



**Università
degli Studi
di Ferrara**

**DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI
NAZIONALI"**

CICLO XXXIII

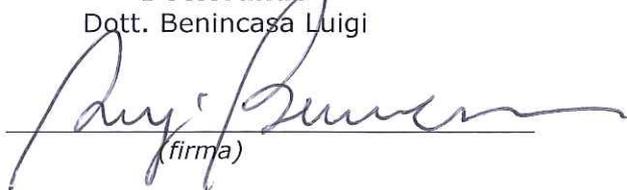
COORDINATORE Prof. DE CRISTOFARO GIOVANNI

LA TENUTA DEL SISTEMA ITALIANO DELL'IPOTECA ALLA LUCE DEL DIRITTO EUROPEO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. Benincasa Luigi


(firma)

Tutore

Prof. De Cristofaro Giovanni


(firma)

Anni 2017/2020

Indice

INTRODUZIONE	7
--------------------	---

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ NEL SISTEMA IPOTECARIO ITALIANO

1. L'ipoteca è un accessorio del credito. L'intensità del collegamento funzionale può essere variamente intesa. La maggiore flessibilità dello strumento ipotecario può costituire un perno per rilanciare l'economia.	11
2. Il principio di accessorietà dell'ipoteca è tradizionalmente inteso in maniera rigida dalla dottrina italiana.	18
2.1. Le argomentazioni storiche. In occasione dell'adozione del nuovo codice, il legislatore avrebbe optato per una configurazione rigida del principio di accessorietà dell'ipoteca.	19
2.2. Le argomentazioni normative. Diverse norme del codice civile dimostrerebbero che il nostro ordinamento abbia accolto la nozione rigida dell'accessorietà dell'ipoteca.	23
2.3. Le argomentazioni socio-economiche. L'accezione rigida dell'accessorietà dell'ipoteca assicura prevedibilità e stabilità del sistema e così garantisce una più salda tutela delle posizioni e degli interessi dei soggetti variamente connessi al credito ipotecario.	26
3. Critica alla concezione tradizionale e rigida del principio di accessorietà dell'ipoteca: in particolare, le argomentazioni storiche. Le vicende storiche legate all'evoluzione normativa dell'istituto dell'ipoteca non provano che nel nostro ordinamento il requisito dell'accessorietà debba essere inteso necessariamente nell'accezione rigida.	29
4. Critica alla concezione tradizionale e rigida del principio di accessorietà dell'ipoteca: in particolare, le argomentazioni normative. Una diversa interpretazione delle norme in materia permette di ritenere compatibile con il nostro ordinamento l'accezione debole dell'accessorietà dell'ipoteca.	32
4.1. Critica alla tesi che sostiene che la disciplina della cessione del credito ipotecario dimostri la possibilità di scindere il legame funzionale tra l'ipoteca e il credito garantito.	34
4.2. L'estinzione del credito non determina sempre la conseguente estinzione dell'ipoteca che viene ancorata a un credito diverso. Ciò prova che il	

nostro ordinamento conosce ipotesi di affievolimento del rapporto di subordinazione funzionale con relativa modifica del credito garantito.	38
4.2.1. Le singole fattispecie: l'art. 1232 c.c., in materia di novazione.	40
4.2.2. Le singole fattispecie: la surrogazione per volontà del debitore e la portabilità del mutuo.	42
4.2.3. Le singole fattispecie: la surrogazione del creditore perdente ai sensi dell'art. 2856 c.c.	47
4.2.4. Le singole fattispecie: la surrogazione e il subingresso nelle ipoteche del terzo acquirente. Il subingresso del terzo datore di ipoteca ai sensi dell'art. 2871, comma 2, c.c.	50
4.3. L'estinzione dell'ipoteca non consegue sempre all'estinzione del relativo credito. Ciò si giustifica sulla base dell'autonomia strutturale della garanzia, ma dimostra comunque che il legislatore prevede ipotesi in cui è meno intenso il vincolo funzionale tra ipoteca e credito.	58
4.3.1. Le modificazioni liberatorie del lato passivo dell'obbligazione costituiscono altre prove per concepire in forma debole il vincolo di subordinazione funzionale che lega l'ipoteca al credito originario.	61
4.4. I negozi di postergazione del grado non scindono il legame funzionale tra ipoteca e credito originario, ma dimostrano cionondimeno che è possibile cedere l'ipoteca in via autonoma.	64
5. Il contenuto e le finalità delle disposizioni in materia di principio di specialità non costituiscono un ostacolo all'operazione della cessione autonoma dell'ipoteca.	69
6. La disciplina in materia ipotecaria non permette di individuare in via ermeneutica una regolamentazione completa dell'operazione della cessione autonoma, capace di contemperare gli interessi di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti. è indispensabile l'intervento del legislatore.	74

CAPITOLO II

TENDENZE EVOLUTIVE EUROPEE IN MATERIA DI GARANZIA IPOTECARIA

PARTE PRIMA

L'EUROIPOTECA

1. Cenni storici sullo sviluppo dell'idea dell'euroipoteca.	81
2. Le <i>basic guidelines for a eurohypotec</i> propongono un modello di euroipoteca dotato di notevole flessibilità.	85

3. Il Libro verde del 2005 inserisce l'euroipoteca tra i possibili strumenti utili per favorire l'integrazione del mercato del credito ipotecario in europa, ma il conseguente libro bianco del 2007 non vi fa più riferimento.	91
4. Gli ostacoli all'introduzione dell'euroipoteca sembrano essere più di ordine politico che giuridico.	93
5. Tramonto di un'idea dall'utilità ancora attuale.	96

PARTE SECONDA

L'IPOTECA RICARICABILE FRANCESE

1. Rilievi introduttivi.	97
2. Presentazione della riforma.	98
3. <i>La subrogation dans l'hypothèque</i>	100
4. <i>L'hypothèque rechargeable</i>	105
5. Rilievi critici.	114

CAPITOLO III

L'IPOTECA CEDIBILE, UN NUOVO ISTITUTO *DE IURE CONDENDO*: CRITICITÀ E POSSIBILI SOLUZIONI

1. L'attuale dettato codicistico non presenta una disciplina esaustiva per la cessione di ipoteca, né è possibile ricostruirla in via ermeneutica; il legislatore italiano potrebbe allora introdurre, in aggiunta all'ipoteca tradizionale, una figura di ipoteca autonomamente cedibile, dotata di accessorietà di tipo debole.	117
2. Stante il requisito dell'accessorietà, seppur debole, della garanzia ipotecaria, cessionario di un'ipoteca deve essere necessariamente un soggetto creditore. Tuttavia, la cessione dell'ipoteca non dovrebbe essere limitata ai soli creditori chirografari del debitore del cedente.	121
3. La novità della cessione autonoma dell'ipoteca impone di domandarsi se sia necessario apprestare delle forme di tutela per il soggetto che concede ipoteca e, in caso affermativo, quali. A tal uopo, occorre tuttavia procedere a dei distinguo.	124
3.1. Non è necessario il consenso del debitore che abbia concesso ipoteca su proprio bene se la cessione dell'ipoteca avviene a favore di un altro suo creditore, ipotecario o chirografario. Tuttavia, sarebbe opportuno prevedere legislativamente un termine massimo di durata dell'ipoteca cedibile.	124

3.2. Non è nemmeno necessario il consenso del terzo datore di ipoteca se la cessione dell'ipoteca avviene a favore di un altro creditore dello stesso debitore.	128
3.3. È invece necessario il consenso di chi concede ipoteca, debitore o terzo che sia, se la cessione dell'ipoteca avviene a favore di un creditore che non ha rapporti con il debitore originario.	131
4. La cessione dell'ipoteca potrebbe nuocere ai creditori ipotecari sullo stesso bene di grado ulteriore rispetto all'ipoteca ceduta. In alternativa al necessario loro consenso alla cessione, si potrebbe prevedere un diritto di prelazione in loro favore sull'ipoteca ceduta.	136
5. La cessione dell'ipoteca potrebbe nuocere al terzo acquirente del bene gravato e, per questo, è necessario il suo consenso alla cessione.	140
6. L'introduzione dell'istituto della cessione dell'ipoteca richiede un adattamento dell'attuale dettato codicistico in materia di eccezioni opponibili da chi ha concesso ipoteca e di estinzione della garanzia ipotecaria.	142
6.1. (<i>segue</i>) Il prezzo della cessione dovrebbe essere imputato all'ammontare del debito garantito, con la conseguenza che il corrispettivo della cessione non potrebbe superare il valore residuo del credito.	143
6.2. (<i>segue</i>) La cessione di ipoteca si configura come un negozio formale ad effetti reali, soggetto ad annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c.	145
7. Con l'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca, potrebbe ritenersi ammissibile l'istituto della subipoteca, ma lo stesso non può dirsi per l'ipoteca dell'ipoteca.	148
 CONCLUSIONI	 151
 BIBLIOGRAFIA	 155
GIURISPRUDENZA, DOCUMENTI	165

INTRODUZIONE

La recente legislazione europea in materia di credito immobiliare ai consumatori ha imposto al legislatore italiano di introdurre *expressis verbis* nel nostro ordinamento un'ipotesi di patto marciano che, come noto, consiste in una pattuizione in forza della quale, in caso di inadempimento, la proprietà del bene offerto in garanzia dal debitore può passare al creditore purché si preveda che il valore del bene sia valutato da un perito imparziale in un momento successivo all'inadempimento e che l'eventuale eccedenza rispetto all'ammontare del credito sia riconosciuta al debitore. È altrettanto noto il dibattito che per lungo tempo è stato tenuto circa l'ammissibilità di un siffatto accordo nel nostro ordinamento che prevede invece, all'art. 2744 c.c., il divieto del patto commissorio, di cui il patto marciano costituisce una variante, seppur più raffinata e sicuramente meno pericolosa per gli interessi del debitore.

Di questa vicenda ci piace però evidenziare un dato: è vero che già da tempo la giurisprudenza italiana era arrivata a ritenere valido il patto marciano nel nostro ordinamento, ma sulla scorta del diritto europeo questo istituto ha trovato una espressa formalizzazione in una norma di legge.

Questi avvenimenti dimostrano almeno due cose. La prima è che l'Europa ha interesse al campo delle garanzie reali per il perseguimento dei suoi obiettivi di armonizzazione e integrazione del mercato unico e vi interviene in maniera diretta, superando in qualche modo le tante riserve emerse in passato. La seconda è che il sistema delle garanzie reali italiano è obsoleto, non al passo con i tempi e necessita di un ripensamento.

Questa riflessione su un possibile cambiamento in questo ambito non poteva che partire dalla disciplina della regina delle garanzie reali: l'ipoteca.

