterale o bilaterale²³, di concessione del diritto all'ipoteca, da costituirsi attraverso la successiva iscrizione su diverso bene.

²¹ Da diversa prospettiva, si potrebbe anche osservare che un simile contratto, al contrario, dovrebbe dirsi pienamente meritevole di tutela, giacché idoneo a contemperare, in modo proporzionale e bilanciato, l'interesse del creditore, a essere efficacemente garantito, con quello del proprietario ipotecato, a non subire invece sacrifici eccessivi e inutili (in argomento, si vedano, in generale, S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., *passim*, spec. pp. 10 s. e 33 s.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 384 s.).

²² M. MAGGIOLO, *op. cit.*, p. 133.

²³ In argomento, cfr. M. MAGGIOLO, *op. cit.*, p. 61 ss.; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 483 s. In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 14 gennaio 2005, n. 19963, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 694 ss., con nota di M. PETRONE, *Revocatoria ordinaria, atti di disposizione, costituzione di ipoteca*.

In caso di inadempimento dell'obbligo di prestare il consenso derivante da questo contratto, non si dubita che, oltre a chiedere il risarcimento del danno, la parte non inadempiente potrebbe, qualora non escluso dal titolo, anche rivolgersi al giudice al fine di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo rimasto inadempito *ex art. 2932 cod. civ.* Ecco che in questi casi il giudice potrebbe senz'altro decidere la controversia mediante una sentenza produttiva degli stessi effetti dell'atto non formato; e quindi, della rinuncia all'ipoteca, da un lato, e della concessione del diritto alla nuova ipoteca, dall'altro.

Ma se si ammette la possibilità di questo contratto ad effetti obbligatori, non si vede perché non possa anche raggiungersi lo stesso risultato attraverso la stipula di un contratto che contempli in via immediata le stesse prestazioni e quindi: l'atto di rinuncia all'ipoteca e il titolo per la costituzione di una nuova ipoteca.

È evidente che un simile contratto – nel quale, ad esempio, la rinuncia o l'assenso alla costituzione dell'ipoteca possono anche formare oggetto di altrettanti allegati all'accordo – produrrebbe immediatamente i propri effetti tra le parti, le quali poi, a seconda dei casi, sarebbero gravate dell'onere di assoggettare l'intesa così raggiunta alla richiesta formalità pubblicitaria, perché le vicende che riguardano il diritto di ipoteca siano, in un secondo momento, produttive di effetti anche nei confronti dei terzi.

Solo in presenza della configurabilità di un accordo *lato sensu* modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, attraverso il quale passa la rinuncia alla prima ipoteca verso la costituzione di una nuova ipoteca, appare più appropriata la posizione del tema – ad opera della suddetta dottrina – relativo alla possibile influenza esercitata, a proposito dell'invalidità, dalla prima ipoteca sulla seconda²⁴.

Quanto osservato consente di raggiungere un primo risultato.

È ammessa la stipula di validi accordi relativi all'oggetto dell'ipoteca²⁵, in un contesto nel quale possono restare invariati, a li-

²⁴ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76, nota 20.

²⁵ Giova notare che l'art. 1068 cod. civ. [con riferimento al quale si vedano P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1970, p. 190 ss.; R. VITOLO, *Trasferimento della servitù e «luogo ugualmente comodo»*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1165 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 122 s.] non

vello descrittivo, tutti gli altri elementi del rapporto ipotecario e segnatamente: a) il proprietario ipotecato; b) il creditore ipotecario; c) il credito garantito.

Il solo problema che si tratta di risolvere in questi casi, e che verrà affrontato più avanti, consiste nello stabilire se, avuto riguardo all'entità della modifica dell'oggetto dell'ipoteca che le parti si propongono di determinare, un tale accordo possa dirsi: 1) semplicemente modificativo dell'oggetto del precedente rapporto ipotecario; 2) oppure debba, necessariamente, dar vita ad una doppia vicenda, la quale è, ad un tempo, estintiva dell'originario rapporto e costitutiva di quello nuovo, dal quale scaturisce il diritto a una nuova ipoteca, destinata ad acquistare efficacia a seguito della relativa iscrizione nei pubblici registri.

impedisce la stipula di contratti modificativi dell'oggetto del diritto di servitù, in un contesto nel quale sembrerebbero però attagliarsi quelle stesse eccezioni, derivanti dal sistema di pubblicità da cui passa la opponibilità verso i terzi dei diritti reali di garanzia, addotte dalla dottrina contro la possibilità di stipulare validi accordi modificativi dell'oggetto del diritto di ipoteca. Una conferma di quanto appena rilevato è offerta dall'art. 1350, primo comma, n. 4), cod. civ., che, in relazione ai «contratti che (...) modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione», richiede il requisito della forma *ad substantiam*. A tal proposito, è peraltro utile soffermare l'attenzione sulle diverse fattispecie regolate dall'art. 1068 cod. civ. Secondo la dottrina, con l'art. 1068, commi secondo e terzo, cod. civ., non si assisterebbe ad una vera e propria modifica dell'oggetto del diritto, perché qui la servitù si sposterebbe da una parte ad un'altra parte dello stesso fondo, senza alterazione della struttura dell'originaria situazione giuridica. Nella vicenda regolata dal quarto comma dell'art. 1068 cod. civ., anche se dipendente dalla stipula di un contratto, si verificherebbe, invece, un effettivo trasferimento della servitù su diverso fondo, anche se di proprietà di un terzo. Peraltro, in questi casi, si avrebbe la presenza di un'ipotesi non già di surrogazione reale, ma riconducibile all'interno di una doppia vicenda estintiva del precedente diritto e costitutiva di una nuova servitù (in argomento, cfr. L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 332 ss.; P. GALLO, A. NATUCCI, *Beni proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, VII, 2, Torino, 2001, p. 134 ss.; R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2008, p. 495 ss.; E. GUERINONI, *Servitù prediali*, in AA.VV., *Diritti reali parziali*, II, in *Tratt. dir. reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2011, p. 295 ss.; A. BURDESE, *In tema di trasferimento della servitù*, nota a Cass., Sez. II, 29 ottobre 1960, n. 2942, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 457 ss.; G. SPANÒ, *L'esercizio delle servitù*, in G. SPANÒ, S. CARUSO, *Le servitù prediali*, Milano, 2013, p. 601 ss. Conformemente, in giurisprudenza: Cass., Sez. II, 11 maggio 2012, n. 7415, in *Ced Cass.*, 2012; Trib. Salerno, Sez. II, 18 febbraio 2013, in *Leggi d'Italia on line*).

Anche qui, in entrambi i casi, si tratterà poi di risolvere una gran quantità di problemi; problemi che possono attagliarsi non solo a questo contratto, ma – come posto in rilievo prima d'ora – all'insieme delle fattispecie che alimentano la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea²⁶.

²⁶ Ad esempio: l'effetto prodotto dal contratto sul grado ipotecario, l'eventuale regime di pubblicità della vicenda, il tema degli effetti dell'accordo sull'invalidità della precedente ipoteca, e via dicendo.

Capitolo II

IL NODO DELLA DISCIPLINA



Sezione I

CATALOGO DI PROBLEMI CONNESSI
AL TRASFERIMENTO DELL'IPOTECA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ipoteca invalida. – 3. Il grado. – 4. L'iscrizione. – 5. L'annotazione. – 6. *Segue*: annotazione come elemento della fattispecie complessa che determina l'efficacia del trasferimento dell'ipoteca verso i terzi. – 7. La rinnovazione. – 8. La prescrizione. – 9. L'ammontare del credito per cui può farsi valere l'ipoteca.

1. *Premessa*

L'esame delle varie fattispecie produttive della modifica dell'oggetto dell'ipoteca ha consentito di mettere in rilievo che esse talvolta sono contemplate da disposizioni sporadiche e disorganiche.

Sono innanzitutto sporadiche perché, in alcuni casi, concepite da un legislatore che, dovendo risolvere un dato conflitto, vi ha provveduto con una soluzione ritenuta equa e ragionevole proprio con riferimento a quel caso, senza porsi più di tante domande sull'impatto della regolamentazione così dettata rispetto all'ordinamento. Le norme che disciplinano questa vicenda, infatti, ancorché accomunate dall'esistenza di un'iscrizione ipotecaria e dalla modifica dell'oggetto del rapporto, rappresentano, ciascuna di esse, l'espressione di un intervento legislativo isolato e destinato a incidere su problemi eterogenei¹.

Quelle stesse disposizioni sono il più delle volte anche disorganiche. Poiché pensate in modo isolato, ad esse sono dedicati uno o, al massimo, due articoli del codice civile o della disciplina di riferimento.

A ciò si aggiunge che, anche quando l'intervento normativo si caratterizza per dare vita ad una riflessione di sapore più ampio e

¹ Come visto, il perimento del bene assicurato, l'esigenza della ricomposizione fondiaria, la divisione del bene indiviso, la surrogazione del creditore perdente, il contributo della pubblica amministrazione per il ripristino di un bene andato perito in occasione di una calamità.

generale, oltrech  consapevole², il risultato cos  ottenuto  , di regola, poi disatteso, se non addirittura contraddetto, dalle altre norme che pure disciplinano ulteriori episodi recanti la stessa modifica dell'oggetto dell'ipoteca.

Questa sensazione di sporadicit  e disorganicit    confermata dalle considerazioni svolte dalla dottrina³, secondo cui le norme che si occupano del trasferimento dell'ipoteca non si giustificerebbero altrimenti se non nell'ottica di un semplice intervento del legislatore non «ispirato a preoccupazioni dottrinali o concettuali (...) ma (...) preoccupato, anzi agitato dal problema pratico-legislativo, che   il suo vero problema, e vi ha dato una soluzione».

La stessa sensazione, da ultimo, si amplifica, se possibile, leggendo le pagine di altra parte della dottrina⁴, che, pur cercando di rispondere agli stessi problemi, ha offerto soluzioni sporadiche e disarmoniche. Sporadiche perch  non pensate come applicabili all'insieme delle vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca, ma dettate a commento esegetico di questa o quella disciplina. Disarmoniche poich  produttive di sistemazioni che il pi  delle volte si pongono nel solco della «crisi della fattispecie»⁵: in esse non   infatti sempre chiaro il riferimento alla norma o al principio che, una volta applicato, consentirebbe di pervenire alle conclusioni propugunate.

  quindi opportuno, in questa sede, ragionare in ordine ad un primo «catalogo di problemi» che, volgendo lo sguardo all'*id quod prelumque accidit*, non si fa fatica ad ipotizzare che possano accompagnare i singoli episodi di trasporto dell'ipoteca. Ci  consentir , in seconda battuta, di verificare se essi sono effettivamente comuni all'intera categoria. Infine, il risultato cos  ottenuto permetterà anche d'individuare la soluzione che l'ordinamento giuridico appresta con riferimento ad essi; o, meglio, la norma che prevede quei problemi e che consente di decidere la controversia che li riguarda in modo calcolabile.

² Come, ad esempio, quando si regolano anche i profili derivanti dal trasferimento in termini di grado ipotecario, di pubblicit  della vicenda e via dicendo.

³ Si veda *retro* cap. I, sez. I, par. 9.

⁴ Si veda *infra*, questo stesso capitolo, sez. II, par. 2 ss.

⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss. (e in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 19 ss., da cui si cita).

2. L'ipoteca invalida

Una delle difficoltà legate al trasferimento dell'ipoteca consiste negli effetti prodotti, in questi casi, dall'invalidità dell'ipoteca sul bene «uno». Invalidità che può riferirsi sia al titolo sia all'iscrizione ipotecaria⁶, in un contesto nel quale, peraltro, mentre la prima forma d'invalidità incide sulla seconda⁷, quella che investe l'iscrizione non ha invece effetti riflessi sul titolo, potendo la stessa formalità essere successivamente ripetuta con efficacia *ex nunc* quanto al grado ipotecario⁸.

Nel sistema accolto dal codice civile l'iscrizione eseguita sulla base di un titolo nullo non produce effetti. Quella invece presa sulla base di un titolo annullabile, risolubile o rescindibile è pienamente efficace sia per quanto attiene l'ipoteca volontaria sia per ciò che concerne quella legale. In questi casi, soltanto la sentenza di annullamento, risoluzione o rescissione del titolo determina la caducazione della stessa ipoteca, con salvezza dei diritti dei terzi, nei limiti previsti dalla legge⁹.

Volgendo lo sguardo alla presente indagine, è opportuno porre la domanda: quale conseguenza determina il vizio dell'ipoteca sulla modifica dell'oggetto del rapporto che si attua in un secondo momento? L'ipoteca che ora insiste non più sul bene «uno» ma sul bene «due» è valida o invalida?

Il problema non è soltanto teorico e tanto meno posto per soddisfare mere esigenze classificatorie. Esso, al contrario, presenta un'immediata incidenza pratica. È possibile ipotizzare, infatti, un orizzonte nel quale si affollano casi d'invalidità dell'ipoteca che, incessantemente, postulano un'esigenza di chiarezza in ordine alle conseguenze che ciò determina allorché, in un secondo momento, si verifichi la fattispecie produttiva della modifica dell'oggetto dello stesso rapporto ipotecario.

Si può pensare, innanzitutto, al vizio che colpisce l'ipoteca in caso di omissioni o inesattezze con riferimento ad una o più delle

⁶ P. BOERO, *op. cit.*, p. 526 ss.

⁷ C. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 155 s.

⁸ B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 320; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 134.

⁹ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 259.

indicazioni che devono caratterizzare la nota di iscrizione o il titolo, elevate a requisito dell'iscrizione dall'art. 2839 cod. civ.

In relazione ad esse, infatti, il successivo art. 2841, primo comma, cod. civ. prevede che le inesattezze e le omissioni in ordine a quelle indicazioni determinano l'invalidità dell'iscrizione quando inducono incertezza: a) sulla persona del creditore o del debitore; b) sull'ammontare del credito; c) sulla persona del proprietario del bene gravato, quando la stessa indicazione è necessaria; d) sull'identità dei singoli beni gravati¹⁰.

In questi casi, qualora il conservatore non dovesse rifiutare l'iscrizione o qualora questa non dovesse essere richiesta con riserva (art. 2674-*bis* cod. civ.), si configurerebbe una prima ipotesi d'invalidità dell'ipoteca¹¹, che può essere dichiarata in sede contenziosa da parte del tribunale del luogo nel quale è situato l'immobile¹².

Si danno poi altre ipotesi d'invalidità, le quali, allo stesso modo, ribadiscono quell'esigenza di certezza e di calcolabilità¹³ delle conseguenze derivanti dal trasferimento del diritto di ipoteca, che si verifichi in un momento successivo rispetto alla nascita del rapporto ipotecario invalido.

Si pensi, ad esempio, all'ipoteca su crediti futuri allorché il rapporto obbligatorio non sia attuale¹⁴, oppure all'iscrizione presa con riferimento ad un bene non capace di ipoteca, secondo quanto previsto dall'art. 2810 cod. civ.¹⁵. Si può inoltre ragionare riguardo ad altre ipotesi di invalidità dell'ipoteca, le quali si verificano allorché il diritto reale di garanzia sia stato iscritto: a) con violazione del c.d. principio di specialità¹⁶; b) sopra beni che risultano già

¹⁰ A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 292; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 321; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 5; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 330 ss.

¹¹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.* In giurisprudenza, si vedano Cass., Sez. III, 2 ottobre 2003, n. 14675, in *Arch. civ.*, 2004, p. 967 (e in *Gius.*, 2004, p. 841; *Notariato*, 2004, p. 114; *Vita not.*, 2004, p. 288; *Il Notaro*, 2005, p. 32; *Foro it.*, 2003, I, c. 3291); Trib. Ascoli Piceno, 3 dicembre 2004, in *Leggi d'Italia on line*; Commiss. Trib. Reg. Puglia-Bari, Sez. VI, 13 gennaio 2012, *ivi*; Commiss. Trib. Reg. Basilicata-Potenza, Sez. III, 26 gennaio 2012, *ivi*.

¹² A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 292.

¹³ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*.

¹⁴ M. MAGGIOLO, *op. cit.*, p. 37 s.

¹⁵ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76, nota 20.

¹⁶ Per la violazione del principio di specialità quanto al credito garantito, cfr. Cass., Sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Udine, 21 set-

venduti con atto precedentemente trascritto¹⁷; c) sulla base di un titolo viziato perché formato con violenza, dolo, errore o incapacità¹⁸; d) rispetto ad un bene da costruire prima che la cosa sia venuta ad esistenza, con conseguente violazione dell'art. 2823 cod. civ.¹⁹; e) dall'amministrazione finanziaria²⁰ su bene immobile del contribuente in relazione ad un debito tributario allorché: 1) sia stata ravvisata dal giudice investito della controversia l'assenza del requisito del *periculum in mora*²¹; 2) non sia stato previamente comunicato allo stesso contribuente che si sta per procedere alla detta iscrizione, con assegnazione del termine di almeno trenta giorni per procedere al pagamento di quanto dovuto²², con violazione dell'art. 77, comma 2-*bis*, del d.p.r. n. 602 del 1973²³.

Ma poi, cambiando visuale, si può pensare all'impatto derivante non già dall'invalidità, ma dall'inefficacia dell'ipoteca. Si ipotizzi, ad esempio, l'ipoteca concessa dal *falsus procurator* (art. 2822, secondo comma, cod. civ.)²⁴, oppure quella iscritta dal creditore prima della trascrizione dell'acquisto da parte del debitore, con pregiudizio delle ragioni dell'ipoteca dell'alienante²⁵.

La congerie di situazioni da cui può dipendere l'invalidità o l'inefficacia dell'ipoteca impone pertanto lo svolgimento di un'ampia riflessione in ordine agli effetti che tutto ciò determina sul

tembre 1998, in *Foro pad.*, 1999, p. 291; Trib. Roma, 29 gennaio 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 214.

¹⁷ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 322.

¹⁸ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 319.

¹⁹ Trib. Benevento, 26 marzo 2009, in *Leggi d'Italia on line*.

²⁰ In tema di ipoteca iscritta dall'agente della riscossione, cfr. le puntuali riflessioni – svolte attraverso il prisma del principio di proporzionalità – di S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 75 ss.

²¹ Cass., Sez. V, 20 dicembre 2006, n. 27226, in *Dir. e prat. trib.*, 2007, p. 473 (e in *Leggi d'Italia on line*).

²² Ciò che se, da un lato, garantisce al contribuente la conoscibilità del futuro diritto reale di garanzia, dall'altro, esercita, nei suoi confronti, anche una pressione per indurlo all'adempimento (così, S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 83).

²³ Cass., Sez. VI, 12 maggio 2016, n. 9797, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2015, n. 20352, in *Fisco*, 2015, p. 3995; Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 19667, in *Boll. trib.*, 2014, p. 1741.

²⁴ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 258 s.

²⁵ E. PERONACI, *op. cit.*, p. 256, A. BICCI, *op. cit.*, p. 46; C. PINTO, *op. cit.*, p. 28.

rapporto ipotecario, risultante dalla modifica, in senso lato, del suo oggetto.

Come accennato, è accaduto che vari studiosi hanno sì avvertito il problema dei possibili riflessi del vizio di invalidità o di inefficacia che colpisce la garanzia reale con riferimento ad alcuni casi di trasferimento dell'ipoteca²⁶. Tuttavia, quegli stessi autori hanno poi omesso di svolgere più ampie riflessioni in merito alla giustificazione della soluzione prescelta, nonché sulla possibile applicazione della stessa soluzione avuto riguardo alle altre ipotesi di trasporto dell'ipoteca.

È evidente però che una soluzione al problema che possa dirsi plausibile richiede, in via preliminare, di affrontare lo sforzo ricostruttivo, ad oggi mancato in dottrina, volto all'individuazione della disciplina applicabile all'insieme delle fattispecie che concorrono a delimitare il perimetro della categoria denominata modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

3. Il grado

Un altro tema di centrale importanza, soltanto sfiorato dalle indagini della dottrina, è rappresentato dal grado dell'ipoteca risultante dal trasferimento dell'ipoteca.

In queste ipotesi, si pone all'interprete una serie incessante di domande. Il trasferimento dell'ipoteca incide o non incide sul grado? La modifica in senso lato dell'oggetto dell'ipoteca ha efficacia *ex tunc* o *ex nunc* rispetto al grado? E ancora, per la soluzione del problema è individuabile una sola o due o più sistemazioni? E in quest'ultimo caso, qual è la regola che consente di applicare una soluzione a un caso e l'altra ad un caso diverso?

Prima di cercare di rispondere a questi interrogativi, è opportuno segnalare che il grado, detto anche grado di ipoteca, di iscrizione o di prelazione ipotecaria, rappresenta il criterio che, a fronte di una platea di creditori muniti dello stesso diritto reale di garanzia, consente di verificare quale tra essi debba prevalere

²⁶ E. PERONACI, *op. loc. ult. cit.*, in relazione all'ipoteca del creditore perdente; D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*, per il trasporto dell'ipoteca a seguito di accordo tra creditore e debitore, anche se, di regola, non giudicato dallo stesso autore ammissibile.

sugli altri²⁷. Il grado è lo strumento di risoluzione dei conflitti²⁸ che possono derivare dal fatto che, in relazione ad uno stesso bene, possono essere costituiti più diritti reali di garanzia²⁹.

Il grado dipende dal momento in cui si verifica l'iscrizione dell'ipoteca e si distingue da quello che caratterizza un'altra ipoteca che sia iscritta in un momento diverso³⁰.

L'ipoteca di un grado determinato ha un'individualità che la differenzia rispetto a qualsiasi altra ipoteca; essa si riferisce ad una situazione giuridica soggettiva parimenti differente da quella derivante da qualunque altro diritto reale di garanzia. Ogni grado di iscrizione ipotecaria si caratterizza per una determinata modalità d'essere di ciascuna ipoteca³¹.

Su di uno stesso bene possono essere iscritte più ipoteche. Ciò ha una giustificazione logica: il diritto di ipoteca non investe il bene dal suo punto di vista materiale, ma in considerazione del suo valore, in funzione della realizzazione preferenziale di un diritto di credito³².

Può infatti accadere che il bene abbia un valore superiore rispetto alla somma di danaro per la quale è presa l'iscrizione della prima ipoteca³³. In questo caso, quel bene, oltre ad essere destinato a soddisfare la generica garanzia patrimoniale che la legge appresta a favore di qualunque creditore, può costituire anche

²⁷ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 63; N. CORBO, *op. cit.*, p. 149; C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 79; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 21; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 330; I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 197; E. PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 9; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 361 s.

²⁸ S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, XIV, 1, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1957, p. 221, mette in rilievo la differenza che corre tra l'interesse alla risoluzione di questo conflitto, da un lato, e gli interessi di cui sono portatori i vari creditori in conflitto, dall'altro. Il primo è giudicato prevalente rispetto ai secondi, essendo di natura pubblica.

²⁹ C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 494; N. CORBO, *op. cit.*, p. 149 s.

³⁰ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 79; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 155 s.; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 193; P. BOERO, *op. cit.*, p. 522; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 351 s.; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 494; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 179; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 133; D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., p. 53.

³¹ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 79.

³² C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

³³ In relazione a questo punto si veda *infra*, par. 9, stessa sezione di questo capitolo.

l'oggetto di altre ipoteche che pure attribuiranno ai loro titolari il potere di soddisfarsi sul prezzo ottenuto dall'asta, con preferenza rispetto agli altri creditori chirografari oppure muniti di una causa di prelazione ad essi non opponibile. Inoltre, può accadere che durante lo svolgimento del rapporto ipotecario la prima ipoteca si estingua in un momento antecedente rispetto a quello della promozione dell'azione esecutiva. Conseguentemente, le ipoteche di grado successivo si spostano in su ciascuna di un grado³⁴.

La priorità del grado misura anche la precedenza nell'esercizio del diritto di prelazione³⁵. Nell'assicurare il creditore contro il rischio di inadempimento del debitore, il diritto di ipoteca, indipendentemente dalla sua fonte, è particolarmente efficace perché conferisce al titolare il c.d. *ius distrahendi adversus omnes*, vale a dire il diritto di far vendere il bene anche se divenuto frattanto di proprietà di terzi³⁶.

Per quanto visto, si pone, ineludibile, il tema della verifica dell'impatto prodotto dalla modifica, in senso ampio, dell'oggetto del diritto di ipoteca sul grado.

In astratto sono ammissibili due soluzioni tra loro contrastanti.

In base alla prima di esse, infatti, potrebbe assumersi che, a seguito della vicenda modificativa che ha riguardato l'oggetto della garanzia, l'ordinamento disponga che il diritto di prelazione che assisteva l'originaria ipoteca continui a caratterizzare anche il rapporto ipotecario risultante dal trasporto, mediante il mantenimento dell'originario grado³⁷. In tal modo, l'ordinamento accorderebbe, comunque, preferenza al creditore dell'ipoteca interessata dalla vicenda modificativa, rispetto al diverso creditore che abbia, in ipotesi, iscritto il diritto di ipoteca sul bene «due» nell'intervallo tra: a) l'iscrizione ipotecaria sul bene «uno»; b) e il fatto che determina, anche nei confronti dei terzi, la successiva vicenda modificativa dell'oggetto dello stesso rapporto ipotecario³⁸.

Al contrario, è anche possibile assumere, in linea meramente teorica, che alla modifica dell'oggetto del diritto di ipoteca conse-

³⁴ C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Si veda, *retro*, Introduzione, par. 1.

³⁷ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 345.

³⁸ A. CHIANALE, *op. loc. ult. cit.*

gua la perdita del grado originario, con successivo acquisto di un nuovo grado, quale conseguenza del compimento della formalità pubblicitaria richiesta dalla legge, e pertanto con efficacia *ex nunc*. Se così fosse, il creditore che avesse in ipotesi iscritto una diversa ipoteca sul bene «due» prima della verifica, nei confronti dei terzi, degli effetti del trasporto dell'ipoteca, sarebbe per ciò solo sempre preferito al creditore che vantava sul bene «uno» un precedente diritto di ipoteca.

Tuttavia, la soluzione se, per effetto di questo trasferimento, l'ipoteca che si porta sul nuovo bene possa, in ipotesi, dirsi caratterizzata o dallo stesso grado oppure, al contrario, da un nuovo grado, presuppone, ancora una volta, il compimento, in via preliminare, di un'indagine, ad oggi mancata in dottrina; un'indagine che conduca all'individuazione della norma che, una volta correttamente applicata, permetta di affermare, con riferimento al caso controverso, la correttezza della prima piuttosto che della seconda delle soluzioni testé indicate.

Come noto, con riferimento al problema qui dibattuto, mentre l'art. 2825 cod. civ., da un lato, e gli artt. 2856 e 2857 cod. civ., dall'altro, offrono una disciplina al riguardo, nelle altre ipotesi che possono parimenti farsi confluire nella categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea nulla si prevede a tal proposito. Gli artt. 2825, 2856 e 2857 cod. civ. dispongono infatti che, una volta osservati i comportamenti posti a oggetto degli oneri previsti dalle stesse disposizioni, alla modifica dell'oggetto dell'ipoteca si accompagna il mantenimento, anche con riferimento al bene «due», dello stesso grado. Tuttavia, quelle disposizioni regolano in modo nettamente differente il procedimento attraverso il quale passa, in ipotesi, la produzione dello stesso effetto³⁹.

³⁹ Come visto, *retro*, cap. I, sez. I, par. 5 ss., nell'ipotesi contemplata dall'art. 2825 cod. civ., il trasferimento dell'ipoteca con il grado derivante dall'originaria iscrizione non rappresenta, almeno nei riguardi dei terzi, una vicenda riconducibile, *sic et simpliciter*, alla natura dichiarativa e alla conseguente efficacia *ex tunc* della divisione. La modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario, infatti, si verifica solo se il creditore interessato proceda ad una «nuova iscrizione» della stessa ipoteca nel termine perentorio di novanta giorni decorrente dalla trascrizione della divisione. Di talché, in difetto della stessa e tempestiva iscrizione, sembra che, di regola, il creditore avente titolo all'ipoteca possa sì prendere una nuova iscrizione, ma con il grado derivante da quest'ultima iscrizione, e quindi con efficacia *ex nunc*. È diverso il caso

È pertanto davvero singolare e anomalo che la legge che si dà cura di disciplinare le varie fattispecie di modifica omogenea dell'oggetto dell'ipoteca: a) nella maggior parte dei casi non si preoccupa dell'aspetto delle conseguenze da ciò prodotte sul grado⁴⁰; b) quando invece si fa carico di questo problema, lo fa offrendo una regolamentazione contrastante.

Nel quadro caratterizzato dalla descritta regolamentazione del tema del grado, quando non contraddittoria, del tutto assente, la dottrina ha peraltro cercato di offrire un contributo chiarificatore. Nel fare ciò, peraltro, mentre ha creduto di guardare agli insicuri luoghi della surrogazione reale⁴¹, la stessa dottrina ha ommesso di offrire una sistemazione applicabile, in ossequio al canone della totalità, a ciascuna delle varie fattispecie produttive del medesimo effetto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, limitandosi a formulare proposte settoriali, oltreché non sempre esaurientemente giustificate⁴².

È evidente che questa sistemazione se, per un verso, non può dirsi pienamente soddisfacente, cionondimeno, dall'altro, contri-

che si prospetta nell'art. 2856 cod. civ., rispetto al quale la legge non richiede, ai fini della surrogazione del creditore perdente, una nuova iscrizione e, tanto meno, esige che questa nuova iscrizione sia presa entro il perentorio termine di novanta giorni. Nell'art. 2857, ult. comma, cod. civ. si precisa che, per far valere il diritto alla c.d. surroga, ancora una volta nei confronti dei terzi, è necessario che sia eseguita non più un'iscrizione, ma una «annotazione» a margine dell'ipoteca del creditore soddisfatto. Ciò avviene presentando al conservatore una richiesta alla quale sia allegata una copia dello stato di graduazione dal quale risulti l'incapienza. Non sono poi posti termini di decadenza entro i quali eseguire questa formalità pubblicitaria.

⁴⁰ Come visto, nella maggioranza dei casi in cui la legge regola – con norme disseminate nei codici e nella legge speciale – le fattispecie al cui verificarsi segue il trasferimento dell'ipoteca, si registra il difetto di una regolamentazione riguardo alle conseguenze da ciò prodotte sul grado. In quelle disposizioni non si prescrive cioè alcunché non solo per quel che concerne la necessità di dare rilievo pubblicitario alla vicenda, attraverso l'iscrizione o l'annotazione, ma nemmeno si stabilisce se alla modifica dell'oggetto dell'ipoteca consegua anche il mantenimento del relativo grado, preso al momento dell'iscrizione del diritto riguardo al bene di partenza.

⁴¹ Così, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 362; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 822; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 345.

⁴² Nonostante il silenzio serbato sul punto dall'art. 2742 cod. civ., ad esempio, secondo A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 65, la modifica dell'oggetto del diritto di ipoteca contemplata dalla norma avviene in un contesto dove è mantenuto il grado derivante dall'originaria iscrizione.

buisce a stimolare la ricerca della norma che consenta di dissolvere ogni dubbio, mettendo in luce, in modo calcolabile se, e, in caso affermativo, secondo quali modalità, nei casi non espressamente regolati, la modifica dell'oggetto dell'ipoteca rechi con sé anche la conservazione del grado.

4. *L'iscrizione*

L'iscrizione è lo strumento attraverso il quale si costituisce l'ipoteca⁴³, secondo quanto previsto dalla norma contenuta nell'art. 2808 cod. civ.; norma che lascia davvero pochi dubbi in ordine al valore costitutivo della detta formalità pubblicitaria⁴⁴.

Prima dell'iscrizione l'ipoteca non esiste, potendosi parlare soltanto di diritto all'ipoteca⁴⁵, con cui s'intende la situazione giuridica soggettiva⁴⁶ di cui è titolare colui che è legittimato a chiedere e ottenere l'iscrizione⁴⁷.

⁴³ B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., pp. 13 e 105 s.; N. CORBO, *op. cit.*, p. 148; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 475.

⁴⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 210 e 319; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 321; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 5; R. BONIS, voce *Pubblicità ipotecaria*, in *Noviss. Dig. it.*, App. VI, Torino, 1986, p. 193; C. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 155 s.; ID., *L'ipoteca*, cit., p. 233 s.; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 475; P. BOERRO, *op. cit.*, p. 453; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 301; N. DISTASO, *op. cit.*, p. 139 s.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 140; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 132; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 397; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 133; S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁵ G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione. Parte generale*, Milano, 1935, p. 327; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 229 ss.; N. DISTASO, *op. cit.*, p. 140; B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 103; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 311.

⁴⁶ M. MAGGIOLO, *op. cit.*, p. 52, osserva, in modo condivisibile, che è «certo che il diritto di accendere l'ipoteca è un diritto di natura personale, dato che esso attribuisce la sola facoltà di vincolare il bene che ne è oggetto e di mantenerlo vincolato. Inoltre, il debitore o il terzo datore non possono opporsi all'esercizio, da parte del creditore, del diritto a costituire la garanzia ipotecaria. Essi si trovano in una posizione di soggezione: e basta questa breve considerazione per condividere la tesi secondo cui il diritto all'ipoteca ha natura potestativa». Anche per A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 327, qui si ha a che fare con un diritto potestativo. Non usa l'espressione «diritto potestativo» ancorché riferisce in ordine al potere di iscrivere l'ipoteca cui corrisponde, nel lato passivo, uno stato di soggezione del proprietario ipotecando, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 48 s. *Contra*, cfr. peraltro D. RUBINO, *op. cit.*, p. 229, nota 10.

⁴⁷ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 211; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 321 s.

Detto altrimenti, in base all'art. 2808 cod. civ., ogni effetto dell'ipoteca dipende dall'iscrizione. È solo con l'iscrizione che, infatti, si producono gli effetti tipici di questo diritto reale di garanzia sia verso i terzi, sia tra il proprietario ipotecato e il creditore⁴⁸. La *ratio* che ispira la norma è funzionale pertanto non solo ad assicurare l'esigenza di tutela verso i terzi, ma anche a indurre il creditore ad eseguire l'iscrizione, affinché si producano gli effetti dell'ipoteca nei confronti del proprietario del bene ipotecato⁴⁹.

La presente formalità si esegue osservando le prescrizioni dettate, sotto pena di invalidità, dall'art. 2839 cod. civ., attraverso la presentazione al conservatore di una nota di iscrizione in doppio originale⁵⁰; o, meglio, a seguito del processo di meccanizzazione che ha interessato le conservatorie, mediante la produzione di questa nota su supporto informatico⁵¹.

