

Andrea Genovese

# Il trasferimento dell'ipoteca

## Vicende del rapporto ipotecario

*vai alla scheda del libro su [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)*



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

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

© 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

## 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 comproprietà: 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 criticato 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 garanzia<sup>1</sup>. Tradizionalmente, questi ultimi sono indivi-

<sup>1</sup> 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. COMPORZI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, p. 319 ss.; ID., *Diritti reali in generale*<sup>2</sup>, 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*<sup>2</sup>, 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 credito<sup>2</sup>. 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 persona<sup>3</sup>. Nei diritti reali, invece, il potere concesso al titolare presenta il carattere dell'immediatezza e dell'assolutezza<sup>4</sup>, 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)*<sup>5</sup>, 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*<sup>2</sup>, 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*<sup>3</sup>, Milano, 2015, p. 126 ss.; L. ORSINGHER, C. RUGGIERO, *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].

<sup>2</sup> 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*<sup>3</sup>, Padova, 1941, p. 76 ss.; L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 157 ss.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 consociati<sup>5</sup>.

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 soggetti<sup>6</sup>, per il soddisfacimento dell'interesse protetto dalla norma giuridica<sup>7</sup>.

Differentemente da quanto può dirsi per la proprietà<sup>8</sup>, nel diritto reale di ipoteca, conformemente a ciò che accade, in generale, rispetto ad altri diritti reali su cosa altrui, è più marcata che altrove<sup>9</sup>

<sup>5</sup> 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.

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

<sup>7</sup> 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*<sup>3</sup>, Napoli, 2006, p. 685 ss.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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 giuridico<sup>10</sup>, che appare complesso<sup>11</sup>.

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 garanzia<sup>12</sup>. In esso il rapporto ipotecario risente fortemente della ricordata nota della realtà<sup>13</sup>. Il titolare del diritto, il creditore ipotecario, può soddisfare l'interesse protetto dalla norma giuridica senza bisogno dell'altrui cooperazione<sup>14</sup>, 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.)<sup>15</sup>. Nel fare ciò, il creditore, che è

<sup>10</sup> 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.].

<sup>11</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 11 s.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> A. RAVAZZONI, voce *Ipoteca*, cit., pp. 1 e 6.

titolare del c.d. diritto di seguito<sup>16</sup>, 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.)<sup>17</sup>.

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 registri<sup>18</sup>.

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 garanzia<sup>19</sup>.

Innanzitutto, si fa riferimento al principio di accessorietà quanto al credito garantito che caratterizza sia l'ipoteca<sup>20</sup>, sia, in

<sup>16</sup> L. COVIELLO, *Delle ipoteche (nel diritto civile italiano)*<sup>2</sup>, 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. COMPORTE, *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.

<sup>17</sup> E. PACIFICI-MAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>18</sup> 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.)».

<sup>19</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 570 ss.

<sup>20</sup> 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'accessorietà, 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 reale<sup>21</sup>, a partire dai privilegi<sup>22</sup>. L'accessorietà è il risvolto della connessione funzionale che si attua tra ipoteca e diritto garantito<sup>23</sup>. Qui si coglie la caratteristica del diritto di ipoteca come diritto normalmente privo di un'esistenza autonoma<sup>24</sup>. Esso presuppone la configurabilità di un altro diritto che intende assicurare e proteggere: il diritto di credito<sup>25</sup>. Il vincolo reale di indisponibilità sul bene esiste in quanto sussista il diritto di credito da garantire<sup>26</sup>, di talché con l'estinzione di quest'ultimo viene meno la causa e la giustificazione dell'ipoteca<sup>27</sup>. 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*<sup>3</sup>, 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*.

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

<sup>22</sup> 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.

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

<sup>24</sup> C. CICERO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>25</sup> L. COVIELLO, *op. ult. cit.*, p. 1.

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

<sup>27</sup> 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 garanzia<sup>28</sup>.

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 avanti<sup>29</sup> – 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.)<sup>30</sup>.

Sarà poi possibile reperire un ulteriore argomento a conferma di questa duplice incidenza del rapporto ipotecario allorché verranno esaminate<sup>31</sup> 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 svolge<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 565.

<sup>29</sup> Si veda *infra* cap. II, sez. II, par. 4.

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

<sup>31</sup> Si veda *infra* cap. I.

<sup>32</sup> 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 prelazione<sup>33</sup>.

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 generale<sup>34</sup>, ed al pari di quanto può accadere rispetto all'obbligazione, anche quello ipotecario tollera pertanto la verifica di fatti produttivi di vicende<sup>35</sup>

<sup>33</sup> 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 (...)».

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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 intenso<sup>36</sup>.

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 giuridico<sup>37</sup>.

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».

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

<sup>37</sup> 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: «delegale», «personale» o «reale» –, sovente utilizzata nel linguaggio giuridico in senso ampio<sup>38</sup>.

Tralasciando d'esaminare, in questa sede, le ipotesi di modifica ipotecaria c.d. soggettiva<sup>39</sup>, 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 romane<sup>40</sup>, per poi, passando dal medio evo, divenire oggetto di rinnovata attenzione negli studi eseguiti, attorno al Diciannovesimo secolo, dalla dottrina francese e tedesca<sup>41</sup>.

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

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

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Puntuali cenni storici si rinvergono 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 giuridico<sup>42</sup>. Successivamente, si passa ad una teoria moderna della surrogazione reale, la quale, sempre in Francia, è apparsa giungere a dominare l'intero diritto dei beni<sup>43</sup>.