Rapportando la disciplina italiana dell'ipoteca alle istanze moderne provenienti dagli operatori economici, si ricava che l'ipoteca nostrana non supera il vaglio di rispondenza alle esigenze emerse nella pratica ed è percepito come uno strumento inefficiente. Ciò che maggiormente le si rimprovera, oltre alle lungaggini processuali che impediscono una rapida soddisfazione del credito inadempito, è la sua staticità che mal si concilia, invece, con il bisogno degli operatori di uno strumento flessibile e dinamico. La partita per ottenere un'ipoteca più snella e duttile pare giocarsi sul terreno dell'accessorietà e della specialità. È su questi due requisiti tradizionali della garanzia ipotecaria che si concentra

il dibattito per lo svecchiamento di questo istituto. Pare infatti che sia proprio lo stretto collegamento che tradizionalmente si fa intercorrere tra l'ipoteca e il credito, a determinare l'inefficienza del sistema. Al contrario, la libera cedibilità della garanzia permetterebbe di incrementare la concorrenza tra gli operatori del mercato e di abbassare i costi per la creazione di una garanzia di un credito e di consentire una qualche forma di soddisfacimento del credito inadempito in tempi rapidi. Ma ciò che più interessa è che la migliore efficienza dello strumento ipotecario si tradurrebbe in un abbassamento dei rischi – e quindi dei costi – di un credito con l'effetto di permettere di accedervi a una più ampia fascia di fruitori, anche a quelli che, in base alle stime attuali, ne risulterebbero esclusi.

Questa peraltro pare essere la tendenza che è possibile registrare in Europa. Oltre agli ordinamenti, come quello svizzero o quello tedesco, che tradizionalmente presentano una garanzia reale estremamente duttile e non accessoria che dà buone soddisfazioni in termini di efficienza del sistema, le suggestioni per l'introduzione di strumenti simili provengono anche da altrove: *in primis*, dall'Unione europea che fino a una decina di anni fa si è seriamente interrogata sulla possibilità di introdurre una garanzia reale comune per tutti gli Stati membri denominata euroipoteca e, in secondo luogo, dalla Francia con le sue alterne vicende con l'istituto dell'*hypothèque rechargeable*. Sia l'euroipoteca che l'ipoteca ricaricabile francese si configurano come strumenti dotati di un certo grado di flessibilità, ottenuta mediante un affievolimento del requisito dell'accessorietà. Se l'esperienza francese può servirci da esempio di come sia possibile introdurre in un ordinamento del tutto paragonabile al nostro una forma di garanzia meno accessoria, il dibattito sull'euroipoteca potrebbe invece servirci da “monito” del fatto che è in quel senso che va l'Europa se decidesse di introdurre una garanzia ipotecaria comune per tutti gli Stati membri, cosa peraltro nemmeno troppo improbabile se si tiene conto dell'interesse che l'Europa ha mostrato per il campo delle garanzie reali, come già evidenziato sopra.

L'obiettivo del presente lavoro è quindi quello di verificare se i requisiti dell'accessorietà e della specialità, così come attualmente interpretati, siano da intendersi come qualità intangibili della disciplina dell'ipoteca italiana o se, invece, non sia possibile declinarli diversamente senza ovviamente rinunciare alla necessaria compatibilità di una siffatta opzione ermeneutica con il sistema privatistico nel suo complesso. Detto altrimenti, si

intende sondare la possibilità di una cessione separata dell'ipoteca dal credito, posto che, secondo l'attuale ricostruzione della materia, ciò non è possibile.

A ben vedere, esistono già nel nostro codice numerose disposizioni da cui pare potersi ricavare che una forma di ipoteca che non sia non accessoria, ma semplicemente meno accessoria, sia possibile e che, conseguentemente, sia per lo meno compatibile con il nostro ordinamento una qualche forma di cessione autonoma dell'ipoteca. Ciò posto, bisogna allora verificare se possa predicarsi l'ammissibilità di un'operazione siffatta già sulla base dell'attuale testo normativo, reinterpretato alla luce delle moderne istanze del mercato, o se invece serva un intervento del legislatore che introduca espressamente la cedibilità dell'ipoteca nel nostro ordinamento. In questo secondo caso, occorrerà poi provare a ricostruire il modo in cui potrebbe essere disciplinato questo nuovo istituto, tenendo conto delle summenzionate tendenze europee in materia.

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ NEL SISTEMA IPOTECARIO ITALIANO

1. L'IPOTECA È UN ACCESSORIO DEL CREDITO. L'INTENSITÀ DEL COLLEGAMENTO FUNZIONALE PUÒ ESSERE VARIAMENTE INTESA. LA MAGGIORE FLESSIBILITÀ DELLO STRUMENTO IPOTECARIO PUÒ COSTITUIRE UN PERNO PER RILANCIARE L'ECONOMIA.

L'ipoteca è un diritto reale di garanzia¹. Come acutamente osservato, *una garanzia si caratterizza per la sua impronta marcatamente funzionale e per la sua logica e strutturale dipendenza da una distinta situazione soggettiva, da un interesse che essa mira a proteggere e rafforzare, rendendone più sicura la realizzazione*²

¹ Vigente il codice del 1865, cfr. L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel Diritto Civile italiano*, Roma, 1936, p. 19; A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, Bologna, Anno Accademico 1928-1929, p. 67. Vigente il codice attuale, cfr. C. MAIORCA, *Ipoteca (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 53; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 751; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 3 e p. 7; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, pp. 13 e ss e pp. 33 e ss.; A. MONTEL, voce *Garanzia (Diritti reali di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, pp. 745 e ss.; N. DISTASO, *Natura giuridica dell'ipoteca. Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia*, Milano, 1953, pp. 141 - 142, conclude la sua trattazione definendo l'ipoteca non solo come un diritto reale di garanzia, ma come uno *ius in re aliena*. Invece, G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche. Artt. 2808-2899*, in *Commentario del Codice Civile redatto da Magistrati e Docenti*, non ne smentisce la natura reale, tuttavia, precisa che, rispetto all'ipoteca, non possa parlarsi di diritto reale su cosa altrui perché non ne presenterebbe le caratteristiche tipiche, ma, insieme al pegno, essa farebbe parte di un'altra categoria, quella dei diritti reali di garanzia, anch'essa tipica e con caratteri suoi propri.

Sono ormai superate le tesi che qualificano l'ipoteca come un diritto di credito al valore del bene o come un diritto avente una mera dimensione processuale (in quest'ultimo senso, *ex multis*, anche F. CARNELUTTI, *La natura giuridica dell'ipoteca*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, I, 3).

Per G. GORLA - P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, pp. 181 e ss., si tratta di una mera questione concettuale, priva di rilevanza pratica.

² La definizione è di L. PIAZZA, voce *Garanzia I, Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1. L'Autore evidenzia come la primissima forma di garanzia – ancorché non possa essere

La funzione di garanzia connota e permea i caratteri stessi dell'ipoteca, che si configura quindi come un accessorio del credito³. Ciò rende l'ipoteca una sorta di figura ibrida, dotata, com'è, da un lato, di autonomia strutturale e, dall'altro, di dipendenza funzionale⁴.

L'autonomia strutturale è ciò che fa dell'ipoteca una *cosa* diversa dal credito cui accede. È questa autonomia strutturale che è alla base dei meccanismi di costituzione, trasmissione ed estinzione della garanzia disciplinati in maniera autonoma e difforme rispetto alle speculari vicende del credito. Per fare un esempio, è per l'autonomia strutturale che l'art. 2843 c.c. prescrive per la trasmissione dell'ipoteca modalità di pubblicità differenti rispetto a quelle proprie della cessione del credito; ed è sempre per l'autonomia strutturale che sussistono cause di estinzione della garanzia che non presuppongono l'estinzione dell'obbligazione garantita.

Accanto a questo primo connotato, si pone quello della dipendenza funzionale che ancora indefettibilmente l'ipoteca al credito garantito. È il carattere dell'ipoteca che maggiormente si riconnette alla sua funzione di garanzia. In quanto tale, dunque, l'ipoteca non ha ragion d'essere in assenza di un credito da garantire⁵. Detto altrimenti, se manca il credito, non ci sarebbe motivo per costituire un'ipoteca perché, al di fuori della sua

così qualificata da un punto di vista tecnico giuridico – sia la fiducia che il creditore nutre nei confronti del debitore, fiducia riposta, da un lato, nelle sue qualità personali, quali l'onestà, la serietà e le capacità professionali, e, dall'altro, nella capienza del suo patrimonio, che, per questo motivo, si definisce garanzia patrimoniale generica.

³ M. CEOLIN, *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017, pp. 6-7 individua tre elementi che ruotano attorno al concetto di accessorietà: “il fatto che l'accessorio si aggiunga ed acceda ad un quid principale; il fatto che vi sia una finalità, uno scopo per la realizzazione del quale l'accessorio trova ragione; il fatto che sia riscontrabile solitamente un rapporto gerarchico tra ciò che è più e meno importante”. Questi elementi sono presenti anche nell'ipoteca in quanto accessorio e lo scopo a cui serve, è proprio quello di garanzia.

⁴ Cfr. A. MAGAZZÙ, *L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito su pegno*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1956, pp. 451 e ss.; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 63; M. CEOLIN, *Sul concetto di accessorietà*, cit., p. 16.

⁵ Cfr. C. MAIORCA, *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1962, p. 7, il quale pur riconoscendo nel credito il fondamento causale dell'ipoteca, sostiene tuttavia che la sussistenza dello stesso vada accertata solo nel momento in cui esso viene fatto valere. È solo nella fase della realizzazione del credito – e di esercizio della garanzia ipotecaria – che quindi opera l'accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito, ben potendo esistere, invece, un'ipoteca senza credito nella fase statica, come dimostra il caso dell'ipoteca di credito futuro derivante da rapporto già esistente. Tuttavia, a parere dello scrivente, questa posizione non è condivisibile giacché non si comprende come possa conciliarsi la funzione del credito quale causa della garanzia e la possibilità della stessa di poter esistere anche in mancanza di quello.

funzione di garanzia, essa, a ben vedere, non apporta nessun'altra utilità a vantaggio del creditore. Parimenti può argomentarsi in tema di ipoteca a favore del proprietario⁶: visto che nessuno può essere creditore di sé stesso – il credito, infatti, si estinguerebbe in tal caso per confusione – non vi sarebbe alcuno scopo nella costituzione di un'ipoteca a vantaggio dello stesso proprietario del bene ipotecato⁷; se invece si ammettesse si verrebbe a creare una situazione paradossale in cui lo stesso proprietario – che non può essere creditore di sé stesso – è al contempo titolare di un diritto reale pieno, quale è il diritto dominicale, e di un diritto reale di garanzia, cosa che è peraltro in contrasto con la disciplina generale dei diritti reali che prevede in tali casi l'estinzione del diritto minore per consolidazione.