Come visto, generalmente, si parla di valore costitutivo dell'iscrizione ipotecaria. Non manca però in dottrina chi opera alcune distinzioni, riferendosi all'iscrizione in termini di pubblicità essenziale⁵², oppure come elemento della fattispecie ipotecaria o, ancora, come componente di un più ampio fatto giuridico complesso⁵³.

Si fa poi notare che l'iscrizione non può avere «effetto probante», nel senso che essa non prova la validità del titolo costitutivo e nemmeno sana i vizi che dovessero in ipotesi inficiarlo⁵⁴. Cionondimeno, l'iscrizione può integrare lo stesso titolo e determinare alcuni effetti che sono ulteriori rispetto al sorgere del vincolo ipotecario. Ciò accade allorché attraverso l'iscrizione: a) si specifichi, in ipotesi di titolo generale, il bene vincolato; b) si determini, in presenza di obblighi non pecuniari oppure non ancora liquidi, il limite monetario della garanzia⁵⁵.

⁴⁸ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 271; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 110; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 159.

⁵¹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 327 s.

⁵² S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 437.

⁵³ Per un quadro d'insieme, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 322.

⁵⁴ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 319; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 60; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 5.

⁵⁵ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 323.

Queste poche osservazioni valgono a mettere in rilievo un dato difficilmente revocabile in dubbio: l'autonomia dell'iscrizione rispetto al titolo, in uno scenario nel quale, peraltro, è certo la prima, e non il secondo, a caratterizzare l'intero fenomeno ipotecario⁵⁶.

L'iscrizione pone in rilievo due aspetti fondamentali dell'ipoteca⁵⁷.

Il primo di essi consiste nel potere, a favore del titolare del diritto di ipoteca, di incidere sulla destinazione finale del bene, sottoponendolo prima ad esecuzione forzata e soddisfacendo, poi, le proprie ragioni di credito sul prezzo ricavato dalla vendita, con preferenza rispetto agli altri creditori. Questo potere, peraltro, non incide sui diritti di godere e di disporre del bene gravato da ipoteca, che invece competono ai titolari dei diritti che si compongono di quelle stesse facoltà. Da questo punto di vista, l'iscrizione ipotecaria non pregiudica normalmente i rapporti commerciali riferibili, direttamente o indirettamente, al bene ipotecato; essa non produce poi effetti ulteriori rispetto a quelli che la singola norma ricollega al verificarsi del fatto rilevante perché sussumibile nella fattispecie, ad eccezione di quanto può dirsi in relazione alle informazioni fornite dalla consultazione dei pubblici registri⁵⁸.

Inoltre, gli effetti dell'ipoteca derivanti dall'iscrizione ipotecaria possono prevalere rispetto a quelli prodotti da altri rapporti giuridici collegati a quello ipotecario⁵⁹.

La rassegna dei principali risvolti dell'iscrizione ipotecaria serve bene a far comprendere come non sia senza conseguenze la soluzione che giunga a ravvisare la doverosità dell'espletamento di questa formalità per la produzione dell'effetto denominato trasporto dell'ipoteca. Ed è per questo che non può non essere posto il quesito se la vicenda modificativa che interessa l'oggetto del diritto di ipoteca, laddove la singola disciplina nulla preveda

⁵⁶ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁸ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 324, secondo il quale «in materia ipotecaria la forma diventa sostanza; e si impone, quindi, rispetto alle altre parti del diritto privato, una più elevata rilevanza dei dati anche meramente formali».

al riguardo, debba ritenersi assoggettata a questa formalità pubblicitaria e, in caso positivo, in base a quale norma giuridica.

5. L'annotazione

L'annotazione⁶⁰ rappresenta la risposta del legislatore alla preoccupazione di conferire un'adeguata forma di pubblicità alle variazioni che possono interessare il rapporto ipotecario, in quanto destinato a durare nel tempo⁶¹. Vicende che possono avere ad oggetto, oltre al trasferimento dell'ipoteca, un qualunque altro elemento del rapporto ipotecario, come i soggetti, il credito, gli eventuali atti di disposizione relativi alla prelazione ipotecaria⁶².

È per questo motivo che è stato possibile classificare le annotazioni in modificative, traslative o estintive. La prima ricorre allorché il fatto giuridico ha lasciato integra la situazione di base, al fine di rendere nota ai terzi la modifica che si è prodotta. La seconda è quella che determina il trasferimento del diritto di ipoteca dopo che, ad esempio, si è prodotta una modificazione nel lato attivo del rapporto obbligatorio, a garanzia del quale è stato iscritto il vincolo. Infine, è chiamata estintiva quell'annotazione destinata a far venire meno la formalità ipotecaria dai registri ipotecari⁶³.

Per quanto visto, l'annotazione è considerata la forma di pubblicità richiesta, in generale⁶⁴, per le modificazioni soggettive o oggettive del diritto di ipoteca⁶⁵, con la conseguenza che l'elenco

⁶⁰ Detta anche «annotamento» nel d.p.r. n. 635 del 1972.

⁶¹ Si veda B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 459, il quale osserva che «(...) È nell'ordine delle umane cose che, con l'andar del tempo, qualsiasi negozio possa o debba essere modificato»; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 445.

⁶² D. RUBINO, *op. cit.*, p. 337 s.; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 740; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 354; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 6; U. ZIO, *Commento sub art. 2843 cod. civ.*, in *Cod. Civ.*, cit., p. 415; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 330. Per F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 231, attraverso l'art. 2843 cod. civ. «si regolano pertanto le vicende dell'ipoteca per effetto della circolazione (trasmissione o vincolo) del credito garantito nonché la reazione che il regime della pubblicità esercita sulla disciplina di tale circolazione».

⁶³ B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 461 s.

⁶⁴ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 821; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 410.

contemplato dall'art. 2843 cod. civ. deve considerarsi meramente esemplificativo⁶⁶ e non tassativo⁶⁷. Oppure, guardando l'altra faccia della medaglia, può dirsi che, nei confronti dei terzi, ogni modifica del diritto di ipoteca si produce solo grazie all'annotazione, formalità pubblicitaria accessoria, che si ricollega a quella principale, suo antecedente giuridico necessario⁶⁸.

La procedura da osservare per eseguire l'annotazione, con attività di competenza ora della parte interessata (artt. 2842, 2843 cod. civ. e 17 legge n. 52 del 1985), ora del conservatore, è sostanzialmente analoga a quella che la legge prescrive per l'iscrizione⁶⁹.

Si presuppone pertanto una richiesta di annotazione mediante l'uso di un'apposita nota, in duplice copia⁷⁰, debitamente sottoscritta e trasmessa, di regola, mediante l'impiego di supporti informatici a cura della parte interessata⁷¹, e accompagnata dal

⁶⁶ I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 195; F.S. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*; A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 6; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 57 s.; G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, cit., p. 220 s.; L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 90, nota 249; N. FERRARO, *L'annotazione del trasferimento d'ipoteca in rapporto alla tutela concorsuale sottesa all'art. 45 L. Fall.*, nota a Cass., Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3402, in *Giur. it.*, 2013, p. 2242 ss. (la stessa sentenza è sottoposta a rilievi anche da V. RUGGERO, *Osservazioni a Cass.*, 12 febbraio 2013, n. 3402, in *tema di cessione a banca di credito garantito da ipoteca: una dubbia esenzione dall'adempimento di cui all'art. 2843 c.c.*, in *Banca, borsa, e tit. cred.*, 2014, II, p. 5 ss.). In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188, in *Vita not.*, 2005, p. 275. Per una sfumatura, si veda E. GALLO, *Inammissibilità del trasferimento autonomo dell'ipoteca*, cit., p. 104, per il quale si darebbero alcuni limiti che, a ben vedere, potrebbero incidere sull'affermazione secondo cui «sul valore esemplificativo dell'enumerazione riprodotta dall'art. 2843 del cod. civ. non pare sorgano dubbi». Nel pensiero di questa dottrina, infatti, l'estensione della portata applicativa dell'art. 2843 cod. civ. dipenderebbe dalla necessità che il caso concreto presenti una conformità sostanziale e formale rispetto ai principi e alle norme che regolano la materia ipotecaria, nonché all'analogia di finalità rispetto ai casi espressamente contemplati dalla stessa disposizione.

⁶⁷ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 822 s.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 97; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 459 s.

⁶⁸ In questi termini, quasi letteralmente, S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 469; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 7 s.; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 490; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 25.

⁶⁹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 354 s.; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 460 s.; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 395.

⁷⁰ F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 243; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 324.

⁷¹ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 354.

deposito dei documenti comprovanti la variazione di questo o quell'elemento del rapporto ipotecario, i quali, se non risultanti da atto pubblico, dovranno emergere da scrittura privata munita di sottoscrizione autenticata⁷².

Il conservatore procede quindi all'inserimento delle conseguenti annotazioni all'interno degli appositi registri, dei quali l'uno particolare (art. 2679, primo comma, n. 3, cod. civ.) e l'altro d'ordine generale (art. 2678 cod. civ.)⁷³.

È poi dibattuto se l'annotazione dell'evento modificativo a margine dell'ipoteca determini un'efficacia dichiarativa o costitutiva⁷⁴.

È possibile osservare che, nella generalità delle ipotesi in cui la legge la richiede, l'annotazione incide conferendo pubblicità ad una modificazione del rapporto ipotecario già verificatasi, rendendo perciò opponibile la vicenda nei confronti dei terzi⁷⁵.

Va però aggiunto che vi sono altre ipotesi – come accade, ad esempio, nella modifica del titolare dell'ipoteca –, nelle quali, diversamente, l'annotazione sembrerebbe indispensabile perché possano farsi valere i diritti ipotecari derivanti dalla vicenda, in

⁷² A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 354 s.

⁷³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 355; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 821.

⁷⁴ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*; C. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 157; ID., *L'ipoteca*, cit., p. 293; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 376; riguardo alla surrogazione del creditore perdente, così E. GALLO, *Titolarità dell'ipoteca e legittimazione a disporre*, nota a Cass., Sez. II, 27 dicembre 1963, nn. 3221 e 3222, in *Foro pad.*, 1964, p. 823 s.; M. FRAGALI, *op. loc. ult. cit.*, osserva in argomento che «le fattispecie modificative del rapporto ipotecario non si completano sempre nella pubblicità dell'atto di modificazione, né sempre da questa desumono l'effetto costitutivo. La pubblicità dell'atto modificativo è costitutiva dell'effetto solo in quanto è imposta dalla legge o sia necessaria *ex natura*; in ogni caso assume il carattere di pubblicità-notizia. Ma ha sempre per oggetto un nuovo modo di essere del rapporto ipotecario; e non può concretarsi se non in una formalità accessoria dell'iscrizione».

La giurisprudenza sottolinea sovente l'efficacia costitutiva dell'annotazione [si vedano Cass., Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3402, cit.; Cass., Sez. I, 10 agosto 2007, n. 17644, in *Vita not.*, 2007, p. 1197; Cass., Sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188, cit.; Cass., Sez. I, 21 marzo 2003, n. 4137, in *Gius.*, 2003, p. 1624 (e in *Arch. civ.*, 2004, p. 131; *Fall.*, 2004, p. 164); Cass., Sez. I, 12 settembre 1997, n. 9023, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., Sez. I, 7 maggio 1992, n. 5420, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, con nota di C. PETRUCCI, *Brevi note sugli artt. 2843 c.c. e 45 legge fall.* (e in *Fall.*, 1992, p. 1009; *Vita not.*, 1992, p. 1172)].

⁷⁵ Così, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 355; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 741; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 411 s.

senso lato, modificativa del vincolo. In queste circostanze, infatti, a taluno è apparso di assistere ad uno di quei casi nei quali la legge richiede una pubblicità costitutiva della vicenda, anche considerato che, parafrasando l'art. 2843 cod. civ., qui «la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca non ha effetto, finché l'annotazione non è stata eseguita»⁷⁶.

A complicare il problema, si aggiunge che è sembrato ad alcuni che l'annotazione talvolta sarebbe richiesta dalla legge e in altri casi dettata da motivi di opportunità. La individuata distinzione, che attiene, per così dire, alla fonte della doverosità dell'annotazione, finirebbe per incidere sul piano delle conseguenze derivanti dal mancato espletamento della relativa formalità; conseguenze che, per questo motivo, sarebbero per forza di cose eterogenee⁷⁷.

Le osservazioni svolte consentono di giungere a un primo risultato interpretativo.

L'annotazione è la formalità ipotecaria che la legge, e non certo metagiuridici motivi di opportunità⁷⁸, richiede tutte le volte in cui si sia verificata una vicenda che ha interessato l'originario diritto di ipoteca, affinché i terzi ne possano avere contezza⁷⁹. L'art. 2843 cod. civ. non fa, infatti, altro che recepire una chiara tendenza normativa, in base alla quale ogni modifica che produce effetti, sul piano sostanziale, sull'ipoteca, deve essere poi oggetto di una corrispondente pubblicità, sul piano formale, mediante un'adeguata annotazione; annotazione che diventa, per tale via, lo strumento indispensabile per collegare un fatto o un atto ad una precedente iscrizione ipotecaria⁸⁰.

⁷⁶ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 356. *Contra*, A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁷ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁸ Così, A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.* Fa invece riferimento ad una fonte *ex natura*, che contrappone alla legge, da cui talvolta deriverebbe la necessità dell'annotazione, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 821.

⁷⁹ E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 189. B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 459, osserva che l'annotazione «(...) è una nota che il Conservatore appone a margine della iscrizione, in base ad un titolo regolare, per fare risultare le varianti che l'ipoteca ha subito dopo la sua pubblicazione onde i terzi ne siano avvertiti». Secondo G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 245, l'annotazione consiste in una forma di «(...) pubblicità necessaria e costitutiva, non certo in relazione all'esistenza e validità dell'ipoteca, ma alla esistenza ed efficacia sul rapporto ipotecario del nuovo avvenimento o della mutazione resi pubblici».

⁸⁰ Così, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 823, il quale ravvisa, a tal fine, nella disposizione di cui all'art. 15, tab. A, l. 540 del 1943, abrogato dal d.p.r. n. 635 del 1972, rela-

Le osservazioni appena svolte sembrerebbero, già da ora, consentire l'illazione, da sottoporre a valutazione critica nel corso del presente studio, che se fosse possibile accertare, nel caso concreto, la ricorrenza di una vera e propria modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario, invariato per tutto il resto, forse allora, perché possa produrre i propri effetti anche nei confronti dei terzi, essa dovrà risultare da un'apposita annotazione a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria, conformemente alla regola generale che si è creduto di individuare nell'art. 2843 cod. civ.

6. *Segue: annotazione come elemento della fattispecie complessa che determina l'efficacia del trasferimento dell'ipoteca verso i terzi*

Peraltro, sembra di poter affermare già da subito, ad una prima riflessione, che la modifica del diritto di ipoteca, con riferimento alla quale la legge può in effetti prescrivere la formalità della relativa annotazione, consente di selezionare due differenti profili di rilevanza giuridica⁸¹.

tivo all'annotamento degli atti inerenti all'ipoteca non espressamente elencati, una sensibilità di fondo dell'ordinamento nel rendere pubblico il mutamento di aspetti legati all'originario rapporto ipotecario.

⁸¹ Si veda D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 792, il quale osserva, in modo incisivo, che «La pubblicità immobiliare (...) costituisce un procedimento interpretativo della prassi (1° livello), di contenuto non variabile, preclusivo quindi di ogni altra possibilità di rappresentazione, a cui fa seguito una particolare forma di organizzazione (la conoscenza legale del rapporto) che, benché abbia natura effettuale, viene assunta come un apriori storico e concreto, sottraendo il suo carattere puramente formale: essa, ed essa soltanto, nelle diverse ipotetiche prospettive interpretative, fissa ciò che i soggetti (le parti del rapporto) possono apprendere del loro rapporto con la prassi (2° livello di tecnicizzazione). Le altre possibili interpretazioni restano interamente pregiudicate». In modo simile, si veda S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 419, il quale pone la distinzione tra la «fattispecie primaria che deve essere resa pubblica e la fattispecie secondaria costituita dal procedimento pubblicitario. Le due fattispecie sono collegate: la seconda, anzi, non è autosufficiente, perché presuppone la prima, a cui deve necessariamente appoggiarsi». Similmente, per la distinzione tra una «situazione primaria», da cui deriva il diritto all'ipoteca, da un lato, e la diversa situazione che, dall'altro, attiene al momento in cui è curata la pubblicità, si veda N. DISTASO, *op. cit.*, p. 139.

Si ha, così, una prima forma di rilevanza che si riferisce alla vicenda modificativa che ha interessato l'oggetto del rapporto ipotecario in conseguenza dell'accadere di eterogenei fatti giuridici⁸².

La realizzazione di questi fatti determina, di regola, l'immediata produzione dell'effetto giuridico, vale a dire la modifica dell'oggetto della garanzia, per quel che attiene al rapporto corrente tra creditore ipotecario e proprietario ipotecato, che nella normalità delle ipotesi è rappresentato dal debitore⁸³.

Ad esempio, si pensi alla cessione del credito garantito da ipoteca che importa, automaticamente, che il cessionario diventi il titolare oltretutto del credito anche del diritto all'ipoteca⁸⁴. In con-

⁸² Ad esempio, l'incapienza del bene sul quale è stata iscritta l'ipoteca, la conclusione di un contratto, l'adozione di un atto amministrativo o il verificarsi di un evento naturale. Si veda, sul punto, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 821, il quale osserva correttamente che «l'annotazione ha per oggetto atti di disparato contenuto, perché di vario contenuto possono essere quelli di modificazione del rapporto ipotecario (...)».

⁸³ Secondo G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 366, diversamente da quanto può dirsi rispetto al codice previgente (sotto il vigore del quale si reputava che l'annotazione rappresentasse uno strumento concesso al creditore, per consentirgli di impedire, mediante la sua esecuzione, ad esempio, che si potesse determinare la cancellazione senza il suo consenso), l'art. 2843 cod. civ. stabilisce che l'annotazione serve a rendere efficace la vicenda modificativa, anche se nei rapporti fra le parti, ovviamente, la stessa annotazione non occorre. Similmente, cfr. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 437 s., il quale osserva che: «non è pubblicità essenziale quella prescritta per la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per cessione, surrogazione (...), che si attua mediante l'annotazione in margine all'iscrizione dell'ipoteca (art. 2843). Codesta annotazione, infatti, attiene unicamente all'efficacia degli atti indicati, rispetto ai terzi»; secondo G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 248, «l'annotazione costituisce pubblicità essenziale e costitutiva nei riguardi della trasmissione o del vincolo dell'ipoteca, nel senso che (...) la trasmissione non ha efficacia nei confronti dei terzi né il vincolo ha efficacia nei confronti dei terzi se non v'è l'annotazione e l'efficacia sorge dal momento dell'annotazione». Conformemente, si veda L. FOLLIERI, *op. cit.*, p. 93. *Contra*, per l'esame della dottrina secondo cui l'espletamento dell'annotazione consentirebbe la produzione di effetti della vicenda modificativa dell'ipoteca non solo verso i terzi, ma anche nei confronti delle parti, cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 38. Riguardo al tema della surrogazione del creditore perdente, così, non senza qualche esitazione, E. GALLO, *Titolarità dell'ipoteca e legittimazione a disporre*, cit., p. 821 ss.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 139; C. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 159 s.; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 491; U. ZIO, *Commento sub art. 2843 cod. civ.*, cit., p. 415. *Contra*, cfr. P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 397; G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, cit., p. 214 s.; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 202.

sequenza del trasferimento del diritto di credito è titolare di quel diritto ipotecario non più il cedente, ma il cessionario. Una volta eseguita la notifica o l'accettazione della cessione, il debitore ceduto può efficacemente pagare al solo cessionario⁸⁵. Il trasferimento del diritto di credito determina anche, nei confronti delle parti coinvolte dalla cessione, la modifica del diritto accessorio di ipoteca. Da questo momento il titolare del diritto all'ipoteca, e quindi del diritto al pagamento in modo privilegiato per il caso di inadempimento del debitore, attraverso la vendita del bene ipotecato, non è più il cedente ma il cessionario⁸⁶.

Peraltro è chiaro che, in questi casi, giacché il trasferimento di quest'ultimo diritto deve dirsi compatibile con il sistema ipotecario⁸⁷, oltreché con la natura reale dello stesso diritto⁸⁸, ecco che esso dovrà formare oggetto di un'apposita annotazione a margine dell'originaria iscrizione, perché la vicenda modificativa – nell'esempio posto, la cessione del credito assistito da garanzia ipotecaria⁸⁹ – produca ai sensi dell'art. 2843 cod. civ. un ulteriore tipo di effetto, indispensabile per far valere lo stesso diritto (anche) nei confronti dei terzi⁹⁰. *Medio tempore*, infatti, il cessionario che non

⁸⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, cit., p. 47 s., osserva che, nei rapporti interni, «la cessione del credito è efficace fra il creditore cedente ed il cessionario, operando il trasferimento del credito, sin dal momento in cui il cedente conclude l'accordo con il cessionario. (...) Quanto ai rapporti *esterni* (...) la cessione del credito diviene efficace nei confronti del debitore ceduto quando questi l'abbia accettata o quando gli sia stata notificata».

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., p. 139; E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 58; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 98. *Contra*, G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 366 s., secondo cui l'annotazione svolge anche il ruolo di criterio di preferenza anche con riferimento all'individuazione del cessionario prevalente.

⁸⁷ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 139 e 141. R. BONIS, voce *Pubblicità ipotecaria*, cit., p. 193, inoltre, pone in rilievo che, al di là delle distinzioni che possono formularsi, «la pubblicità è sempre legata ad un effetto giuridico».

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 139.

⁸⁹ C. CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, cit., p. 160, ricorda che, secondo la giurisprudenza (Trib. Bologna, Sez. IV, 23 febbraio 2004, in *Dir. fall.*, 2006, p. 240), l'annotazione della cessione del credito è giudicata efficace anche se intervenuta successivamente alla dichiarazione di fallimento del debitore, giacché importa la semplice sostituzione del creditore garantito e non già la creazione di una nuova ipoteca, ciò che invece comporterebbe una violazione della c.d. *par condicio creditorum*.

⁹⁰ Cfr. B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 26 e 218 s. In modo non dissimile, secondo M.

abbia effettuato l'annotazione non è considerato alla stregua di un creditore ipotecario, ma come semplice chirografario⁹¹.

Si pensi, ancora, alla modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario che si verifica tutte le volte in cui si assiste al trasporto dell'ipoteca. In questi casi, in seguito al fatto giuridico che ha generato il trasferimento dell'ipoteca, i diritti ipotecari non possono più farsi valere sul bene sul quale è stata originariamente iscritta l'ipoteca, ma solo sul diverso bene risultante da quella modifica. Anche qui pertanto, salvo che la legge disponga diversamente, la vicenda modificativa è efficace nei rapporti tra le parti in seguito alla verifica del fatto giuridico⁹².

BATTAGLIESE, *La cessione non annotata del credito ipotecario e il conflitto con gli altri creditori concorrenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, p. 350, «(...) nei confronti del soggetto passivo dell'obbligazione assistita dalla garanzia ipotecaria è influente l'annotazione: essa è destinata ad esprimere il suo vigore operativo nel solo conflitto tra più creditori (...)».

In questi casi sono isolabili due differenti norme, le quali possono essere accomunate perché le relative fattispecie hanno un elemento in comune. Si ha una prima norma giuridica del tipo «se A, allora B», secondo la quale se si verifica il fatto rilevante, perché sussumibile nella fattispecie, allora si determina l'effetto della modifica del rapporto ipotecario nei rapporti tra le parti. Ma poi si dà una seconda norma giuridica del tipo se «A+C, allora D». In essa la fattispecie è formata dal suddetto concetto A oltre che dal concetto C, il quale consiste nell'annotazione del fatto giuridico presso la conservatoria dei registri immobiliari. Qui i fatti concreti (a e c), rientranti in A e in C accadono in tempi diversi. È possibile formulare un primo giudizio sussuntivo secondo il quale a rientra nell'estensione del predicato A; successivamente, è anche possibile formulare il giudizio secondo cui c rientra nell'estensione del predicato C. I giudizi sono formulati in momenti cronologicamente diversi. Dal lato dell'efficacia, sarà possibile affermare che D, e vale a dire la produzione di effetti della modifica dell'oggetto dell'ipoteca nei confronti dei terzi, si determina solo successivamente allo svolgimento dei due differenti giudizi (in argomento, cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1111; S. RUPERTO, *Efficacia giuridica. Appunti per una lezione di diritto privato*, in *Jus*, 2007, p. 391 ss.).

⁹¹ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 140, il quale aggiunge che «soltanto colui che, secondo il sistema di efficacia e di opponibilità della cessione del credito, prevale tra più aventi causa può ottenere un'annotazione realmente efficace: si può ben dire, sotto questo profilo, che la formalità dell'annotazione non assorbe né sostituisce la notificazione di data certa al debitore». Conformemente, si veda B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 28.

⁹² Riprendendo le riflessioni svolte da S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 428, può darsi che, in questi casi, «L'atto (fattispecie primaria), appena perfetto e compiuto, produce i suoi effetti, certamente nei confronti delle sfere dei soggetti che vi hanno partecipato. L'efficacia dell'atto, però, è limitata, perché vi sono dei terzi i quali hanno diritto alla protezione della loro buona fede».

Perché poi, però, quella vicenda acquisti un altro tipo di efficacia nei confronti della generalità dei consociati, occorrerà, nella maggior parte dei casi, che quanto accaduto sia fatto oggetto di un'adeguata e corrispondente annotazione a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria⁹³. L'annotazione si lascia pertanto apprezzare per la sua natura modificativa dell'originaria pubblicità, e cioè dell'iscrizione, mantenendo inalterati il grado oltretutto i diritti del creditore ipotecario⁹⁴.

Beninteso, questa annotazione non è posta a oggetto di un obbligo⁹⁵, venendo in considerazione alla stregua del comportamento contemplato da un onere, che la legge, mediante la posizione di una fattispecie complessa⁹⁶, fa gravare sulla parte interessata affinché la modifica dell'oggetto dell'ipoteca produca i propri effetti anche nei confronti dei terzi.

Ogni modifica del rapporto ipotecario, soggettiva od oggettiva che sia, è sottoposta al campo di applicazione del canone di pubblicità, immanente al sistema, di cui l'art. 2843 cod. civ. costituisce né più né meno che una puntuale applicazione: occorrerà dunque che si verifichi un secondo fatto giuridico, rappresentato dall'annotazione del primo fatto a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria, perché la vicenda modificativa produca effetti anche nei confronti dei terzi⁹⁷.

⁹³ Si veda, a proposito del pegno, il ragionamento seguito da E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 573 s., con riferimento al piano dei rapporti tra debitore e creditore, da un lato, e quello della efficacia del pegno verso i terzi, dall'altro, con riferimento al quale è usata l'espressione «rilevanza esterna».

⁹⁴ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 139.

⁹⁵ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 462 s.

⁹⁶ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 407 s., mette in rilievo che in alcune occasioni «effetti particolari possano derivare da combinazione di due o più fattispecie, o che l'effetto di una data fattispecie, costituisca, a sua volta, elemento di fatto di un'altra fattispecie».

⁹⁷ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 346 s., parlando della surrogazione reale, secondo le ipotesi che crede di ravvisare nelle norme portate dagli artt. 853, 2742, 2825 cod. civ., nota che essa «richiede comunque il compimento di un'apposita formalità, affinché il principio di pubblicità non venga violato anche per il tempo successivo al trasporto: in assenza di un'apposita segnalazione, la prelazione ipotecaria sul nuovo bene resterebbe del tutto occulta». Secondo A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 6, l'annotazione serve a rendere conoscibili le vicende modificative relative al rapporto ipotecario a favore dei terzi; o, meglio, la rilevanza di queste vicende nei confronti dei terzi dipende proprio dall'annotazione. Del resto, l'esigenza di tutela

Per questo motivo, solo una volta che verrà curato l'espletamento della formalità pubblicitaria prevista per la semplice vicenda modificativa che ha riguardato l'oggetto del diritto di ipoteca, allora si produrranno i relativi effetti nei confronti dei terzi⁹⁸.

Così posto, il problema si riduce alla verifica dell'effetto prodotto, nei confronti dei terzi, dall'annotazione della vicenda modificativa che ha riguardato l'oggetto dell'ipoteca a margine dell'originaria iscrizione.

In astratto sono possibili due diverse soluzioni.

L'annotazione, infatti, potrebbe dar vita ad una situazione in cui l'effetto si determina *ex tunc*. Se così fosse, la vicenda modificativa dell'oggetto del rapporto ipotecario produrrebbe effetti nei confronti dei terzi sin dal momento in cui si è verificato il fatto descritto nella fattispecie, da cui dipende il trasferimento del diritto nei rapporti interni tra creditore e proprietario ipotecato.

Tuttavia, potrebbe anche dirsi che, al contrario, un simile effetto si produca non già *ex tunc*, ma *ex nunc*. La vicenda modificativa potrebbe determinare i propri effetti nei confronti dei terzi solo a partire dal momento in cui si procede all'annotazione della stessa vicenda a margine dell'originaria iscrizione.

Le notazioni appena svolte rendono alquanto evidente che è possibile accordare, in modo consapevole, la preferenza alla prima piuttosto che alla seconda delle soluzioni testé indicate, solo una volta raggiunto il seguente risultato: l'individuazione, in via preliminare, di una più ampia sistemazione del trasferimento dell'ipoteca, che possa, in quanto tale, dirsi armonica con il sistema oltretutto fondata normativamente.

degli interessi dei terzi, che rappresenta un principio immanente all'ordinamento per ogni forma di garanzia reale [in generale, si leggano le riflessioni di F. CARNELUTTI, *Teoria della circolazione giuridica*, Padova, 1933, p. 62, il quale mette in rilievo la «massima di esperienza, per cui non basta *essere* senza *parere*; questa verità, che la vita insegna, vale non soltanto per il diritto ma anche per questo, che della vita è uno degli aspetti (...) la difficoltà più profonda del problema riguardi(a) appunto quella che si può dire la incolmabile distanza, che esiste tra l'*essere* e il *parere*, i quali, per quanto si avvicinino, non possono coincidere mai, appunto perché si tratta di due principii essenzialmente diversi], mentre nel pegno è normalmente attuata mediante lo spossessamento del bene (art. 2786 cod. civ.), nell'ipoteca è soddisfatta attraverso l'impiego di un adeguato sistema di pubblicità (così, E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 577 s.).

⁹⁸ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 460.

7. La rinnovazione

Nei rapporti tra privati tutto ha un termine e l'ipoteca non può certo fare eccezione a questa regola⁹⁹.

È per questo motivo che, secondo quanto previsto dall'art. 2847 cod. civ., l'iscrizione perde efficacia e l'ipoteca si estingue se non è eseguita una tempestiva rinnovazione prima dello spirare del termine di venti anni¹⁰⁰, decorrente dal momento in cui è stata presa la stessa iscrizione¹⁰¹.

Non si tratta, peraltro, di un termine di prescrizione¹⁰². Ciò in considerazione delle evidenti differenze strutturali che ricorrono tra questo termine cui soggiace l'ipoteca e quello trascorso il quale si determina l'estinzione del diritto per prescrizione, dove viene in rilievo sì il decorso del tempo, ma in quanto a ciò si accompagni l'inerzia del titolare nell'esercizio dello stesso diritto. Per questo motivo, si fa discendere la conseguenza dell'inapplicabilità al primo termine della disciplina dettata dalla legge riguardo al secondo¹⁰³, anche per ciò che concerne la sospensione e l'interruzione¹⁰⁴.

Né è apparso che l'estinzione dell'ipoteca per mancata rinnovazione nel ventennio possa qualificarsi quale ipotesi di decadenza¹⁰⁵, la quale, al fine di accordare certezza allo svolgimento dei traffici giuridici, postula che un atto sia indifferibilmente formato entro un dato tempo¹⁰⁶.

Si tratta, più semplicemente, di un termine di durata, la cui scadenza può essere impedita e quindi prorogata¹⁰⁷, tutte le volte

⁹⁹ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 303.

¹⁰⁰ N. CORBO, *op. cit.*, p. 149; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 333; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 298; F. DEgni, *op. cit.*, p. 745; S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰¹ B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 309; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 197 s. Gli anni scendono a cinque nel caso in cui il vincolo sia stato iscritto su di un'autovettura (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 364 s. e 611).

¹⁰² I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 196; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 493.

¹⁰³ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 365; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 6.

¹⁰⁴ Trib. Torino, 26 settembre 2003, in *Il Notaro*, 2005, p. 60.

¹⁰⁵ C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 333; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 493.

¹⁰⁶ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 365; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 6.

¹⁰⁷ S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 468 s.

che si vuole¹⁰⁸, solo attraverso il compimento della formalità della rinnovazione¹⁰⁹, secondo la disciplina di essa dettata dall'art. 2850 cod. civ.¹¹⁰.

La rinnovazione consiste in un atto unilaterale di carattere formale, che determina un prolungamento dell'efficacia dell'ipoteca per un ulteriore ventennio¹¹¹. Le modalità attraverso le quali si chiede la rinnovazione riproducono, in massima parte, le formalità con cui è presa l'iscrizione dell'ipoteca¹¹².

Una volta estinta per decorso del ventennio, il creditore potrà, se le condizioni lo permettono¹¹³, eventualmente procedere attraverso una nuova iscrizione ipotecaria¹¹⁴, la quale però darà vita ad una diversa ipoteca¹¹⁵. La perenzione per omessa rinnovazione, infatti, costituisce una causa di estinzione del vincolo reale, ma non incide sul diverso piano del credito garantito¹¹⁶ e del titolo che da esso, direttamente o indirettamente, deriva. Ed è per questo motivo che potrà ancora, in ipotesi, procedersi attraverso una nuova iscrizione: o perché è tuttora valido ed efficace il titolo che la consente oppure in quanto quest'ultimo è formato dopo la perenzione, ad esempio attraverso il raggiungimento di un accordo a tal fine tra creditore e proprietario ipotecando.

In conseguenza dell'estinzione dell'ipoteca, per intervenuta scadenza del termine di venti anni, qualunque interessato è in grado di avere contezza della stessa causa estintiva mediante la consultazione dei pubblici registri¹¹⁷.

¹⁰⁸ B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 313.

¹⁰⁹ Si parla, a tal proposito, di termine di «operatività» dell'ipoteca (così, A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 365).

¹¹⁰ La proroga dell'ipoteca automobilistica, per un altro quinquennio, richiede però anche il consenso della parte (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 188).

¹¹¹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 367.

¹¹² B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 307 s.

¹¹³ Per un quadro d'insieme dei vari possibili impedimenti, si veda A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 371 s.