In Italia, dove si registra un sostanziale disinteresse per l'argomento<sup>44</sup>, 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 speciali<sup>45</sup>.

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)<sup>46</sup>.

Muovendo, infine, dalle riflessioni di chi, con maggiore attenzione 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-

<sup>42</sup> 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*<sup>2</sup>, Milano, 2011, p. 241; M. ESU, voce *Surrogazione reale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 2.

<sup>43</sup> A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, Milano, 1968, p. 7 ss.

<sup>44</sup> 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.

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

<sup>46</sup> 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 reale<sup>47</sup>.

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 esso<sup>48</sup>. 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 anodino<sup>49</sup>.

Una volta che si è creduto di ravvisare il fondamento dell'istituto nell'ordine economico delle cose<sup>50</sup>, 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 garanzia<sup>51</sup>, dei quali rappresenterebbe un indispensabile completamento. In questa direzione, la surrogazione reale costituirebbe, a favore del creditore, un rimedio particolarmente efficace in occasione del perimento<sup>52</sup> o deterio-

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

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

<sup>49</sup> L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 969 s.

<sup>50</sup> M. ESU, *op. loc. ult. cit.*

<sup>51</sup> L.V. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 971 e 973.

<sup>52</sup> 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 garanzia<sup>53</sup>.

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»<sup>54</sup>, 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 bene<sup>55</sup>. 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, diverso<sup>56</sup>. Qui si aggiunge anche che non assume rilievo che la cosa, in conseguenza del ripristino, possa riprendere o perdere la sua originaria individualità<sup>57</sup>.

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»<sup>58</sup>. 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,

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

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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)».

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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 estingue<sup>59</sup>; al suo posto nasce il diritto al pagamento dell'indennità assicurativa<sup>60</sup>.

È oggi più che fondato il dubbio in ordine all'effettiva rilevanza giuridica<sup>61</sup> della categoria<sup>62</sup>. Non è chiaro, infatti, come e perché questa surrogazione reale sarebbe dotata di una forza normativa propria oppure derivante, per influenza, da altri principi<sup>63</sup>. 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 giuridica<sup>64</sup>.

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 fattispecie<sup>65</sup>. 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 è<sup>66</sup> –,

<sup>59</sup> 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».

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

<sup>61</sup> N. IRTI, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. p. 1101 ss.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> A. MAGAZZÙ, *La surrogazione reale*, cit., pp. 19 ss., 22 s.

<sup>64</sup> N. IRTI, *op. ult. cit.*, p. 1106.

<sup>65</sup> 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».

<sup>66</sup> 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 derivazione<sup>67</sup> si riveli poi insuscettibile di riaccreditarsi all'interno di una disposizione legislativa vigente<sup>68</sup>, 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 interna<sup>69</sup>, 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-

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> G. ALPA, *I principi generali*<sup>2</sup>, 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».

<sup>69</sup> 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 giuridici<sup>70</sup>.

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 definito<sup>71</sup> come «trasferimento»<sup>72</sup>, «tra-

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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*<sup>2</sup>, 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.

<sup>72</sup> 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»<sup>73</sup>, «spostamento»<sup>74</sup>, «trasposizione»<sup>75</sup>, «traslazione»<sup>76</sup> o, ancora, «trapasso»<sup>77</sup> dell'ipoteca<sup>78</sup>.

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'ipoteca<sup>79</sup>.

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'ipoteca<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> 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.

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

<sup>75</sup> C. CICERO, *op. ult. cit.*, p. 487.

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

<sup>77</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 76; A.M. BIANCO, *op. cit.*, p. 353.

<sup>78</sup> 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).

<sup>79</sup> Il presente studio si propone di affrontare l'ipotesi più frequente, oltreché 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.).

<sup>80</sup> 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 credito<sup>81</sup>. 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.

<sup>81</sup> 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 surrogatorio<sup>82</sup>, 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 estinta<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Surrogazione reale*, cit., p. 1513.

<sup>83</sup> 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. CARNE-LUTTI, *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 usufrutto<sup>84</sup>, che, in caso di affrancazione, le ipoteche gravanti sul diritto del concedente<sup>85</sup> del fondo enfiteutico si risolvono sul prezzo, rapportato ad una somma di quindici volte il canone annuo<sup>86</sup>, dovuto dall'enfiteuta per l'acquisto della proprietà<sup>87</sup>. 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 privilegio<sup>88</sup>.

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. impropria<sup>89</sup>; 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 aleatoria<sup>90</sup>.

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).

<sup>84</sup> A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 165.

<sup>85</sup> 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).

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

<sup>87</sup> F.S. GENTILE, *op. cit.*, p. 87.

<sup>88</sup> G. GORLA, P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 264.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> 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 iscritte<sup>91</sup>. 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 proprietà<sup>92</sup>.

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-

<sup>91</sup> A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 161.

<sup>92</sup> A. RAVAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

mune: il trasferimento dell'ipoteca dal bene «uno» al bene «due», pure capace d'iscrizione<sup>93</sup>.

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 risolvere<sup>94</sup> i problemi ad esso connessi.

<sup>93</sup> 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».

<sup>94</sup> 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*.

# 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](mailto:info@edizioniets.com) - [www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Finito di stampare nel mese di novembre 2017