Alla luce di queste riflessioni, può, dunque, affermarsi che un atto di costituzione di ipoteca sia, in mancanza di un credito, nullo per difetto di causa. Infatti, il negozio costitutivo dell'ipoteca realizzerebbe un'attribuzione – quella del diritto reale di garanzia, appunto – senza giustificazione alcuna e, in un ordinamento causale come quello italiano, ciò comporta la nullità dell'atto costitutivo. La conseguenza è, dunque, quella dell'impossibilità tecnica della costituzione di un'ipoteca in assenza di un credito⁸.

Il collegamento funzionale tra ipoteca e credito, però, non si limita a condizionare il solo momento genetico della garanzia, ma incide sulle sorti dell'ipoteca anche sotto altri profili, quali il trasferimento e l'estinzione che sono variamente influenzati dalle vicende che interessano il credito cui la stessa accede.

È in ciò che si traduce la natura accessoria dell'ipoteca rispetto al credito garantito. Trattandosi di un connotato scaturente dalla funzione di garanzia, l'accessorietà costituisce quindi un tratto ineliminabile della disciplina dell'ipoteca⁹.

Tuttavia, questo vincolo di accessorietà può essere dotato di diversi livelli di intensità. Infatti, può esservi un'accessorietà rigida o forte che ancora più pervicacemente

⁶ Cfr. G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁷ Unica eccezione, come si vedrà, è costituita da quanto previsto dall'art. 1203, primo comma, num. 2), c.c., in tema di surrogazione legale, che prevede l'unica ipotesi di ipoteca su cosa propria.

⁸ Sul punto, *contra* F. FIORENTINI, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009, pp. 432 e ss., ritiene che possa rinvenirsi un interesse meritevole di tutela del proprietario alla costituzione di un'ipoteca su proprio bene e cerca di dimostrare che a questo risultato non si oppongono né ragioni tecnico-giuridiche né ragioni di tutela dei creditori.

⁹ Cfr. P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980, p. 1401.

le sorti della garanzia a quelle del credito e un'accessorietà elastica o debole che lascia, invece, maggiori margini di autonomia alle vicende dell'ipoteca la quale potrebbe anche essere sganciata dal credito originario per passare ad assistere un nuovo credito¹⁰. Il nostro codice non prende posizione al riguardo, non preoccupandosi in alcun modo di definire l'accessorietà o di disciplinarla¹¹. Spetta allora agli interpreti cercare di ricostruire la portata di questo requisito della garanzia ipotecaria.

È stato rilevato che il vincolo dell'accessorietà incide sull'efficienza del sistema ipotecario nel suo complesso. Più precisamente, quanto più viene interpretato in maniera rigida il vincolo di subordinazione funzionale che lega l'ipoteca al credito tanto più il sistema ipotecario presenta tratti di inefficienza¹². Pertanto, da più parti provengono appelli per un ammodernamento dello strumento ipotecario finalizzato a un generale miglioramento del mercato creditizio¹³.

Dall'esame delle discipline europee in materia di ipoteca pare ricavarsi che l'efficienza del sistema ipotecario dipenda dalla flessibilità dello strumento ipotecario, ove per flessibilità deve intendersi la capacità della garanzia di corrispondere a ciò di cui la pratica ha maggiormente bisogno¹⁴. A tal uopo, costituiscono punti di riferimento istituti quali la *cédule hypothécaire* svizzera o la *grundschild* tedesca, dotati di estrema elasticità e di grande capacità di adattamento alle più disparate esigenze della pratica e che, per queste ragioni, danno prova di un elevato grado di efficienza. Ma senza riferirsi a modelli così distanti dalla nostra esperienza giuridica, se si volge lo sguardo alla vicina Francia – da cui d'altronde ereditiamo i connotati del nostro sistema ipotecario – è possibile constatare che sulla stessa linea si pone l'introduzione dell'istituto dell'*hypothèque rechargeable*, che peraltro, al tempo della sua adozione, fece da eco alle istanze per un'ipoteca di stampo unionale, la cosiddetta euroipoteca.

¹⁰ Cfr. A. MONTEL, *op. cit.*, p. 747, il quale precisa che l'accessorietà non vada intesa come un indissolubile collegamento tra la garanzia e il credito per il quale la stessa è stata costituita. Nello stesso senso, ma con riferimento ai diritti di garanzia in generale (non solo per le garanzie reali), M. FRAGALI, voce Garanzia, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, p. 465.

¹¹ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 23; P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, cit., p. 1400.

¹² A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 62.

¹³ Cfr. ;

¹⁴ Cfr. C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. SIRENA, ne *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, p. 79.

Ciò che si apprende, quindi, da queste esperienze europee è che il raggiungimento dell'obiettivo della maggiore elasticità dell'ipoteca passa necessariamente attraverso lo svincolare la garanzia da tutte quelle sovrastrutture, di natura principalmente concettuale, che ne rendono farraginoso il funzionamento. Per fare ciò, occorre allora demistificare alcuni principi da sempre considerati come capisaldi della disciplina ipotecaria e che hanno condizionato per lungo tempo – e continuano in realtà a condizionare – il modo stesso di concepire e di ricostruire il sistema ipotecario nel suo complesso: segnatamente, il principio di accessorietà e, in seconda battuta, quello di specialità dell'ipoteca¹⁵.

Se, a livello teorico, quindi, la sfida per rilanciare il sistema ipotecario si gioca sul piano dell'affievolimento della rigidità con cui i principi di accessorietà e specialità sono tradizionalmente concepiti, a livello pratico, ciò si traduce essenzialmente nel rendere possibile la circolazione autonoma dell'ipoteca rispetto al credito cui accede. Questo, infatti, costituirebbe un primo passo verso un generale miglioramento dell'efficienza del sistema ipotecario nel suo complesso e, conseguentemente, sarebbe un valido strumento per irrobustire la nostra economia nazionale, oltre che un meccanismo utile, da un lato, a rimediare agli strascichi della recente crisi economica e, dall'altro, a prevenirne l'insorgere di future. Infatti, rapidità e certezza nel soddisfacimento dei crediti rimasti inadempiti permettono di evitare il protrarsi di situazioni di sofferenza economica di aziende e privati, con tutte le conseguenze negative sull'economia generale che esse comportano; costituiscono, invece, fattori di forte attrattività per gli investitori stranieri che, al contrario, rifuggono sistemi privi di tali caratteristiche; e, rendendo più certo e florido il nostro sistema di mercato, finirebbero, inoltre, per assicurare un più ampio accesso al credito da parte dei privati. Concludendo, dunque, può sostenersi che, per aversi i citati effetti benefici per il mercato, occorra, tra le altre cose, puntare sulla cedibilità autonoma dell'ipoteca; e che questo risultato pratico può ottenersi solo se, a livello della teoria, si inizi a interpretare in maniera più debole che in passato il nesso di

¹⁵ Cfr. C. MARSEGLIA, *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, fasc. 5, pt. 1, pp. 701 e ss.

accessorietà e di specialità che lega la garanzia reale al suo credito¹⁶¹⁷.

In ambito italiano, invece, persiste ancora l'idea che i suddetti principi siano dogmi immanenti della disciplina dell'ipoteca, ineluttabilmente dettati dal codice e indefettibilmente posti a tutela di specifici interessi dei vari soggetti coinvolti. Questo atteggiamento ha comportato, quale inevitabile conseguenza, che il sistema ipotecario sia tra i campi del diritto meno interessati da fenomeni di evoluzione e/o di ammodernamento, cosa che si presenta, peraltro, come una sorta di paradosso storico che si fatica a comprendere in un periodo di profondi cambiamenti del mercato, come quello che stiamo vivendo, anche grazie alla sempre maggiore integrazione europea. Perciò, in assoluta controtendenza, a buon diritto può affermarsi che *“il sistema ipotecario, invece, resta quasi immobile”*¹⁸.

Il presente lavoro, allora, vuole verificare la tenuta di queste soluzioni interpretative intese a concepire l'accessorietà in modo rigido e, conseguentemente, a ritenere non cedibile l'ipoteca senza il credito garantito. A tal uopo, si intende mostrare che vi sono dei casi, già previsti e disciplinati dal nostro codice, da cui pare potersi rinvenire un fenomeno di traslazione dell'ipoteca da un credito all'altro, cosa che costituisce poi l'essenza dell'operazione di cessione autonoma dell'ipoteca. Infatti, l'effetto della circolazione autonoma della garanzia ipotecaria si traduce, in ultima istanza, nella sostituzione del credito originario con un altro credito.

¹⁶ Ritengono che la questione della cedibilità autonoma dell'ipoteca dipenda dal modo in cui si intenda il requisito dell'accessorietà D. RUBINO, *op. cit.*, p. 44 e C. MAIORCA, *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, cit., p. 17. A tal fine, quest'ultimo Autore non distingue tra accessorietà forte e accessorietà debole, ma ritiene che il vero discrimine si ponga rispetto al *momento* in cui si considera operante la connessione tra ipoteca e credito: in particolare, se si ritiene che essa debba sussistere anche nella fase sostanziale, non può che concludersi che sia inammissibile la dissociazione della garanzia ipotecaria rispetto al credito originario; diversamente, se si ritiene che detta connessione operi solo nella fase della realizzazione del credito, allora, nulla si oppone alla cedibilità autonoma dell'ipoteca, visto che è solo in questo momento che deve essere accertata la sussistenza e l'identità del credito. Giacché l'Autore aderisce alla seconda delle due impostazioni descritte, lo stesso sembra essere incline ad ammettere la possibilità di cedere autonomamente l'ipoteca nel nostro ordinamento.

¹⁷ Cfr. L. PIAZZA, *op. cit.*, p. 5 il quale estende il discorso a tutte le garanzie, non limitandolo all'ipoteca. Anche secondo questo Autore occorre intervenire, tra gli altri, sui requisiti dell'accessorietà e della specialità per rispondere alle esigenze degli operatori economici che richiedono un più efficiente sistema generale di garanzie.

¹⁸ L'espressione è di A. CHIANALE, *L'ipoteca, Principi generali e aspetti operativi*, III ed., Milano, 2017, p. 3.

Tuttavia, nel condurre questa disanima, bisognerà concentrarsi sui soli fenomeni codicistici che comportano il cambiamento del credito garantito e non anche quei meccanismi in qualche modo analoghi che prevedono sì la traslazione dell'ipoteca, ma da un bene all'altro: sono questi, infatti, casi di surrogazione dell'oggetto, vale a dire di mutamento del bene su cui grava la garanzia, che non sono utili ai fini del discorso che si intende qui condurre.

Ma prima di tutto, occorre ricostruire le ragioni che hanno indotto la dottrina tradizionale a intendere il requisito dell'accessorietà dell'ipoteca nella sua accezione rigida.

2. IL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA È TRADIZIONALMENTE INTESO IN MANIERA RIGIDA DALLA DOTTRINA ITALIANA.