¹¹⁴ Cass., Sez. III, 12 marzo 2014, n. 5628, in *Riv. esec. forz.*, 2015, p. 289.

¹¹⁵ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 611; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 337; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 493; E. PROTETTI, *op. loc. ult. cit.*; F. DEGNI, *op. cit.*, p. 746; S. CERVELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 333.

¹¹⁷ Da questo punto di vista, infatti, in difetto di cancellazione della formalità (art. 2878, n. 2, cod. civ.), si può assistere al fenomeno, nemmeno tanto infrequente,

Ciò posto, anche se la dottrina non si è preoccupata di questo problema, è più che opportuno verificare se il trasferimento dell'ipoteca incida o meno sulla modalità di essere dell'originaria ipoteca, avuto riferimento al decorso del ventennio dall'originaria iscrizione.

Il trasferimento dell'ipoteca è irrilevante rispetto al decorso del ventennio? Oppure esso importa che dal momento in cui si verifica il trasporto inizia a decorre un nuovo termine di venti anni? In questo caso, da quale momento decorre codesto termine? Dal momento in cui si registra il fatto rilevante che determina la vicenda modificativa *inter partes* oppure da quando la parte interessata cura la formalità pubblicitaria avente per oggetto lo stesso fatto?

Si tratta anche qui, come di consueto, di risposte che potranno essere offerte solo dopo che sarà stato possibile individuare la corretta natura giuridica delle fattispecie che sono state ricondotte, in generale, all'interno della categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea; questo però richiede, in via preliminare, l'individuazione delle norme applicabili alle fattispecie medesime.

8. La prescrizione

Un discorso non dissimile può farsi rispetto al tema della prescrizione, la quale determina, in relazione ai beni acquistati dai terzi, l'estinzione del diritto di ipoteca in conseguenza del decorso del termine di venti anni dalla data di trascrizione del titolo di trasferimento del bene vincolato¹¹⁸.

L'art. 2880 cod. civ. prevede infatti l'estinzione del diritto di

caratterizzato da un'ipoteca formalmente iscritta, perché non cancellata, la quale tuttavia è comunque estinta a causa del decorso del termine di durata cui la stessa è assoggettata (così, A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*). Da altra prospettiva, muovendo dalla possibile discontinuità temporale il verificarsi della causa estintiva dell'ipoteca e la successiva cancellazione della stessa, è ineludibile il problema degli effetti derivanti da una sentenza, pronunciata all'interno di questo intervallo, di nullità, annullamento o inefficacia del fatto produttivo dell'estinzione (in argomento, cfr. le puntuali indicazioni di V. PESCATORE, *Reviviscenza. Vicenda di obbligazioni e garanzie*, cit., p. 136 ss.).

¹¹⁸ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 417 s.; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 309; C. CICERO, *voce Ipoteca*, cit., p. 505.

ipoteca vantato dal creditore sul bene, ora non più di proprietà del debitore ipotecato, ma di un terzo acquirente, con il decorso del termine di venti anni dalla data di trascrizione dell'acquisto¹¹⁹.

La disciplina dettata da questa norma dà vita ad un'ipotesi di vera e propria prescrizione¹²⁰, con riferimento alla quale trovano conseguentemente applicazione gli istituti della sospensione e della interruzione del decorso del termine.

In merito a tale ultimo aspetto, peraltro, è opportuno osservare che l'atto interruttivo deve essere necessariamente diretto a far valere il diritto di ipoteca, e non già il diritto di credito garantito¹²¹. Sono perciò reputati idonei atti di interruzione, il pignoramento¹²², l'intervento nella procedura esecutiva, la rinnovazione dell'ipoteca¹²³, il ricorso avente ad oggetto una domanda cautelare a difesa del bene ipotecato (art. 2813 cod. civ.)¹²⁴ e, in generale, ogni atto che comporti il riconoscimento del vincolo ipotecario da parte del terzo acquirente¹²⁵.

Di tal guisa, secondo una parte della dottrina, produce l'interruzione della prescrizione l'atto di esercizio del diritto alla ricostruzione del bene perito nascente dall'art. 2742 cod. civ.¹²⁶. Avvalendosi di questo diritto, infatti, il terzo acquirente preferisce procedere alla ricostruzione del bene che veniva ipotecato allorché apparteneva alla parte venditrice, impendendo con ciò all'ipoteca di risolversi nel diritto al pagamento dell'indennizzo. In questa ipotesi, nel momento in cui procede alla ricostruzione del bene perito, il terzo acquirente finisce col riconoscere, anche se in modo implicito, proprio quel diritto di ipoteca; ciò che determina, conseguentemente, l'interruzione della prescrizione.

¹¹⁹ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 618; A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 419.

¹²⁰ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 618 s.; A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 418; C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*

¹²¹ Ad esempio, cfr. App. Roma, 19 gennaio 1988, in *Dir. mar.*, 1989, p. 188, secondo cui «La proroga della scadenza del credito garantito da ipoteca navale o aeronautica non influisce sulla decorrenza della prescrizione dell'ipoteca, che deve essere sempre riferita alla scadenza originaria del credito».

¹²² Così, Cass., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 13940, in *Imm. e propr.*, 2016, p. 593.

¹²³ Conclusione, questa, non pacifica. Si veda, infatti, A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 420; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 518, nota 75; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 499.

¹²⁴ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 619.

¹²⁵ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 620.

¹²⁶ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

Per quanto concerne la presente ricerca, si tratta di verificare se, conformemente alle osservazioni svolte dalla dottrina in merito all'art. 2742 cod. civ., le altre fattispecie produttive della vicenda modificativa dell'ipoteca incidano o meno sul decorso di questo termine di prescrizione.

È peraltro chiaro che, ancora una volta, la risposta alla domanda appena posta potrà essere data solo in esito ad una considerazione più ampia della vicenda in senso lato modificativa dell'oggetto, che si traduce nel trasporto dell'ipoteca e che a sua volta richiede la previa individuazione della disciplina ad essa applicabile.

9. *L'ammontare del credito per cui può farsi valere l'ipoteca*

Nel momento in cui si esegue l'iscrizione dell'ipoteca è necessario, sotto pena di nullità, che si indichi, in modo determinato, la somma per la quale essa è presa. Ciò discende dal principio di specialità dell'ipoteca quanto al credito garantito, regolato dall'art. 2809, primo comma, cod. civ.¹²⁷.

Come visto, se la stessa somma non risulta dal titolo, cosa che può accadere normalmente nelle obbligazioni non pecuniarie o non ancora liquide, essa va comunque precisata in occasione dell'iscrizione¹²⁸. In caso di contrasto tra l'ammontare presente nel titolo e quello indicato all'atto dell'iscrizione, l'ipoteca si considera presa limitatamente alla somma inferiore (art. 2838 cod. civ.).

In relazione al tema trattato, è opportuno verificare se la disciplina relativa alla somma per cui può esser fatta valere l'ipoteca, che è cristallizzata al momento dell'iscrizione, possa dirsi influenzata dal verificarsi del trasporto dell'ipoteca. E ciò almeno in un duplice significato, a seconda che si guardi all'«esterno» oppure all'«interno» della vicenda modificativa che ha interessato l'oggetto della stessa ipoteca.

In primo luogo, dopo l'originaria iscrizione ipotecaria con riferimento al bene «uno», è possibile ipotizzare l'accadere, in un secondo momento, di fatti che incidono sul valore dell'originario diritto di credito, ma che sono «esterni» rispetto al verificarsi

¹²⁷ Si veda *infra*, questo stesso capitolo, sez. II, parr. 3-4.

¹²⁸ S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 50.

della fattispecie produttiva del trasferimento dell'ipoteca.

Si pensi, ad esempio, all'aumento del credito in seguito a nuove operazioni di finanziamento ovvero alla liquidazione del danno successiva alla condanna al pagamento di una provvisionale sulla cui base è stata presa l'iscrizione.

Fatta salva la disciplina della riduzione contemplata dagli artt. 2872 ss.¹²⁹, così come di quella dell'estensione degli effetti dell'iscrizione di cui all'art. 2855 cod. civ.¹³⁰, si pone qui il problema se questi «fatti esterni» alla fattispecie possano acquistare rilevanza, ai fini del mutamento dell'ammontare del credito garantito, in presenza del trasferimento dell'ipoteca. In caso affermativo, si tratta inoltre di verificare se la rilevanza di questi fatti importi anche la necessità che essi siano contemplati in occasione della formalità pubblicitaria, in ipotesi richiesta dalla legge perché la vicenda modificativa produca effetti nei confronti dei terzi.

Può anche pensarsi ad un secondo profilo di rilevanza del trasporto dell'ipoteca, quanto all'ammontare del credito per cui può esercitarsi l'azione ipotecaria; problema che appare chiaro pensando a se il «fatto» del trasferimento dell'ipoteca incida, dall'«interno», e quindi di per sé, sull'ammontare del credito per il quale veniva presa in origine l'iscrizione sul bene «uno».

Guardando alle fattispecie che alimentano la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, è possibile osservare una regolamentazione non sempre armonica e coerente.

Gli artt. 2825, secondo comma, e 853 cod. civ., infatti prevedono

¹²⁹ In argomento, per un quadro d'insieme, cfr. C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 451 ss., nonché le note, a Cass., sez. III, 27 marzo 2001, n. 4428, di: C. VOCATURO, *La riduzione dell'ipoteca e i suoi requisiti*; N. MONTICELLI, *Brevi note in tema di ipoteca giudiziale, interesse alla riduzione e responsabilità da evizione*, in *Giur. it.*, 2002, c. 1381 ss. La giurisprudenza riferisce in ordine all'esistenza di un diritto alla riduzione dell'ipoteca: a) quando la somma determinata dal creditore nell'iscrizione ecceda di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta; b) oppure se il valore dei beni compresi nell'iscrizione, tanto alla data in cui è presa, quanto successivamente, superi di un terzo l'importo dei crediti iscritti comprensivo di accessori (cfr. Cass., Sez. I, 15 marzo 2016, n. 5082, in *Ced. Cass.*, 2016; Cass., Sez. II, 10 novembre 2006, n. 24142, in *Imm. e propr.*, 2007, p. 117; Cass., Sez. III, 6 agosto 2002, n. 11762, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Salerno, 26 novembre 2008, *ivi*; Trib. Cagliari, 17 settembre 2007, in *Riv. giur. sarda*, 2009, p. 425).

¹³⁰ Riguardo alla differenza tra riduzione propria e riduzione impropria, cfr. S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 52 ss.

che il trasferimento dell'ipoteca avvenga entro i limiti di valore del bene ipotecato, rispettivamente, prima della divisione o dell'assegnazione. Avendo riguardo a queste norme, quindi, si ritiene che la vicenda modificativa non può incidere sull'ammontare del credito per cui è stata costituita l'ipoteca sul bene «uno», nonché rispetto al valore dello stesso bene.

Pensando invece alla regolamentazione della surroga del creditore perdente, come sopra illustrato, la dottrina è invece giunta alla conclusione secondo cui, a seguito del trasferimento, l'azione ipotecaria sul bene «due» non possa farsi valere per un ammontare superiore rispetto al credito per il quale è stata presa l'iscrizione dell'ipoteca più estesa da parte del creditore evincente¹³¹. Qui pertanto, al contrario, la modifica dell'oggetto dell'ipoteca reca con sé, dall'interno, anche una potenziale modifica dell'importo per cui può farsi valere l'azione ipotecaria¹³².

Anche di questi problemi ad oggi non sembra essersi fatta carico la dottrina, che se, talvolta, ha dato una risposta al problema in rassegna, lo ha fatto senza troppe spiegazioni e, soprattutto, senza avvertire la necessità di offrire una sistemazione più ampia che potesse attagliarsi ad ognuna delle vicende che si è creduto di far confluire nella categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

Anche con riferimento al tema posto dalla possibile incidenza del trasferimento dell'ipoteca sulla somma per cui può farsi valere la garanzia reale, è pertanto necessario offrire una risposta capace di trovare applicazione a ogni fattispecie da cui deriva questo effetto. Ma ciò postula, ancora una volta, in via preliminare, l'individuazione della disciplina in generale applicabile a queste vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca.

¹³¹ Si veda *retro* cap. I, sez. I, par. 7.

¹³² Indipendentemente dalla somma per cui è stata presa l'iscrizione sul bene originario, detto altrimenti, qui l'azione ipotecaria sul bene sul quale l'ipoteca si trasferisce non potrà superare, quanto all'ammontare, l'importo del credito specificato al momento dell'iscrizione ad opera del creditore evincente.

Sezione II

IL PROBLEMA DELLA DISCIPLINA APPLICABILE

SOMMARIO: 1. Individuazione della disciplina applicabile: a) dall'eclissi del diritto al diritto calcolabile. – 2. *Segue*: b) indagine fondata sul criterio sistematico. Rinvio. – 3. Il principio di specialità e/o di pubblicità. – 4. *Segue*: il principio di specialità in senso stretto. – 5. *Segue*: dimensione sincronica o diacronica del principio di specialità. – 6. *Segue*: osservazioni critiche. – 7. Inesistenza di un principio generale di specialità. – 8. Regolarità delle norme di disciplina della modifica ipotecaria oggettiva omogenea. – 9. Inconferenza delle conseguenze che vogliono trarsi dalla costruzione del criticato rapporto tra regola (principio di specialità e/o pubblicità) ed eccezione (norme di disciplina delle vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca).

1. *Individuazione della disciplina applicabile:*
 a) *dall'eclissi del diritto al diritto calcolabile*

L'esemplificativo catalogo ha posto in luce alcuni dei principali problemi che possono scaturire dal verificarsi di ciascuna delle vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca, che si è creduto di far confluire all'interno della categoria, che unifica il fenomeno, della modifica ipotecaria oggettiva omogenea¹.

Ciò rende indispensabile lo svolgimento di una riflessione più ampia avente ad oggetto la verifica della disciplina applicabile al

¹ Il catalogo sopra illustrato, peraltro, è solo esemplificativo dei molti problemi che possono presentarsi nella prassi. Tra quelli non espressamente sopra segnalati, si pensi, in questa sede, anche al rapporto ipotizzabile tra il trasferimento dell'ipoteca dipendente da contratto, da un lato, e l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, dall'altro. Il contratto da cui deriva il trasferimento dell'ipoteca è assoggettato a detta azione oppure no? In caso affermativo, da quale momento decorre il termine di prescrizione entro il quale far valere la stessa azione? Ancora una volta, la risposta ai quesiti appena posti passa attraverso l'individuazione della più ampia disciplina applicabile alle varie ipotesi che concorrono ad alimentare la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

trasporto dell'ipoteca, tutte le volte in cui per la soluzione del problema non siano utilmente fruibili le norme giuridiche dettate espressamente con riferimento a questa o quella fattispecie da cui esso deriva.

In argomento, è utile far risultare una prima distinzione, che è possibile formulare guardando alla sistemazione proposta da parte di alcuni studiosi.

Come messo in rilievo a proposito della surroga del creditore perdente², è possibile rinvenire il pensiero di una prima dottrina secondo la quale, da un punto di vista concettuale, sarebbe del tutto inutile dar corso a questo tipo di indagine, giacché destinata a rivelarsi infruttuosa. In particolare, si muove dalla premessa secondo cui gli artt. 2856 e 2857 cod. civ. darebbero vita ad una vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca insuscettibile di essere ricondotta all'interno di più ampie categorie o elaborazioni dottrinali. Il trasferimento dell'ipoteca che qui si verifica potrebbe pertanto spiegarsi solo con la volontà della legge, che interviene, in modo pragmatico, per risolvere un contingente problema³.

In questa sistemazione parrebbe prevalere però l'atteggiamento ermeneutico su quello dogmatico. Aderendo ad essa potrebbe infatti finirsi per legittimare ogni soluzione che incontra difficoltà a trovare una spiegazione ragionevole alla stregua dell'ordinamento giuridico⁴.

Tuttavia, come già messo in rilievo, questa sistemazione non può dirsi pienamente condivisibile.

Pur non negandosi che la regolamentazione posta a oggetto della surroga del creditore perdente possa, a tratti, apparire caratterizzata da incomprensibili anomalie⁵, che sembrano decretare se non l'impossibilità della sistemazione della vicenda, almeno un capitolo della più ampia eclissi del diritto civile⁶, l'interprete

² Si veda *retro* cap. I, sez. I, par. 9.

³ Questa è la posizione di D. RUBINO, *op. cit.*, p. 396; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399.

⁴ C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, p. 3 s.

⁵ L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 312; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 297; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 276; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 809; D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*; A. FONTANA, *op. cit.*, p. 570; G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399 s.; C. CICERO, voce *Ipoteca*, cit., p. 496; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 209.

⁶ Si veda C. CASTRONOVO, *op. cit.*, *passim*.

non può abdicare al proprio ufficio. Lo stesso interprete deve, ciononostante, andare oltre, mediante una scomposizione e ricomposizione della disciplina: attività indispensabile per ritrovare l'unità e l'armonia dell'istituto nell'insieme dell'ordinamento.

A ciò si aggiunge un'ulteriore elemento di riflessione, certamente non secondario.

Solo una volta dopo aver collocato una vicenda all'interno del più ampio sistema, è infatti possibile trattare e decidere, in modo prevedibile e calcolabile, le controversie che possono ad essa accompagnarsi. Solo seguendo questo metodo è possibile cercare di arginare ciò che ormai appare «il tramonto, o la crisi, di un *circolo logico*, su cui riposa il moderno Stato di diritto. Dove: decidere la controversia, giudicare torto o ragione, applicare la legge, coincidono appieno, e l'uno sta per l'altro»⁷.

Anche per ubbidire a questa esigenza, una diversa parte della dottrina ha cercato di trovare la luce nelle tenebre; fuor di metafora, ha provato a sistemare una disciplina che a tratti può anche apparire, come detto, anomala, ma che comunque risulta dalla verifica di una serie di fatti giuridici, da cui scaturiscono vicende tutto sommato omogenee⁸: solo in tal modo sarà possibile decidere, in modo calcolabile e prevedibile, ogni controversia ad essi connessa⁹.

In particolare, seguendo questo diverso approccio, è possibile individuare una prima ricostruzione secondo la quale gli artt. 2856 e 2857 cod. civ. sarebbero riconducibili nella categoria della surrogazione reale¹⁰, la quale, pur avendo una valenza essen-

⁷ N. IRTI, *La crisi del circolo (a modo di prefazione)*, in *Un diritto incalcolabile*, cit., p. VII.

⁸ Si tratta, come visto, di fatti che non possono non essere convenientemente sistemati, mediante la loro sussunzione all'interno delle varie fattispecie che li prevedono ed al cui verificarsi l'ordinamento ricollega il corrispondente effetto giuridico.

⁹ Anche sul punto sono illuminanti le parole di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 23 s., secondo il quale «la parola 'caso' indica propriamente la duplice natura del fatto concreto: da un lato, l'*oggettiva im-prevedibilità* del suo accadere (il quale dipende dal combinarsi e intrecciarsi di serie causali a noi ignote); dall'altro, l'*oggettiva conformità* dell'accaduto al modello normativo, di cui appunto viene a costituire uno degli innumerevoli esempi».

¹⁰ A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7.

zialmente descrittiva¹¹, unificherebbe cionondimeno al suo interno una serie di fattispecie dotate di un elemento comune. In base a questi articoli, infatti, al verificarsi del fatto rilevante, si determinerebbe la modifica dell'oggetto del diritto di ipoteca dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta ad un diverso bene¹².

Questo effetto in comune legittimerebbe, pertanto, la ricerca di un trattamento normativo coerente. Ad esempio, a seguito del subentro del creditore evitto nella situazione giuridica dell'evincente, il primo potrebbe vedersi opporre dalla parte interessata tutte le eccezioni che sarebbe stato possibile opporre al secondo¹³; eccezioni relative, cioè, all'ipoteca collettiva, come quella che può appuntarsi sull'iscrizione con riferimento ad uno o più beni determinati¹⁴.

Per quel che rileva in questa sede, sia da subito consentito far notare, da un lato, un motivo di apprezzamento, ma, dall'altro, almeno due ragioni che conducono a non ritenere pienamente condivisibile il pensiero di questa dottrina.

Il consenso si lega al tentativo di ricomporre, in modo armonico, le disposizioni dettate a proposito della surrogazione del creditore perdente all'interno di più ampie categorie, alla ricerca della norma applicabile al caso concreto. Fatto, questo, indispensabile perché sia possibile decidere in modo appropriato le controversie che possono collegarsi allo svolgimento di quei fatti. Solo in tal modo, infatti, «il giudizio, convertendo le 'parole della legge' in 'parole della sentenza', decide la controversia, in modo 'inanimato', cioè oggettivo e impersonale»¹⁵.

Tuttavia, questa sistemazione non appare accettabile laddove lo stesso autore si rende conto di aver fatto ricorso ad una categoria

¹¹ La valenza essenzialmente descrittiva della surrogazione reale è posta in luce anche da L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 122, secondo cui «l'esistenza della surrogazione reale, come figura dotata di una ben precisa valenza descrittiva, difficilmente può essere revocata in dubbio (...). Perplessità si pongono, piuttosto, circa l'omogeneità dell'effetto surrogatorio e la relativa portata, generale o limitata alla sfera applicativa delle previsioni legali che espressamente lo legittimano».

¹² A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 56, 417, nota 59, e 496.

¹³ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 496 s.

¹⁴ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 497.

¹⁵ N. IRTI, *La crisi del circolo*, cit., p. VII.

– «una figura particolare di surrogazione reale» – avente rilievo essenzialmente descrittivo.

Né diversa conclusione sarebbe stata ammissibile. La surrogazione reale, infatti, non solo rappresenta il nome che si vorrebbe assegnare ad una categoria che però appare caratterizzata dall'estrema incertezza dei confini che dovrebbero, al contrario, designarne l'esatto perimetro¹⁶, ma si rileva anche priva di rilevanza normativa autonoma o altrimenti derivata¹⁷.

Il secondo motivo di dissenso, collegato al primo, ma più netto, è che pur avvertendo l'esigenza di un inquadramento sistematico delle varie vicende che possono celarsi dietro l'espressione «trasferimento del diritto di ipoteca», al fine di prevedere e poi

¹⁶ A ulteriore dimostrazione di quanto appena illustrato giova svolgere una riflessione aggiuntiva. Lo sforzo di sistemazione profuso dalla dottrina in rassegna (A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; ID., *Le ipoteche*, cit., pp. 56, 417, nota 59, e 496 s.) non appare apprezzabile anche nel momento in cui crede di sistemare la vicenda modificativa, in quanto riconducibile all'interno della surrogazione reale, attraverso la lettura dell'art. 2742 cod. civ. In questa disposizione rifluiscono, infatti, come sopra illustrato, due effetti giuridici tra loro oggettivamente eterogenei e in quanto tali apparentemente inidonei a fondare una categoria unitaria. Nel quadro delineato dall'articolo citato, infatti, da un lato, si dà una norma giuridica che dispone che, al verificarsi di un dato fatto, il diritto di ipoteca si risolve nel diritto di prelazione avente ad oggetto il pagamento dell'indennità da parte dell'assicuratore. Dall'altro, si dà una diversa norma, con riferimento alla quale al verificarsi di un diverso fatto – ancorché recante, al suo interno, un irrilevante elemento di somiglianza rispetto al primo – si determina tutt'altro effetto giuridico. Esso consiste, questa volta, nel trasporto dell'ipoteca su diverso bene, sul quale potrà essere esercitata l'azione ipotecaria.

¹⁷ Come illustrato *retro*, Introduzione, par. 3, negli studi più maturi intorno alla surrogazione reale è, infatti, iniziato a porsi, in modo sempre più ineludibile, il dubbio se poi, effettivamente, le ipotesi che normalmente ivi si fanno rifluire, poiché in esse si verifica la sostituzione di una cosa ad altra cosa, siano assoggettate ad una disciplina che deriva dall'appartenenza alla stessa categoria, che ne costituirebbe per tale via la fonte. Oppure se la stessa disciplina non risulti invece dall'applicazione di appositi principi e norme di volta in volta applicabili al caso concreto perché contemplato da questa o quella fattispecie (così, A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., p. 22 s.; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 58). Dubbio che viene poi risolto, in modo senz'altro condivisibile, giungendo alla conclusione che, in effetti, il principio che tradizionalmente si riannoda attorno alla locuzione *pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii*, non opererebbe automaticamente e per forza propria, apparendo invero, per questo motivo, la surrogazione reale, ad un'analisi di stampo oggettivo, priva di effettiva autonomia normativa e concettuale (A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., p. 22 s.).

decidere in modo appropriato le controversie che possono derivare dallo svolgimento dei fatti che le determinano, questa dottrina poi omette di spiegare in che modo il riferimento alla surrogazione reale consentirebbe l'applicazione di una data disciplina.

È esemplificativo dell'incertezza del risultato cui conduce questa soluzione, il fatto che la dottrina che la propone¹⁸ mentre, ad esempio, giunge alla conclusione, sopra riferita, secondo la quale al creditore perdente potrebbero essere opposte tutte le eccezioni opponibili al creditore evincente, poi omette di indicare anche una sola norma vigente che, applicata in via diretta o analogica, consentirebbe di pervenire, in modo proceduralmente corretto e verificabile, a quella conclusione.

2. Segue: *b) indagine fondata sul criterio sistematico. Rinvio*

È poi dato riscontrare una seconda proposta interpretativa – che a sua volta si lascia suddividere al suo interno in due diversi orientamenti –, espressione di una maggiore consapevolezza delle implicazioni derivanti dal canone della totalità ermeneutica, nella quale il diritto appare pensato alla stregua di significato di un enunciato normativo¹⁹, in ossequio ad un metodo di stampo formalista e positivista²⁰.

In essa, si avverte anche l'esigenza di risolvere i problemi, più pratici, che possono riscontrarsi in presenza di questa vicenda relativa all'oggetto dell'ipoteca, che si traduce nel trasporto di essa su diverso bene.

Si segnala, in prima battuta, il pensiero di chi reputa che la soluzione delle possibili controversie debba passare attraverso l'applicazione analogica di norme puntuali dettate con riferimento a

¹⁸ A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., p. 7; ID., *Le ipoteche*, cit., pp. 56, 417, nota 59, e 496 s.

¹⁹ F. GAMBINO, M. PROTO, M. ONORATO, *C'è un problema di metodo nel diritto privato?*, in *Seminari itineranti*, promossi dal Prof. Natalino Irti, I, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Storici, Palazzo Filomarino, 30 novembre 2011, Roma, 2011, p. 15.

²⁰ Pur essendo alle espressioni *formalista* e *positivista* associabili diversi significati, in questa sede esse sono utilizzate come endiadi. Per una ricognizione d'insieme dei principali problemi posti dalle stesse espressioni, sia consentito rinviare a G. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, VII, p. 573 ss.

singole fattispecie produttive dello stesso trasporto dell'ipoteca²¹. Tuttavia, qui si precisa che è però necessario, in via preliminare, stabilire se quelle norme giuridiche possano dirsi eccezionali rispetto ai più ampi e regolari principi di specialità e di pubblicità, che sono ritenuti governare l'intera materia ipotecaria²². La ragione consiste nel fatto che, se così fosse, le norme che descrivono quelle fattispecie dovrebbero dirsi di stretta interpretazione e trovare pertanto applicazione solo nei casi tassativamente previsti dalla legge²³. Quelle norme, nell'ipotesi formulata, non tollerebbero alcuna estensione analogica ed il caso controverso dovrebbe essere deciso in virtù dell'effetto giuridico derivante dal più ampio principio generale di volta in volta applicabile²⁴.

È inoltre ravvisabile, come preannunciato, una diversa sfumatura di questo stesso orientamento, parimenti mossa dall'esigenza di andare alla ricerca della norma o principio applicabile per la soluzione del singolo problema. In questa sistemazione si cerca di offrire una risposta più generale ai problemi che possono sorgere in presenza del trasferimento dell'ipoteca²⁵; una risposta che, in quanto tale, trascenda non solo questa o quella norma di disciplina di un singolo aspetto della garanzia reale, ma anche la portata applicativa dei principi reputati dominanti l'intera materia ipotecaria.

Le osservazioni svolte suggeriscono pertanto di muovere lungo la direzione tracciata, soffermando l'attenzione dapprima sull'analisi dei principi di specialità e di pubblicità, attorno ai quali, come detto, una parte della dottrina fa ruotare la scelta della norma applicabile al caso concreto.

Successivamente verrà, quindi, portata l'attenzione anche sulla seconda delle suddette sistemazioni dottrinali, nelle quali, come visto, si cerca invece d'offrire un inquadramento più generale al tema della modifica ipotecaria oggettiva omogenea²⁶.

²¹ Ad esempio, al trasferimento dell'ipoteca contemplato dall'art. 853 cod. civ., B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 153, ritiene che debba applicarsi in via analogica l'art. 2825 cod. civ. per quanto riguarda la necessità di prendere una nuova iscrizione.

²² D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75.

²³ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*

²⁴ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55.

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 97 s.

²⁶ Cfr. *infra* cap. III, sez. I, parr. 1-3.

3. Il principio di specialità e/o di pubblicità

Può pensarsi al «principio di specialità» per indicare, in senso stretto, la modalità d'essere dell'ipoteca prescritta dall'art. 2809, primo comma, cod. civ. Questa disposizione regola la specialità quanto all'iscrizione, disponendo che, ai fini della validità, l'ipoteca deve essere iscritta su «beni specialmente indicati e per una somma determinata in danaro»²⁷.

Accanto al principio di specialità, è sovente invocata, nei discorsi della dottrina, l'applicazione del «principio di pubblicità»²⁸. Attraverso questa regola l'ordinamento pone, in senso descrittivo, una condizione di efficacia dal cui avveramento passa la produzione di effetti di ogni vicenda che interessi il diritto di ipoteca, indipendentemente dal fatto che essa sia costitutiva, modificativa o estintiva²⁹. Una volta verificatosi il fatto rilevante, perché questo possa produrre i propri effetti, anche nei confronti dei terzi, deve essere assoggettato alla formalità, per l'appunto pubblicitaria, prevista dalla legge³⁰. Ciò determina l'abolizione delle ipoteche occulte³¹. In questo senso, senza necessità di scomodare un super-principio di pubblicità³², per quel che rileva in questa sede,

²⁷ Prima dell'entrata in vigore del codice vigente, si parlava di principio di specialità per indicare che: «l'iscrizione deve contenere le indicazioni atte a individuare in modo preciso il fondamento su cui viene iscritta, sicché non è più ammessa l'ipoteca generale in cui la iscrizione veniva fatta, non su fondi determinati, ma a carico di una persona per tutti i suoi beni immobili non specificamente indicati» (così, I. MOSCHELLA, *op. cit.*, p. 175).

²⁸ Secondo I. MOSCHELLA, *op. loc. ult. cit.*, ad esempio, «il principio di specialità è intimamente connesso con quello di pubblicità».

²⁹ Anche in considerazione di quanto osservato *retro* (questo stesso capitolo, sez. I, parr. 4-6), a proposito della iscrizione e della annotazione, può senz'altro convenirsi che «la pubblicità è condizione assolutamente necessaria perché un creditore possa opporre il suo diritto ipotecario a terzi; se egli non ha curato questa formalità il suo diritto all'ipoteca non viene meno nei confronti del debitore, ma non può essere fatto valere (...)» nei confronti dei terzi (così, B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 103).

³⁰ E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 13, afferma che «la pubblicità è diretta a far conoscere ai terzi l'esistenza di diritti reali su cosa altrui».

³¹ N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 205.

³² In relazione alla pubblicità immobiliare, così, in modo efficace, A.A. CARRABBA, *Pubblicità immobiliare e vicende modificative del rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo*, in AA.VV., *La trascrizione del contratto preliminare*, Giornata di studio, Bari, 14 giugno 1997, a cura di A.A. Carrabba, Napoli, 1998, p. 69.

possono senz'altro dirsi attratte dall'orbita di applicazione dello stesso principio tutte quelle norme che si danno cura di regolare ora l'iscrizione ora l'annotazione dell'ipoteca, secondo la disciplina dettata dagli artt. 2827 ss. cod. civ., sopra messa in rilievo³³.

In tutti questi casi, se non è attuata la formalità prescritta dalla legge, allora la vicenda che la presuppone resta, in tutto o in parte, priva di effetti giuridici, soprattutto nei confronti dei terzi; verso questi ultimi, il fatto è efficiente ma non ancora efficace³⁴.

Le notazioni svolte consentono di recuperare un apparente spazio di autonomia tra la fattispecie di competenza del principio di specialità, da un lato, e quella che risulta invece contemplata dal principio di pubblicità, dall'altro³⁵. Al verificarsi del fatto rilevante, segue la produzione dell'effetto che il nesso di causalità collega ora alla prima ora alla seconda delle suddette e distinte fattispecie.

L'impostazione prescelta non sempre è seguita in dottrina.

Sovente, infatti, nei ragionamenti svolti dagli studiosi, le espressioni principio «di specialità» e principio «di pubblicità» sono usate quasi fossero un'endiadi per indicare una regola sostanzialmente unitaria³⁶. In tale significato più esteso, quest'unico

³³ Si veda *retro*, in questo capitolo, sez. I, par. 4, a proposito dell'iscrizione, e par. 5 s., in relazione all'annotazione.

³⁴ Aderendo alla sistemazione offerta da una parte della dottrina in cui si distingue tra il piano dell'*efficacia*, nel quale il giudizio si riferisce alla produzione degli effetti, e quello dell'*efficienza*, dove trova considerazione l'astratta idoneità del fatto a produrre gli effetti previsti dalla norma, il fatto che è temporaneamente inefficace può qualificarsi «fatto efficiente» [R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 350 ss. (e in ID., *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, p. 20 ss., da cui si cita); M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, p. 166 ss.; M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, Milano, 2012, p. 215 ss.].

³⁵ L'autonomia concettuale che è possibile riconoscere ai principi di specialità e di pubblicità non è stata posta in dubbio anche allorché, attraverso l'art. 1965 cod. civ. previgente, essi risultavano disciplinati all'interno della stessa disposizione legislativa. Si vedano, ad esempio, le riflessioni di N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 204 s., secondo il quale «(...) risulta con sufficiente chiarezza, che i principi fondamentali ai quali è ispirato il regime ipotecario sono la *pubblicità* e la *specialità*. E l'art. 1965 li enuncia nel seguente modo: «*L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e non può sussistere che sopra beni specialmente indicati per somma determinata in danaro*»».