Quando ci si interroga sulla reale portata che l'accessorietà dell'ipoteca ha nel nostro ordinamento, occorre partire da un primo rilievo: il codice civile non prende posizione al riguardo. Nessuna disposizione del codice civile del 1942, infatti, si preoccupa di definire l'ampiezza e lo stesso significato del principio di accessorietà della garanzia ipotecaria¹⁹. Gli interpreti, quindi, per ricostruire i confini di questo principio, devono affidarsi necessariamente al dettato delle disposizioni espresse in materia, mettendole in connessione, giustapponendole e confrontandole.

La dottrina tradizionale interpreta il requisito dell'accessorietà dell'ipoteca in maniera rigida. In quest'ottica, l'ipoteca costituirebbe un accessorio del solo credito per cui originariamente è stata costituita e, conseguentemente, la sorte della garanzia sarebbe indissolubilmente legata alle vicende che interessano il credito cui accede fin dalla sua costituzione. E questa subordinazione funzionale della garanzia rispetto al *suo* credito si esplicherebbe nelle diverse fasi di costituzione, trasmissione ed estinzione dell'ipoteca. In particolare, per quanto attiene alla cessione dell'ipoteca, vigerebbe la regola inderogabile "*accessorium sequitur principali*" che, quindi, precluderebbe irrimediabilmente ogni trasferimento separato della garanzia²⁰.

Secondo tale dottrina, questa sarebbe l'unica ricostruzione del principio di accessorietà ammessa dal nostro ordinamento e compatibile con il dettato del nostro codice. La rigidità del requisito accessorio è stata per certi versi percepita alla stregua di un dogma, come un *principio fondamentale o una verità universale e indiscutibile*²¹. A ben vedere, è proprio questo atteggiamento che ha di fatto impedito, per lungo tempo, una vera critica al principio in esame, contribuendo all'immobilismo cui si assiste in materia e al conseguente grado di inefficienza del sistema.

¹⁹ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 23

²⁰ In giurisprudenza si veda Cass. civ., sez. I, Ordinanza, 9 luglio 2018, n. 17997; Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325; Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669.

²¹ Definizione di *dogma* tratta dal Vocabolario Treccani.

Per rilanciare l'attrattività dello strumento ipotecario, come già accennato, bisognerebbe invece domandarsi se sia ipotizzabile una diversa declinazione dell'accessorietà dell'ipoteca.

Per rispondere a questo interrogativo, si sottoporà dapprima a vaglio le argomentazioni che la dottrina tradizionalmente porta a sostegno dell'accezione rigida del requisito dell'accessorietà, per coglierne eventuali debolezze o contraddizioni. A ben vedere, queste argomentazioni si basano su tre tipologie di argomentazioni: le argomentazioni storiche, le argomentazioni normative e le argomentazioni che si potrebbe definire socio-economiche perché fondate sulla preoccupazione di non minare la stabilità e la prevedibilità del mercato creditizio e, correlativamente, di non arrecare pregiudizio agli interessi dei vari soggetti, debitore creditori e terzi, in qualunque modo legati al credito ipotecario.

Dopo aver riportato e analizzato i suddetti argomenti, sarà opportuno sottoporli a seria critica al fine di verificare se effettivamente la ricostruzione ermeneutica in commento sia davvero giustificata e giuridicamente condivisibile o se, invece, non sia solo il frutto di quello che è stato definito un "*pregiudizio teorico*"²².

2.1. LE ARGOMENTAZIONI STORICHE. IN OCCASIONE DELL'ADOZIONE DEL NUOVO CODICE, IL LEGISLATORE AVREBBE OPTATO PER UNA CONFIGURAZIONE RIGIDA DEL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA.

La posizione dottrina che sostiene la nozione rigida di accessorietà trae argomento, oltre che da quelle – sicuramente più consistenti – che verranno illustrate nei prossimi paragrafi, anche da ragioni di tipo storico. Secondo gli Autori che aderiscono a questa tesi, infatti, alcune delle scelte compiute in occasione del passaggio dal codice previgente a quello attuale, dimostrerebbero chiaramente che, in questo campo, il legislatore, pur tacendo circa la possibilità di effettuare la cessione autonoma dell'ipoteca, avrebbe cionondimeno compiuto una scelta precisa nel senso dell'inammissibilità di una

²² L'espressione si rinviene nella Relazione al Progetto per il Libro II del codice civile del 1937. Così anche L. COVIELLO, *Proposte di riforma al codice civile in tema di ipoteche*, in *Foro italiano*, 1934, colonna 216.

siffatta operazione nel nostro ordinamento; da ciò si ricaverebbe peraltro che il nomoteta avrebbe definitivamente abbracciato un'idea rigida di accessorietà, quale necessario e logico presupposto della scelta di non ammettere la circolazione autonoma della garanzia.

Si fa notare, infatti, che, sotto il vigore del codice civile del 1865, già esisteva una *querelle* sulla possibilità di cedere l'ipoteca in maniera autonoma; come quello attuale, anche il codice previgente non dedicava alcuna disposizione a questo istituto; tuttavia, sembrava prevalere, nonostante il silenzio del legislatore sul punto, l'orientamento incline ad ammettere questa operazione²³. La tesi positiva si basava essenzialmente sull'accoglimento di una nozione elastica del concetto di accessorietà dell'ipoteca: detto altrimenti, la garanzia reale doveva sì avere sempre come termine di riferimento un diritto di credito, ma questo non doveva necessariamente essere quello originario per il quale la garanzia stessa era stata costituita, ma poteva essere, invece, anche un credito differente cui far accedere l'ipoteca già costituita. Tra gli argomenti letterali normalmente utilizzati per giustificare questa visione dell'accessorietà, vi era quello che si basava sull'art. 1274 cod. civ. prec. in materia di novazione, il quale prevedeva che le garanzie non si estinguessero a seguito di novazione, ma continuassero a rafforzare il nuovo credito. Ciò significava che l'ordinamento ammetteva che l'ipoteca potesse essere ancorata a un credito diverso da quello originario²⁴, visto che era lo stesso codice a contemplare un'ipotesi siffatta.

²³ Cfr. G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi delle ipoteche e del pegno*, II ed., Milano-Torino-Roma, I, 1917, p. 85 ss. e II, 1918, p. 489 ss.; Id, Priv. ed ipoteche, II, n. 323 e ss.; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, parte terza, *I diritti reali di garanzia*, Torino 1932, p. 201 ss. e 368 ss.; L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., p. 279 ss., ID, *Proposte di riforma al codice civile in tema di ipoteche*, cit., colonne 215 e ss.; G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1889, § 19, il quale distingue tra due possibili modalità con cui può attuarsi l'operazione della cessione dell'ipoteca. La prima modalità – che trova maggiore consenso in dottrina – consiste nell'alienazione della sola prelazione, ma l'ipoteca resta accessoria al credito originario di cui continua a seguire le sorti: l'operazione così descritta non differisce, quindi, da un impegno a carattere obbligatorio con cui l'originario creditore ipotecario si obbliga a *cedere* al creditore chirografario la somma ricavata in sede esecutiva. La seconda modalità si sostanzia, invece, nell'alienazione della vera e propria ipoteca, intesa quale diritto reale autonomo rispetto al credito. L'Autore, nonostante le riserve espresse da certa dottrina, ritiene tuttavia ammissibile questo tipo di cessione dell'ipoteca; Venzi, Note al Pacifici Mazzoni, III, pt. 2, p. 596 ss *Contra*: E. PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato. Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I. Firenze, 1879, p. 205; P. MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, I, Napoli, 1912, p. 9 ss.; A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, cit., pp. 79 e ss., il quale smonta tutti gli argomenti a favore della tesi favorevole e spiega i rischi dell'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca.

²⁴ *Contra* A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, cit., p. 80, il quale ritiene che quella contemplata dall'art. 1274 del codice civile del 1865 non costituisca un'eccezione alla nozione rigida di accessorietà.

La nozione elastica dell'accessorietà dell'ipoteca era, inoltre, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria²⁵ la quale sosteneva, infatti, che non si potesse impedire al creditore di cedere l'ipoteca di cui fosse titolare, visto che era lo stesso ordinamento a conferirgli la facoltà di rinunciarvi. In altre parole, dal diritto di rinuncia alla garanzia reale si ricavava un generale potere dispositivo in capo al creditore. Si osservava, peraltro, che il riconoscimento di un siffatto vantaggio a favore del creditore non comportava alcun pregiudizio agli interessi del debitore; d'altronde, dovendo il debitore adempiere a tutte le obbligazioni con il proprio patrimonio, risultava per lui del tutto indifferente quale fosse il credito meglio garantito.

La Commissione Reale creata per riformare il codice civile aveva allora proposto di formalizzare l'istituto della cessione autonoma dell'ipoteca nel testo del nuovo codice. A tal uopo, fu elaborato l'art. 415 del Progetto per il libro II del codice civile. Questo articolo disciplinava espressamente l'istituto della cessione dell'ipoteca, prevedendo, per tutelare la posizione del debitore, che questo potesse opporre al cessionario le eccezioni relative all'ipoteca e quelle relative all'invalidità del rapporto obbligatorio originario (che avrebbe comportato l'invalidità della stessa ipoteca); viceversa, a tutela del creditore cessionario, era previsto che il debitore non potesse opporre le eccezioni fondate sull'estinzione del credito originario. Tuttavia, questo articolo, come noto, non ha mai avuto ingresso nel codice riformato del 1942. In aggiunta a ciò, non si fa alcuna menzione della cessione autonoma dell'ipoteca in nessuna parte del codice, nemmeno all'art. 2843 c.c. in materia di annotazione, a differenza di quanto avviene per l'istituto affine della postergazione del grado. Anche quest'ultimo, infatti, al pari della cessione autonoma dell'ipoteca, non trovava espressa formulazione nel codice previgente, ma era conosciuto grazie alle elaborazioni della dottrina dell'epoca²⁶. Allora, il fatto che, con l'adozione del

Infatti, ad avviso di questo Autore, il mantenimento delle garanzie sarebbe giustificato dal fatto che il credito, a seguito dell'accordo novativo, è solo formalmente estinto, ma non anche sostanzialmente perché non è stato soddisfatto: in altre parole, non essendosi estinto il credito nella sostanza, è normale che non si estinguano nemmeno le garanzie che lo assistono.

²⁵C. Firenze, 15 luglio 1878, Braida c. Valle, *Mon. Ven.*, VII, 470; Corte di Appello di Torino, 7 luglio 1880, Salvi c. Calosso, *Legge*, 1881, I, 740; Corte di Appello di Napoli, 11 luglio 1881, Silvestri c. Cred. Fondiario, *Foro it.*, 1881, I, 855; Corte di Appello di Bologna, 27 marzo 1887, Gambuzzi c. Marini, *Riv. B.*, V, 187; Corte di Appello di Bologna, 29 aprile 1901, Banca di Cesena c. Mombelli, *Annali*, 1901, 273.