³⁶ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., pp. 345 e 347; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 69; A.M.

principio di specialità e di pubblicità è destinato ad operare all'interno di un quadro di circostanze dove convivono, nel medesimo istante, molteplici ed eterogenee esigenze, quali quella della pubblicità, della realtà dell'ipoteca e, infine, della tutela del diritto di credito che giustifica la nascita e il mantenimento della garanzia reale³⁷.

Non a caso, in questa notazione in senso ampio è parsa problematica l'individuazione di caratteristiche tipiche di questi principi di pubblicità e di specialità³⁸, anche considerate le molte norme che ad essi farebbero eccezione³⁹.

Tuttavia, al di là delle difficoltà di cogliere il senso più profondo di questi principi intesi in chiave unitaria, sarebbe comunque possibile recuperare a loro favore un sicuro spazio di rilevanza, giacché fruibili, se del caso, in guisa di criterio interpretativo della normativa ipotecaria⁴⁰. Attraverso questo criterio, che parrebbe destinato ad operare all'interno del più ampio contesto riservato al canone sistematico o logico, sarebbe possibile selezionare, tra i vari sensi delle norme, quello corretto perché ritenuto più conforme ai detti principi⁴¹. Un significato che si ponesse in contrasto con essi andrebbe, invece, scartato, perché irrituale ed erroneo.

Non appare condivisibile la conclusione che si trae leggendo la pagina di questa dottrina, non foss'altro per i margini d'incertezza entro cui sono destinati ad operare questi principi; i quali, al

BIANCO, *op. cit.*, pp. 341 e 343. Per una distinzione tra l'ambito di applicazione del principio di specialità e quello riservato al principio di pubblicità, peraltro, si veda B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, cit., p. 19 ss.

³⁷ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 49.

³⁸ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

Lo stesso può anche dirsi in relazione al c.d. principio di pubblicità, qualora volesse pensarsi ad esso quale fonte di una norma giuridica diversa da quella recepita nel c.d. principio di specialità.

³⁹ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75 s.; A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.* Usa, come visto, la diversa espressione principio di pubblicità per giungere alla stessa conseguenza, vale a dire l'eccezionalità delle norme che regolano le vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca, A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, pp. 345 e 347.

⁴⁰ In relazione alla molteplicità delle funzioni svolte dai principi, ivi compresa quella interpretativa, cfr. G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 17 ss.; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.

⁴¹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

contrario, almeno stando alle premesse poste dagli stessi studiosi, dovrebbero essere chiamati a svolgere il ruolo di vero e proprio architrave del sistema ipotecario.

Dopo aver messo in rilievo, con riguardo all'iscrizione e all'annotazione, il campo di applicazione riservato al principio di pubblicità⁴², appare qui opportuno svolgere qualche riflessione sul principio di specialità, anche per verificare se esiste la possibilità di costruire un superiore principio che compendi e riannodi, al suo interno, le fattispecie e gli effetti che, in prima battuta, sono apparsi invece riferibili alla regola di pubblicità, da un lato, o a quella di specialità, dall'altro.

4. Segue: *il principio di specialità in senso stretto*

Come adombrato, in senso più ristretto, la disciplina da cui deriva il principio di specialità⁴³ può dirsi racchiusa nell'art. 2809, comma primo, cod. civ., secondo cui l'iscrizione ipotecaria va presa in relazione a beni specificamente determinati⁴⁴ e per somme di danaro altrettanto determinate⁴⁵.

⁴² Si veda *retro*, sez. I di questo capitolo, parr. 4-6.

⁴³ In argomento, si vedano le suggestive indicazioni di S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., pp. 41 ss. e spec. 55, secondo la quale guardando alla tensione dialettica che è possibile instaurare tra carattere di specialità dell'ipoteca, da un lato, e potere di riduzione della stessa ipoteca, dall'altro, è possibile individuare un punto di emersione del «principio di proporzionalità, di equilibrio tra credito e garanzia, in modo che l'interesse del creditore a soddisfare le proprie ragioni non «ecceda», con l'impostazione di un vincolo sovrabbondante rispetto al credito da garantire (...)».

⁴⁴ Le garanzie come l'ipoteca e il pegno, differentemente da quanto può dirsi per il privilegio, possono essere costituite solo in relazione a singoli e determinati beni (così, D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., p. 51; ID., *A proposito della distinzione tra privilegi e altre cause di prelazione*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, p. 151).

⁴⁵ D. RUBINO, *op. loc. ult. cit.*; C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 38; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 476; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 770; F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 28 s.; B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 20; ID., *Ipoteca e trascrizione*, cit., p. 102; E. PROTETTI, *op. cit.*, p. 8 s.; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 36; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 64 ss.; F. DEgni, *op. cit.*, pp. 686-687; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 195 ss.; M. ALBERGO, *op. cit.*, p. CXLI; S. CERVELLI, *op. cit.*, p. 128 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali di)*, cit., p. 605 s.; N. STOLFI, *I diritti reali di garanzia*, cit., p. 205 s.; L. COLOMBO, *Ipoteca riciclabile e diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, I, p. 370 ss.

La semplice lettura della norma consente così di mettere in rilievo un doppio significato di specialità. Secondo un primo senso, essa attiene all'oggetto dell'ipoteca; in base al secondo, si riferisce al credito⁴⁶.

Relativamente alla specialità quanto all'oggetto, si è soliti precisare che, in forza di questo principio, accolto per la prima volta dal codice vigente, si è ribaltato il precedente assetto normativo che consentiva l'iscrizione di ipoteche generali⁴⁷. Ora, a seguito del mutato indirizzo, l'ipoteca può essere presa solo con riferimento a beni specificamente determinati del proprietario ipotecato, e non già sull'intero suo patrimonio⁴⁸.

Si tratta di verificare se la regola di specialità, desumibile dalla ricordata disposizione, produca i suoi effetti con riferimento al «titolo» ovvero all'«iscrizione» dell'ipoteca.

Si dà innanzitutto, di regola nell'ipoteca legale e in quella volontaria, un «titolo speciale». Esso attribuisce al creditore il diritto di iscrivere ipoteca con riferimento a beni determinati⁴⁹. Inoltre, soprattutto per quel che attiene all'ipoteca giudiziale, ricorre anche un «titolo» che è possibile chiamare, questa volta, «generale»; il quale infatti consente al creditore d'iscrivere ipoteca con riferimento all'insieme dei beni di proprietà del debitore, e non con riferimento a questo o quello specialmente individuabili⁵⁰. Peraltro, indipendentemente dalla modalità d'essere del titolo, l'art. 2809 cod. civ. dispone, categoricamente, che l'«iscrizione» dell'ipoteca deve essere sempre specifica; cioè,

⁴⁶ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 566; M. FRAGALI, *op. loc. ult. cit.*; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 51; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 2; P. BOERO, *op. cit.*, p. 140 ss.; S. GIOVA, *op. ult. cit.*, p. 41 ss.; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁷ S. GIOVA, *op. ult. cit.*, p. 43; ID., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 404 s.

⁴⁸ E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 566; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 51; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 2.

⁴⁹ In relazione alle ipoteche volontarie o legali, come osservato da S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 46 s.; ID., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, cit., p. 407, la legge pur sempre prescrive, rispettivamente, con gli artt. 2826 cod. civ. e 2817, nn. 1 e 2, cod. civ., che, nel rispettivo titolo, siano specificamente designati i beni sui quali esse, in un secondo momento, potranno essere costituite mediante iscrizione.

⁵⁰ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 51.

necessariamente relativa a beni specificamente individuati⁵¹.

Per quanto visto, poiché il diritto di ipoteca è costituito solo a seguito dell'iscrizione, la norma che disciplina la specialità dell'ipoteca esplica tutta la sua rilevanza proprio con riferimento al compimento della stessa formalità pubblicitaria⁵².

Così, il principio di specialità si attaglia, prevalentemente, al momento dell'iscrizione dell'ipoteca (c.d. specialità *ex inscriptio-ne*), piuttosto che a quello, precedente, della formazione del titolo (c.d. specialità *ex titulo*)⁵³.

5. Segue: *dimensione sincronica o diacronica del principio di specialità*

Perché sollecitato dalla presente indagine, si pone qui il problema della dimensione sincronica o diacronica del principio di specialità, soprattutto per quel che riguarda l'effetto dallo stesso prodotto sull'oggetto dell'ipoteca.

Si tratta, più in particolare, di stabilire se questo principio si limiti ad esplicitare la propria rilevanza con riferimento alla fase genetica della costituzione dell'ipoteca mediante iscrizione; oppure se, diversamente, avvolga il rapporto ipotecario per tutto il tempo in cui esso ha esecuzione, ciò che accade, come visto, rispetto al principio di pubblicità.

Sembra far propendere per la prima soluzione, e quindi nel senso di una rilevanza interna del principio, che appartiene alla posizione che il concetto riceve nel congegno normativo⁵⁴, il risultato dell'interpretazione che è possibile conseguire sulla base

⁵¹ S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 47 s.; ID., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, cit., p. 404; L. ORSINGER, C. RUGGIU, *op. cit.*, p. 97.

⁵² A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 52; P. DE LISE, L. COSSU, *op. cit.*, p. 37.

⁵³ M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 770. Poi, come sopra detto, si dà anche una seconda specialità, questa volta quanto al credito garantito, la cui materia esula dal presente studio. Quest'ordine di specialità importa che l'ipoteca possa essere presa solo ed esclusivamente con riferimento ad una determinata somma di danaro, conclusione confermata anche dalla lettura dell'art. 2839 cod. civ. (per un quadro d'insieme, cfr. S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 50 ss.; A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 56; ID., voce *Ipoteca*, cit., p. 2).

⁵⁴ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1101.

del criterio d'indagine letterale, che fa leva sul senso proprio delle parole utilizzate nell'art. 2809 cod. civ.

L'elemento testuale tratto dalla norma, nella parte in cui dispone che «l'ipoteca deve essere iscritta su beni specialmente indicati», parrebbe dunque consentire il raggiungimento del risultato, secondo il quale lo stesso principio esplica i propri effetti solo in relazione alla fase costitutiva del diritto di ipoteca. Nel suo momento genetico⁵⁵.

Accanto alla soluzione indicata, può, peraltro, ipotizzarsi in astratto quella secondo cui, al contrario, il principio in parola sarebbe dotato di un'efficacia regolativa più ampia, la quale non si limiterebbe ad operare con riferimento al momento costitutivo del diritto di ipoteca, ma conformerebbe l'intera vita del rapporto ipotecario⁵⁶.

A questa stessa conclusione, secondo la quale il principio di specialità produrrebbe i propri effetti anche durante il tempo in cui il rapporto si svolge, perviene implicitamente, per ciò che riguarda l'oggetto del presente studio, anche una diversa dottrina⁵⁷. Dall'indicata soluzione, che fa leva su di un'efficacia regolativa del principio non solo genetica, ma anche funzionale, si fa poi discendere il corollario secondo cui, in seguito all'iscrizione del diritto di ipoteca, non sarebbe consentito alle parti sostituire il bene sul quale la stessa iscrizione è stata presa con un diverso bene. Tutt'al più, le parti potrebbero, in caso di accordo, procedere attraverso l'estinzione del precedente vincolo ipotecario e la costituzione di una nuova ipoteca, mediante apposita iscrizione, con conseguente nuovo grado ipotecario⁵⁸.

⁵⁵ Secondo M. ALBERGO, *op. cit.*, p. CXLI, «il principio di specialità dell'ipoteca non vuol dire che questa debba necessariamente accedere in perpetuo ad un determinato bene e cioè a quello su cui fu originariamente costituita. Il principio di specialità può quindi solo valere ad escludere l'ammissibilità di ipoteche generali o indeterminate (...)».

⁵⁶ S. GIOVA, *op. ult. cit.*, p. 54, assume che attraverso il coordinamento tra il potere del creditore, che si estrinseca in sede di iscrizione, e quello del debitore, che si attua attraverso la richiesta di riduzione, il legislatore avrebbe inteso soddisfare un'esigenza di bilanciamento e di proporzionalità tra credito e sua garanzia «sia nella fase genetica della costituzione (...) sia in quella successiva, esecutiva».

⁵⁷ A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55.

⁵⁸ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75 s.; A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.* In argomento, cfr. *retro* cap. I, sez. III, par. 1.

Chi crede di ravvisare, nel principio di specialità, questa portata regolativa ampia e generale, si trova poi a doverne coordinare il dedotto effetto con quello derivante da un insieme di norme che però parrebbero rendere lo stesso principio inservibile e privo di contenuto precettivo.

Si osserva infatti che questo principio di specialità non sarebbe applicabile in presenza dei fatti riconducibili nella categoria della surrogazione reale, nella quale si darebbe, anche se in modo del tutto eccezionale, la possibilità della semplice sostituzione dell'oggetto del rapporto giuridico, il quale non muterebbe, per questo motivo, la propria identità, restando invariato per tutto il resto⁵⁹.

Più in particolare, secondo il pensiero di questa dottrina, le ipotesi di surrogazione reale – nella quale, nell'occasione, sono fatte confluire le norme dettate dagli artt. 853, terzo comma, 2825, secondo e terzo comma, cod. civ. e 54, l. 968 del 1953 – darebbero vita ad episodi di palese deroga al sistema. Peraltro, esse sarebbero dettate per ovviare a insormontabili esigenze strutturali proprie delle varie fattispecie. In quanto tali, quelle stesse norme non si presterebbero ad essere impiegate per svolgere un ragionamento più ampio e complessivo, che possa in quanto tale confrontarsi con la portata applicativa del principio di specialità⁶⁰.

6. Segue: *osservazioni critiche*

È abbastanza evidente l'idea su cui riposa la scelta di assegnare al principio di specialità un'efficacia non solo genetica, che si esplica in sede di iscrizione, ma anche funzionale; un'efficacia che, travalicando l'angusto limite entro il quale è apparentemente relegata dalla norma, finirebbe col regolare ogni svolgimento del rapporto ipotecario.

La portata ampia e generale del ricordato principio serve infatti a dare una spiegazione plausibile alle molte ipotesi, ritenute eccezionali, nelle quali l'ordinamento regola in modo difforme da quel principio le vicende modificative dell'oggetto del rapporto

⁵⁹ A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 55 s.

ipotecario, nelle quali si assiste al trasferimento dell'ipoteca dal bene di partenza al bene di arrivo.

Si ovvia al problema della regolamentazione di queste forme di modifica dell'ipoteca – nelle quali sembra mutare il solo oggetto, restando invariato tutto il resto –, costruendo un rapporto tra regola ed eccezione. Le norme che disciplinano il trasferimento dell'oggetto del diritto di ipoteca sarebbero «eccezionali» perché contrastanti con il principio di specialità, che invece qui rappresenterebbe la norma «regolare».

È immediata la conseguenza che si fa discendere da questa argomentazione: giacché eccezionali, le norme che regolano le vicende modificative dell'ipoteca sono di stretta applicazione e insuscettibili di analogia. Questo risultato toglie quindi di mezzo ogni ulteriore discussione sul senso di esse, alle quali viene dedicato soltanto quel limitato spazio che il contributo oggetto del singolo trattato o commentario riserva alla disposizione legislativa che le prevede⁶¹.

La sistemazione appena illustrata non appare però pienamente condivisibile.

7. *Inesistenza di un principio generale di specialità*

Può dubitarsi, innanzitutto, in ordine all'esistenza di un principio generale del diritto, derivante dalla formulazione dell'art. 2809 cod. civ.

Potendo anche questa norma essere indagata attraverso i criteri di interpretazione disciplinati dall'art. 12 delle preleggi, è possibile infatti affermare, come visto, stando al canone letterale, che l'ipoteca nasce solo se si richiede l'iscrizione sulla base di un titolo con riferimento ad uno o più determinati beni. In altre parole, invertendo questa volta gli elementi della norma, che se in base ad un titolo

⁶¹ Non ha gran senso – secondo il ragionamento che, almeno implicitamente, svolge questa dottrina (A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 55 s.) – interrogarsi più di tanto sulla *ratio* della norma eccezionale che regola il trasferimento dell'ipoteca. Si tratterebbe infatti di una norma priva di logica e di qualsivoglia rilievo sistematico; in quanto tale, essa deve trovare applicazione esclusivamente con riferimento alla fattispecie che la contempla.

è richiesta l'iscrizione del diritto di ipoteca su uno o più determinati beni, «se A», allora il diritto di ipoteca nasce, «allora B»⁶².

Si tratta, più in particolare, non di una qualunque norma, ma di una norma imperativa, dettata a tutela di interessi di carattere generale che trascendono quelli di cui sono portatori il proprietario ipotecato e il creditore ipotecario⁶³. Quella norma, infatti, si dà cura di tutelare anche gli interessi dei terzi nei confronti dei quali potrà essere fatto valere il diritto reale di garanzia.

In quanto norma imperativa, non ne è tollerata alcuna violazione ad opera di chicchessia, con la conseguenza che il conservatore potrebbe senz'altro rifiutare la richiesta di iscrizione dell'ipoteca che risultasse contrastante con il canone di specialità, poiché non relativa a beni determinati. Anzi, si deve aggiungere che, in questo caso, se il conservatore non dovesse rendersi conto che gli è chiesta un'iscrizione lesiva dell'art. 2809 cod. civ., e pertanto dovesse dare seguito all'istanza, quell'ipoteca sarebbe comunque

⁶² Per la teoria della norma come giudizio, si vedano N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1099 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 7; ID., *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, cit. [nonché in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, cit., p. 67 ss. (da cui si cita)]; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, 2006, p. 69 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 241 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 8 s.; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 3^a rist., Padova, 1967, p. 31 ss.; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Fabriano, 1930, p. 12 ss.; M. GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, rist., Bologna, 1965, p. 16 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 20 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, I, p. 14 ss. Giova peraltro osservare che, anche aderendo a questa impostazione, «la distinzione tra fattispecie ed effetto giuridico (...) non può mai essere assunta in termini assoluti, visto che anche nell'effetto sussiste pur sempre una componente di fatto, destinata ad essere riguardata e valutata nella logica della fattispecie» (così, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 9).

⁶³ Mette bene in rilievo la funzione istituzionale della pubblicità, in quanto tale governata da norme che rifuggono ogni deroga, S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 400, il quale osserva che «(...) la pubblicità, con i suoi meccanismi appositamente congegnati e organizzati, produce la possibilità permanente e massimamente generalizzata di procurarsi la conoscenza. Essa vuole essere, istituzionalmente, la fonte alla quale tutti possono attingere la conoscenza (...). Spiccano qui, anche nei loro riflessi pratici, i caratteri che definiscono la pubblicità quale pubblico servizio (...)».

nulla per violazione di detta norma imperativa⁶⁴. Causa di nullità che potrebbe farsi valere in ogni tempo e che potrebbe anche essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Per descrivere l'efficacia ricollegabile a questa norma giuridica non c'è certo bisogno di scomodare l'esistenza di un principio generale del diritto, anche considerato il significato sfuggente che ad esso talvolta si accompagna⁶⁵.

Infatti, stando alle soluzioni indicate in dottrina⁶⁶, i principi, pur potendo costituire, quanto al genere, norme giuridiche⁶⁷, ne rappresentano una specie del tutto particolare, rispetto alla quale non è così facile individuarne i tratti caratteristici. Fatto, questo, che oltre a rendere davvero ardua l'individuazione delle proprietà che dovrebbe possedere la norma giuridica per fregiarsi della qualifica di principio⁶⁸, determina anche l'effetto di denunciare la evidente incognita della decisione della controversia che s'intendesse assumere attraverso l'utilizzazione dello stesso principio⁶⁹.

Le osservazioni svolte non sono mitigate dalla notazione che, talvolta, come sembra accadere anche in relazione al c.d. principio di specialità, l'espressione principio del diritto è usata per indicare la speciale importanza di una norma perché caratterizzante

⁶⁴ Per la violazione del canone di specialità quanto al credito garantito, cfr. Cass., Sez. II, 3 aprile 2000, n. 3997, cit.; Trib. Roma, 29 gennaio 1992, cit.

⁶⁵ Così, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, p. 447. Inoltre, G. ALPA, *I principi generali*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le Fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 353, osserva che «i giuristi usano l'espressione "principio" in diversi contesti: come elemento della disciplina (principi di diritto privato), come valore (il principio di correttezza), come strumento (principio del contraddittorio), ma soprattutto come regola normativa astratta applicabile a più fattispecie concrete» (similmente, cfr. ID., *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, p. 419 ss.).

⁶⁶ N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'. Intorno a regole, principi e norme*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 61 ss.

⁶⁷ Si veda F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, cit., p. 1039 ss. G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 6, non ha mancato di osservare che, di regola, «chi proviene da un ambiente in cui i principi sono previsti dal legislatore in un codice (usualmente il codice civile) o in una legge di natura generale, tende a collocare i principi tra le regole giuridiche e quindi tra le fonti del diritto».

⁶⁸ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 447 s.

⁶⁹ N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 63.

l'ordinamento giuridico o una sua parte⁷⁰. Sul punto, infatti, è stato bene messo in rilievo che, muovendo da questa definizione, la natura di principio del diritto di una norma dipende dalla valutazione soggettiva o del legislatore, o della dottrina o della giurisprudenza⁷¹, e non corrisponde certo ad un elemento di fatto, come tale percepibile nella sua dimensione ontologica⁷².

Anche avuto riguardo alle considerazioni appena svolte, appare preferibile ravvisare nell'art. 2809 cod. civ. non un principio del diritto, ma né più né meno che una disposizione da cui si ricava una norma giuridica che regola, con l'ampiezza che è possibile assegnarle in sede interpretativa, la c.d. specialità dell'ipoteca *ex inscriptione*.

Da questo punto di vista, nulla impedisce che l'art. 2809 cod. civ. possa costituire l'oggetto di un'interpretazione più ampia e sistematica, che, in quanto tale, travalichi un primo e più ristretto significato ad esso attribuibile sulla base del solo criterio letterale⁷³. Si può ammettere anche un'interpretazione estensiva della regola posta dall'art. 2809 cod. civ., la quale risulti conseguentemente applicabile anche al di fuori del fatto consistente nella prima ed originaria iscrizione ipotecaria.

A tal stregua, non pare dubitabile che, anche in occasione della

⁷⁰ G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 11, riguardo alla classificazione, richiama l'attenzione sulla distinzione tra «principi comuni (o *inespressi*), che sono direttive ricavate induttivamente dalle norme ordinarie dell'intero ordinamento o di una sua parte», da un lato, e «principi fondamentali (o *espressi*), che sono gli obiettivi e i valori posti dal legislatore alla sommità dell'ordinamento», dall'altro. Similmente, F. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 1025. In relazione ai primi, cfr. N. IRTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che: «Loro nota è l'immanenza nell'insieme o sistema delle norme; fonte genetica ne è l'interpretazione (...)». Nella stessa prospettiva, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 207, mette in rilievo che: «“principio” designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende (...) è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione».

⁷¹ G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 380, mentre fa rilevare la nota caratteristica di arbitrarietà delle funzioni e dei tentativi di catalogazione dei principi, non manca di precisare che, però, «questa arbitrarietà (...) appare congruente e lecita, in quanto è tipica di ogni attività interpretativa».

⁷² R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 448.

⁷³ In dottrina si vedano, ad esempio, E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 3 ss.; R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 345 ss.; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, cit., p. 45 s.

formalità richiesta dall'art. 2825 cod. civ., conformemente all'art. 2809 cod. civ., l'iscrizione debba essere presa in modo specifico con riferimento a questo o quel bene che è stato assegnato al dividendo in occasione della divisione.

Ma si può anche immaginare, a seguito di un'ulteriore dilatazione semantica della regola portata dall'art. 2809 cod. civ., certamente non incompatibile con la sua semplice interpretazione estensiva, un'altra applicazione di questa specialità *ex inscriptio-ne*. Qui si opera sullo sfondo di un orizzonte nel quale è davvero possibile costruire un principio generale del diritto, al cui interno trovano conforto e ospitalità, in modo congiunto, quelle esigenze che, tradizionalmente, sono fatte proprie dalle regole di specialità e di pubblicità, separatamente intese⁷⁴.

Da questa prospettiva, l'art. 2809 cod. civ., o meglio la regola di specialità quanto alla pubblicizzazione degli eventi che riguardano il diritto di ipoteca, appare pacificamente applicabile allorché si tratti di curare la formalità pubblicitaria di volta in volta prescritta dalla legge in conseguenza della modifica, in senso lato, dell'oggetto della stessa ipoteca.

Così, anche rispetto all'annotazione, è possibile affermare che, una volta verificatasi la modifica dell'oggetto della garanzia, in occasione del successivo espletamento dell'apposita formalità pubblicitaria, essenziale perché la vicenda espliciti i propri effetti verso i terzi, debba essere indicato e, appunto, «specificato» il bene sul quale si è trasportata l'ipoteca.

Pertanto, sono evidenti le differenze che possono derivare dalla violazione dell'art. 2809 cod. civ. con riguardo all'iscrizione dell'ipoteca, dove la formalità ha efficacia costitutiva, rispetto all'annotazione, la quale invece incide, come messo in risalto, rendendo nella generalità dei casi opponibile verso i terzi la vicenda modificativa. In questi casi, infatti, sembra che dall'invalidità dell'annotazione per violazione del criterio di specialità possa farsi derivare la conseguenza dell'inefficacia della vicenda modificativa essenzialmente nei confronti dei terzi.

⁷⁴ In questi casi, peraltro, si potrebbe anche sostenere che non c'è bisogno di costruire questo principio di diritto, in considerazione che il fatto appare sussumibile nelle fattispecie al verificarsi delle quali gli artt. 2809 e 2843 cod. civ. riannodano, in modo congiunto, il corrispondente effetto giuridico.

8. *Regolarità delle norme di disciplina della modifica ipotecaria oggettiva omogenea*

Non sembra, ad una prima riflessione, che le norme che si danno cura di disciplinare le varie ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva omogenea possano qualificarsi come eccezionali⁷⁵.

La conclusione indicata resta ferma salvo che all'aggettivo eccezionale non voglia assegnarsi un significato atecnico, con cui, ad esempio, predicare, di ciò cui si riferisce l'aggettivazione, una qualità che non ricorre normalmente, che si assegna in casi sporadici e limitati.

Questo, in particolare, è il significato dell'aggettivo eccezionale a cui guarda una parte della dottrina, la quale, nel qualificare in tal modo la disciplina del trasferimento dell'ipoteca dettata dall'art. 2825 cod. civ., osserva che, in questo caso, la legge avrebbe fatto ricorso ad una norma tutto sommato eccezionale in quanto applicabile in casi davvero limitati⁷⁶.

Se volesse adottarsi questo significato «improprio» della parola eccezionale, per indicare che, sulla base di un metro di valutazione squisitamente soggettivo, da un punto di vista quantitativo, le norme che regolano le ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva omogenea sono infrequenti, sono limitate, non verrebbero sollevate eccezioni di sorta, poiché non c'è dubbio che, di fronte al numero di disposizioni che regolano l'ipoteca nel suo complesso, quelle che riguardano la modifica del suo oggetto quale conseguenza del trasferimento sono limitate.

Il dissenso sarebbe netto se, invece, si volesse impiegare l'aggettivo eccezionale, secondo il suo significato «proprio», quello

⁷⁵ Anzi, al contrario; non manca, infatti, in dottrina chi – pur assumendo, senza peraltro indicare la motivazione, che il transitare dell'ipoteca da un bene ad un altro sarebbe cosa contraria alla legge – osserva in generale che lo stesso trasferimento sarebbe espressione di un principio. Ciò accade allorché, all'interno di una più ampia riflessione, si fa rilevare che «pensare di trasportare una ipoteca da un immobile ad un altro, permettendole di conservare il suo grado avrebbe destato, in altri tempi, non poca sorpresa, ma l'evoluzione avveratasi anche nei negozi giuridici ha potuto permetterlo; necessità particolari hanno, dapprima, spinto alla introduzione del trasferimento con leggi particolari; successivamente il *principio* è stato adottato dal codice civile limitatamente a taluni casi (...)» (così, B. MARIANI, *op. ult. cit.*, p. 152).

⁷⁶ G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 192 s.

tecnico giuridico. Quel significato che appartiene alla norma come giudizio ipotetico del tipo «se A», «allora B», dove B è la conseguenza che il nesso di causalità giuridica collega al verificarsi del fatto sussumibile nella fattispecie A. In questo senso più pregnante, la norma può dirsi eccezionale quando, data una norma regolare del tipo «se A, allora B», l'ordinamento con essa dispone che, al verificarsi di un elemento aggiuntivo nella fattispecie, segue la negazione dello stesso effetto giuridico: «se A+a1, allora -B»⁷⁷.

Proprio muovendo da questa concezione di norma eccezionale in senso stretto, infatti, è possibile osservare che, contrariamente a quanto implicitamente sostenuto da una parte della dottrina, non esistono disposizioni eccezionali in natura⁷⁸, potendo una norma fregiarsi di siffatta qualifica solo in confronto ad una diversa norma di carattere regolare. Detto altrimenti, non si dà una norma in sé eccezionale, essendo la qualifica di eccezionalità applicabile solo in esito ad una valutazione comparativa tra la disposizione che aspira a questa qualifica, da un lato, e quella di cui possa predicarsi il carattere di regolarità, dall'altro.

Come verrà ora posto in rilievo, è indubbio che le regole che disciplinano il trasferimento dell'ipoteca non possano assumere la qualifica di norme eccezionali rispetto al c.d. principio di specialità o alla disposizione racchiusa nell'art. 2809 cod. civ.⁷⁹.

⁷⁷ M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, cit., p. 65, osserva che «La norma eccezionale valuta la nota differenziale, presente nella propria parte ipotetica, in modo incompatibile con la valutazione della fattispecie più semplice, rompendone la logica e introducendo una diversa logica (...)».

⁷⁸ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145, parlando delle ipotesi di trasporto dell'ipoteca che riconduce all'interno della categoria della surrogazione reale in materia ipotecaria, assume che esse «(...) hanno carattere eccezionale, non potendosi ammettere l'esistenza di un generale principio surrogatorio».

⁷⁹ Come posto in rilievo da A. MAGAZZÙ, *Il perimento della cosa e la teoria dell'efficacia giuridica*, cit., p. 1222, nell'interpretazione giuridica è frequente il ricorso alle antitesi tra regola ed eccezione; antitesi che però possono rilevarsi più apparenti che reali. L'A., a proposito del principio secondo cui il perimento del bene determina l'estinzione del diritto che può essere fatto valere sullo stesso bene, fa rilevare infatti che «la ricognizione dei casi eccezionali descritti solo in termini di antitesi con questa regola non rappresenta un risultato definitivo: l'indagine rimane ancora aperta. Occorre infatti individuare le *condizioni* nelle quali ha luogo il caso eccezionale e stabilire *come e perché* l'eccezione si verifica. In tal modo si giunge a un'altra generalizzazione che comporta la correlativa revisione della precedente: la regola originaria ne risulta così modificata nel significato e nella portata. L'indagine intorno a dati casi eccezio-

Al pari di ogni norma, anche quella che prescrive la specialità dell'iscrizione ipotecaria si presta infatti ad essere ricondotta all'interno del giudizio ipotetico del tipo: «se A, allora B». Come detto, in essa innanzitutto il legislatore seleziona la fattispecie rilevante A. Essa consiste nel fatto che taluno presenta al conservatore il titolo e la richiesta di iscrizione ipotecaria, corredata dall'indicazione, in modo specifico, del bene o dei beni sui quali s'intende iscrivere l'ipoteca. All'accadere del fatto sussumibile nella fattispecie, la norma ricollega la produzione dell'effetto B, che consiste nella costituzione del diritto di ipoteca.

Se si condivide quanto appena illustrato, una qualunque norma, eccezionale rispetto a quel principio o norma di disciplina della specialità quanto all'iscrizione, si deve per forza caratterizzare: a) quanto alla fattispecie, per avere ad oggetto una richiesta di iscrizione ipotecaria con riferimento a beni determinati, arricchita da un elemento aggiuntivo; b) quanto all'effetto giuridico, per la negazione della vicenda derivante dall'art. 2809 cod. civ. e quindi per la mancata nascita del diritto di ipoteca (o l'estinzione dello stesso diritto).

L'osservazione appena svolta consente però di negare che le norme che regolano le singole ipotesi di trasporto dell'ipoteca siano in qualche modo qualificabili, rispetto a quella che esige la specialità dell'ipoteca *ex inscriptione*, alla stregua di eccezionali. E ciò non foss'altro perché, in conseguenza della verifica della vicenda modificativa, rispetto ad esse non si determina alcuna mancata nascita dell'ipoteca (o la sua estinzione), la quale, al contrario – sia pur con le precisazioni che verranno svolte più avanti –, continua a sussistere secondo la modalità risultante dal mutamento che l'ha interessata⁸⁰.

Diverso è ciò che può dirsi se invece volesse ragionarsi in rela-

nali che negano l'assoluta validità di una regola generale conduce quindi alla formulazione di una *nuova regola* che viene a coesistere e va coordinata con la vecchia».

⁸⁰ Non è infatti detto che, a seguito del verificarsi del fatto che attua il trasporto dell'ipoteca, si determini sempre e comunque una vicenda estintiva dell'originario rapporto ipotecario. Al contrario, può bene accadere che lo stesso rapporto continui ad offrire, nei confronti delle parti coinvolte, il diritto di prelazione che consentirà al creditore ipotecario, in caso di inadempimento del debitore, di rifarsi sul prezzo di vendita del bene subastato, fruttanto variato, con preferenza rispetto agli altri creditori o chirografari ovvero muniti di causa di prelazione posposta.

zione alla portata applicativa del principio generale del diritto sopra tratteggiato, nel quale convivono e si fondono le regole di specialità e di pubblicità dell'ipoteca. Quel principio in base al quale ogni vicenda che importa una semplice modifica dell'ipoteca, perché possa produrre i propri effetti nei confronti dei terzi, va annotata a margine dell'originaria iscrizione indicando in modo specifico il bene sul quale si trasferisce la garanzia (artt. 2809 e 2843 cod. civ.). Un simile principio, infatti, non si porrebbe certo in contrasto con le varie norme che regolano le singole ipotesi di modifica ipotecaria oggettiva omogenea, così come con l'atto di autonomia privata attraverso il quale le parti facessero dipendere la produzione dello stesso effetto giuridico.

Ma quanto osservato consente anche di affermare che la «fatti-specie» di questo principio unitario – nel quale si sciolgono le esigenze perseguite dai ritenuti principi di specialità e di pubblicità – nemmeno coincide con quella che si dà cura di regolare questa o quell'ipotesi di trasferimento dell'oggetto dell'ipoteca. In queste ultime, infatti, ad eccezione di quanto può dirsi rispetto all'art. 2825 cod. civ., non è descritta la condotta di chi chiede al conservatore di prendere un'iscrizione ipotecaria.