²⁶ L. COVIELLO, *Proposte di riforma al codice civile in tema di ipoteche*, cit., colonna 215; A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, cit., p. 82;

nuovo codice, sia stato inserito nel dettato codicistico un riferimento alla postergazione del grado e non anche alla cessione autonoma dell'ipoteca, è stato letto come una presa di posizione del legislatore del '42 per l'inammissibilità di quest'ultima²⁷.

Ma c'è di più: il legislatore del 1942 non solo decide di ignorare, nella nuova codificazione, l'istituto della cessione autonoma dell'ipoteca, ma riforma anche l'art. 1274 cod. civ. prec. in materia di novazione – che, come visto, costituiva il più forte argomento testuale per sostenere la tesi dell'accezione debole dell'accessorietà e, conseguentemente, l'ammissibilità in via ermeneutica dell'operazione di cessione autonoma dell'ipoteca – sostituendolo con l'attuale art. 1232 c.c. che, invece, non prevede più la sopravvivenza delle garanzie all'estinzione dell'obbligazione originaria.

Sono proprio queste scelte compiute in occasione dell'adozione del codice attuale, che hanno indotto la dottrina tradizionale ad assumere questo atteggiamento di chiusura rispetto all'operazione della cessione autonoma dell'ipoteca, da un lato, e all'elasticità dell'accessorietà, dall'altro. Si osserva, infatti, che il legislatore del '42, pur essendo consapevole del dibattito in materia, non solo non ha più recepito l'art. 415 del Progetto nell'impianto definitivo del nuovo codice, ma tace del tutto sull'istituto (diversamente da ciò che avviene per la postergazione del grado) e modifica addirittura la disciplina delle garanzie in caso di novazione. Tutto ciò, secondo questi Autori, non può che leggersi come una precisa intenzione del nomoteta di ribaltare l'orientamento vigente sotto il codice del 1865, incline, come detto, ad attribuire all'accessorietà carattere flessibile e, quindi, ad ammettere la circolazione autonoma della garanzia ipotecaria. Viene così confermata la configurazione rigida del requisito accessorio dell'ipoteca²⁸, lo stretto vincolo di questa con il credito originario e l'inammissibilità della circolazione autonoma rispetto ad esso²⁹.

Accanto a queste ragioni di ordine storico, la dottrina in commento adduce, inoltre, a sostegno di questa tesi argomenti di tipo normativo, tratti da una certa interpretazione delle disposizioni codicistiche in materia di ipoteca, che, peraltro, in una sorta di mutevole scambio, trae forza e ragione dalle riflessioni di ordine socio-

²⁷ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 43.

²⁸ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 43, nota 97; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 41.

²⁹ Vedi nota precedente.

economico, volte a garantire la stabilità del mercato e la tutela degli interessi dei vari soggetti coinvolti.

2.2. LE ARGOMENTAZIONI NORMATIVE. DIVERSE NORME DEL CODICE CIVILE DIMOSTREREBBERO CHE IL NOSTRO ORDINAMENTO ABBA ACCOLTO LA NOZIONE RIGIDA DELL'ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA.

La dottrina tradizionale, come più volte affermato, ritiene che l'unica forma di accessorietà compatibile con il sistema ipotecario, così come definito dalle disposizioni codicistiche in materia, sia quella rigida. Corollario principale di questa ricostruzione è che l'ipoteca sia saldamente ancorata al credito per il quale nasce e non possa essere interessata da vicende traslative autonome. In altre parole, l'ipoteca potrebbe essere trasferita da un creditore all'altro solamente in conseguenza della cessione del credito cui accede.

In assenza di una disciplina codicistica dell'accessorietà, gli Autori che aderiscono a questa tesi sostengono che la loro ricostruzione sia giustificata, oltre che dalle ragioni di ordine storico evidenziate nel paragrafo precedente, anche da un'interpretazione sistematica delle norme in materia; le disposizioni del codice da cui potrebbe trarsi argomento per sostenere una certa autonomia, non solo strutturale ma anche funzionale della garanzia immobiliare rispetto al credito, vengono, invece, qualificate alla stregua di norme eccezionali, insuscettibili di interpretazione analogica e incapaci, pertanto, di smentire la suddetta conclusione per cui non potrebbe rompersi, e nemmeno affievolirsi, il nesso funzionale che lega l'ipoteca al *suo* credito.

Le disposizioni su cui trova fondamento la tesi in commento, sono diverse. Queste norme, peraltro, evidenziando un collegamento funzionale tra garanzia e credito in momenti diversi della *vita* della garanzia, proverebbero allora che l'ipoteca è indissolubilmente legata alle vicende del credito per cui la stessa è stata costituita.

Quanto al momento genetico, una prima indicazione in tal senso pare ricavarsi dall'art. 2808 c.c., la disposizione di apertura del Capo IV del Libro VI del codice, intitolato appunto "*Delle ipoteche*". Infatti, attribuendo i diritti di cui si compone l'ipoteca – vale a dire, di esproprio, di seguito e di prelazione sul ricavato

dell'espropriazione relativamente ai beni vincolati – “*al creditore*” a garanzia “*del suo credito*”, tale articolo presupporrebbe non solo la necessaria connessione con un credito, ma anche l'inscindibile subordinazione funzionale dell'una rispetto all'altro³⁰.

Tuttavia, le norme che maggiormente vengono utilizzate come prova dell'indiscutibile accezione rigida dell'accessorietà dell'ipoteca sono gli artt. 1263 e 2878, primo comma, num. 3) c.c.

L'art. 2878, primo comma, num. 3), c.c. riguarda il momento estintivo della garanzia. Questo articolo testualmente dispone che “*l'ipoteca si estingue con l'estinguersi dell'obbligazione*” e sarebbe un'ulteriore prova dell'assenza di autonomia funzionale della garanzia, essendo destinata, com'è, a seguire le sorti del credito per cui è stata costituita, anche quando questo viene meno.

L'art. 1263 c.c. attiene, invece, al momento traslativo e consacra la regola *accessorium sequitur principali*. Infatti, prevede che, in caso di cessione del credito garantito, si trasferisce anche la garanzia, così sancendone, ancora una volta, la subordinazione funzionale rispetto al credito originario.

Norma che, in un certo senso, chiude il cerchio è, infine, l'art. 2843 c.c., il quale stabilisce che sono soggette ad annotazione la trasmissione o il vincolo dell'ipoteca per cessione, la surrogazione, il pegno, la postergazione di grado, il sequestro, il pignoramento o l'assegnazione del credito ipotecario. Ma in questa elencazione non compare la cessione autonoma dell'ipoteca. Dal momento che, invece, si richiama l'operazione affine della postergazione del grado, si ricava in particolare che, con questa disposizione, il legislatore del 1942 abbia voluto chiaramente non dare ingresso nel nostro ordinamento alla cessione autonoma dell'ipoteca³¹. E non è tutto: così facendo, il legislatore non solo esclude l'ammissibilità di un siffatto istituto nel nostro ordinamento, ma finisce per confermare che l'accezione di accessorietà compatibile con il nostro sistema ipotecario sia quella rigida. Infatti, è proprio la rigidità del requisito dell'accessorietà dell'ipoteca a costituire il primo e più grande ostacolo alla cedibilità autonoma della garanzia.

³⁰ G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 25, il quale pure riconosce che questa norma non permette di ricostruire l'esatta portata del requisito dell'accessorietà dell'ipoteca.

³¹ D. RUBINO, *op. cit.* p. 43; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 41

Dall'esame delle norme suddette, la dottrina in commento, come detto, ricava che il legame tra il credito e la sua garanzia fa sì che le vicende relative al credito abbiano ricadute sulla vita dell'ipoteca, a partire dalla sua costituzione, passando per la sua cessione e finendo con la sua estinzione.

Infatti, la garanzia non potrebbe essere costituita in assenza di un credito il quale può essere tanto presente e determinato quanto futuro, - purché, in tal caso, sia per lo meno determinabile, ossia attinente a un rapporto già esistente al momento della costituzione dell'ipoteca. Essa, inoltre, può essere interessata da un'operazione di cessione solo se si verifica una vicenda *latu sensu* traslativa del credito cui accede, come dimostrano le norme in materia di cessione del credito (art. 1263 c.c.) e di surrogazione (art. 1204 c.c.). Essa, infine, si estingue quando si estingue il credito e ciò, oltre a essere stabilito dal suddetto art. 2878, comma 1, num. 3) c.c., è ripetuto all'art. 1232 c.c. in materia di novazione. Coerentemente, non comportando estinzione del debito, ma una mera modificazione soggettiva dell'obbligazione, gli istituti della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo non determinano l'estinzione dell'ipoteca, salvo il caso della liberazione del debitore originario (art. 1275 c.c.).

Secondo la ricostruzione dottrina in commento, quindi, il vincolo di subordinazione esistente tra ipoteca e credito originario cui essa accede, come dimostrato dal sistema creato dalle summenzionate disposizioni, sarebbe di tal fatta da non riconoscere alcuna autonomia alla prima rispetto al secondo e, conseguentemente, non potrebbe essere oggetto di un'operazione traslativa senza il credito.

Il principio di accessorietà avrebbe dunque una portata ampia e rigida: ampia, perché coinvolge tutte le fasi di vita della garanzia; rigida, perché non ammette eccezioni – all'infuori di quelle espressamente previste dal legislatore.

E questa interpretazione del requisito dell'accessorietà troverebbe, peraltro, vigore e conferma, come si vedrà nel paragrafo successivo, dalla preoccupazione di tutelare quanto più possibile il debitore, i creditori, ipotecari e chirografari, e i terzi in generale, i quali, secondo questa visione, trarrebbero giovamento dalla prevedibilità e dalla rigidità del sistema ipotecario così congegnato.

2.3. LE ARGOMENTAZIONI SOCIO-ECONOMICHE. L'ACCEZIONE RIGIDA DELL'ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA ASSICURA PREVEDIBILITÀ E STABILITÀ DEL SISTEMA E COSÌ GARANTISCE UNA PIÙ SALDA TUTELA DELLE POSIZIONI E DEGLI INTERESSI DEI SOGGETTI VARIAMENTE CONNESSI AL CREDITO IPOTECARIO.

Un ultimo argomento usato a sostegno della tesi tradizionale si basa su ragioni socio-economiche di tutela del debitore e degli altri soggetti coinvolti. Secondo gli Autori che abbracciano questa posizione, l'accezione rigida dell'accessorietà e la connessa inammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca costituirebbero delle risposte alle perplessità legate alla salvaguarda, sotto vari profili, degli interessi di quei soggetti³².

Più nel dettaglio, secondo questa dottrina, la circolazione dell'ipoteca svincolata dal credito cui accede, determinerebbe un *vulnus* prima di tutto alle ragioni del debitore. Infatti, si è ritenuto che permettere al creditore ipotecario di cedere liberamente l'ipoteca di cui sia titolare a favore di un altro creditore dello stesso debitore, vanificherebbe l'eventuale scelta iniziale del debitore stesso di non concedere ipoteca a favore del creditore cessionario (originariamente chirografario) in ragione, ad esempio, di sue qualità personali³³. Inoltre, ammettere la cessione autonoma dell'ipoteca condizionerebbe l'ordine con cui lo stesso debitore potrebbe avere interesse a estinguere le proprie obbligazioni: di fatti, per conseguire l'effetto della liberazione dell'immobile dall'ipoteca, potrebbe essere indirettamente indotto a pagare dapprima il credito del cessionario³⁴.

Oltre al debitore, la cessione dell'ipoteca potrebbe, inoltre, pregiudicare gli interessi dei creditori ipotecari di grado ulteriore rispetto a quello dell'ipoteca ceduta, i quali, ancorché iscritti precedentemente alla cessione, si ritroverebbero subordinati alle

³² M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit, p. 808; G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 371 che fa riferimento a esigenze di tutela del debitore; N. FERRARO, *Accessorietà e circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 156; F. S. GENTILE, *Le ipoteche. Commento agli artt. 2802 a 2899 del codice civile*, Roma, 1961, p. 236; B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare*, Milano, 1958, p. 11; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 42-43.

³³ M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 809.

³⁴ G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 371.

ragioni del creditore cessionario, che, con la cessione, acquisterebbe il grado poziore del cedente³⁵.

In aggiunta a queste osservazioni, può aggiungersi che, in termini più generali, la circolazione autonoma dell'ipoteca coverebbe pur sempre in sé il rischio per il costituente, debitore o terzo che sia, di perdere il controllo sulla garanzia gravante sul proprio bene immobile, la quale potrebbe arrivare ad assistere non solo i crediti di creditori del medesimo debitore, ma anche, se si porta la possibilità di cedere l'ipoteca alle sue estreme conseguenze, perfino, vincoli obbligatori di creditori che non hanno alcun rapporto con il debitore originario.

Inoltre, anche i creditori chirografari potrebbero essere negativamente coinvolti da un'operazione di cessione di ipoteca in quanto rischiano di vedersi ridotta la garanzia patrimoniale generica del loro comune debitore qualora il bene ipotecato venga, a seguito della cessione, vincolato a garanzia di un credito più esoso e successivamente espropriato: infatti, in tal caso, il residuo della vendita forzata sarebbe di ammontare inferiore, essendo maggiore la misura del ricavato impiegata per soddisfare il credito garantito. Ma inoltre, in astratto, tutti i terzi, potenziali acquirenti del bene o futuri creditori, potrebbero indirettamente subire effetti indesiderati dalla cessione dell'ipoteca, non essendo capaci di prevedere la durata, l'estensione e le conseguenze di un'ipoteca suscettibile di essere autonomamente ceduta.

Impedendo la cessione autonoma dell'ipoteca, quindi, si eviterebbero altri effetti negativi, consistenti nel dare forza vitale a una garanzia ipotecaria, ad esempio, cedendola a favore di un credito con scadenza più lontana o ancorandola a un credito certo e attuale in sostituzione di un credito originario solo eventuale, per non menzionare la possibilità del titolare di ipoteca generale di cedere a favore di diversi creditori varie ipoteche su singoli beni del debitore³⁶.

In definitiva, avuto riguardo alle criticità evidenziate da certa dottrina con riferimento alla possibilità di far circolare l'ipoteca in maniera autonoma rispetto al credito, l'interpretazione in chiave rigida del principio di accessorietà, che ancora, come già illustrato, la garanzia al suo credito originario senza possibilità di sorprese circa la durata e la portata economica del gravame, sembra la migliore strada per assicurare la

³⁵ Cfr. M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 808; N. FERRARO, *op. cit.*, p. 156.

³⁶ F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 236; B. MARIANI, *op. cit.*, Milano, 1958, p. 11.

prevedibilità dei rischi e, quindi, dei costi, con la conseguenza di una maggiore sicurezza e certezza nei traffici, con effetti positivi anche sull'affidabilità degli operatori del mercato.

3. CRITICA ALLA CONCEZIONE TRADIZIONALE E RIGIDA DEL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA: IN PARTICOLARE, LE ARGOMENTAZIONI STORICHE. LE VICENDE STORICHE LEGATE ALL'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ISTITUTO DELL'IPOTECA NON PROVANO CHE NEL NOSTRO ORDINAMENTO IL REQUISITO DELL'ACCESSORIETÀ DEBBA ESSERE INTESO NECESSARIAMENTE NELL'ACCEZIONE RIGIDA.

A questo punto occorre, come preannunciato, vagliare la tenuta dell'interpretazione rigida del principio di accessorieta dell'ipoteca, considerato che è sul terreno di questo principio che si gioca la possibilità di un'effettiva evoluzione e di una maggiore attrattività del nostro sistema ipotecario.

In altre parole, l'interrogativo cui si vuole provare a dare una risposta è se l'accezione rigida del requisito dell'accessorieta dell'ipoteca sia in qualche modo un imperativo del nostro ordinamento o se, invece, sia sostenibile una sua portata più tenue e se ciò sia effettivamente foriero di tutti i rischi evidenziati dalla dottrina tradizionale.

Passando in rassegna gli argomenti riportati *supra*, usati dalla dottrina tradizionale per sostenere che tra ipoteca e credito originario sussista un nesso di accessorieta da interpretarsi necessariamente in maniera rigida, si può sin d'ora anticipare che tale ricostruzione appare come una presa di posizione ideologica e non una soluzione necessitata dal sistema.

Prima di tutto, non persuade l'argomento storico. Infatti, sia permessa una primissima osservazione: se le argomentazioni di questo tipo possono essere dotate di una certa persuasività in prossimità della scelta storica compiuta dal legislatore, perdono ovviamente di forza con il passare del tempo. Se così non fosse, gli ordinamenti giuridici sarebbero destinati necessariamente all'immobilità e all'immutabilità – salvo un nuovo intervento da parte del nomoteta – senza alcuna possibilità di interpretazione evolutiva. In quest'ottica, se non ci si inganna, non può convincere del tutto un'interpretazione basata sulla ricostruzione dell'intenzione del legislatore storico, considerata alla stregua di un limite insuperabile.

Ovviamente, l'interprete non può spingersi fino a un'interpretazione *contra legem*. Ciò significa che di fronte a una norma espressa, il giurista che tenti di innovare il diritto per via ermeneutica, deve necessariamente arrestarsi. Ma ciò non avviene in

materia ipotecaria dal momento che, come più volte ribadito, non esiste alcuna disposizione che imponga una lettura rigida del principio di accessorietà e, parimenti, non esiste una norma che impedisca espressamente la cessione autonoma dell'ipoteca.

Perciò, non sembrano veramente persuadere gli argomenti che si basano sulle vicende che hanno accompagnato l'adozione del codice attuale. Il mancato recepimento dell'art. 415 del Progetto, la formulazione dell'art. 1232 c.c. in materia di novazione, nonché l'elencazione contenuta dall'art. 2843 c.c., anche a voler ammettere che denunzino, come sostenuto dall'avversata dottrina, una precisa presa di posizione del nostro legislatore per l'accessorietà rigida e l'inceditività autonoma dell'ipoteca, non possono costituire un ostacolo invalicabile per impedire una diversa interpretazione del nostro sistema ipotecario. O almeno non più, tenuto conto del cambiamento del contesto economico e delle nuove esigenze espresse dalla prassi.

Peraltro, oltre alla lontananza cronologica di questi fatti storici, è tutto da verificare che essi si sostanzino in scelte effettive e definitive del legislatore.

Come spesso accade infatti, il silenzio del legislatore del 1942 sia sull'intensità da riconoscere al requisito dell'accessorietà dell'ipoteca che sull'ammissibilità dell'operazione di cessione autonoma, pur essendo noto il dibattito sul tema, non necessariamente vale come una presa di posizione, potendo ben consistere nella scelta di lasciare alla dottrina e alla giurisprudenza l'onere di approfondire e di risolvere la questione. Potrebbe dirsi, dunque, che il nomoteta, ben preciso e attento in altre parti del codice, abbia volutamente lasciato un vuoto per mantenere aperto il dibattito. Infatti, se avesse voluto risolvere definitivamente la *querelle* sul tema, avrebbe potuto stabilire un divieto espresso o adottare una norma precisa. Ma così non è avvenuto. Senza contare, peraltro, che ragioni più squisitamente tecnico-giuridiche impediscono di intendere il contenuto degli artt. 2843 e 1232 c.c. come un motivo per sostenere la necessaria accezione forte del requisito dell'accessorietà, come si vedrà nei paragrafi successivi.

Ma c'è di più. Chi voglia fondare la tesi dell'inammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca su ragioni storiche, non tiene conto in realtà della storia complessiva dell'istituto. L'ipoteca vanta un'esistenza secolare e, sia agli albori che in tempi più recenti, non sembra essere stata sempre concepita in maniera stringente come un accessorio del solo credito per cui è costituita.

Infatti, già le fonti classiche romane, sottoposte a una più attenta analisi, dimostrerebbero che il requisito dell'accessorietà era concepito in termini deboli, come mero legame della garanzia a un credito qualsiasi. Ciò si ricaverebbe dalla formula dell'*actio pignoraticia in rem* che fa riferimento alla circostanza che la garanzia si estingua per *solutio* e *satisfactio*. Se per *solutio* non si intende genericamente *estinzione* del debito, ma si traduce, in maniera più restrittiva, come *pagamento*, ne consegue – come sostiene la dottrina più recente – che la garanzia ipotecaria continua a sussistere in caso di estinzione dell'obbligazione per ragioni diverse dal pagamento del credito. Questa ricostruzione dell'accessorietà tenue è avvalorata dalla circostanza che il diritto romano conosceva l'istituto del *pignus rei suae*, che consisteva nel mantenimento della garanzia reale su proprio bene, anche a seguito della riunione sullo stesso soggetto delle qualità di proprietario e di creditore garantito³⁷.

Ma la vicenda più interessante riguarda l'esperienza francese. Infatti, la Francia, da cui ereditiamo il sistema ipotecario attuale e la stessa idea rigida di accessorietà, ha conosciuto, durante la Rivoluzione e, quindi, poco prima dell'adozione del *code civil*, un'ipotesi di ipoteca non accessoria, la *cédule hypothécaire*, poi abrogata, ma fatta propria dal diritto svizzero dove esiste tuttora.

Peraltro, anche le posizioni della dottrina italiana ante '42, incline ad ammettere la cedibilità autonoma dell'ipoteca, dimostrano che quello dell'accessorietà in senso forte non è un imperativo, ma un accidente storico, una scelta di politica del diritto che potrebbe esserci, ma potrebbe anche non esserci.

Da questi rapidi cenni storici, è possibile ricavare che l'accezione rigida dell'accessorietà dell'ipoteca non è affatto una necessità e che il modo in cui si intende concepire il requisito dell'accessorietà attiene più a una scelta per così dire di politica del diritto, piuttosto che di una soluzione imposta da ragioni tecnico-giuridiche.