Inoltre, l'«effetto» che deriva da questo principio di specialità e di pubblicità non si pone in contrasto con quello che invece è collegato al verificarsi delle varie fattispecie regolatrici del trasporto dell'ipoteca. Il primo effetto consente di rendere efficaci, verso i terzi, i singoli episodi di modifica dell'oggetto dell'ipoteca, in conseguenza dell'annotazione a margine dell'originaria iscrizione. Il secondo invece, di regola, discende dal contratto o dalle norme che regolano ciascuna ipotesi di trasporto dell'ipoteca e consiste nel rendere efficace quella modifica limitatamente ai rapporti tra proprietario ipotecato e creditore ipotecario⁸¹.

Procedendo oltre, vi è un'altra ragione che impedisce di qualificare le disposizioni che regolano la modifica ipotecaria oggettiva omogenea alla stregua di norme eccezionali.

⁸¹ Solo successivamente sarà necessario procedere attraverso la formalità pubblicitaria, consistente nell'annotazione del titolo da cui deriva la vicenda modificativa a margine dell'originaria iscrizione, indicando in modo puntuale il bene sul quale si è trasferita l'ipoteca, perché quella stessa vicenda, in base ad una diversa norma giuridica, possa poi produrre i propri effetti nei confronti dei terzi.

Innanzitutto, è stato dimostrato che queste vicende modificative non si limitano ad uno o due episodi isolati e asistematici⁸². Esse, al contrario, si lasciano apprezzare in quanto contribuiscono a delineare una categoria – che racchiude norme eteronome e autonome – unificata, guardando all'effetto derivante dall'accadere del fatto sussumibile all'interno delle varie fattispecie, nella modifica, in senso lato, dell'oggetto del rapporto ipotecario.

L'esame della quantità e qualità delle norme che si occupano del fenomeno, congiuntamente alla considerazione della (tendenziale) omogeneità dell'effetto giuridico da esse prodotto (trasferimento dell'ipoteca), mal si concilia con le osservazioni di chi vorrebbe in modo sbrigativo liquidare lo stesso fenomeno, assumendo che quelle disposizioni sarebbero qualificabili quali norme eccezionali perché contrastanti con il principio di specialità.

Inoltre, come verrà messo in rilievo più avanti⁸³, guardando l'ordinamento giuridico attraverso il prisma della totalità ermeneutica, sembra di poter affermare, già da ora, che le varie vicende che qui, in senso lato, sono state definite modificative dell'oggetto dell'ipoteca, consistono in un qualcosa di profondamente simile rispetto a quanto la legge prevede riguardo ad altre vicende modificative dell'oggetto, che però si attagliano ad un diverso tipo di rapporto giuridico.

9. Inconferenza delle conseguenze che vogliono trarsi dalla costruzione del criticato rapporto tra regola (principio di specialità e/o pubblicità) ed eccezione (norme di disciplina delle vicende modificative dell'oggetto dell'ipoteca)

La sistemazione, sopra osservata, che, dalla dedotta tensione dialettica tra principio di specialità e/o di pubblicità e la serie di norme riconducibili entro la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea⁸⁴, crede di reperire un indice su cui costruire

⁸² B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 216; M. ALBERGO, *op. cit.*, p. CXLII; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 244.

⁸³ Si veda *infra* cap. III, sez. I, par. 3 ss.

⁸⁴ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 55.

il rapporto tra norma regolare e norma eccezionale, non appare condivisibile per un diverso motivo.

Se, infatti, volesse ragionarsi da un punto di vista logico in ordine alle conseguenze derivanti da quella sistemazione, si potrebbe giungere ad un'unica soluzione: la norma eccezionale è di stretta interpretazione e non si applica per via analogica.

Da ciò discendono due corollari, tra loro strettamente connessi.

La valutazione che dovesse giungere alla conclusione dell'esistenza di una lacuna nell'ordinamento⁸⁵, sul rilievo di aver ravvisato nella realtà la verifica di un caso simile rispetto a quello regolato dalla norma eccezionale, recante un'ipotesi di trasferimento dell'ipoteca sprovvisto di puntuale regolamentazione, si rivelerebbe del tutto fallace.

Infatti, in questi casi, a stretto rigore, si dovrebbe giungere alla conclusione che il caso simile rispetto a quello disciplinato dalla norma eccezionale, che è di stretta interpretazione, è invece assoggettato alla norma regolare. Posto un rapporto tra norma regolare e norma eccezionale del tipo «se A, allora B», da un lato, e «se A+a1, allora -B», dall'altro, tutte le volte in cui fosse possibile individuare un fatto concreto «a+a2», esso solo apparentemente potrebbe dirsi simile al fatto rilevante «a+a1», sussumibile nella fattispecie della norma eccezionale. Ad una più attenta riflessione, in questa ipotesi difetterebbe quell'elemento in comune, la *ratio legis*, che consente di affermare che il caso «a+a2» è simile al caso «a+a1»; il caso «a+a2», in realtà, verrebbe in considerazione semplicemente come caso «a», che, in quanto tale, si presterebbe ai fini della formulazione del giudizio sussuntivo nel predicato «A» previsto dalla norma regolare. Il dato storico «a2» sarebbe invece un fatto irrilevante, che «non riceve un predicato giuridico; cioè, che non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa»⁸⁶.

L'altra faccia della medaglia del ritenuto rapporto tra regola e eccezione è rappresentata dal secondo corollario: ammesso che le norme che regolano il trasferimento dell'oggetto dell'ipoteca possano dirsi eccezionali in confronto al principio di specialità e/o di

⁸⁵ Come, da ultimo, posto in risalto da F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 103, «lacuna e irrilevanza postulano l'esistenza di un ordinamento giuridico».

⁸⁶ N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., p. 1110.

pubblicità, esse, come detto, sarebbero di stretta interpretazione, con la conseguenza che non potrebbero trovare applicazione al di fuori dei casi in esse contemplati.

Ciò posto, la dottrina che si è occupata del fenomeno, muovendo dal dedotto rapporto tra norma regolare e norma eccezionale, ha creduto di raggiungere invece una conclusione ulteriore rispetto a quelle sopra enunciate.

Questa dottrina assume infatti che nei casi simili rispetto a quelli regolati dalla norma eccezionale, che dispone il trasferimento dell'ipoteca, non si assisterebbe alla produzione di una vicenda modificativa dell'originario rapporto, ma sarebbe tutt'al più possibile rilevare l'estinzione della precedente ipoteca, da un lato, e la costituzione di un nuovo ed autonomo rapporto giuridico, dall'altro.

La conclusione, pur formulata ed illustrata a proposito dell'atto di autonomia privata con cui le parti intendono modificare l'oggetto dell'ipoteca, appare di portata più generale ed applicabile, in quanto tale, alle altre vicende in senso lato modificative dell'oggetto dell'ipoteca.

Sviluppando il senso di quell'osservazione, si avrebbe che ciò che appare riconducibile ad una vicenda modificativa dell'oggetto del rapporto ipotecario, regolata da norma eccezionale, indipendentemente dal fatto che derivi dalla legge o dalla conclusione di un contratto, in realtà non rappresenterebbe, per l'appunto, una vera vicenda modificativa. Essa sarebbe soggetta alla portata applicativa del principio di specialità e/o di pubblicità, con la conseguenza che, rispetto a quella vicenda, si renderebbe necessaria una nuova iscrizione ipotecaria, con l'efficacia costitutiva che deriva dall'esecuzione della relativa formalità.

Tali conclusioni tuttavia non possono essere condivise: tutto questo ragionamento non riesce infatti a spiegare perché in forza dello stesso principio di specialità e/o di pubblicità si determinerebbero non «una» ma «due» differenti vicende del rapporto: da un lato, l'estinzione dell'ipoteca originaria; dall'altro, la costituzione di un diverso rapporto, avente ad oggetto il diritto di iscrivere una nuova ipoteca.

La spiegazione deve essere risultata non agevole, se la dottrina che ha ideato la ricordata sistemazione ha ristretto la propria indagine al limitato profilo dell'inammissibilità del contratto modi-

ficativo dell'oggetto dell'ipoteca⁸⁷, svolgendo l'esempio del creditore ipotecario che rinuncia all'ipoteca, prima che si costituisca, in alcuni casi, per effetto anche dell'accordo con la controparte, un nuovo ed autonomo rapporto ipotecario⁸⁸. Un rapporto nuovo ed autonomo che però, a ben vedere, tale non deve essere in realtà apparso perché, come visto, secondo quella stessa dottrina, esso poi risentirebbe, anche se in parte, delle sorti del primo per quanto attiene alla sua validità⁸⁹.

Nella sistemazione che la dottrina ha creduto di poter offrire di questa materia manca invero una più profonda e meditata presa di coscienza del fenomeno normativo che invece costituisce l'oggetto del presente studio⁹⁰.

Solo una volta operato un più ampio inquadramento concettuale, che consenta d'individuare il plesso di norme applicabili, in via diretta o analogica, al trasferimento del diritto di ipoteca, è infatti poi possibile decidere le sorti dei molti problemi che possono nascere dalla prassi, come quelli indicati, ad esempio, nel «catalogo» sopra ricordato. Solo così, dove l'interprete non «volge gli occhi alle stelle, ma li profonda dentro le norme, e muove alla ricerca di 'qualcosa', che colmi gli interstizi ed offra il criterio di tutte le risposte», è possibile scongiurare il rischio di decisioni arbitrarie e garantire la calcolabilità del futuro⁹¹.

⁸⁷ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 347.

⁸⁸ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 75 s.; A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 55, nota 17.

⁸⁹ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76, nota 20; A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 55.

⁹⁰ Una riflessione più ampia che avrebbe dovuto avvertirsi come ineludibile, anche considerato che, nel momento in cui formulava l'ipotesi sottoposta a rilievi critici, quella stessa dottrina credeva di ricondurre le norme di cui agli artt. 853 cod. civ., 2825 cod. civ. e 54, l. 968 del 1953, all'interno della surrogazione reale propria, giudicata però descrittiva e incapace di dar luogo ad una categoria generale omogenea (così, A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 56).

⁹¹ N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 65.

Capitolo III

IL CRITERIO DELL'ENTITÀ DELLA MODIFICA DELL'OGGETTO DELL'IPOTECA. APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA DELLA NOVAZIONE



Sezione I

CONSIDERAZIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. L'entità della modifica: a) criterio dell'incidenza della modifica sulla connessione tra diritto di ipoteca e cosa che ne forma oggetto. – 2. *Segue*: b) criterio dell'incidenza della modifica sulla struttura del rapporto ipotecario. – 3. Osservazioni sistematiche. Rinvio. – 4. La novazione. Considerazioni introduttive. – 5. *Segue*: l'*aliquid novi* e l'*animus novandi*. – 6. Modifiche accessorie. – 7. Applicabilità della disciplina degli artt. 1230 ss. cod. civ. alla modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario.

1. L'entità della modifica: a) criterio dell'incidenza della modifica sulla connessione tra diritto di ipoteca e cosa che ne forma oggetto

Parte della dottrina ha studiato il trasferimento del diritto di ipoteca in modo sistematico, cercando di inquadrare il fenomeno all'interno di più ampie categorie del diritto, al fine di individuare la norma giuridica che prevede e consente di risolvere le controversie che si accompagnano ad esso.

In questa prospettiva il trasferimento del diritto di ipoteca non è indagato con il metodo che sovente condiziona il genere letterario del trattato o del commentario¹. Sono inoltre messi in secondo piano i dedotti limiti derivanti dall'applicazione dei ritenuti principi di specialità e/o di pubblicità, anche se – si avrà modo di osservarlo – non si rinuncia tuttavia a costruire una tensione dialettica tra regola ed eccezione attraverso la quale confermare la correttezza della soluzione proposta.

L'incessante domanda che, in questi casi, scuote l'interprete è

¹ G. ALPA, *Fonti, teorie, metodi*, cit., p. 15, pone bene in risalto l'influenza che il genere letterario può esercitare sul criterio di organizzazione della materia adottato dall'autore.

più ampia di quella che, normalmente, agita chi si trova impegnato, quasi costretto, a dare un senso immediato a una norma, derivante dall'applicazione della disposizione codicistica che la contiene; a risolvere un particolare problema applicativo, e solo quello, che la norma presenta.

In questa mutata prospettiva, si pone, ineludibile, la domanda: che cos'è questa vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca? Qual è il suo senso rispetto al tutto?

Da questa diversa angolazione, è opportuno ripercorrere le tappe logiche attraverso le quali si svolge il pensiero di due distinte dottrine. Le quali, pur seguendo differenti percorsi argomentativi, giungono, in modo significativo, alla stessa conclusione pratica.

Nel dettaglio, la prima delle suddette dottrine muove, innanzitutto, dall'osservazione che si dà una «relazione essenziale», che è «funzionale» e «strutturale», tra il diritto reale di ipoteca e il bene che ne forma l'oggetto².

Si passa poi a valutare l'effetto che, su tale relazione, determina la modifica dell'oggetto dell'ipoteca allorché quest'ultima si trasferisce su di un diverso bene³. Beninteso, un simile trasferimento, secondo la dottrina in rassegna, nemmeno accadrebbe quando, a seguito del perimento del bene ipotecato, il proprietario dovesse procedere alla sua ricostruzione, indipendentemente dal fatto dell'utilizzazione dei propri fondi oppure di quelli che costituiscono l'oggetto dell'indennità assicurativa *ex art.* 2742 cod. civ. In entrambi i casi, infatti, non vi sarebbero ragioni per pensare che simili trasformazioni possano aver minimamente inciso sul diritto reale di garanzia, il quale dovrebbe dirsi intatto e immutato⁴.

Quando però si assiste ad un vero episodio di trasferimento del diritto di ipoteca, questa dottrina reputa che ciò avvenga in un contesto nel quale è presupposta la permanenza in vita, anche se con un diverso oggetto, dell'originario rapporto giuridico, che resta, conseguentemente, lo stesso per quel che riguarda sia il grado, sia la modalità di essere di quella connessione funzionale e strutturale tra bene e diritto che su di esso si esercita⁵.

² C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145.

³ C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

⁴ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 146.

⁵ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145.

La modifica dell'oggetto è fatta rifluire all'interno della categoria della surrogazione reale «propria», giacché il bene sul quale si sposta l'ipoteca è capace d'iscrizione⁶. In questi casi, si assisterebbe ad un fenomeno nel quale l'originaria ipoteca resta in vita così come «modificata» per quanto attiene alla sua connessione di tipo oggettivo⁷.

Un tale trasferimento dell'ipoteca sarebbe però eccezionale, perché contrastante con il principio secondo cui, di regola, il venir meno dell'oggetto dell'originario rapporto causerebbe anche l'estinzione dell'ipoteca. In forza del richiamato principio, pertanto, la fattispecie della modifica dell'oggetto dell'ipoteca determinerebbe, nella generalità dei casi, la rottura di quel legame essenziale tra diritto e bene⁸.

Il ragionamento appena illustrato consente all'autore⁹ di intravedere uno scenario nel quale convivono, in via alternativa, due differenti specie di modifica, in senso ampio, dell'oggetto del rapporto ipotecario.

Vi è una prima specie di modifica, reputata eccezionale, che si verifica allorché si è in presenza di un fatto rientrante nella categoria della surrogazione reale propria. Qui si è al cospetto di una vicenda semplicemente modificativa che si limita a sfiorare, senza tuttavia spezzare, quella che è stata chiamata «relazione essenziale», strutturale e funzionale, tra diritto di ipoteca e cosa che ne forma l'oggetto. In questa evenienza si assiste pertanto ad una vera e propria vicenda modificativa dell'originario rapporto, che attiene al solo oggetto. La conseguenza che è fatta derivare dalla premessa è la permanenza in vita dell'originaria ipoteca, con tutte le sue caratteristiche, a partire dal grado derivante dall'iscrizione.

Si dà poi una seconda specie di modifica, giudicata non più eccezionale ma regolare. In essa, a differenza di quanto accade nella prima, si verifica una rottura di quella relazione essenziale tra diritto d'ipoteca e bene sul quale essa è stata iscritta. In questi casi la modifica dell'oggetto non è più di carattere marginale ma diventa essenziale. La conseguente vicenda non è più modificativa,

⁶ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145 s.

⁷ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 146.

⁸ C. MAIORCA, *op. cit.*, pp. 145 e 147.

⁹ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 145 ss.

se non in senso lato e descrittivo del fenomeno; essa ora è estintiva del vecchio rapporto ipotecario, cui può seguire, se del caso, la costituzione di un nuovo rapporto, con il grado che prenderà effetto *ex nunc* dalla nuova iscrizione.

La dottrina appena illustrata¹⁰ omette, presumibilmente a causa del taglio del contributo, di compiere una riflessione più ampia sull'effettiva necessità di ricorrere, per la spiegazione del fenomeno, alla categoria della surrogazione reale.

Anzi, verosimilmente, il richiamo a questa categoria, per farvi confluire, in conseguenza della sostituzione dell'oggetto del rapporto, in un caso una vicenda semplicemente modificativa e, nell'altro, un effetto che invece è, al contempo, estintivo del precedente rapporto e potenzialmente costitutivo del nuovo, appare erroneo oltretutto fuorviante¹¹.

Agganciando il discorso alla surrogazione reale, si finisce infatti non solo con l'alimentare un tralatizio *obiter dictum*, ma s'incorre anche in un grave inconveniente. Con ciò si impedisce, infatti, il compimento dello sforzo finalizzato all'individuazione della norma giuridica o plesso di norme applicabili alle varie fattispecie da cui deriva la modifica dell'oggetto dell'ipoteca, per la soluzione dei problemi che da essa possono scaturire.

Infine, nella presente sistemazione è criptico il riferimento alla rilevanza riconosciuta ad un vago principio generale del diritto che governerebbe la modifica dell'oggetto dell'ipoteca, facendone derivare, salvi casi eccezionali, l'estinzione della stessa ipoteca e la possibile costituzione di un nuovo rapporto.

2. Segue: *b) criterio dell'incidenza della modifica sulla struttura del rapporto ipotecario*

Come accennato, all'interno di questa sistemazione unitaria, è possibile registrare anche il pensiero di una seconda e autorevole dottrina, nella quale ancora una volta, messi in secondo piano i limiti derivanti dall'applicazione dei principi di specialità e/o di

¹⁰ C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ Così invece, implicitamente, C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, p. 87 ss.

pubblicità, si prova a valutare il trasferimento dell'ipoteca alla stregua d'un metodo di stampo oggettivo e sistematico.

In particolare, si cerca d'inserire il trasporto dell'ipoteca all'interno delle varie vicende che possono interessare qualunque rapporto giuridico; il quale se, normalmente, è pensato, in generale, come destinato a soddisfare un altrettanto generico diritto soggettivo, nelle ipotesi che si presentano nella prassi diventa, invece, lo strumento indispensabile per il soddisfacimento dell'interesse protetto, oltretutto dal diritto potestativo, dal diritto assoluto, da un lato, oppure dal diritto relativo, dall'altro.

Si premette così, in linea generale, che il rapporto giuridico, oltre a costituirsi ed estinguersi, può anche modificarsi durante il suo svolgimento¹². Nel fare ciò, si richiama l'attenzione sul fatto che, mentre la costituzione e l'estinzione riguardano il rapporto giuridico nella sua interezza, la modificazione concerne invece un solo e limitato elemento dello stesso rapporto, lasciando, per definizione, inalterata la sua identità. Il rapporto giuridico in questi casi rimane lo stesso, pur mutando nel lato soggettivo, la parte attiva o passiva, oppure nell'oggetto¹³.

Qui, aggiunge la dottrina, è inutile cercare di dare una risposta alla domanda se, una volta modificato il soggetto attivo o passivo oppure l'oggetto, il rapporto resti identico a quello precedente. È infatti evidente che anche la più modesta variazione incide sul rapporto giuridico che la subisce, facendogli perdere anche se in parte l'originaria identità. Ogni rapporto è invero caratterizzato dalla ricorrenza di ciascuno dei detti elementi soggettivi e oggettivo, nessuno escluso¹⁴.

Tuttavia, in questi casi, la conclusione che consente d'affermare la permanenza, da un punto di vista sostanziale, dell'identità del rapporto, seppur con le sembianze risultanti dalla modifica, non ha un valore meramente speculativo, ma pratico. In tal modo, infatti, s'intende indicare la «compatibilità» della vicenda modificativa con la continuazione del rapporto esistente «e cioè, in

¹² M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 1 ss.; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 11 ss.

¹³ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 22 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 89.

¹⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

definitiva, con la conservazione della situazione giuridica, salva la modificazione»¹⁵.

Per quel che riguarda, più da vicino, la modifica dell'oggetto del rapporto giuridico, non si manca di illustrare che la stessa può avere una duplice fonte: può infatti derivare sia dalla volontà della legge, ed essere pertanto eteronoma, oppure dalla volontà delle parti, e quindi dal compimento di un atto di autonomia privata¹⁶.

In ogni caso, la vicenda modificativa dell'oggetto può essere riferibile ad un elemento di rilievo sia «quantitativo» sia «qualitativo»: in entrambi i casi essa non determina alcuna alterazione dell'identità del rapporto, a condizione che però non incida, superandolo, sul «limite della struttura» dello stesso rapporto¹⁷. Fatto, quest'ultimo, che inevitabilmente accadrebbe tutte le volte in cui fosse possibile assistere ad una modifica dell'oggetto capace di alterare la natura del rapporto concreto. Ciò potrebbe succedere, di regola, qualora si volesse procedere alla sostituzione della cosa nei diritti reali¹⁸.

Guardando al rapporto obbligatorio, la stessa dottrina segnala un orizzonte complesso nel quale alla modifica dell'oggetto, indipendentemente dalla sua entità, consegue l'applicazione del principio di conservazione¹⁹, che impedisce che si perda l'identità del precedente rapporto. Però, può anche accadere che il rapporto si estingua, con prevalenza della novazione oggettiva sullo stesso principio di conservazione, allorché la modifica sia essenziale oltreché sostenuta da un'adeguata volontà delle parti²⁰.

Giova rilevare da subito²¹ che, al culmine di tali riflessioni, questa dottrina giunge alla conclusione che il richiamo al «concetto di limite», in cui la modifica dell'oggetto è compatibile con

¹⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 97.

¹⁷ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ L'ambito di applicazione del principio di conservazione è, da ultimo, efficacemente posto in luce da A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 584 ss.

²⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

²¹ Per esigenze legate all'impostazione della ricerca, si rinvia, per lo studio *ex professo* della novazione oggettiva, *infra*, sez. I, parr. 4-6.

la conservazione del rapporto, trova piena applicazione a ciò che è chiamato «trasferimento del diritto di ipoteca», di cui vengono indicate le vicende regolate dagli artt. 2742 e 2825 cod. civ.²²

Anche questa dottrina assume che la modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario «compatibile» con la sua struttura consentirebbe di comprendere il meccanismo della surrogazione²³. Pur

²² F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 98, adduce, cioè, a sostegno dell'ipotesi ricostruttiva la fattispecie: a) della modifica dell'ipoteca allorché, a seguito del perimento del bene, il proprietario proceda alla sua ricostruzione usando l'indennizzo corrisposto dall'assicurazione; b) del partecipante alla comunione al quale siano assegnati, in sede di divisione, beni diversi rispetto a quello su cui era stata precedentemente iscritta ipoteca. Giova notare che Mario Allara, pur muovendo da un diverso ragionamento, giunge poi alla stessa conclusione cui perviene Francesco Santoro-Passarelli. Il primo Autore infatti dedica, in un primo momento, poche e chiare pagine alla modifica dell'oggetto del rapporto obbligatorio, soffermando l'attenzione sulle norme dedicate alla novazione oggettiva. Passando ad esaminare poi la seconda specie di modifica, il Maestro sente però ineludibile l'esigenza di premettere al lettore che, in questo caso, le cose non sono più così semplici; che, per questo motivo, è necessario avere consapevolezza della «particolarità(e) difficoltà (che) presenta l'accertamento del fenomeno della modifica oggettiva nel campo dei rapporti reali» (così, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 56 s.; similmente, ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 137). Allo studio della rassicurante disciplina della novazione oggettiva, succedono, nella progressione dell'indagine, le pagine in cui la posizione di premesse rappresenta la strada che poi conduce, inevitabilmente, alla successiva analisi di sapore casistico, perché rivolta su norme specifiche (M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 56 ss.; ID., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 137 ss.). Queste ultime, infatti, non sono più pensate con la necessaria attenzione verso costruzioni di carattere generale, ma appaiono dettate da un legislatore più pragmatico che teorico, che, in quanto tale, sembra proporsi il limitato compito d'offrire al giudice il criterio di volta in volta fruibile per la soluzione del conflitto previsto dalla singola fattispecie. Peraltro, il richiamo al concetto di «limite», che Francesco Santoro-Passarelli mutua dal rapporto obbligatorio – dove allo stesso è assegnato il compito di discernere tra mutamento dell'oggetto che ha determinato una semplice modifica del rapporto e quello che invece ha importato la sua novazione –, risuona proficuamente anche nella sistemazione offerta da Mario Allara, il quale pure s'interroga, prendendo spunto da singole fattispecie, se l'effetto dalle stesse prodotto possa dirsi: a) in un caso semplicemente modificativo dell'oggetto; b) nell'altro, invece, estintivo del vecchio rapporto, che non ha tollerato una simile modificazione, e costitutivo di un nuovo rapporto (M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 58 ss.).

²³ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

aderendo a codesta sistemazione, pertanto, si finisce col giungere alla conclusione che, in virtù della surrogazione reale, in taluni casi si sarebbe in presenza di una semplice modifica dell'oggetto del rapporto²⁴, che farebbe salva la sua identità, poiché in essa verrebbe rispettato il limite di compatibilità della struttura. Peraltro, si aggiunge che, in altri casi di mutamento dell'oggetto, pur se riconducibili alla surrogazione reale, non sarebbe più possibile assistere ad una semplice vicenda modificativa dell'oggetto. In essi «(...) il mutamento dell'oggetto è incompatibile con la conservazione del rapporto esistente, e peraltro il rapporto nuovo sostituisce il rapporto precedente», con la conseguenza che si profilerebbe il diverso fenomeno della «derivazione di un nuovo rapporto dal rapporto precedente (...)»²⁵.

Anche questa seconda sistemazione ha il pregio di mettere in risalto la configurabilità teorica di due differenti vicende che possono interessare l'elemento oggettivo del rapporto ipotecario; vicende che, fino ad ora, sono state volutamente entrambe chiamate, in senso dichiaratamente descrittivo, modificative dell'oggetto, per indicare che, in conseguenza dei fatti al cui verificarsi esse si producono, si determina, cioè, la modifica dell'originaria *res* sulla quale è stata in precedenza iscritta ipoteca.

Si dà, infatti, una prima vicenda, che è possibile definire modificativa in senso proprio, o modificativa *tout court*, nella quale la sostituzione dell'oggetto del rapporto è compatibile con la struttura di quest'ultimo. La conseguenza è che, nonostante questa variazione, il rapporto resta lo stesso e non perde la propria identità²⁶. La modifica, in tale caso, è assoggettata al campo di applicazione del principio di conservazione dei rapporti giuridici.

Ma oltre a quanto appena indicato, si dà anche un secondo episodio nel quale, differentemente, la modifica dell'oggetto oltrepassa il limite entro il quale si fa salva l'identità del rapporto. Qui la modifica è incompatibile con la struttura dell'originario rapporto. In questi casi, la vicenda è chiamata «derivativa» di un nuovo rapporto da quello precedente. Ad un esame più analitico, il fatto giuridico determina una doppia vicenda che è, allo stesso

²⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

²⁶ Cfr., in generale, le riflessioni di V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, cit., p. 108.

tempo, estintiva di un precedente rapporto giuridico e costitutiva di un nuovo rapporto²⁷.

Anche rispetto a questa seconda dottrina, peraltro, possono formularsi gli stessi rilievi critici già svolti rispetto alla prima. Tra questi, quello che si appunta sull'inutile e, allo stesso tempo, anche fuorviante richiamo alla surrogazione reale per dare una risposta plausibile ai molti problemi posti dal fenomeno²⁸.

Inoltre, passando a illustrare il contenuto del secondo rilievo, anche con riguardo a questa dottrina può nutrirsi qualche dubbio in ordine alla rilevanza, quanto alla modifica dell'oggetto dell'ipoteca, di questo principio di conservazione, altrimenti immanente all'ordinamento giuridico.

La fondatezza del dubbio appare esemplificata da una semplice constatazione.

²⁷ V. BARBA, *op. loc. ult. cit.*, pone efficacemente in rilievo che «qualora la situazione giuridica abbia perduto nel dopo l'identità del prima e si trovi in stato di conquistata verginità, deve concludersi per l'esistenza della doppia vicenda di rapporto estintiva prima, e costitutiva dopo. La situazione che troviamo nel dopo non sarebbe la stessa del prima, ma una nuova e diversa situazione giuridica, per quanto di estensione contenutistica simile alla precedente».

²⁸ In estrema sintesi, come sopra visto (cfr. *retro*, Introduzione, par. 3, nonché il precedente par. 1, sez. I, cap. III), all'interno della surrogazione reale si fanno confluire, normalmente, una gran quantità di norme caratterizzate da effetti giuridici così profondamente eterogenei, da esemplificare in modo chiaro la misura dell'incertezza della categoria; sensazione, questa, che poi risulta confermata dal ricorso che, pure in questa ricostruzione, finisce per farsi alla distinzione tra surrogazione reale *propria* e *impropria*, rispettivamente compatibile e incompatibile con la semplice modifica dell'oggetto dell'ipoteca. Il tentativo che anche questa dottrina compie di qualificare in modo diverso eterogenei fatti giuridici, che pur si fanno confluire all'interno di un'unica categoria generale, sta a dimostrare l'inutilizzabilità della stessa categoria a tal fine, ammesso che essa possa dirsi, ad ordinamento vigente, effettivamente configurabile, oltretutto dotata di autonomo rilievo normativo. A ciò si aggiunge che cercando d'offrire una sistemazione al problema del trasferimento del diritto di ipoteca ricorrendo alla surrogazione reale, restano senza spiegazione le altre ipotesi che si caratterizzano sempre per dar luogo alla stessa vicenda modificativa dell'oggetto del rapporto, ma che non sono ritenute riconducibili all'interno della stessa surrogazione reale, secondo il perimetro mobile che è possibile assegnarle di volta in volta, seguendo la soggettiva concezione che di essa ha l'autore della sistemazione. Infine, qualificando la vicenda quale ipotesi di surrogazione reale si dà vita ad un *obiter dictum* che di fatto impedisce, in un secondo momento, di andare alla ricerca della disciplina applicabile per la soluzione dei molti problemi che, come visto, possono accompagnare la vicenda che a livello descrittivo è chiamata trasporto o trasferimento dell'ipoteca.

Mentre la dottrina, sopra ricordata²⁹, invoca l'applicazione di un principio generale del diritto, in base al quale la modifica dell'oggetto dell'ipoteca determinerebbe, salva eccezione, l'estinzione del rapporto giuridico e la costituzione di un nuovo rapporto, in questa diversa ricostruzione si reputa, al contrario, che la stessa fattispecie (la modifica dell'oggetto dell'ipoteca) sarebbe regolata dal diverso e opposto principio di conservazione, da cui deriverebbe, in questi casi, l'effetto giuridico della permanenza in vita del rapporto nella sua originaria identità³⁰.

Tutto ciò sembra prefigurare un caso davvero singolare di antinomia; un caso nel quale la stessa fattispecie appare regolata da due opposti principi generali del diritto che, in quanto tali, ad essa dovrebbero ricollegare contrastanti effetti giuridici. Tuttavia, stranamente, a livello pratico, vengono poi raggiunte dalle due impostazioni le stesse conclusioni. Al di là del *nomen* che si attribuisce al principio di volta in volta richiamato³¹, infatti, acquista rilievo decisivo il «criterio dell'entità della modifica» che ha interessato l'oggetto dell'ipoteca; solo in base all'applicazione di esso è, infatti, possibile distinguere tra semplice modifica dell'oggetto dell'ipoteca e doppia vicenda estintivo-constitutiva di un nuovo rapporto.

Oltre a quanto osservato, sembra possibile formulare un ulteriore rilievo critico.

Anche nel ragionamento condotto dalla seconda dottrina³² sembrerebbe omissso un passaggio che a tratti potrebbe anche apparire essenziale. Esso consiste nell'individuare e porre a fondamento della soluzione prescelta una norma (o principio), che consenta di separare, almeno idealmente, la fattispecie dall'effetto giuridico. Solo così sarà, infatti, possibile sia controllare il processo logico e argomentativo seguito dall'interprete, sia prevedere, in anticipo, l'esito della decisione della controversia, provocata dallo svolgimento del fatto. Al contrario, senza una preventiva indagine

²⁹ Si vedano *retro*, cap. III, sez. I, par. 1, le argomentazioni svolte da C. MAIORCA, *op. cit.*, pp. 145 e 147.

³⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 97 s.

³¹ F. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 1023, pone in rilievo che, talvolta, può apparire che il richiamo al principio assolve alla funzione di "mero orpello argomentativo, non necessario e tutt'al più idoneo a rafforzare un esito già ineludibilmente assicurato dal nudo tecnicismo della norma".

³² F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

finalizzata alla ricerca della norma applicabile al caso concreto, l'impressione è che tutto risulti generico, incerto, opinabile, incalcolabile; che, detto con le parole di un'autorevole dottrina, tutto si traduca in «un decidere senza giudicare, se col giudicare intendiamo la sussunzione nella fattispecie normativa»³³.

3. Osservazioni sistematiche. Rinvio

Al di là dell'assoluta «asimmetria disciplinare» che, relativamente alla modifica dell'oggetto, è possibile riscontrare guardando ora al rapporto «obbligatorio», ora a quello «ipotecario»³⁴, il ragionamento seguito dalle due dottrine ha consentito di raggiungere un importante risultato. Esso consiste nell'aver messo a fuoco uno scenario nel quale la modifica, in senso ampio e descrittivo, della garanzia reale può, a seconda dei casi, risultare ora «compatibile» ora «incompatibile» con (il mantenimento del) l'originario rapporto ipotecario, con tutte le conseguenze che da ciò derivano.