³⁷ F. FIORENTINI, *op. cit.*, pp. 343 e ss.

4. CRITICA ALLA CONCEZIONE TRADIZIONALE E RIGIDA DEL PRINCIPIO DI ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA: IN PARTICOLARE, LE ARGOMENTAZIONI NORMATIVE. UNA DIVERSA INTERPRETAZIONE DELLE NORME IN MATERIA PERMETTE DI RITENERE COMPATIBILE CON IL NOSTRO ORDINAMENTO L'ACCEZIONE DEBOLE DELL'ACCESSORIETÀ DELL'IPOTECA.

Gli argomenti normativi addotti dalla dottrina tradizionale a sostegno della tesi rigida del principio di accessorietà non risultano probanti alla luce di una più approfondita analisi delle disposizioni del nostro codice. L'operazione ermeneutica compiuta dagli Autori che aderiscono a questa posizione, sembra in realtà essere condizionata dal quel pregiudizio teorico, più volte richiamato, e che consiste in un'idea aprioristica di accessorietà in senso rigido. Si comprenderà, allora, che, se ciò è vero, si realizza un'inversione dei termini dell'attività interpretativa. L'obiettivo è quello, dunque, di evidenziare che, in realtà, dalle norme in materia non è dato trarre un'indicazione precisa e che, quindi, è per lo meno prospettabile nel nostro ordinamento una diversa configurazione della questione.

Entrando nel merito, in via generalissima, può constatarsi, prima di tutto, che tutte le norme utilizzate dalla dottrina tradizionale per sostenere la propria tesi, fanno in realtà riferimento al nesso accessorio tra l'ipoteca e *un* credito, ma non si precisa mai che questo credito debba essere necessariamente il credito per cui originariamente la garanzia è stata costituita.

Dopo questa osservazione di ordine generale, conviene analizzare singolarmente ciascuna norma usata a conforto della tesi avversata per verificare se il dettato normativo non sia compatibile in realtà con un diverso senso che provi, a livello sistematico, che nel nostro ordinamento è possibile un'accezione tenue dell'accessorietà.

Prendendo le mosse dall'art. 2808 c.c., si può notare che lo stesso si limita a stabilire che l'ipoteca si costituisce a favore di un creditore a garanzia di un suo credito. Questa disposizione non aggiunge altro. In particolare, non impone che il credito resti immutato per l'intera vita dell'ipoteca. Ribadisce, piuttosto, la mera necessità della sussistenza di un credito a cui ancorare l'ipoteca, cosa che si lega alla sua funzione di garanzia. Ma la necessaria esistenza di un credito, come evidenziato *supra*, è compatibile anche con una ricostruzione debole del requisito dell'accessorietà secondo la quale,

infatti, è sufficiente che l'ipoteca, per non estinguersi, sia sempre collegata a un credito, poco importa se questo sia proprio quello originario o uno diverso. Questa norma allora non pare essere un valido argomento per sostenere l'accezione forte dell'accessorietà. Il riferimento al creditore e a un credito, in un'ottica sistematica, può, però, leggersi come una prima indicazione del fatto che la garanzia immobiliare possa essere costituita solo a favore di un credito già esistente o, se futuro, di un credito che derivi almeno da un rapporto già esistente³⁸.

È noto che anche gli artt. 1263 e 2878, comma 1, num. 3) c.c., sono stati utilizzati come argomenti per sostenere la sussistenza di un legame inscindibile tra la garanzia e il credito originario, perché, solo in questo modo, si spiegherebbe la circostanza che con la cessione del credito si ceda anche la garanzia e che la stessa, poi, si estingua a seguito dell'estinzione dell'obbligazione cui accede. Tuttavia, questa tesi prova troppo. Di fatti, queste vicende sono compatibili anche con una ricostruzione non rigida del principio di accessorietà, occorrendo solo relativizzare il discorso al credito cui la garanzia di volta in volta acceda. Detto più chiaramente, l'ipoteca può circolare o si estingue a seguito della cessione o dell'estinzione del credito cui si trovi a essere ancorata in un dato momento. Ciò dimostra, allora, che l'affievolimento della portata dell'accessorietà della garanzia reale non è in contrasto, quindi, con il disposto delle norme in commento.

Inoltre, per quanto attiene alla mancata inclusione della cessione autonoma dell'ipoteca nell'elencazione di cui all'art. 2843 c.c. – altro argomento che, come si ricorderà, è stato utilizzato dall'opposta dottrina per sostenere l'inammissibilità di questa operazione e, a monte, la tesi dell'accezione rigida dell'accessorietà – occorre osservare che per valere come argomento utile a questo fine dovrebbe trattarsi di un elenco chiuso, altrimenti non prova nulla. A tal uopo, bisogna però ammonire che, secondo la dottrina, l'art. 2843 c.c., lungi dall'effettuare un'elencazione tassativa, enuclea, invece, una serie di fattispecie a mero scopo esemplificativo³⁹. Ciò è dimostrato, da un lato, dal fatto che,

³⁸ La vaghezza dell'argomento è stata, d'altronde, evidenziata anche da uno stesso sostenitore della tesi dell'accessorietà rigida, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 25.

³⁹ La dottrina sul punto è unanime: cfr. G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 368; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 37 e ID, *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 cod. civ.*, in *Riv. Dir. ipotecario*, 1959, p. 155; B. MARIANI, *cit.*, p. 459; F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 234; M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, *cit.*, p. 821 ss.; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 105 e p. 389. In giurisprudenza, si veda, Decreto 3 dicembre 1960 del Presidente del Tribunale di Palermo, con nota critica di E. GALLO, *Inammissibilità del trasferimento autonomo dell'ipoteca*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1962, pp. 102 e ss., il quale, pur condividendo il presupposto

oltre alle vicende del credito espressamente richiamate nel testo della disposizione, il nostro codice prevede ulteriori vicende suscettibili di annotazione come, ad esempio, la surrogazione del creditore perdente di cui all'art. 2857 c.c. e la surroga del terzo acquirente di cui all'art. 2866 c.c.; dall'altro, accanto a queste fattispecie testualmente richiamate dal codice civile, ve ne sono altre non espressamente previste per cui comunque la dottrina ritiene che debba essere adempiuta la formalità dell'annotazione come nei casi di costituzione di usufrutto, vendita forzata, cessione dei beni ai creditori, sequestro conservativo e di separazione ereditaria⁴⁰. Alla luce di ciò, questa disposizione non può essere validamente utilizzata per escludere la cedibilità autonoma dell'ipoteca; anzi, se si arrivi a riconoscerne l'ammissibilità nel nostro ordinamento, lascia aperta la possibilità di includere in via interpretativa – come avvenuto per altre fattispecie – anche questa operazione tra quelle per cui sia ammessa (*rectius*, necessaria) la formalità dell'annotazione.

Mutatis mutandis, inoltre, non essendo un valido argomento per escludere la cedibilità autonoma dell'ipoteca, non può esserlo nemmeno per giustificare la visione rigida del requisito dell'accessorietà che si connette, come noto, alla prima questione.

4.1. CRITICA ALLA TESI CHE SOSTIENE CHE LA DISCIPLINA DELLA CESSIONE DEL CREDITO IPOTECARIO DIMOSTRI LA POSSIBILITÀ DI SCINDERE IL LEGAME FUNZIONALE TRA L'IPOTECA E IL CREDITO GARANTITO.

È stato anche sostenuto che proprio la disciplina che traduce in campo ipotecario la regola dell'*accessorium sequitur principali*, vale a dire la regolamentazione della sorte delle garanzie a seguito della cessione del credito, presenterebbe profili operativi che

della non tassatività delle ipotesi contemplate dall'art. 2843 c.c. per l'annotazione, ribadisce che ciò non può spingersi fino ad ammettere l'annotazione di un'operazione che realizza in sostanza un trasferimento autonomo dell'ipoteca, non possibile nel nostro ordinamento per il carattere fortemente accessorio della garanzia ipotecaria rispetto al credito originario.

⁴⁰ Cfr. A. CHIANALE, *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, III ed., Milano 2017, p. 105.

rivelerebbero la possibilità di scindere il rapporto funzionale che lega l'ipoteca al credito garantito⁴¹.

Secondo i sostenitori di questa tesi, in occasione della cessione di un credito ipotecario, potrebbe verificarsi una discrepanza tra la cessione del credito e il trasferimento dell'ipoteca. Infatti, nonostante l'art. 1263 c.c. declami il principio del passaggio automatico della garanzia a favore del cessionario contestualmente al credito, si evidenzia come, mentre il credito si trasferisce a favore del cessionario per effetto del solo consenso, l'efficacia del trasferimento dell'ipoteca, ai sensi dell'art. 2843 c.c., è subordinato invece all'adempimento della formalità dell'annotazione a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria; fino a quel momento quindi si assisterebbe a una dissociazione tra la titolarità del credito, già passato al cessionario, e la titolarità dell'ipoteca, ancora in un certo senso appannaggio del cedente⁴². L'annotazione segna quindi il momento in cui il cessionario può iniziare ad avvalersi delle prerogative scaturenti dalla titolarità dell'ipoteca, tant'è che, fino a quel momento, anche un'eventuale cancellazione o postergazione della garanzia necessiterebbe dell'intervento del creditore cedente⁴³. Quindi, è come se l'ipoteca si trasferisse solo al momento dell'annotazione; se è così, significa, allora, che l'ipoteca non si trasferisca automaticamente insieme al credito e che, inoltre, per questo motivo, venga a determinarsi un notevole affievolimento del rapporto di accessorietà⁴⁴.

Una situazione analoga verrebbe, peraltro, a crearsi nell'ipotesi patologica in cui il creditore ceda il proprio credito ipotecario a favore di due cessionari dei quali uno proceda per primo ad annotare il trasferimento dell'ipoteca e l'altro, però, notifichi per primo la cessione al ceduto o la cui cessione sia stata accettata per prima da questi⁴⁵. Seguendo le diverse regole di opponibilità dettate dall'art. 1265 c.c., per la cessione del

⁴¹ B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2016, pp. 65-66; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Polifunzionalità dell'ipoteca. Uno studio comparatistico*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2019, p. 26. In giurisprudenza, si veda Cass. civ., sez. III, 30 agosto 2018, n. 21395

⁴² B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 66.

⁴³ B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 65.