Quando la modifica dell'oggetto risulta compatibile con l'originaria ipoteca, quest'ultima sembra restare invariata e in vita per tutto il resto, a partire dal suo grado. Ciò che invece non accadrebbe qualora non fosse possibile formulare lo stesso giudizio di compatibilità. L'incompatibilità della modifica dell'oggetto dell'ipoteca appare produrre infatti l'estinzione del vecchio rapporto, che non l'ha tollerata, al cui posto può essere costituito un nuovo rapporto giuridico, anche per quel che concerne il grado dell'ipoteca, preso in concomitanza della nuova iscrizione³⁵.

³³ N. IRTI, *La crisi del circolo*, cit., p. IX.

³⁴ Quanto al rapporto obbligatorio il codice civile offre – verrà ora posto in rilievo – una regolamentazione dettagliata della novazione oggettiva attraverso gli artt. 1230 ss. cod. civ., espressione di norme di respiro ampio e generale, come tali applicabili con riferimento a qualunque vicenda che, in senso lato, determina (almeno) una modifica dell'oggetto del rapporto. Ciò non accade rispetto al rapporto giuridico ipotecario, sopra illustrato (cfr., *retro*, Introduzione, par. 1).

³⁵ Allorché si pone l'esigenza di stabilire quando si è in presenza di un'efficacia che importa una semplice modifica della situazione originaria oppure di un effetto che ne determina, al contrario, un'innovazione, secondo A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 491 ss., occorre avere riguardo al sistema di interessi coinvolti dalla vicenda, che gravitano attorno ad un nucleo fondamentale. Da qui sarebbe possibile raggiungere la conclusione che «tutte le volte in cui un fatto trasforma il sistema

È irrilevante il richiamo alla surrogazione reale. La soluzione che è possibile dare caso per caso passa attraverso l'applicazione di un criterio di stampo oggettivo: a) la modifica marginale, che consente la permanenza in vita del rapporto; b) la modifica essenziale, che determina la doppia vicenda estintiva del vecchio rapporto e costitutiva del nuovo³⁶.

A questo punto non resta che svolgere l'ultimo tratto del percorso logico fin qui seguito.

Considerato che il «limite di compatibilità», con riguardo alle modifiche oggettive del rapporto, è (espressamente) disciplinato con riferimento al solo rapporto obbligatorio, è arrivato il momento di soffermare l'attenzione sulle norme, dettate a proposito della novazione oggettiva, che quel «limite» disciplinano e che – si cercherà di porlo in rilievo – appaiono fruibili anche per la regolamentazione delle varie fattispecie che concorrono a formare la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea.

A tal stregua, è anzi opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che il successivo sviluppo dell'indagine appare stimolato dal pensiero di un'autorevole dottrina, la quale ha fatto notare l'assenza di ragioni che impedirebbero di guardare alla novazione per la regolamentazione dei rapporti reali, anche considerato un argomento di rilievo decisivo: per la soluzione di dati problemi «(...) non si potrebbe fare a meno di fare riferimento anche alla disciplina che regola (...)», tra l'altro, proprio la novazione «(...) nel campo dei rapporti giuridici reali»³⁷.

di interessi lasciandone intatto il nucleo fondamentale si ha una modificazione; quando invece un fatto comporta una trasformazione che incide il nucleo fondamentale si ha innovazione».

³⁶ Questa soluzione, per inciso, seguendo un'intuizione che però dovrà trovare conferma nel corso del presente studio, appare anche fruibile per decidere tutti i vari problemi, sopra esemplificati nel relativo «catalogo» (si veda *retro* cap. II, sez. I), che possono conseguire al verificarsi di alcune fattispecie di trasferimento dell'ipoteca.

³⁷ Così, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempiimento*, cit., p. 5. Nella stessa linea argomentativa, cfr. inoltre G. CODACCI-PISANELLI, *Ampiezza del concetto di novazione*, Milano, 1950, p. 79 s., da cui si cita (e in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 317 ss.), il quale ha creduto di poter «astrarre dai singoli rami del diritto in cui la figura può manifestarsi e di ravvisare l'essenza della novazione nella trasfusione e nel trasferimento di un'entità giuridica in una nuova, che ne prende il posto e l'estingue, data l'incompatibilità oggettiva, o soggettiva, determinata dal nesso di totale o parziale identità (...). Non riesce, perciò, difficile

4. La novazione. Considerazioni introduttive

Ha da sempre costituito il perno attorno al quale ha ruotato lo

comprendere come esso(a) possa trovare applicazione in ogni ramo del diritto e così non solo nel diritto privato, ma pure nel diritto pubblico, né soltanto rispetto ai rapporti giuridici obbligatori, ma riguardo a ogni rapporto giuridico». Similmente, anche S. PIRAS, *Appunti sulla novazione*, in *Studi sassaresi*, XXI, 1948, p. 16 ss., mette in rilievo che non si danno ostacoli per l'applicazione della disciplina «della novazione ad un campo più ampio di quello, comunemente e tradizionalmente considerato, dei rapporti obbligatori», e, segnatamente, riguardo ai rapporti reali, rispetto ai quali si formulano, ad esempio, le ipotesi: a) della sostituzione di un rapporto di usufrutto o di servitù con un altro rapporto avente un diverso oggetto; b) della sostituzione di un rapporto di usufrutto relativo ad uno o più beni con un rapporto obbligatorio che assicura alla parte attiva una data rendita vitalizia; c) la sostituzione di un rapporto obbligatorio di comodato con un rapporto reale derivante da un contratto di pegno avente a oggetto lo stesso bene. Quanto osservato conduce lo stesso Autore alla conclusione di estendere «la sfera di applicazione dell'istituto della novazione oltre la categoria dei rapporti obbligatori, fino a comprendere anche i rapporti reali (...); la fattispecie novativa verrebbe pertanto considerata come fattispecie i cui effetti potrebbero incidere, in linea di principio, su ogni specie di rapporti giuridici patrimoniali (...)». *Contra*, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*², Napoli, 1986, p. 83 ss., secondo il quale, laddove nell'art. 1976 cod. civ. si parla di novazione, questo termine verrebbe qui impiegato in senso atecnico, poiché «la novazione è ristretta alle obbligazioni (...)». L'art. 1976, invece, comprende ogni ipotesi in cui, per effetto del negozio che compone transattivamente la lite, si determinano l'estinzione e la sostituzione del rapporto preesistente, obbligatorio o reale che sia (...)»; C. DONISI, *op. cit.*, p. 342; O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1967, pp. 178 ss., spec. 182, ove si afferma che «Non è novazione in senso tecnico la surrogazione reale la quale opera in virtù di legge e implica, di regola, una modificazione oggettiva del rapporto giuridico e del diritto soggettivo. La distinzione permane anche quando, eccezionalmente, la surrogazione reale si risolve in una duplice vicenda estintivo-costitutiva, poiché la costituzione del diritto nuovo non presuppone un interesse nuovo, ma avviene per la tutela dell'interesse preesistente e permanente del titolare del diritto estinto (...)»; L. BALLE-RINI, *op. cit.*, p. 149; M. ESU, *op. cit.*, p. 4. Similmente, la giurisprudenza reputa che la novazione sarebbe applicabile alle sole vicende di obbligazione e non a quelle relative ai diritti reali, con riferimento alle quali si potrebbe parlare tutt'al più di successione nei diritti e di surrogazione reale [così, Cass., Sez. II, 14 gennaio 1964, n. 82, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 270, p. 2386; Cass., Sez. II, 18 maggio 1972, n. 1515, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2815 ss.; Cass., Sez. III, 4 novembre 2002, n. 15393, in *Arch. civ.*, 2003, p. 973 (e in *Giust. civ.*, I, 2003, p. 2800 ss.; *Gius.*, 2003, p. 460)].

Cambiando prospettiva, come appena tratteggiato (F. SANTORO-PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*), talvolta la dottrina si è domandata se la transazione novativa realizzi una novazione in senso tecnico. Una prima sistemazione ha offerto una risposta

studio della novazione³⁸, indipendentemente dal fatto che la stessa si manifesti per fatti concludenti o in base ad una manifestazione espressa di volontà³⁹, il problema se essa venga in rilievo come fattispecie o come effetto giuridico⁴⁰.

Sul punto, secondo una parte della dottrina, la novazione non verrebbe in considerazione come fattispecie ma come effetto⁴¹, poiché lo studio di essa si esaurirebbe nella teoria delle vicende del rapporto obbligatorio. Da questo punto di vista, l'*animus novandi*, oltre ad essere irrilevante in caso di mancanza della modifica oggettiva, sarebbe chiamato a svolgere una limitata funzione quando il nuovo rapporto, derivante dalla stessa modifica, potrebbe in astratto convivere con l'obbligazione originaria⁴².

positiva al quesito, facendo da ciò discendere il corollario che se l'oggetto della pretesa è un diritto reale, allora la transazione non potrebbe essere novativa (così, G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 105 s.; per una diversa sfumatura, si veda S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, pp. 445 s. e 448). Secondo altri, diversamente, la transazione novativa non produrrebbe una novazione in senso tecnico. Qui all'espressione rapporto preesistente è assegnato il significato di rapporto litigioso, inteso come contrasto tra pretesa e contestazione. Indipendentemente dal fatto che la pretesa consista nell'allegazione di un diritto di credito, potestativo o reale, non si fa fatica a qualificare come novativa la transazione che, in ipotesi, risolve la lite anche mediante l'estinzione del diritto reale (così, A. COLAIACOVO, *La nozione di transazione novativa*, nota a Cass., Sez. III, 13 dicembre 2005, n. 27448, in *Obbl. e contr.*, 2006, pp. 613 ss., spec. 619-623. Per un quadro d'insieme, si veda anche G. DORIA, *La novazione dell'obbligazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 130 ss.).

³⁸ Anche in considerazione della regolamentazione dell'istituto mediante gli artt. 1230 ss. cod. civ., è trascurabile, in questa sede, il dibattito in ordine all'effettiva utilità della novazione oggettiva, sul rilievo che il codice civile disporrebbe di tutti gli strumenti mediante cui soddisfare quelle stesse esigenze che hanno, in passato, condotto all'emersione normativa della stessa novazione (per alcuni spunti, cfr. S. PIRAS, *op. cit.*, p. 3; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 281).

³⁹ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 76 s.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 59; A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 287; C. DONISI, *op. cit.*, p. 341. Anche per questo motivo, considerata l'ambiguità semantica, secondo B. TROISI, *Le obbligazioni. Corso di diritto civile*, Torino, 2012, p. 271, il termine «novazione» rappresenta un'anfibologia.

⁴¹ R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 459 ss.; ID., *Adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 260; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, pp. 138 e 140.

⁴² P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 60.

Secondo una diversa sistemazione, invece, non si darebbero rilievo decisivi per escludere la natura negoziale della novazione⁴³; quest'ultima, nella prospettiva indicata, verrebbe in considerazione quale effetto che può collegarsi a diverse fattispecie.

Attraverso il sistema delineato dall'art. 1230 cod. civ., così, si sarebbe voluto solo precisare che se l'effetto novativo proviene da un atto di autonomia privata, allora la volontà di novare non potrebbe che risultare inequivoca⁴⁴.

In realtà, com'è stato osservato, la questione in questi termini appare mal posta, poiché non è revocabile in dubbio che la novazione, intesa nella sua dimensione di vicenda, possa rappresentare l'effetto derivante dalla stipula di un negozio⁴⁵; il vero problema è tutt'altro: esso consiste nello stabilire se la novazione debba anche necessariamente provenire da un atto di autonomia privata⁴⁶.

Per questo motivo la dottrina ha correttamente posto in rilievo la «complessità della fonte» della novazione, potendo il suo effetto dipendere sia dalla conclusione di un negozio, sia dalla realizzazione di un semplice atto o fatto idoneo a produrlo in conformità con l'ordinamento giuridico⁴⁷. Conseguentemente, accanto ad una novazione negoziale, si può anche avere una novazione legale, dipendente, cioè, dalla legge⁴⁸.

⁴³ O. BUCCISANO, voce *Novazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 2; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 788; S. PIRAS, *op. cit.*, pp. 9 ss. e 25 ss.; L. BALLERINI, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁴ P. RESCIGNO, *op. cit.*, pp. 138-140.

⁴⁵ N. DI PRISCO, *Novazione*, in AA.VV., *Obbligazioni e contratti*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, p. 267 ss.; C. CICERO, *Le obbligazioni*, II, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2013, pp. 42 s. e 46 ss.; O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 5 ss.; G. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, pp. 54 s. e 57 s.; G. DORIA, *op. cit.*, pp. 27 e 126 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova, 2006, p. 123 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. lav., 11 ottobre 2012, n. 17328, in *Ced Cass.*, 2012; Cass., Sez. lav., 26 febbraio 2009, n. 4670, in *Mass. Giur. it.*, 2009 (e in *Ced Cass.*, 2009); Cass., Sez. III, 16 giugno 2005, n. 12962, in *Guida dir.*, 2005, 53, p. 31; App. Lecce, Sez. Taranto, 31 maggio 2014, in *Leggi d'Italia on line*.

⁴⁶ P. SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 354 ss.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 61.

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, cit., p. 701. In generale, quanto alla fonte della modifica

Da questo punto di vista, non si ravvisa dunque alcuna incompatibilità tra la disciplina della novazione e le varie ipotesi che si è creduto di far confluire all'interno della categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea. Anche qui, infatti, il fenomeno che si offre allo scrutinio della novazione può avere fonte sia legale, derivando dall'applicazione di norme, sia negoziale, ossia dipendere dalla stipula di un contratto modificativo in senso ampio dell'oggetto dell'ipoteca.

Un altro snodo problematico che appartiene allo studio della novazione è rappresentato dall'individuazione del suo effetto caratteristico ed essenziale. In argomento, alcuni studiosi hanno creduto di ricondurlo ad unità⁴⁹. Altri autori, invece, in modo maggiormente condivisibile, hanno fatto rilevare la oggettiva dualità degli effetti della novazione⁵⁰, solo considerato che l'art. 1231 cod. civ. tiene ferma la distinzione tra semplice modifica, da un lato, e novazione che comporta invece l'estinzione del vecchio rapporto e la costituzione di uno nuovo, dall'altro⁵¹.

È conseguentemente da escludere che, ai fini della novazione, sia essenziale il mantenimento di un *quid* dell'originaria obbligazione. La traslazione non è un effetto essenziale di questo istituto, anche se, a rigore, non è certo incompatibile con esso che la nuova obbligazione abbia al suo interno un qualche elemento che deriva dalla precedente, risultata estinta⁵².

Si può inoltre convenire che, nella novazione, l'estinzione dell'obbligazione non è mai fine a se stessa; essa avviene, infatti, in

dell'oggetto del rapporto giuridico, cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 97.

⁴⁹ Questa impostazione, riannodandosi all'antica nozione di novazione in termini di *transfusio atque translatio*, raggiunge il risultato secondo il quale la novazione medesima verrebbe in considerazione quale modifica del rapporto (per un quadro d'insieme, cfr. G. PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 389 s.; R. LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950, p. 338 ss.; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 157 ss.).

⁵⁰ O. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 2.

⁵¹ Così, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 62 s.; R. CICALA, *Adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 90 s.; S. RUPERTO, *Efficacia giuridica*, cit., p. 413 s.

⁵² P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 63.

funzione della costituzione della nuova obbligazione⁵³. Del pari, anche quest'ultima non è costituzione e basta, ma acquista rilevanza solo in virtù dell'estinzione del precedente rapporto⁵⁴. Peraltro, com'è stato messo in rilievo, tra l'estinzione e la costituzione è ravvisabile una correlazione di reciprocità, la quale, in chiave «effettuale», pone in rilievo la necessaria interdipendenza tra le due vicende e, in chiave «funzionale», dimostra anche l'unitarietà della fattispecie⁵⁵.

5. Segue: l'*aliquid novi* e l'*animus novandi*

Passando a esaminare i requisiti della novazione⁵⁶, con l'espressione *aliquid novi* s'intende che, nel rapporto tra la vecchia e la nuova obbligazione, deve necessariamente ricorrere un profilo di diversità dell'oggetto e/o del titolo⁵⁷. Per quel che riguarda l'oggetto, si reputa che esso venga in considerazione secondo una concezione ampia e quindi non solo in termini di prestazione,

⁵³ O. BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 4; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 45; G. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, p. 45 s.; B. TROISI, *op. cit.*, p. 271.

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*; O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 6; ID., voce *Novazione*, cit., p. 4; C. ROMEO, *La novazione*, in D. MAFFEIS, A. FONDRIESCHI e C. ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 20 s.; G. DORIA, *op. cit.*, p. 38 s.

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 67; N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 266. Le osservazioni svolte conducono pertanto a ritenere che la locuzione «effetto novativo» costituisce una sintesi linguistica dietro alla quale si cela il fenomeno di due distinti effetti corrispettivi, estintivo e costitutivo, che sono, da un punto di vista logico, contemporanei e parimenti essenziali (S. PIRAS, *op. cit.*, pp. 66 s. e 73; R. CICALA, *op. cit.*, p. 104). Il primo determina la decadenza del preesistente regolamento, in tutte le sue parti, principali e accessorie; il secondo, invece, ne instaura uno nuovo ed autonomo (N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 265 s.). L'espressione «funzione novativa», invece, sta ad indicare, come messo in rilievo da P. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*, che il nesso che corre tra i suddetti effetti è di sostituzione dell'uno all'altro.

⁵⁶ Secondo la giurisprudenza, l'accertamento dei requisiti della novazione è demandato al giudice di merito, con la conseguenza che esso è incensurabile in sede di legittimità (così, Cass., Sez. II, 22 gennaio 2004, n. 1019, in *Guida dir.*, 2004, 8, p. 53; Cass., Sez. III, 8 maggio 2001, n. 6380, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., Sez. lav., 8 novembre 1996, n. 9766, *ivi*, 1996).

⁵⁷ G. CODACCI-PISANELLI, *op. cit.*, p. 48.

ma anche come bene o interesse dedotto in obbligazione⁵⁸.

Anche da questo punto di vista, ancora una volta, non si pone alcun problema di compatibilità tra modifica dell'oggetto dell'ipoteca e novazione – potendo entrambe riferirsi alla variazione del bene dedotto all'interno del rapporto –, con la conseguenza che non si ravvisano impedimenti di sorta affinché la seconda possa disciplinare la prima.

La dottrina è poi concorde nel ritenere che, ai fini della novazione, acquista rilievo un mutamento che sia non meramente quantitativo, ma qualitativo. Soltanto il secondo di essi determina, pur nel silenzio delle parti, la novazione⁵⁹. Diversamente, in caso di mutamenti semplicemente quantitativi – che ricorrono allorquando la modifica ha riguardato il solo *quantum*, sotto forma di aumento o diminuzione dell'oggetto, lasciando inalterata per il resto l'obbligazione –, così come per quanto può dirsi in relazione ai cambiamenti di ordine temporale, essi non determinerebbero alcuna novazione dell'obbligazione⁶⁰.

Produce invece la novazione quel cambiamento che abbia un rilievo qualitativo, il quale incida sulla natura della prestazione⁶¹. Ciò accade, ad esempio, allorché all'interno di un'obbligazione avente per oggetto un fare infungibile si verifichi un mutamento che influisca sulla natura della prestazione. Lo stesso può poi dirsi nei casi in cui, nelle obbligazioni di dare, sia possibile registrare la sostituzione della cosa con un'altra che sia qualitativamente diversa, anche tenuto conto del particolare e concreto rapporto⁶².

È inoltre riconducibile all'interno dell'*aliquid novi* anche la variazione del titolo dell'obbligazione, il quale non rappresenta la

⁵⁸ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 71; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 56 s.; C. ROMEO, *op. cit.*, p. 12; P. LAMBRINI, *op. cit.*, p. 148. In tema di oggetto, in generale, si veda L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, cit., p. 156 ss.

⁵⁹ M. MARTORANA, *Novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, p. 113 s.

⁶⁰ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 71 s.; S. PIRAS, *op. cit.*, p. 50.

⁶¹ F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 403, osserva che nel «caso in cui si sia verificato un mutamento sostanziale, concernente il titolo o l'oggetto dell'obbligazione (...) qui la volontà – non equivoca – di novare non può non evincersi, secondo le comuni regole ermeneutiche, dagli stessi caratteri dell'innovazione; desumibile, in via presuntiva, da una oggettiva incompatibilità tra il nuovo rapporto ed il rapporto originario».

⁶² P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 72.

fonte, ma la causa, la ragione giustificatrice della stessa obbligazione⁶³. In presenza di sostituzione del titolo, si parla in dottrina di novazione causale, quasi a voler sottolineare il dato che essa darebbe vita ad una vicenda in qualche modo autonoma rispetto a quella cui conduce invece la modifica dell'oggetto dell'obbligazione⁶⁴.

Procedendo oltre, all'elemento dell'*animus novandi* è fatto corrispondere un diverso significato a seconda dell'impostazione metodologica adottata⁶⁵.

Secondo alcuni studiosi, che muovono da una concezione soggettiva del negozio giuridico, in particolare, a questo elemento andrebbe riconosciuta un'importanza centrale⁶⁶: l'*animus novandi* rappresenterebbe la condizione necessaria e sufficiente ai fini dell'estinzione dell'obbligazione e della costituzione di una nuova obbligazione, pur in difetto dell'elemento dell'*aliquid novi*⁶⁷. Da questo punto di vista, il requisito soggettivo rappresenterebbe il fondamento della novazione⁶⁸.

Un'altra parte della dottrina, invece, ridimensiona la rilevanza dell'elemento dell'*animus novandi*⁶⁹, il quale, anziché essere di per sé sufficiente alla produzione della vicenda estintiva e costitutiva del rapporto obbligatorio, esplicherebbe i propri effetti nel limitato contesto della novazione tacita⁷⁰.

⁶³ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 119 s.; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 73 s.; C. ROMEO, *op. cit.*, p. 15 s.; B. TROISI, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁴ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 73.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 78.

⁶⁶ M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 607.

⁶⁷ R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 259 s.

⁶⁸ O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 105; M. MARTORANA, *op. cit.*, p. 99 ss.

⁶⁹ Secondo P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 139, «L'*animus novandi* (...) non ha alcuna rilevanza». Lo stesso *animus* è qualificato «enigmatico» da R. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 342.

⁷⁰ Così, P. RESCIGNO, voce *Novazione (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 435, il quale fa rilevare anche l'eccessiva vaghezza e incertezza dell'elemento perché possa in esso ravvisarsi il fulcro della novazione. Inoltre, non si manca di porre in rilievo che, in presenza dell'*animus novandi*, sarebbe proprio la ricorrenza dell'elemento dell'*aliquid novi* a consentire di distinguere tra novazione e riconoscimento del debito (così, C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 50).

Secondo una diversa sfumatura di pensiero, poi, si è anche ritenuto che l'*animus novandi* svolgerebbe un ruolo determinante per stabilire se, a seguito della modifica dell'oggetto o del titolo, e quindi della ricorrenza del requisito dell'*aliquid novi*, si verta in presenza di una semplice modifica del rapporto oppure si sia prodotta la novazione, con il caratteristico effetto estintivo e costitutivo⁷¹. Peraltro, all'interno di questa sistemazione, non si manca di aggiungere una precisazione: quando la modifica, nella sua concreta portata, abbia alterato l'identità del rapporto, guardando al suo significato economico in relazione al contenuto, sarebbe inevitabile che a ciò conseguia la novazione, pur in difetto di un corrispondente *animus novandi*⁷².

6. Modifiche accessorie

Dopo lo studio del trasferimento dell'ipoteca, risuona pertanto proficuamente, anche nella disciplina della novazione, l'eco della necessità, parimenti logica e giuridica, di verificare se, avuto

⁷¹ A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 285; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 183 ss.; O. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 5; A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, p. 790; N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 272 ss.; S. PIRAS, *op. cit.*, p. 35; G. DORIA, *op. cit.*, pp. 37 e 40 s.

⁷² R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., p. 462 s.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 285. Da questo punto di vista, è apparso a taluni che, a ben vedere, il cpv. dell'art. 1230 cod. civ. più che considerare l'*animus novandi* quale elemento di qualificazione della novazione, si sarebbe limitato ad elevarlo a speciale criterio interpretativo, destinato ad operare all'interno del più generale principio di conservazione. In base a questo criterio si avrebbe che, nel dubbio, se la volontà di estinguere l'obbligazione non è stata manifestata in modo inequivoco, allora non si verificherebbe alcuna novazione della precedente obbligazione (così, P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 79; B. TROISI, *op. cit.*, p. 272 s.; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., p. 137; P. LAMBRINI, *op. cit.*, p. 126); o, detto in altre parole, nel dubbio, se la modificazione non appare oggettivamente incompatibile con la permanenza in vita della vecchia obbligazione, non si verificherebbe alcuna novazione, ma si sarebbe in presenza di una vicenda o «aggiuntiva» oppure «modificativa» della disciplina del rapporto (P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 80 s.). Ciò perché, detto altrimenti, allorché è possibile raggiungere il risultato perseguito attraverso una semplice modificazione del rapporto originario, la volontà delle parti non mira all'effetto della novazione (R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 459).

riguardo all'entità della modifica che ha interessato l'oggetto, il suo essere accessoria o essenziale, il rapporto giuridico possa dirsi rispettivamente, in un caso, semplicemente modificato e, nell'altro, invece estinto per lasciare spazio, al suo posto, ad un nuovo rapporto giuridico⁷³.

Un sicuro contributo alla sistemazione del problema qui dibattuto è offerto dallo studio condotto sull'art. 1231 cod. civ. La norma chiarisce e delimita, infatti, il piano di applicazione del precedente art. 1230 cod. civ., mettendo in risalto la regola secondo la quale il mutamento di alcune modalità accessorie del rapporto non importa novazione⁷⁴.

Non ogni modifica concernente l'oggetto o il titolo dell'obbligazione determina, pertanto, la novazione del rapporto. Quando, in ipotesi, questa modifica deriva dall'atto di autonomia privata, è quindi possibile tenere ferma la distinzione tra contratto modificativo, da un lato, ed accordo novativo, dall'altro⁷⁵. L'effetto prodotto dal primo consiste nel mutamento di un elemento accessorio il quale, non determinando l'alterazione e la compromissione della natura dell'originario rapporto, ne postula la conservazione e, contestualmente, anche la modifica della disciplina⁷⁶. Di pari passo, affinché si determini il caratteristico effetto estintivo e costitutivo è invece richiesta la stipula di un contratto novativo,

⁷³ F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 401.

⁷⁴ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 104; M. DE SIMONE, *In tema di novazione oggettiva*, nota ad App. Napoli, Sez. I, 20 marzo 1961, in *Dir. giur.*, 1961, p. 373. La formulazione dell'art. 1231 cod. civ., allorché dispone che non determinano la novazione dell'obbligazione il rilascio di un documento o la sua rinnovazione oppure l'apposizione o l'eliminazione di un termine e, comunque, «ogni altra modificazione accessoria», rende la norma giuridica in essa ricompresa di carattere ampio e generale. Essa sta anche a dimostrare, sotto un diverso profilo, la natura meramente esemplificativa del richiamo agli esempi ivi indicati (cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, cit., p. 124; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 851; F. MACARIO, *op. cit.*, p. 364; S. PIRAS, *op. cit.*, p. 41; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 63 s.; C. ROMEO, *op. cit.*, p. 19).

⁷⁵ L'esame dell'art. 1231 cod. civ. consente a E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*, di affermare che «Vi sono poi certi atti e negozi di secondo grado che, valutati dalla legge mercé un'interpretazione tipica collaudata dalla comune esperienza, escludono di per sé soli il prodursi di una novazione».

⁷⁶ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 117; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, cit., p. 700 ss.; G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 847 ss.; C. DONISI, *op. cit.*, p. 348; C. CICERO, *op. ult. cit.*, pp. 52 e 64; O. BUCCISANO, *Novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, cit., p. 66; P. KLEIN, *op. cit.*, p. 44 ss.

attraverso il quale sia convenuta la sostituzione di un elemento essenziale dello stesso rapporto.

Mentre secondo alcuni studiosi ha rappresentato uno snodo fondamentale delle ricerche in tema di novazione, un suo punto cruciale⁷⁷, il problema se l'art. 1231 cod. civ. importi un limite all'autonomia privata, impedendole di determinare la doppia vicenda estiva della vecchia obbligazione e costitutiva della nuova, tutte le volte in cui la modifica possa dirsi accessoria⁷⁸, un'altra dottrina ha invece messo in rilievo, in modo condivisibile, che il problema se i privati siano dotati del potere di determinare la novazione in presenza di una modifica accessoria e non sostanziale del rapporto è, in questi termini, mal posto⁷⁹.

⁷⁷ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 113.

⁷⁸ Secondo alcuni sarebbe in sé privo di rilievo il profilo dell'accessorietà della modifica del rapporto, al fine della più ampia ricostruzione della disciplina della novazione. Questa conclusione viene poi formulata muovendo da punti di vista che, come si vedrà, appaiono tra loro anche contraddittori. Secondo una prima sistemazione, non si darebbe, in base all'art. 1231 cod. civ., alcuna limitazione all'autonomia privata, libera, in quanto tale, di determinare una vicenda estintiva del vecchio rapporto e costitutiva della nuova obbligazione anche in difetto di una modifica di carattere sostanziale, essendo determinante, in questi casi, la manifestazione, in modo non equivoco, dell'*animus novandi* (M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 55; F. MARTORANA, *op. cit.*, p. 166; R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, p. 462; M. DE SIMONE, *op. cit.*, p. 375; N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 275 s.; F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 403; P. LAMBRINI, *op. cit.*, p. 132 s.). A sostegno dell'ipotesi, si fa rilevare l'assenza di una norma imperativa che impedisce alle parti di produrre un siffatto effetto in presenza di una limitata e accessoria modifica del rapporto (cfr. F. PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in AA.VV., *Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di M. d'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948, p. 124, secondo il quale «la volontà espressa di novare, cioè di volere estinguere la vecchia obbligazione, anche in occasione di una modificazione non radicale, non incontra, come ovvio, l'ostacolo di un principio insormontabile o di una norma cogente»). In una diversa prospettiva, inoltre, si sottolinea, in omaggio al dogma della volontà, che anche una modificazione di carattere sostanziale non riuscirebbe a determinare la novazione del precedente rapporto obbligatorio al cospetto di una diversa volontà delle parti, rivolta a mantenere in vita l'originaria obbligazione (F. PELLEGRINI, *op. loc. ult. cit.*). L'art. 1230 cod. civ., nella parte in cui richiede la ricorrenza dell'elemento dell'*aliquid novi*, sarebbe applicabile alla sola novazione tacita, nella quale la volontà delle parti di determinare la doppia vicenda estintiva e costitutiva è desunta da fatti concludenti (così, O. BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 30).

⁷⁹ P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 114 s. Talvolta in giurisprudenza si fa richiamo

In primo luogo, guardando alla formulazione letterale dell'art. 1231 cod. civ. è correttamente illustrato che, nel momento in cui si fa conseguire la vicenda modificativa del rapporto dal fatto del compimento di variazioni di carattere accessorio, in un contesto nel quale non si fa alcun riferimento al c.d. *animus novandi*, il legislatore ha posto la seguente regola: in caso di modifica accessoria⁸⁰, la volontà delle parti non è sufficiente a determinare la novazione⁸¹ e quindi parrebbe a tal stregua irrilevante⁸².

Con lo sviluppo di un ragionamento armonico – che bene si attaglia al problema della modifica che, in generale, può riguardare un qualunque oggetto del rapporto giuridico, ivi compreso quello ipotecario –, si fa inoltre notare che non potrebbe dirsi sufficiente, ai fini della novazione della precedente obbligazione in un quadro caratterizzato dalla presenza di una modificazione accessoria, la ricorrenza dell'*animus novandi* come tale dichiarato dalle parti⁸³. Anche qui, infatti, è pacifico che la qualifica di un contratto non si desume dal *nomen iuris* utilizzato dai paciscenti, ma dipende dalla valutazione degli effetti essenziali che lo stesso accordo è idoneo a produrre⁸⁴.

proprio al concetto di mutamento sostanziale per selezionare la modifica dell'obbligazione che ne determina la novazione (cfr. Cass., Sez. II, 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., Sez. II, 27 luglio 2000, n. 9867, *ivi*; App. Palermo, Sez. III, 22 novembre 2013, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Cagliari, 16 aprile 2014, *ivi*; Trib. Monza, Sez. I, 11 febbraio 2008, *ivi*).

⁸⁰ Secondo la giurisprudenza, la novazione non può trovare attuazione in presenza di una modifica accessoria della precedente obbligazione [si vedano, ad esempio: Cass., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 5665, in *Ced Cass.*, 2010; Cass., Sez. III, 9 aprile 2003, n. 5576, in *Arch. loc.*, 2003, p. 540 (e in *Gius.*, 2003, p. 1862; *Arch. civ.*, 2004, p. 263; *Rass. loc. cond.*, 2004, p. 637); Cass., Sez. III, 9 luglio 1998, n. 6680, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass., Sez. III, 14 dicembre 1994, n. 10683, in *Arch. loc.*, 1995, p. 341; App. Genova, Sez. I, 22 ottobre 2005, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Modica, 27 febbraio 2015, *ivi*; Trib. Rossano, 6 febbraio 2013, *ivi*; Trib. Roma, Sez. XI, 16 marzo 2012, *ivi*].

⁸¹ A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 286; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 193; S. PIRAS, *op. cit.*, p. 41 s.; O. BUCCISANO, voce *Novazione*, cit., p. 5; A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, p. 792 ss.; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 51 ss. *Contra*, M. GIORGIANNI, *op. loc. ult. cit.*

⁸² P. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 435 s.; ID., *Studi sull'accollo*, cit., p. 139.

⁸³ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 34 s.

⁸⁴ Così, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 115; ID., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina*

Allo stesso modo, non potrebbe nemmeno condividersi la soluzione che si proponesse d'impedire la novazione, sulla base di una corrispondente manifestazione di volontà delle parti, pur in presenza dell'elemento dell'*aliquid novi*; il quale, per questa via, non sarebbe né sufficiente né necessario per la produzione della vicenda novativa. È stato infatti messo in risalto che una siffatta ricostruzione eleverebbe la volontà dei contraenti ad arbitro della qualifica novativa o modificativa della vicenda. Il tutto, in un contesto dove il vero problema, però, non consiste nella formulazione di un giudizio di prevalenza della volontà dei contraenti rispetto al contrastante effetto contemplato dalla norma, ma nella necessità di valutare, da un punto di vista oggettivo, «l'entità della modificazione». Se, infatti, questa è in grado di incidere sull'identità dell'originaria obbligazione, allora appare irrilevante l'esistenza di una diversa volontà delle parti finalizzata a impedire l'estinzione del precedente rapporto e la costituzione di uno nuovo⁸⁵.

La chiara soluzione testé indicata risulta particolarmente apprezzabile anche per la soluzione del problema che agita la presente ricerca.

Questa soluzione è innanzitutto perfettamente coerente con il risultato che è possibile conseguire guardando alla modifica dell'oggetto del rapporto attraverso il prisma di un criterio logico; un criterio che, per inciso, sembra anche consentire un'applicazione più ampia degli artt. 1230 e 1231 cod. civ. che consenta a queste norme di essere impiegate non solo con riferimento al rapporto obbligatorio, per il quale esse sono state espressamente introdotte, ma, più in generale, anche per la regolazione della modifica dell'oggetto che può interessare un qualunque rapporto giuridico patrimoniale, ivi compreso quello ipotecario.

Si fa riferimento al fatto che si può, a livello logico, parlare di semplice modifica solo quando l'entità che l'ha subita è ancora riconoscibile. Più in particolare, che il rapporto giuridico potrà

del rapporto, cit., p. 704, dove si precisa in modo condivisibile che, similmente, un *animus novandi* non potrebbe incidere in alcun modo in ordine ad una fattispecie che, pur producendo effetti modificativi, resta identica giacché interessata da mutamenti di carattere accessorio relativamente alla struttura o alla funzione.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 116 s.

dirsi semplicemente modificato tutte le volte in cui quello stesso rapporto, pur in conseguenza della variazione che l'ha interessato, conservi intatta la propria identità. Quando invece ciò non dovesse accadere, nel senso che la modifica che ha toccato l'oggetto ha anche inciso, compromettendola, su quella identità originaria – ciò che, solo a livello descrittivo, può ancora chiamarsi come «rapporto modificato» –, in realtà si avrà la presenza di un «nuovo rapporto» sorto dalla novazione. A nulla varrebbe, in contrario, in questi casi, una diversa volontà delle parti⁸⁶, la quale, per tale via, darebbe vita ad un episodio di *venire contra factum proprium*.

Per quanto attiene poi all'individuazione dei criteri che risultano fruibili per stabilire se, nel caso concreto, le modifiche che hanno riguardato l'oggetto del rapporto abbiano inciso compromettendo o conservando l'identità del rapporto medesimo, si registra un generale consenso sul fatto che, in questi casi, occorre avere riguardo al significato economico della modifica, in relazione al contenuto del rapporto, anche secondo la considerazione generale del traffico giuridico⁸⁷.

7. Applicabilità della disciplina degli artt. 1230 ss. cod. civ. alla modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario

Lo studio della novazione ha consentito di raggiungere tre punti fermi, indispensabili al compimento dell'indagine.

Tra questi, quello in base al quale sia la modifica dell'oggetto sia la novazione sono effetti potenzialmente derivanti da eterogenee fonti. Appare neutrale e, di per sé, irrilevante, la circostanza che la modifica in senso ampio derivi dalla legge o dall'atto di autonomia privata. L'ordinamento assegna rilievo decisivo ad un elemento obiettivo: l'intervenuta modifica della *res*, indipendentemente dalla sua causa, che sia possibile registrare in epoca successiva rispetto all'istante della costituzione del rapporto.

⁸⁶ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 283 s. e nota 16; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 185 ss.; P. KLEIN, *op. cit.*, p. 44 ss.

⁸⁷ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 284; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 186, e gli autori indicati alla nota 14.

In secondo luogo, è stato altresì dimostrato, quanto alla ricostruzione della disciplina, il modesto campo di applicazione che va riconosciuto al profilo dell'*animus novandi*. L'elemento soggettivo, da un lato, non può certo impedire che si determini la novazione quando la modifica dell'oggetto o del titolo abbia inciso, compromettendola, sull'identità dell'originario rapporto giuridico; dall'altro, non può determinare la novazione nei casi in cui la modifica possa dirsi, invece, accessoria e, in quanto tale, inidonea ad estinguere il rapporto originario, il quale rimane in vita nella sembianza risultante dalla verifica della fattispecie.

Infine, è stato possibile raggiungere la conclusione che, a ben vedere, le norme racchiuse negli artt. 1230 e 1231 cod. civ. non fanno che limitarsi ad offrire una regolamentazione di carattere estremamente regolare, anche perché conforme a esigenze di taglio logico, che il legislatore non poteva fare a meno di tenere in considerazione⁸⁸. Sulla base di indici che consistono, ad esempio, nella valutazione del contenuto del rapporto, nel rilievo economico del fatto, nella generale considerazione del traffico giuridico e, infine, nell'efficacia dei principi che governano una data materia⁸⁹: a) se, infatti, può dirsi accessoria, allora la modifica dell'oggetto è compatibile con la permanenza in vita del precedente rapporto; b) se, invece, essa è essenziale, allora questa variazione risulta incompatibile con il precedente rapporto che si estingue, per lasciare spazio, al suo posto, qualora possibile, ad un nuovo rapporto⁹⁰.

Nella disciplina della novazione si rinviene pertanto la «fonte»

⁸⁸ Si ha a che fare con un'esigenza intimamente connessa alla modalità d'essere di qualunque rapporto giuridico patrimoniale, destinato non a esaurirsi in un istante, ma a durare nel tempo.

⁸⁹ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 284; ID., *La prestazione in luogo dell'adempimento*, cit., p. 186, e gli autori indicati alla nota 14.

⁹⁰ Anche in giurisprudenza non è infrequente il richiamo al concetto di compatibilità o incompatibilità del mutamento di un aspetto della precedente obbligazione, che determina, rispettivamente, in un caso, la semplice modifica e, nell'altro, la novazione del rapporto originario (cfr. Cass., Sez. II, 22 gennaio 2004, n. 1019, in *Guida dir.*, 2004, 8, p. 53; Cass., Sez. II, 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., Sez. II, 22 maggio 1998, n. 5117, *ivi*, 1998; Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2002, n. 1991, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, p. 971; App. Roma, 3 aprile 2008, in *Contratti*, 2008, p. 829; Trib. Milano, Sez. lav., 23 gennaio 2015, in *Leggi d'Italia on line*; Trib. Monza, Sez. I, 11 febbraio 2008, *ivi*; Trib. Perugia, 20 gennaio 2003, in *Rass. giur. umbra*, 2004, p. 92 ss.).

che consente di distinguere, anche in presenza di un *aliquid novi* che abbia interessato l'oggetto dell'ipoteca⁹¹: a) tra modifica che non incide sul rapporto originario, che permane in vita così come risultante dalla vicenda che lo ha riguardato; b) e modifica essenziale che invece determina un doppio effetto, che è estintivo dello stesso rapporto originario e costitutivo, ove possibile, di un nuovo rapporto⁹².

Il criterio tolto dalla stessa fonte consiste nel verificare se la modifica, sulla base di una pluralità di indici, alcuni dei quali sopra ricordati, possa dirsi «accessoria» oppure «essenziale». Rispettivamente, nel primo caso essa non incide sull'identità originaria del rapporto, che rimane in vita così come modificato, anche in applicazione dell'effetto che si riannoda al principio di conservazione. Nel secondo caso, invece, essa compromette l'identità dell'originario rapporto fino a spezzarla. La modifica non è più compatibile con la geometria che caratterizzava quest'ultimo. Qui si estingue il vecchio rapporto, dalle cui ceneri, però, può risorgere un nuovo rapporto.

Peraltro, mentre nell'obbligazione il discrimine tra modifica e novazione ha essenzialmente rilievo nella relazione tra creditore e debitore, nell'ipoteca quel confine – che serve a separare la semplice modifica del precedente rapporto dall'estinzione di questo ultimo, con la contestuale costituzione di un nuovo rapporto – produce i propri effetti, in conseguenza della verifica di date fattispecie, non solo tra proprietario ipotecato e creditore ipotecario, ma anche nei confronti degli *omnes*. In particolare, nei

⁹¹ L'esame del mutamento che riguarda l'oggetto dell'ipoteca suscita riflessioni non dissimili rispetto a quelle incentrate sulla variazione dell'oggetto dell'obbligazione. Si tratta pur sempre di verificare se, nel caso concreto, sia corretto affermare che la modifica, da un lato, non incide sull'originario rapporto giuridico ipotecario, che resta in vita come modificato, oppure se, dall'altro, determina invece l'estinzione di esso e la costituzione di un nuovo rapporto da cui deriva il diritto all'ipoteca. Detto altrimenti, si tratta di capire se la modifica dell'ipoteca, indipendentemente dalla sua fonte, possa o meno dirsi compatibile con il mantenimento in vita dell'originario rapporto giuridico ipotecario.

⁹² È chiara, in dottrina (P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, p. 353 s.), la necessità logica di individuare il «criterio discrezionale» tra semplice vicenda modificativa, che si verifica quando il mutamento non compromette l'individualità del rapporto, e quella vicenda in cui, diversamente, la modifica provoca l'estinzione del rapporto e la costituzione di uno nuovo.

confronti di questi ultimi quella che, ormai solo a livello descrittivo, può ancora denominarsi modifica dell'oggetto acquista rilievo solo una volta destinataria della formalità pubblicitaria prescritta dalla legge, secondo le variabili caratteristiche di quest'ultima, come si cercherà di dimostrare più avanti.

Per quanto visto, in un caso, potrà esser fatto valere, sia nella relazione tra proprietario ipotecato e creditore ipotecario, sia nei confronti dei terzi – in quest'ultimo caso previo espletamento della formalità pubblicitaria all'uopo prescritta – un diritto di ipoteca come risultante dalla modifica dell'oggetto. Nell'altra eventualità, invece, si avrà a che fare con la diversa figura della novazione oggettiva dell'ipoteca, che però, ancora una volta, verso i terzi acquisterà di massima rilievo solo una volta curato l'apposito adempimento pubblicitario.

La circostanza che il legislatore abbia relegato la novazione nel contesto che il codice dedica alla modifica dell'obbligazione non impedisce certo d'applicarla – sembra di poter sottolineare: in via diretta – a tutti i casi, non altrimenti regolati, nei quali, a seguito di un processo di astrazione, sia comunque possibile riscontrare la verifica del fatto rilevante perché contemplato dalla fattispecie: la modifica dell'oggetto di un qualunque rapporto giuridico patrimoniale, ivi compreso quello ipotecario.

Pertanto, solo una lettura parziale parrebbe permettere, guardando alla scarna disciplina del trasporto dell'ipoteca, l'individuazione di una lacuna nell'ordinamento giuridico; lacuna che alcuni hanno creduto di poter colmare guardando ad un insicuro rapporto tra regola ed eccezione, mentre altri hanno invece preferito superare mediante un tralatizio rinvio alla surrogazione reale.

Ad una più approfondita riflessione, invece, è possibile affermare che, in effetti, o non si dà alcuna lacuna, poiché le vicende in cui ha luogo il trasferimento dell'ipoteca sono, come detto, soggette all'applicazione, in via diretta, del complesso di norme dettate dagli artt. 1230 ss. cod. civ.; oppure quella lacuna, se effettivamente ravvisabile – ma se ne dubita per quanto visto –, è senz'altro destinata ad essere colmata attraverso l'applicazione analogica di quella stessa disciplina. È infatti stato possibile richiamare l'attenzione sull'omogeneità dei problemi normalmente posti dalla modifica dell'oggetto che può interessare ora il rapporto obbligatorio ora il rapporto ipotecario. Da questa angola-

zione, si tratterebbe infatti pur sempre di verificare, sulla base dei parametri sopra illustrati, se, nel caso concreto, l'entità della modifica: a) in un caso ha inciso, spezzandola, sull'identità del precedente rapporto; b) nell'altro caso è risultata invece perfettamente compatibile con quest'ultimo⁹³.

Indipendentemente dalla soluzione che volesse prediligersi⁹⁴, la conseguenza pratica sarebbe però pressoché identica: il problema innescato dal trasferimento dell'ipoteca finirebbe, in ogni caso, per essere attratto, direttamente o indirettamente, dall'orbita di applicazione della disciplina dettata dagli artt. 1230 ss. cod. civ. Il tutto, beninteso, con il normale temperamento che dipende dall'applicabilità, alle varie ipotesi che alimentano la categoria della modifica ipotecaria oggettiva omogenea, della diversa disci-

⁹³ La novazione, per tale via, regolerebbe una disciplina simile al trasferimento dell'ipoteca giacché il caso non regolato potrebbe dirsi soggetto alla stessa *ratio legis*. È ampia la letteratura in tema di analogia; per un quadro d'insieme, sia pertanto consentito rinviare in questa sede a G. ALPA, *L'analogia*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le Fonti non scritte e l'interpretazione*, cit., p. 297 ss.; R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 429 ss.; ID., *Produzione e applicazione del diritto. Lezione sulle «Preleggi»*², Torino, 1989, p. 89 ss.; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, *passim*; ID., voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 601 ss.; ID., *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, in *Giur. it.*, 1950, I, c. 229 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 69 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 355 ss.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 ss.; AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, cit., p. 49 ss.

⁹⁴ Appare irrilevante, ai fini della soluzione del problema, il fatto che, a seguito dell'indagine, l'interprete giunga alla conclusione, alternativa, secondo cui: a) rispetto alle ipotesi di trasferimento del diritto di ipoteca non si ravvisa una lacuna, poiché alle stesse, oltre alle norme espressamente poste dalle disposizioni che le riguardano, è applicabile, di massima, anche la disciplina della novazione. In questa prospettiva, alla stessa novazione è riconosciuta una portata ampia e regolare che, elevandosi dal contesto nel quale trova ospitalità da un punto di vista topografico (il rapporto obbligatorio), si attesta ad un livello più elevato che la rende applicabile anche in relazione alla modifica dell'oggetto del rapporto ipotecario; b) oppure che riguardo allo stesso trasferimento dell'ipoteca si ravvisa invece una lacuna, la quale esige che si guardi alla disciplina dettata dalla legge con riferimento a casi simili o materie analoghe. Non è infatti dubbio che le vicende che la legge ricollega alla modifica dell'oggetto del rapporto obbligatorio hanno la stessa *ratio legis* di quelle che invece regolamentano il singolo episodio di trasporto dell'ipoteca. Si tratta pur sempre di calibrare la conseguenza che la legge ricollega all'entità della modifica sull'oggetto del precedente rapporto.

plina risultante dalle norme: a) che si danno cura di regolare questo o quell'episodio di trasporto dell'ipoteca; b) di regolamentazione, in generale, dell'ipoteca, anche per quel che concerne, ad esempio, il profilo della pubblicità ai fini della produzione degli effetti dello stesso trasporto verso i terzi.

Sezione II

LA MODIFICA ACCESSORIA DELL'OGGETTO DELL'IPOTECA

SOMMARIO: 1. La modifica prodotta dall'art. 853 cod. civ. – 2. La modifica prodotta dagli artt. 2742 cod. civ. e 572 cod. nav. Osservazioni sistematiche. – 3. La modifica prodotta dall'art. 2825 cod. civ. – 4. La modifica prodotta dagli artt. 2856 e 2857 cod. civ. – 5. La modifica dell'oggetto dell'ipoteca nella legislazione di emergenza. Osservazioni sistematiche. – 6. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. Rinvio.

1. *La modifica prodotta dall'art. 853 cod. civ.*

In base alle considerazioni svolte, si tratta ora di verificare, guardando alle singole fattispecie, l'entità della modifica dell'oggetto rispetto all'originario rapporto ipotecario e le conseguenze dalla stessa prodotte¹.

Innanzitutto, nel trasferimento contemplato dall'art. 853 cod. civ., quale conseguenza del progetto di ricomposizione fondiaria, è la stessa norma a disporre che, per effetto del trasferimento coattivo dei fondi, «le ipoteche (...) sono trasferite sul fondo di nuova assegnazione».

La fattispecie descritta dalla norma, stando alla sua letterale interpretazione, è relativa ad una vicenda che determina una semplice modifica del rapporto ipotecario, una modifica che è senz'altro accessoria e non essenziale.

Il legislatore, nel momento in cui prevede l'effetto del trasferimento del diritto di ipoteca, dimostra di voler considerare il bene

¹ Ciò è essenziale per stabilire se le singole fattispecie, che prevedono il trasferimento dell'ipoteca, danno luogo ad una modifica soltanto accessoria dell'originario rapporto che non incide sulla sua identità, che è con esso compatibile, e che quindi permane in vita così come modificato; oppure se si determina una modifica che è invece essenziale, giacché con essa si supera il limite che impedisce di considerare la permanenza dell'identità, con conseguente incompatibilità tra la c.d. modifica ed il precedente rapporto ipotecario, che si estingue.

sul quale essa si sposta come se fosse quello sul quale la stessa ipoteca venne originariamente iscritta.

Non si tratta, peraltro, di intravedere nella norma uno dei punti di emersione dell'incerta categoria della surrogazione reale. Più semplicemente, il legislatore, considerato che in conseguenza di un atto autoritativo della pubblica amministrazione sono assegnati al proprietario nuovi fondi, prevede che, allo stesso tempo, in modo pressoché automatico nei rapporti tra proprietario ipotecato e creditore ipotecario, il precedente diritto reale di garanzia si sposti sul nuovo bene assegnato dal consorzio. Il trasferimento dell'ipoteca, conseguentemente, si traduce, in questo caso, in una vicenda semplicemente modificativa che lascia intatto, per tutto il resto, il rapporto ipotecario, che continuerà a svolgere la sua funzione nella nuova modalità d'essere.

2. *La modifica prodotta dagli artt. 2742 cod. civ. e 572 cod. nav.* *Osservazioni sistematiche*

Allo stesso modo, non si dubita che anche la vicenda che investe il rapporto ipotecario nell'art. 2742 cod. civ., alla quale può certo equipararsi quella contemplata dall'art. 572 cod. nav., possa qualificarsi, di regola, come modificativa e non già come estintiva del vecchio rapporto ipotecario e costitutiva di un nuovo rapporto.

Soffermando l'attenzione sull'ipotesi più rilevante ai fini della presente indagine, quella del perimento del bene ipotecato, ad una dottrina, come sopra ricordato², è addirittura apparso che, in questo caso, nemmeno si verificherebbe una vicenda modificativa, perché, con la ricostruzione dell'edificio distrutto, l'originaria ipoteca resterebbe invariata in relazione a tutti i suoi elementi costitutivi, ivi compresa la cosa posta a oggetto del diritto.

Tuttavia, a ben vedere, anche in questi casi, si determina una modifica dell'originario rapporto, ancorché la stessa sia marginale, cosa che accade: a) sia quando venga ricostruito tale e quale l'edificio sullo stesso terreno sul quale esso insisteva precedentemente; b) sia allorché, in occasione della ricostruzione, sempre sullo stesso terreno, sia stata realizzata un'opera difforme da quella prece-

² C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 146.

dente; c) infine, quando, indipendentemente dalla conformità della nuova opera rispetto alla vecchia, la costruzione sia stata eseguita su di un diverso terreno di cui l'assicurato sia proprietario, salvo, però, come verrà ora messo in evidenza, che questo diverso fondo non sia già gravato da altre iscrizioni ipotecarie (o, il che è lo stesso, assoggettato ad altre pregiudizievoli opponibili).

Nelle ipotesi ordinarie, infatti, la ricostruzione del bene con l'uso dell'indennizzo è il fatto giuridico che l'ordinamento: a) ad un tempo prende in considerazione come impeditivo dell'estinzione del diritto di ipoteca³; b) ma, soprattutto, è il fatto al cui verificarsi si riannoda la vicenda modificativa dell'originario rapporto ipotecario, che resta in vita come variato.

Anche qui l'effetto modificativo non dipende dalla riconducibilità del fatto alla surrogazione reale, ma è l'immediata conseguenza dell'accessorietà della modifica che è compatibile con la permanenza in vita del rapporto, secondo la disciplina dettata dagli artt. 1230 e 1231 cod. civ.

Peraltro, come verrà messo il rilievo più avanti⁴, sia consentito far rilevare, già da ora, che può anche profilarsi una situazione radicalmente diversa, nella quale, cioè, la modifica dell'oggetto dell'ipoteca non è più accessoria, ma diventa essenziale.

3. La modifica prodotta dall'art. 2825 cod. civ.

Un discorso non dissimile può farsi anche in relazione all'art. 2825 cod. civ., in base al quale, anche considerata la natura dichiarativa della divisione, si determina un trasferimento del diritto di ipoteca che non oltrepassa il limite di identità dell'originario rapporto ipotecario, che è con esso compatibile, non lo snatura. Anche qui l'ordinamento, preso atto della marginalità della modifica dell'oggetto, si limita a ricongiungere alla divisione il trasferimento dell'ipoteca dal bene sul quale essa è stata iscritta al diverso bene che, in un secondo momento, risulta assegnato al debitore dividente.

³ Diversamente, infatti, l'ipoteca si risolverebbe nel diritto a ricevere il pagamento della somma di danaro con l'ordine di prelazione risultante dalla stessa ipoteca.

⁴ Si veda *infra*, in questo stesso capitolo, sez. III, par. 1.

Il diritto al trasferimento è costituito, nei rapporti tra creditore ipotecario e proprietario ipotecato, dal fatto della divisione, provenga essa da contratto o da provvedimento giudiziale. Giacché non innova il precedente rapporto, il trasferimento non incide sull'originario grado e si attua nei limiti di valore dell'ipoteca presa sul precedente bene. Tuttavia, perché quel diritto sia dotato, in un secondo momento, anche di effetti giuridici nei confronti dei terzi, è previsto, da parte di un legislatore mosso dalla preoccupazione di evitare l'insorgenza del fenomeno delle ipoteche occulte, che si verifichi poi un ulteriore fatto che concorre a formare una fattispecie complessa: è necessario che «l'ipoteca sia nuovamente iscritta con l'indicazione di detto valore entro novanta giorni dalla trascrizione della divisione»⁵.

Come vedremo più avanti⁶, si avrebbe invece la presenza di tutt'altro scenario in caso di mancato espletamento dell'anzidetta formalità pubblicitaria nel termine perentorio prescritto dalla norma.

4. La modifica prodotta dagli artt. 2856 e 2857 cod. civ.

La c.d. surroga del creditore perdente consente di assistere ad un ulteriore episodio di mero trasferimento del diritto di ipoteca. A seguito della modifica dell'oggetto dell'ipoteca, che, sulla base di una valutazione legale tipica, non snatura il vecchio rapporto giuridico, il creditore evitto potrà esercitare l'azione ipotecaria sul bene «due» «con preferenza rispetto ai creditori posteriori alla propria iscrizione» (art. 2856 cod. civ.).

Questa modifica ha carattere accessorio e non essenziale rispetto al precedente rapporto, che, per questo motivo, non perde

⁵ Questa iscrizione è detta di esecuzione. Essa è richiesta per rendere pubblico, entro un termine che si reputa ragionevole, il trasferimento del diritto di ipoteca sul bene assegnato al dividendo. Dall'espletamento della pubblicità passa l'efficacia della vicenda nei confronti dei terzi. Per questo, la natura giuridica della formalità pare consistere non già in una vera e propria iscrizione ipotecaria, ma in una semplice annotazione, che è – come visto – la forma di pubblicità che la legge richiede, di regola, in presenza della verifica di vicende modificative che si attagliano all'originario rapporto ipotecario (così, M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 822).

⁶ Cfr. *infra* in questo stesso capitolo, sez. III, par. 2.

la propria identità. Essa incide su quest'ultimo solo modificandolo, non novandolo. Ciò è dimostrato, in modo incontrovertibile, dalla permanenza, per espressa volontà della legge, del grado ipotecario che, a seguito della vicenda, continua a far da criterio con cui comporre il possibile conflitto tra più creditori; segnatamente, accordando preferenza al creditore ipotecario evitto rispetto: a) agli altri creditori chirografari o anche privilegiati, ma muniti di causa di prelazione posposta; b) oppure, di regola, nei riguardi dei terzi acquirenti del bene «due», tutte le volte in cui la trascrizione del titolo di acquisto sia successiva al momento in cui il creditore perdente abbia iscritto ipoteca sul bene «uno» (artt. 2856, primo comma, e 2857, primo comma, cod. civ.).

Un'osservazione conferma l'illazione.

Il terzo comma dell'art. 2857 cod. civ. prevede che allorché l'incapienza del bene sul quale si è soddisfatto il creditore evvincente determina il trasferimento dell'oggetto dell'ipoteca, perché questa modifica, in un secondo momento, espliciti i propri effetti nei confronti dei terzi, è necessario che si verifichi un fatto aggiuntivo che completa la fattispecie: il creditore evitto deve eseguire l'annotazione del fatto rilevante, presentando «al conservatore copia dello stato di graduazione dal quale risulta l'incapienza». È stato, infatti, illustrato che l'annotazione è la tipica pubblicità richiesta dall'ordinamento in presenza di semplici modifiche dell'ipoteca, perché gli effetti del trasporto si producano nei confronti dei terzi.

Anche nel contesto della disciplina dettata dagli artt. 2856-2857 cod. civ., peraltro – si avrà modo di illustrarlo più avanti⁷ –, può verificarsi tutt'altro scenario. Esso è bene esemplificato dal fatto dell'omessa annotazione della soccombenza alla quale segua, in un secondo istante, l'acquisto, da parte di terzi, di diritti sul c.d. bene «due», incompatibili con la permanenza in vita dell'ipoteca del creditore perdente, che si estingue.

⁷ Cfr. *infra* in questo stesso capitolo, sez. III, par. 2.

5. La modifica dell'oggetto dell'ipoteca nella legislazione di emergenza. Osservazioni sistematiche

Altre ipotesi di trasferimento dell'ipoteca che incidono sul rapporto originario in modo accessorio, e quindi compatibile con una semplice vicenda modificativa, sono disciplinate nella legislazione di emergenza.

L'art. 7 della l. 156 del 1983, come integrata dall'art. 17 della l. della Regione Marche n. 41 del 1983, prevede – si è avuto modo di rilevarlo⁸ – che successivamente al crollo dell'edificio sul quale è iscritta l'ipoteca, a causa del moto franoso, il proprietario, attraverso il contributo erogato dalla pubblica amministrazione, acquista o costruisce un nuovo edificio su di un diverso terreno, sul quale si trasferisce l'ipoteca, in conseguenza della «(...) presa d'atto da parte dell'ente delegato in ordine alla ricorrenza delle condizioni tutte stabilite dalla legge per il trasferimento, con individuazione esatta dei dati catastali dell'immobile sinistrato e di quello costruito o acquistato o assegnato in proprietà».

Nella valutazione normativa tipica, la vicenda che interessa il rapporto ipotecario non incide sulla sua identità, che permane in vita nella modalità d'essere risultante dalla modifica.

Anche qui è prevista un'iscrizione «di esecuzione», che ricorda molto da vicino, quanto a natura giuridica ed effetti, una semplice annotazione. Se, infatti, la presa d'atto determina, *inter partes*, il trasferimento dell'ipoteca, poi grava sulla parte interessata l'onere di procedere all'espletamento della formalità pubblicitaria che si traduce in un'annotazione del fatto rilevante a margine della precedente iscrizione. Da ciò consegue la produzione degli effetti del trasporto pure nei confronti dei terzi⁹.

Anche l'art. 54, l. 968 del 1953, disciplina una vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca, nei casi in cui il bene, sul quale

⁸ Si veda *retro* cap. I, sez. II, par. 2.

⁹ Da quel momento l'azione ipotecaria potrà essere esercitata non più sul bene risultato perito, ma sul bene sul quale la garanzia si è trasportata, in un contesto nel quale il creditore ipotecario potrà far valere la preferenza che la legge gli accorda non solo verso i creditori chirografari, ma anche nei riguardi dei creditori parimenti privilegiati, ma con grado posposto rispetto a quello, prevalente, derivante dall'originaria iscrizione.

essa è stata iscritta, perisca e venga ricostruito, in tutto o in parte, ricorrendo al contributo erogato dalla pubblica amministrazione.

Illuminante, a tal riguardo, è il primo comma dell'art. 54 l. cit., che, come visto¹⁰, prevede che, successivamente al deterioramento o al perimento del bene già ipotecato, «Sui beni riparati o ricostruiti permangono e rivivono i privilegi, le ipoteche e gli altri diritti reali quali esistevano sui beni stessi prima del danno, anche se la ricostruzione avvenga in luogo diverso».

L'interpretazione della norma, infatti, e segnatamente la locuzione «rivivono (...) le ipoteche (...) quali esistevano», conduce a individuare uno scenario nel quale, a seguito del verificarsi dei fatti descritti nella fattispecie, non si determina l'estinzione del vecchio rapporto e la costituzione di uno nuovo. In base alla valutazione legale tipica qui si ha a che fare con una modifica di un elemento marginale che, in quanto tale, non incide sull'originaria identità dell'ipoteca, essendo rispetto a questa compatibile.

A questo punto però è necessario svolgere una notazione fondamentale. Essa acquista nitidezza solo pensando al differente contesto che si profila quando si intenda procedere alla ricostruzione del bene perito su diverso fondo già gravato da altra ipoteca o, più in generale, da distinte pregiudizievoli. Secondo lo stesso art. 54 l. cit., infatti, «La ricostruzione (...) può non essere ammessa quando sul nuovo terreno esistano ipoteche o altri diritti reali che pregiudichino quelli costituiti sull'immobile distrutto». In questa circostanza – si avrà modo di illustrarlo più avanti – si ha a che fare con una modifica che, ove ammessa, supera il limite di compatibilità che, altrimenti, può tollerare la conservazione del rapporto originario. Nella situazione testé indicata occorre tener conto dei diritti vantati da altri creditori, con ipoteca precedentemente iscritta sul bene «due» in modo senz'altro valido ed efficace. Questi diritti impediscono che si produca una vicenda semplicemente modificativa dell'oggetto del precedente rapporto, che conseguentemente si estingue.

Infine, è stato già messo in risalto che, anche volgendo lo sguardo alla disciplina dedicata agli eventi sismici (artt. 9, legge n. 219 del 1981, 10 del d.lgs. n. 76 del 1990 e 3, comma 1, del d.l. n. 39

¹⁰ Si veda *retro* cap. I, sez. II, par. 1.

del 2009, come convertito in legge e successive modifiche ed integrazioni), è possibile riscontrare l'esistenza di altre norme che, al verificarsi del fatto rilevante (che consiste nella distruzione, a causa del terremoto, del bene ipotecato, accompagnata dalla ricostruzione o l'acquisto di una nuova abitazione con i contributi pubblici), collegano, ancora una volta, il caratteristico effetto della traslazione dell'ipoteca dal bene «uno» al diverso bene «due»¹¹.

6. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. Rinvio

Come illustrato, la configurabilità di un contratto in senso lato modificativo dell'oggetto dell'ipoteca non è nemmeno contestata da chi, pur negandola da un punto di vista teorico, si trova poi costretto a riconoscere che non si darebbero ostacoli pratici perché tra le parti possa raggiungersi un accordo in base al quale, da un lato, si rinuncia all'ipoteca iscritta su di un dato bene e, dall'altro, si permette la costituzione di una nuova ipoteca su diverso bene¹².

Il vero problema sta nell'individuazione dell'ampiezza degli effetti che un simile accordo – solo apparentemente unitario – è idoneo a produrre. A tal stregua, è possibile affermare che tutto dipende, ancora una volta, dallo scrutinio del fatto alla luce del test che guarda all'entità della modifica dell'oggetto.

I contraenti, nel pieno esercizio dell'autonomia privata loro riconosciuta dall'ordinamento giuridico, appaiono dotati del potere di concludere un contratto perfettamente valido ed efficace, attraverso il quale trasferire l'ipoteca dal bene sul quale essa è stata originariamente iscritta ad un diverso bene in piena proprietà della parte ipotecata. Questo contratto, in particolare, è senz'altro

¹¹ Anche qui, peraltro, le cose potrebbero stare diversamente se, rispetto alla ricostruzione assoggettata al campo di applicazione dell'art. 3, comma 1, lett. a), del d.l. n. 39 del 2009, come convertito in legge con modifiche, non dovesse essere esattamente eseguita la formalità prescritta dall'art. 2825, secondo comma, cod. civ., cui lo stesso art. 3 rinvia.

¹² Si veda D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76, nota 20, secondo cui «per es., la nullità della prima ipoteca rende la seconda concessione (non priva di causa ma) annullabile per errore; salvo se le parti, consapevoli del vizio (ad es., della inipotecabilità del primo bene), abbiano voluto porvi rimedio in tal modo».

valido in quanto – oltre ad essere in ipotesi munito di tutti i requisiti previsti dalla legge sotto pena di nullità, ivi compreso quello della forma *ad substantiam* –, per quel che può dirsi sulla base di una valutazione *a priori* e di rilievo oggettivo, non è detto affatto che sia illecito o altrimenti diretto a perseguire un interesse non meritevole di tutela¹³.

Al pari di quanto può dirsi rispetto ad altre c.d. modifiche dell'oggetto dell'ipoteca, anche in presenza del contratto modificativo, ogni problema sembra risolversi nella verifica di quali effetti questo accordo è idoneo a produrre nei confronti: a) delle parti che lo hanno stipulato; b) dei terzi verso i quali potrà farsi valere il diritto reale di garanzia.

A tal fine, acquista rilievo essenziale la verifica della modalità d'essere del bene sul quale le parti hanno inteso trasportare l'ipoteca: il suo risultare, in un caso, libero; e, nell'altro, invece già gravato da diversa pregiudizievole, come, ad esempio, una precedente ipoteca.

Nel primo caso, questo contratto produce effetti tra le parti in conseguenza del raggiungimento dell'accordo; essi consistono nella modifica accessoria dell'originario rapporto: il trasferimento dell'ipoteca su diverso bene. Si tratta, infatti, di una modifica pienamente compatibile con la conservazione dell'originaria ipoteca, che resta in vita così come variata, giacché qui il trasferimento non travalica il limite di struttura dell'originario rapporto, non è incompatibile con la sopravvivenza di esso.

Peraltro – si avrà modo di osservarlo più diffusamente –, questo contratto modificativo dell'ipoteca in senso stretto, già valido ed efficace tra le parti, ha poi bisogno di essere annotato a margine dell'originaria iscrizione, perché la garanzia reale che si è trasportata su diverso bene produca, in un secondo istante, i propri effetti anche nei confronti dei terzi¹⁴.

¹³ Si pensi, infatti, ad esempio, ad uno scenario nel quale è comprovato che lo stesso contratto sia, ad un tempo, diretto a soddisfare un'oggettiva esigenza dei contraenti e non fraudolento o altrimenti idoneo a danneggiare chicchessia terzo (cfr. M. ALBERGO, *op. cit.*, p. CXLII; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 244 s.).

¹⁴ Così, F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 245. Secondo M. ALBERGO, *op. loc. ult. cit.*, in questi casi sarebbe, invece, necessario curare la diversa formalità pubblicitaria dell'iscrizione.



Sezione III

LA MODIFICA ESSENZIALE
DELL'OGGETTO DELL'IPOTECA

SOMMARIO: 1. La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca su bene già ipotecato. L'art. 2742 cod. civ. e la legislazione di emergenza. – 2. La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca in caso di inosservanza degli oneri regolati dagli artt. 2825 e 2856 s. cod. civ. – 3. Il contratto novativo dell'ipoteca.

1. *La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca su bene già ipotecato. L'art. 2742 cod. civ. e la legislazione di emergenza*

Riguardo all'ipotesi rappresentata dal perimento del bene, è opportuno ora verificare cosa accadrebbe se il proprietario di esso intendesse procedere alla ricostruzione su diverso fondo già ipotecato o sul quale insistono comunque altre pregiudizievoli.

In questo caso, salvo non voler violare ogni principio che regola la materia ipotecaria, anche ammettendo la configurabilità di ipoteche occulte, non v'è dubbio che qui il trasferimento non potrebbe avvenire con nocimento delle ragioni dei terzi che, su quel fondo, hanno precedentemente, in modo valido ed efficace, o iscritto una garanzia reale o, comunque, acquistato diritti (a chiunque) opponibili.

È per questo motivo che muta radicalmente il consueto scenario – nel quale si assiste ad una semplice modifica dell'originario rapporto ipotecario – allorché il proprietario del bene andato perito intenda o procedere alla ricostruzione dello stesso bene su diverso fondo oppure acquistare un nuovo appartamento, in una situazione in cui quel fondo o quell'appartamento risulti però già ipotecato o altrimenti soggetto ad altre pregiudizievoli.

In questa eventualità – alla quale pare bene attagliarsi, di regola, anche la fattispecie della distruzione del bene dipendente da eventi contemplati dalla rammentata legislazione di emergenza –,

come posto in rilievo, la pubblica amministrazione potrebbe innanzitutto negare il permesso di costruire o di procedere, rifiutandosi anche di eseguire il pagamento del contributo altrimenti dovuto. Lo stesso mancato pagamento potrebbe verificarsi, come visto, anche da parte dell'assicuratore, tutte le volte in cui fosse possibile accertare l'intervenuta e rituale opposizione da parte dei creditori muniti di causa di prelazione¹. La ragione del possibile rifiuto del pagamento è ravvisabile nell'esigenza di tutela di questi ultimi creditori di cui si fa carico l'art. 2742 cod. civ., oltreché la legislazione di emergenza. Se così non fosse, infatti – qualora il proprietario del bene perito decidesse di procedere alla sua ricostruzione su fondo già ipotecato, oppure di acquistare un'abitazione che risulti parimenti già gravata da pregiudizievole – l'ipoteca iscritta da terzi sul bene «due» prima del perimento del bene «uno» sarebbe destinata a soccombere², con la conseguenza che, oltre a verificarsi un episodio di ipoteca occulta senz'altro vietata, verrebbe anche tradito il vincolo di destinazione impresso sul contributo e/o indennizzo proprio a garanzia di quella classe di creditori.

L'osservazione appena svolta consente di raggiungere un importante risultato.

Quando il bene sul quale s'intende operare il trasporto dell'ipoteca risulti già ipotecato, si avrà a che fare con una modifica che non è più accessoria, ma che diventa senz'altro essenziale. Questa modifica snatura il precedente rapporto ipotecario, che conseguentemente si estingue, salvo poi essere ricostituito, nei casi in cui ciò sarà possibile, a cura della parte interessata, sulla base di una nuova iscrizione ipotecaria con efficacia *ex nunc*³.

¹ Proprio per scongiurare questa eventualità, nella quale verrebbe tradita la *ratio* cui sottende il vincolo di destinazione impresso all'indennizzo, il creditore ipotecario del bene perito – al quale, secondo quanto previsto dall'art. 2742 cod. civ., va notificato il fatto della perdita – è, come visto, ammesso a svolgere opposizione nei confronti dell'assicuratore, impedendo con ciò che quest'ultimo paghi lo stesso indennizzo con efficacia liberatoria.

² Il diritto di ipoteca già gravante sul bene «due», su cui si intende ricostruire o che si vuole acquistare, in quanto diritto reale di garanzia, è infatti opponibile nei confronti di tutti i terzi, ivi compresi il proprietario del bene perito e i creditori ipotecari sullo stesso bene.

³ In questi casi, detto in altre parole, la modifica dell'oggetto dell'ipoteca, che ora si vorrebbe esercitare sul diverso bene già ipotecato, è fatto incompatibile ri-

Indipendentemente dal punto di vista che s'intenda adottare, in questi casi è dato fermare la seguente sequenza: a) con il perimento del bene di proprietà di Tizio – nel quadro dell'assenza del fatto giuridico che determina il trasporto dell'ipoteca – la garanzia si estingue (art. 2878, n. 4 cod. civ.); b) Tizio è o diventa proprietario di un diverso bene, già ipotecato da Mevio, che adibisce ad abitazione o su cui procede alla ricostruzione; c) Caio a questo punto – salvo che, ad esempio, non abbia fatto opposizione al pagamento dell'indennizzo, ciò che avrebbe l'effetto di risolvere l'ipoteca nel diritto al pagamento dello stesso indennizzo con la priorità accordata dalla precedente garanzia reale – potrà procedere, qualora possibile⁴, ad una nuova iscrizione ipotecaria sui beni di proprietà di Tizio, con efficacia *ex nunc*, dalla cui esecuzione verrà preso anche il relativo grado.

2. La c.d. modifica dell'oggetto dell'ipoteca in caso di inosservanza degli oneri regolati dagli artt. 2825 e 2856 s. cod. civ.

In relazione alla disciplina dettata dall'art. 2825 cod. civ., come visto, per espressa volontà della legge, l'omessa esecuzione della nuova iscrizione dell'ipoteca nel termine di novanta giorni impedisce che si determini il trasporto della stessa ipoteca sul bene assegnato al condividente, con tanto di grado derivante dal compimento dell'originaria formalità.

In questo caso, l'assegnazione al condividente del bene diverso da quello ipotecato, non seguita dalla rinnovazione dell'iscrizione nel termine perentorio, rappresenta il fatto giuridico incompatibile con la permanenza in vita dell'originario rapporto giuridico, che si estingue con efficacia *ex tunc*. L'ozioso trascorrere del tempo, allo stesso istante: a) estingue il diritto al trasporto dell'ipoteca che, in via provvisoria, si era frattanto costituito *inter partes*;

petto alla conservazione dell'originario rapporto ipotecario relativo al bene «uno». Questa modifica che oltrepassa il limite di compatibilità della precedente ipoteca è, ad un tempo, estintiva di quest'ultima e costitutiva di un nuovo rapporto giuridico.

⁴ Caio potrebbe, ad esempio, avere la disponibilità di un titolo che consente di iscrivere ipoteca giudiziale su qualunque bene del debitore.

b) impedisce, in modo irreversibile, la formazione della fattispecie che sarebbe stata altrimenti produttiva verso i terzi della vicenda modificativa della garanzia reale. Da ciò discende anche, ove possibile, la nascita di un nuovo rapporto avente ad oggetto il diritto all'ipoteca, da far valere mediante una nuova e autonoma iscrizione con effetti *ex nunc* anche quanto al grado⁵.

Pure in questo caso, pertanto, si ha a che fare non più con una semplice modifica, ma con una novazione oggettiva dell'ipoteca, alla quale si ricollega l'effetto dell'estinzione del precedente rapporto e la costituzione, ove possibile, di un nuovo diritto all'ipoteca, da far valere mediante apposita iscrizione, con ogni conseguenza.

In modo non dissimile, si determina altresì l'estinzione dell'ipoteca del creditore evitto tutte le volte in cui, non avendo quest'ultimo eseguito l'annotazione dello stato di graduazione da cui deriva la soccombenza, sia accaduto che, *medio tempore*, un terzo abbia acquistato diritti sul bene «due» incompatibili con il meccanismo denominato surrogazione del creditore perdente.

Si pensi, ad esempio, al fatto che, prima dell'annotazione, il creditore evincente abbia rinunciato all'ipoteca sul bene «di arrivo» e che questa sia stata pure cancellata. Oppure si immagini l'ipotesi in cui altri creditori abbiano subastato il bene già ipotecato dal creditore evincente, ricevendo anche il pagamento del prezzo conseguito dall'incanto, il tutto prima che il creditore perdente avesse annotato il fatto della soccombenza.

In questi casi si verificherà il caratteristico effetto novativo, mediante l'estinzione dell'ipoteca del creditore perdente alla quale potrà seguire, nei limiti del possibile, la nascita di un diverso rapporto relativo ad un nuovo diritto all'ipoteca, da esercitare su eventuali altri beni ipotecabili del debitore con efficacia *ex nunc*, anche per quel che riguarda il grado.

⁵ In questo caso, ove possibile, a seconda dei casi, non resterà al creditore altra strada che procedere attraverso una nuova iscrizione, che però prenderà efficacia dal giorno in cui verrà eseguita la formalità (C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 380), attraverso la costituzione di nuova ipoteca, indipendentemente dal fatto che alcuni degli elementi che in passato la caratterizzavano – come, ad esempio, il credito, il creditore o il proprietario ipotecato – tornino a formare anche il nuovo rapporto ipotecario.

3. Il contratto novativo dell'ipoteca

Le osservazioni appena svolte consentono di affrontare anche il tema degli effetti che possono discendere dalla conclusione di un contratto solo in senso lato modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, giacché, questa volta, relativo al c.d. trasporto dell'ipoteca su bene già ipotecato da terzi creditori (o altrimenti gravato da altre pregiudizievoli opponibili).

Si supponga il caso di Tizio, proprietario ipotecato, che conclude con Caio, creditore ipotecario, un contratto attraverso il quale si intende spostare l'ipoteca dal fondo Cornelianiano al fondo Tuscolano, sul quale però abbia già iscritto, in precedenza, un'ipoteca valida ed efficace Mevio.

Al pari di qualunque altro contratto in senso lato modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, anche qui non si danno dubbi sul fatto che le parti possano liberamente procedere alla stipula di un simile accordo, che non si può escludere essere, almeno *a priori*, senz'altro lecito e meritevole di tutela. Il solo nodo qui consiste nella verifica di quale tipo di effetti codesto contratto è idoneo a produrre, tenuto conto dell'entità della modifica prodotta, alla luce della disciplina, anche pubblicitaria, di questo diritto reale di garanzia, che – come posto in rilievo – impedisce anche l'insorgenza di ipoteche occulte. Va da sé che, nell'ipotesi indicata, non si è più in presenza di una variazione che possa qualificarsi accessoria, ma di una modifica che diventa al contrario essenziale. Essa, infatti, non potrebbe mai incidere nei confronti di una precedente ipoteca, che, in virtù della sua assolutezza, vetusto retaggio della realtà del diritto, può farsi valere *erga omnes*, e quindi anche nei confronti delle parti di questo contratto. Il trasporto dell'ipoteca su bene già ipotecato spezza l'identità del precedente rapporto ipotecario, con il suo grado e la sua efficacia, che pertanto si estingue⁶.

Nell'evenienza testé descritta si ha a che fare con la stipula di un contratto non più semplicemente modificativo dell'ipoteca⁷, ma

⁶ Pertanto, il contratto con cui le parti intendessero sostituire il bene «uno», sul quale è iscritta l'ipoteca, con il bene «due», già ipotecato da altro creditore, in considerazione della modifica qui non più accessoria, ma sostanziale dell'originario rapporto, produrrebbe un effetto non semplicemente modificativo, ma novativo.

⁷ M. ALBERGO, *op. cit.*, p. CXLIII, osserva che, in questi casi, il contratto non potrebbe produrre l'effetto del trasferimento dell'ipoteca.

che può a ragione definirsi novativo dell'oggetto della stessa ipoteca. Questo effetto, di regola, consiste in una doppia vicenda che è, ad un tempo, estintiva del precedente rapporto e costitutiva di un nuovo diritto all'ipoteca; attraverso l'esercizio di quest'ultimo diritto, l'ipoteca verrà costituita solo dal momento in cui si procederà alla relativa iscrizione, attraverso apposita richiesta al conservatore, con l'osservanza delle formalità previste dalla legge e il deposito del contratto che rappresenta il titolo dal quale deriva, oltre all'estinzione del precedente rapporto, anche il diritto alla nuova ipoteca⁸.

Le argomentazioni svolte non entrano in crisi anche laddove fosse possibile accertare, nel caso concreto, una volontà delle parti diretta a stipulare non un contratto novativo, ma un negozio semplicemente modificativo dell'oggetto dell'ipoteca. Nell'ipotesi accennata, infatti, quel contratto potrebbe dirsi efficace – e in quanto tale idoneo a produrre la caratteristica vicenda estintiva-costitutiva –, ma magari annullabile perché viziato da errore comune⁹. Se, invece, sempre ragionando per ipotesi, in quello stesso errore fosse incorsa solo una parte, allora quel contratto sarebbe ancora una volta annullabile, ma a condizione della ricorrenza dei requisiti attraverso i quali passa la rilevanza di questo vizio del consenso¹⁰.

⁸ Lo stesso contratto, in quanto riproduttivo del consenso del creditore (art. 2882 cod. civ.), rappresenta anche il titolo con cui chiedere al conservatore la cancellazione dell'ipoteca iscritta sul bene «uno».

⁹ Per uno sguardo d'insieme del problema, nonché per la differenza tra errore comune ed errore bilaterale, sia consentito rinviare ad AND. GENOVESE, *Il requisito della riconoscibilità*, in AA.VV., *Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di A. Zimatore, in *Riv. Scuola sup. dell'economia e delle finanze*, 2005, p. 307 ss.

¹⁰ AND. GENOVESE, *op. ult. cit.*, p. 289 ss. Se, invece, dovesse risultare che le parti avevano inteso condizionare il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca al raggiungimento del risultato di trasferire, con il suo grado e ogni altra originaria modalità d'essere, il diritto di ipoteca dal bene «uno» al diverso bene sul quale è però già iscritta una diversa ipoteca, un simile contratto dovrebbe dirsi nullo o per illiceità oppure per impossibilità della condizione (art. 1354 cod. civ.). Quella condizione, infatti, non solo contrasterebbe con le norme imperative che si propongono di evitare l'insorgenza delle ipoteche occulte e di conferire certezza alla circolazione giuridica; essa sarebbe anche impossibile perché non potrebbe verificarsi il fatto in essa dedotto.

Sezione IV

INCIDENZA DELLA MODIFICA DELL'OGGETTO
E DISCIPLINA APPLICABILE

SOMMARIO: 1. La disciplina applicabile per la soluzione dei problemi del «catalogo»: a) l'invalidità dell'ipoteca. – 2. *Segue*: b) annotazione, iscrizione e grado. – 3. *Segue*: c) rinnovazione, prescrizione e *quantum*.

1. *La disciplina applicabile per la soluzione dei problemi del «catalogo»: a) l'invalidità dell'ipoteca*

Si tratta ora di verificare in che modo il risultato della valutazione del fatto condotta alla luce degli artt. 1230 e 1231 cod. civ. – che, riguardo all'oggetto del diritto di ipoteca, consentono in alcuni casi di ravvisare una modifica soltanto accessoria e in altri una variazione di carattere essenziale – permette di risolvere i conflitti che, a titolo esemplificativo, sono stati illustrati nel «catalogo dei problemi»¹.

In generale, in caso di iscrizione sulla base di un titolo annullabile, l'ipoteca resta convalidata a seguito della convalida del titolo (art. 2824 cod. civ.)².

Guardando più da vicino al problema posto dal trasporto dell'ipoteca, si fa, innanzitutto, rilevare la diversità di conseguenze derivanti dall'invalidità dell'originaria ipoteca³, allorché sia possibile assistere, da un lato, ad una semplice modifica dell'oggetto di essa; oppure, dall'altro, ad un fenomeno novativo, che determini l'estinzione del vecchio rapporto giuridico e la costituzione, di regola, di un rapporto dal quale nasce il diritto a una nuova ipoteca.

Nel primo caso, infatti, l'ipoteca, successivamente alla modifica dell'elemento oggettivo che l'ha interessata, resta tale e quale

¹ Si veda *retro* cap. II, sez. I.

² A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 259.

³ Per l'esame delle conseguenze, quanto alla nuova obbligazione creata dalla novazione, del fatto che il vecchio rapporto obbligatorio fosse risolubile o rescindibile, cfr., per un quadro d'insieme, P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, p. 379 ss.

nella sua individualità. Conseguentemente, se la stessa ipoteca è, indipendentemente dal vizio che la inficia, nulla o annullabile, essa resterà pur sempre o nulla o annullabile, anche a seguito della modifica dell'oggetto⁴.

Beninteso, una diversa sistemazione potrebbe offrirsi qualora la modifica dell'oggetto dovesse dipendere non da una qualunque fattispecie di trasferimento, ma dalla conclusione di un contratto modificativo dell'oggetto, nel quale però sia ravvisabile la convalida dell'ipoteca annullabile (art. 1444 cod. civ.)⁵. Se così fosse, dal trasferimento dell'ipoteca (già) annullabile dal bene «uno» deriverebbe, in conseguenza della stipula del contratto da cui deriva lo stesso trasferimento, la convalida dell'ipoteca medesima, destinata in quanto tale a divenire non solo definitivamente efficace, ma anche pienamente valida rispetto al bene «due».

A conclusioni non dissimili potrebbe giungersi anche allorché fosse possibile accertare, al contrario, una modifica dell'oggetto dell'ipoteca non più accessoria, ma essenziale, essendosi con essa travalicato il limite di compatibilità dell'originario rapporto, risultato conseguentemente estinto, per lasciare spazio, al suo posto, ad un nuovo diritto all'ipoteca.

A questo caso infatti si attaglierebbe la disciplina dettata dall'art. 1234 cod. civ., in considerazione della sua portata senz'altro regolare, oltretutto ossequiosa dei principi dettati dall'ordinamento in tema d'invalidità dell'atto di autonomia privata.

Il primo comma dell'art. 1234 cod. civ. disciplina gli effetti prodotti sul nuovo rapporto dal fatto della nullità o annullabilità del titolo da cui deriva l'originaria ipoteca⁶. Se quest'ultimo era senza effetto o inesistente⁷, ma anche semplicemente nullo⁸, ciò

⁴ In questi casi il mero fatto della modifica dell'oggetto, detto altrimenti, non incide in alcun modo sull'originario rapporto ipotecario che continua, per questo motivo, anche ad essere invalido come prima.

⁵ Un risultato non dissimile, che consiste nella definitiva consolidazione degli effetti dell'ipoteca annullabile da caducabili in definitivi, potrebbe dirsi integrato anche dalla prescrizione del diritto all'annullamento dell'ipoteca, indipendentemente dal fatto che essa sia intervenuta prima o dopo la modifica dell'oggetto.

⁶ A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, p. 823.

⁷ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, cit., p. 228.

⁸ P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, p. 356; O. BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 2 s.; N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 280; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 85; C. ROMEO, *op. cit.*, p. 43. In giurisprudenza, si veda Cass., 30 luglio 1950, n. 2209, in *Leggi d'Italia on line*.

determina un'ipotesi di nullità del nuovo rapporto, e quindi della nuova ipoteca. Un tale effetto, in caso di modifica negoziale, si produrrebbe indipendentemente dal fatto che le parti ignorassero o invece conoscessero la causa di nullità che inficiava l'ipoteca⁹.

L'art. 1234, secondo comma, cod. civ. detta però, al pari di quanto sopra visto, la disciplina dell'annullabilità della nuova ipoteca, allorché la vicenda novativa derivi da una modifica essenziale dell'oggetto del precedente rapporto ipotecario, che sia risultato conseguentemente estinto. Ciò che accade, ad esempio, allorché, come sopra visto, il proprietario ipotecato ed il creditore ipotecario abbiano sottoscritto un contratto novativo dell'ipoteca. In questo caso, il diritto all'ipoteca scaturente dalla novazione può condurre, previa iscrizione, alla costituzione di un valido diritto di ipoteca solo se il proprietario ipotecato abbia concesso validamente lo stesso diritto, conoscendo il vizio che inficiava l'originario rapporto ipotecario¹⁰. Secondo la dottrina, infatti, l'art. 1234, cpv., cod. civ. costituisce un'applicazione del più ampio principio di convalidabilità dei titoli annullabili, anche mediante esecuzione, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 1444 cod. civ.¹¹.

2. Segue: *b) annotazione, iscrizione e grado*

I risultati raggiunti in occasione dello studio dell'annotazione e dell'iscrizione consentono ora di stabilire se, a seguito del trasferimento del diritto di ipoteca, sia necessario curare una formalità ipotecaria e, in caso affermativo, di affermare se questa consista nell'annotazione oppure nell'iscrizione.

Innanzitutto, se la modifica dell'oggetto è compatibile con l'originaria ipoteca, che permane in vita anche per quel che concerne il grado, si ha un vero e proprio episodio di (mero) trasporto

⁹ Così, con riferimento all'obbligazione, A. ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰ Sempre in relazione all'obbligazione, cfr. A. ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*; O. BUCCISANO, *op. ult. cit.*, p. 3; A. MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, p. 824 s.

¹¹ P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 77; A. ZACCARIA, *op. loc. ult. cit.*; P. RESCIGNO, voce *Novazione*, cit., p. 437; P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, p. 367 ss.; N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 282; C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 87 s.

d'ipoteca. In questi casi, di regola – salvo che la legge, come accade con l'art. 2825 cod. civ.¹², non richieda una diversa formalità pubblicitaria, che però appare tale solo a livello nominale¹³ –, al verificarsi del fatto giuridico¹⁴ si determina, tra creditore ipotecario e debitore ipotecato, l'effetto contemplato dalla rispettiva fattispecie: la semplice modifica dell'oggetto dell'ipoteca. Quest'ultima è però il fatto che concorre a formare una diversa fattispecie prevista da un principio che governa l'intera materia; in base ad esso, ogni vicenda modificativa dell'oggetto dell'ipoteca, perché produca effetti (anche) nei confronti dei terzi, dovrà essere seguita da una corrispondente annotazione a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria, mediante presentazione al conservatore del relativo titolo¹⁵.

Detto altrimenti, in considerazione del fatto che ogni vicenda relativa al diritto d'ipoteca deve formare oggetto di un'adeguata forma di pubblicità, secondo le modalità e gli effetti previsti dalla legge, è possibile affermare che, affinché il trasferimento della garanzia produca effetti nei confronti dei terzi, la parte interessata dovrà curare l'espletamento della formalità dell'annotazione (art. 2843 cod. civ.). Beninteso, al verificarsi di essa, gli effetti si produrranno, di regola, con efficacia retroattiva, e cioè verranno fatti risalire fino al giorno in cui si è verificato il fatto rilevante¹⁶ che ha

¹² La norma – come visto – è richiamata anche dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 39 del 2009, come convertito in legge con modificazioni.

¹³ È opinione pressoché unanime che l'iscrizione richiesta dall'art. 2825 cod. civ. sia assimilabile, quanto agli effetti, all'annotazione regolata dall'art. 2843 cod. civ. (in argomento, si veda, C. CICERO, *L'ipoteca*, cit., p. 202 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 154).

¹⁴ Indipendentemente dal fatto che esso dipenda dalla stipula di un contratto, dalla costruzione del bene andato distrutto, dalla presa d'atto della pubblica amministrazione, e via dicendo.

¹⁵ Così, C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 146, a proposito delle fattispecie che ritengono confluiscono nella categoria della surrogazione reale propria. Similmente, si veda A. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., p. 345, secondo il quale «i problemi sollevati dalla sostituzione dell'oggetto ipotecato attengono al funzionamento del sistema di pubblicità immobiliare. È intanto necessario che sia previsto il compimento di una segnalazione pubblicitaria sul nuovo bene, che viene colpito dal vincolo, affinché i terzi siano avvisati dell'esistenza dell'ipoteca su tale bene».

¹⁶ Si veda A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 488, il quale osserva che: «(...) la retroattività si configura come una garanzia giuridica del pieno soddisfaci-

determinato il trasporto *inter partes*. È per questo motivo, ad esempio, che, in questi casi, il trasferimento del diritto di ipoteca non incide, ovviamente, sul grado dell'ipoteca, che resta invariato¹⁷.

Sarebbe diverso lo scenario che si verificherebbe qualora il mutamento dell'oggetto dell'ipoteca, in quanto essenziale, avesse snaturato l'identità dell'originario rapporto giuridico, divenendo rispetto ad esso incompatibile. In questa ipotesi, come visto, si assisterebbe ad una vicenda, al contempo, estintiva di quest'ultimo e costitutiva di un nuovo rapporto, relativo, qualora possibile, al diritto ad una diversa ipoteca. L'estinzione del precedente rapporto comporterebbe, ovviamente, anche la perdita degli effetti derivanti dall'originaria iscrizione, a partire dal grado. Sarebbe quindi necessario procedere ad una nuova iscrizione dell'ipoteca, con efficacia costitutiva, dalla quale passerebbe anche il conseguimento del rispettivo grado.

3. Segue: c) *rinnovazione, prescrizione e quantum*

Anche la soluzione dei problemi posti dalla rinnovazione, dalla prescrizione dell'ipoteca, così come dal *quantum* per cui essa può essere presa, postula lo svolgimento di una riflessione incentrata sul criterio che distingue, in presenza di un mutamento dell'oggetto, tra: a) vicenda semplicemente modificativa dell'ipoteca; b) e doppia vicenda estintiva del precedente diritto su cosa altrui e costitutiva di un nuovo rapporto avente ad oggetto il diritto all'ipoteca.

mento dell'interesse, del quale sia stata rinviata la realizzazione. Con la retroattività si rimuovono gli ostacoli giuridici che potrebbero essersi formati tra il momento in cui l'interesse parziale è sorto ed il momento in cui ne è stata autorizzata o imposta l'attuazione, collegandosi così la tutela della conservazione con la tutela della realizzazione. La retroattività perciò è legittima nella misura in cui assicura il soddisfacimento dell'interesse con riferimento alla data della sua costituzione». Per F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 9, «(...) retroattività significa efficacia di un fatto idoneo a modificare la situazione giuridica esistente da un momento anteriore a quello in cui il fatto si è verificato».

¹⁷ A nulla vale, in contrario, che l'annotazione, come visto, è espressamente richiesta dalla sola disciplina della surroga del creditore perdente. È stato infatti osservato che, in base all'art. 2843 cod. civ., l'annotazione deve dirsi prescritta riguardo ad ogni vicenda modificativa del rapporto ipotecario.

Innanzitutto, la vicenda semplicemente modificativa del precedente rapporto ipotecario non incide sul decorso del ventennio che conduce all'estinzione dell'ipoteca, salvo che non si proceda frattanto alla sua rinnovazione (art. 2847 cod. civ.). Una volta spirato quel termine, si potrà, infatti, al più procedere ad una nuova iscrizione, nei limiti in cui ciò sarà possibile.

Ma può anche registrarsi l'ipotesi in cui si verifichi una modifica essenziale dell'oggetto, che risulti incompatibile con l'originario rapporto giuridico, il quale si estingua per lasciare spazio alla costituzione di un nuovo diritto all'ipoteca. È evidente che, nell'ipotesi indicata, dal momento in cui si procederà all'iscrizione della stessa ipoteca, inizierà anche a decorrere un nuovo ventennio entro il quale la nuova garanzia reale conserverà la propria efficacia.

La linea di confine tra vicenda modificativa, da un lato, e novativa, dall'altro, quale conseguenza dell'entità della modifica dell'oggetto dell'ipoteca, si lascia apprezzare anche per la verifica della soluzione del problema della prescrizione, secondo la disciplina dettata dall'art. 2880 cod. civ.

Si postula uno scenario nel quale, dopo la nascita dell'ipoteca, il bene posto a oggetto della garanzia sia acquistato da un terzo¹⁸. Si tratta allora di verificare se l'acquisto del terzo abbia preceduto oppure seguito il momento a partire dal quale si siano prodotti, verso i terzi, gli effetti in senso lato modificativi dell'oggetto dell'ipoteca.

Indipendentemente dall'entità della modifica e quindi dalla sua natura accessoria o sostanziale, non si ravvisano dubbi sul fatto che, allorché il terzo acquisti il bene «uno» dopo che si siano prodotti, anche nei suoi confronti, gli effetti modificativi o novativi dell'originario rapporto ipotecario, lo stesso bene non risulti più gravato dall'originaria ipoteca. Conseguentemente, in questi casi l'art. 2880 cod. civ. sarebbe inapplicabile per mancanza di fattispecie. Nella situazione indicata, infatti, il terzo acquisterebbe il bene libero dall'ipoteca; rispetto a quel bene, non si porrebbe proprio un tema di prescrizione della stessa ipoteca per decorso del relativo termine.

¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla vendita del bene, su cui è stata iscritta l'ipoteca collettiva, trascritta successivamente all'iscrizione dell'ipoteca del creditore evitto (art. 2857, primo comma, seconda parte, cod. civ.), dopo che il creditore evincente abbia soddisfatto le proprie ragioni, subastando un diverso bene.

Può inoltre anche accadere che il terzo acquisti il bene «uno» prima che si siano prodotti, nei suoi confronti, gli effetti della modifica in senso lato dell'oggetto dell'ipoteca. La soluzione del problema non sembra, di massima, rendere necessario separare l'ipotesi della vicenda modificativa da quella che è invece novativa della precedente ipoteca¹⁹.

Nel primo caso, che può verificarsi in seguito alla (annotazione della) stipula di un contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca²⁰, il trasferimento della garanzia reale su bene diverso da quello acquistato dal terzo importa, di regola²¹, anche la sopravvenuta mancanza di fattispecie della norma prevista dall'art. 2880 cod. civ. Il bene acquistato dal terzo diverrebbe successivamente non più gravato da alcun vincolo. Similmente, in caso di variazione novativa, si determina ancora una sopravvenuta estinzione del precedente diritto di ipoteca che conduce in via immediata al difetto di fattispecie dello stesso art. 2880 cod. civ. Anche qui l'ipoteca non può più estinguersi per prescrizione, giacché è già venuta meno in conseguenza della novazione.

Infine, resta da esaminare l'influenza esercitata dal c.d. trasporto sulla somma per la quale è presa l'iscrizione, che – si è già avuto modo di osservare – è elevata a requisito dell'ipoteca dall'art. 2809 cod. civ. Così si pone il problema: ad eccezione di quanto può dirsi rispetto alla rilevanza dei fatti sussumibili all'interno delle varie fattispecie dedicate alla riduzione (artt. 2872 ss.),

¹⁹ Tutte le volte in cui il terzo abbia, invece, direttamente acquistato il bene «due», le precedenti vicende, di regola, non sembrano influire sul decorso del termine di prescrizione.

²⁰ Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca, una volta annotato a margine dell'originaria iscrizione presa sul bene «uno», produce l'effetto di rendere il bene *medio tempore* acquistato dal terzo libero dall'ipoteca, essendosi questa spostata sul bene «due». Sul punto, anzi, si reputa che la stipula di un simile contratto possa anche rappresentare lo strumento attraverso il quale adempiere l'obbligo, assunto dal venditore verso la parte acquirente in occasione della stipula della vendita, di liberare il bene trasferito dall'ipoteca entro un certo periodo di tempo. Il contratto modificativo dell'oggetto dell'ipoteca rende pertanto inapplicabile in questi casi l'art. 2880 cod. civ. per mancanza di fattispecie.

²¹ È, però, stata illustrata la potenziale efficacia interruttiva del decorso del termine di prescrizione nel comportamento del terzo acquirente finalizzato alla ricostruzione dell'immobile attraverso l'impiego dell'indennizzo assicurativo *ex art.* 2742 cod. civ., con riferimento al quale si veda *retro*, cap. II, sez. I, par. 8.

si tratta di verificare se, con la modifica dell'oggetto dell'ipoteca, si verifichi o possa verificarsi anche un mutamento del *quantum* per il quale essa è stata originariamente iscritta.

Anche in questo contesto è senz'altro opportuno muovere da una preventiva delimitazione a seconda che ricorra una vicenda semplicemente modificativa dell'ipoteca oppure un episodio di novazione oggettiva dell'ipoteca medesima.

Nel primo caso, di regola²², la mera modifica dell'oggetto dell'ipoteca non incide sul resto del rapporto, anche per ciò che concerne l'elemento essenziale della somma per la quale essa è stata originariamente iscritta.

Se invece si dovesse vertere in presenza di novazione oggettiva dell'ipoteca, con il caratteristico effetto estintivo del precedente rapporto e costitutivo del diritto all'ipoteca su diverso bene, non si darebbero ostacoli perché la seconda iscrizione possa, anzi debba (art. 2809, primo comma, cod. civ.), essere presa per la diversa e determinata somma rapportata all'ammontare del credito garantito²³.

²² Riguardo alla surrogazione del creditore perdente è stato messo in rilievo che, secondo M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., p. 64, l'ammontare massimo entro cui può esercitarsi l'azione ipotecaria sul bene «due» è rappresentato dall'importo del credito per il quale ha, in precedenza, iscritto ipoteca il creditore evincente

²³ Sia inferiore, quando ad esempio il debitore abbia frattanto eseguito pagamenti parziali; sia in aumento, allorché sia invece cresciuto l'importo del credito originario. Ciò accadrà, ad esempio, quando in occasione della stipula di un contratto novativo dell'ipoteca, le parti convengano che l'ipoteca sia concessa a garanzia di un credito di ammontare superiore rispetto a quello precisato in occasione dell'originaria iscrizione. Questo contratto infatti sarà il titolo in base al quale, con la successiva iscrizione, potrà specificarsi che questa nuova ipoteca deve valere a garanzia di tale importo maggiore.

Jura

L'elenco completo delle pubblicazioni
è consultabile sul sito

www.edizioniets.com

alla pagina

<http://www.edizioniets.com/view-Collana.asp?Col=Jura>. Temi e problemi del diritto



Pubblicazioni recenti

STUDI

discipline civilistiche

- Roberta S. Bonini, *«Rinunciabilità dell'effetto risolutivo». Un principio da ridimensionare*, 2017
- Michele Onorato, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, 2017
- Andrea Genovese, *Il trasferimento dell'ipoteca. Vicende del rapporto ipotecario*, 2017
- Vito Velluzzi (a cura di), *Discorsi su Il diritto come discorso*, 2017
- Giuseppe Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, 2013
- Fulvio Cortese, Filippo Sartori (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, 2011
- Stefano Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, 2009

Edizioni ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com - www.edizioniets.com

Finito di stampare nel mese di novembre 2017