⁴⁴ P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p. 140; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 66; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 26

⁴⁵ B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 25 e ss.

credito, e dall'art. 2843 c.c., per il trasferimento dell'ipoteca, si verrebbe a creare, anche in questo caso, una dissociazione tra titolare del credito (il cessionario che abbia per primo notificato la cessione al debitore ceduto o la cui cessione sia stata accettata per prima da questi) e titolare della garanzia ipotecaria (il cessionario che per primo abbia annotato il trasferimento dell'ipoteca)⁴⁶. Tuttavia, questa annotazione, non corrispondente alla titolarità del credito, sarebbe da reputarsi invalida⁴⁷

Questa tesi tuttavia non convince. Infatti, per provare davvero una scissione del nesso funzionale, le fattispecie descritte poc'anzi dovrebbero produrre l'effetto per cui l'ipoteca non sia più al servizio del credito ceduto. Invece, a ben vedere, nei casi suddetti in cui non sia stata fatta l'annotazione, sebbene dunque l'ipoteca sia inefficace – e quindi sostanzialmente inutile per il cessionario – essa, a parere di chi scrive, resterebbe tuttavia ancorata al credito ceduto. Se, infatti, fosse realmente scisso il legame con il credito garantito, essa apporterebbe una qualche utilità al cedente che ne è rimasto titolare, ma così non è. E il fatto che alcune prerogative, quali l'eventuale cancellazione o l'eventuale postergazione dell'ipoteca, restino, come pure è stato evidenziato, appannaggio del creditore originario, si giustifica, a parere dello scrivente, sulla base dell'autonomia strutturale della garanzia. Infatti, la diversa disciplina dettata dall'art. 2843 c.c., rispetto a quella dettata in materia di cessione del credito di cui all'art. 1265 c.c., attiene a quello che è stato più su definito profilo strutturale dell'ipoteca, vale a dire quella dimensione dell'ipoteca stessa che, pur ricevendo un trattamento differenziato rispetto al credito, non ne scinde tuttavia il legame funzionale con esso. È quanto avviene, se non ci si inganna,

⁴⁶ Non è invece condivisibile la posizione di D. RUBINO, *op. cit.*, p. 38 e ss. e sostenuta anche da F. S. GENTILE, *op. cit.*, pp. 231 e ss. e da G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 366 e ss. Contraddicendo al disposto dell'art. 1265 c.c. per cui il conflitto tra più cessionari viene risolto sulla base della priorità o della notifica della cessione al ceduto o dell'accettazione fattane da questi, i citati Autori sostengono, invece, che prevarrebbe il cessionario che abbia per primo annotato il trasferimento dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2843 c.c. Nella cessione del credito ipotecario, sarebbe la sorte della garanzia a influenzare la sorte del credito perché sarebbe, infatti, questo secondo a passare al cessionario titolare dell'ipoteca per aver adempiuto per primo alla formalità dell'annotazione, anche qualora l'altro abbia per primo notificato la cessione. E ciò sarebbe motivato dal requisito dell'accessorietà e dalla preoccupazione di non scindere le sorti della garanzia da quelle del credito. Tuttavia, questa interpretazione è contraria allo stesso dettato normativo che, infatti, impone la formalità dell'annotazione solo per dare pubblicità al trasferimento dell'ipoteca e non anche per risolvere il conflitto tra più cessionari del credito; per questo motivo, la norma dettata in materia di ipoteca non può prevalere sulla disciplina sostanziale della cessione del credito. Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, pp. 106 e ss.; B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁴⁷ B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 26.

in questa materia. È vero che il trasferimento dell'ipoteca (*rectius*, la sua opponibilità) riceve una regolamentazione differente rispetto al trasferimento del credito, ma ciò senza incidere sul nesso funzionale, come dimostra il fatto che, al di fuori di queste situazioni patologiche, nessuno si sentirebbe di contestarlo; se, invece, bastasse veramente questa diversa disciplina a dimostrare un affievolimento del rapporto di accessorietà, allora, ciò dovrebbe rinvenirsi anche nelle ipotesi fisiologiche. La verità è che allora il nesso di subordinazione funzionale resta intatto, anche se le due ipotesi sono regolamentate in maniera differenziata. Per questo motivo, le suddette fattispecie non possono provare nemmeno un mero affievolimento del requisito accessorio dell'ipoteca rispetto al suo credito, ma costituiscono delle mere vicende patologiche che discendono dall'autonomia strutturale dell'ipoteca.

Inoltre, sempre nei casi sopra descritti, non è nemmeno preciso parlare di scissione della titolarità del credito da quella dell'ipoteca. Infatti, secondo la dottrina maggioritaria che pure riconosce la formulazione ambigua dell'art. 2843 c.c.⁴⁸, l'annotazione non avrebbe efficacia costitutiva tra le parti del trasferimento dell'ipoteca, ma servirebbe alla sola opponibilità ai terzi⁴⁹. Allora, al pari di altre, anche la pubblicità prescritta dall'art.

⁴⁸ L'art. 2863 c.c. stabilisce, infatti, che la conseguenza dell'omissione dell'annotazione sia l'inefficacia della trasmissione stessa dell'ipoteca. Si discute sulla portata di detta inefficacia e, in particolare, se essa sia una conseguenza della natura costitutiva della formalità pubblicitaria in questione o se debba tradursi nella mera inopponibilità ai terzi. Come visto nel corpo del testo, pare prevalere questa seconda visione.

⁴⁹ L'asserita natura costitutiva dell'annotazione opererebbe solo rispetto ai terzi e, quindi, si tradurrebbe nella sua opponibilità agli stessi terzi: cfr. F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 232; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 38; G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 366 e ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 37; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 248 o 254; G. GABRIELLI, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *I Contratti*, 1992, I, p. 460; P. BOERO, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bignavi*, Torino, 1984, p. 134 A. CHIANALE, *op. cit.*, pp. 106. A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 422; ID., *Ipoteca, I) Ipoteca immobiliare*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 6 e M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 823 parlano, invece, di natura costitutiva dell'annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c. In giurisprudenza sostengono la natura costitutiva solo rispetto ai terzi Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3402; Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2008, n. 3173; Cass. civ., sez. I, 10 agosto 2007, n. 17644; Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1995, n. 3387; Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1992, n. 8983; Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 1980, n. 1060; Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 1963 n. 3221 e Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 1963, n. 3222 entrambe con nota parzialmente critica di E. GALLO, *Titolarità dell'ipoteca e legittimazione a disporre*, in *Foro padano*, 1964, pp. 822 e ss. In particolare, l'Autore condivide le conclusioni, ma non il percorso argomentativo della Corte. Infatti, come la Corte, ritiene che, in mancanza di annotazione, anche se formalmente la cancellazione dell'ipoteca debba provenire dal creditore surrogato, sia pur sempre necessario il consenso del creditore che si sia surrogato nel credito garantito; tuttavia, diversamente da ciò che sostiene la Corte, egli ritiene che, avendo l'annotazione natura costitutiva anche tra le parti, il consenso alla cancellazione dell'ipoteca da parte del

2843 c.c. avrebbe efficacia dichiarativa, come dimostra il fatto che quella costitutiva, avendo natura eccezionale, necessiterebbe di un'espressa previsione normativa che, allo stato, manca⁵⁰. Stando così le cose, può sostenersi che l'ipoteca si trasmetta sempre insieme al credito a favore del cessionario e che non si realizzi alcuna dissociazione delle titolarità, anche in assenza di annotazione, perché l'unica conseguenza sarebbe l'inopponibilità ai terzi della garanzia e non anche il mancato suo trasferimento⁵¹.

Alla luce delle suddette osservazioni, a parere di chi scrive, non è possibile riferirsi alla disciplina del trasferimento dell'ipoteca per effetto della cessione del credito per sostenere la compatibilità con il nostro sistema ipotecario dell'accezione debole di accessorietà né per argomentare l'ammissibilità nel nostro ordinamento della cessione autonoma dell'ipoteca.

4.2. L'ESTINZIONE DEL CREDITO NON DETERMINA SEMPRE LA CONSEGUENTE ESTINZIONE DELL'IPOTECA CHE VIENE ANCORATA A UN CREDITO DIVERSO. CIÒ PROVA CHE IL NOSTRO ORDINAMENTO CONOSCE IPOTESI DI AFFIEVOLIMENTO DEL RAPPORTO DI SUBORDINAZIONE FUNZIONALE CON RELATIVA MODIFICA DEL CREDITO GARANTITO.

È noto che, ai sensi dell'art. 2878, comma 1, num. 3) c.c., l'ipoteca dovrebbe estinguersi a seguito dell'estinzione dell'obbligazione cui accede. Questa previsione, come è stato evidenziato, dimostrerebbe che il rapporto di subordinazione funzionale tra garanzia e credito è di tipo forte.

creditore surrogante sia richiesto – non perché questo sia titolare della garanzia reale per effetto della surrogazione ancorché non annotata (come sostenuto nelle suddette sentenze), ma – perché lo stesso sarebbe titolare di un'aspettativa di diritto a ottenere l'annotazione e, quindi, a conseguire l'ipoteca: è, dunque, la tutela di questa aspettativa che giustifica la necessità del suo consenso alla cancellazione. *Contra*: Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188; Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4137; Cass. civ., sez. I, 12 settembre 1997, n. 9023; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1980, n. 4419; Cass. civ., sez. I, 7 maggio 1992, n. 5420 la quale statuisce che l'art. 2843 cod. civ. attribuisce all'annotazione del trasferimento dell'ipoteca lo stesso valore costitutivo che, relativamente al suo sorgere, è proprio dell'iscrizione, configurando in tal guisa un elemento integrativo indispensabile della fattispecie del trasferimento medesimo.

⁵⁰ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 37.

⁵¹ A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 109.

Tuttavia, il nostro codice disciplina alcune fattispecie in cui, a fronte dell'estinzione del credito garantito, non si produce l'effetto dell'estinzione dell'ipoteca, come ci si attenderebbe. Conviene allora analizzare queste vicende per verificare se queste rivelino o meno una sorta di breccia nella visione rigida dell'accessorietà. Se così fosse, si trarrebbe argomento per sostenere che la posizione della dottrina tradizionale pecchi di eccesso e che, invece, sia opinabile una versione debole del rapporto accessorio.

Quindi, in questo paragrafo si analizzeranno le vicende in cui all'estinzione del credito non consegue l'estinzione della garanzia, mentre, nel paragrafo successivo, si approfondiranno le fattispecie per così dire inverse in cui è la garanzia a venir meno anche se ciò non si verifica per il credito garantito. Si può fin d'ora anticipare che in queste ipotesi sembra potersi rinvenire dei casi normativamente previsti in cui pare allentarsi il legame funzionale tra il credito e la sua garanzia, casi in cui talvolta è possibile scorgere addirittura la traslazione dell'ipoteca da un credito all'altro. Queste fattispecie configurano, allora, ulteriori indicazioni che depongono a favore dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di una relazione meno rigida tra ipoteca e credito e, quindi, dell'operazione della cessione autonoma della garanzia.

Tuttavia, contrariamente a quanto pure è stato sostenuto⁵², non si ritiene che, tra queste ipotesi, possa rientrare anche il caso della mancata riduzione dell'ipoteca a fronte della parziale estinzione del credito garantito. Se, infatti, apparentemente possa sembrare che, al pari delle altre, anche in questa ipotesi, si abbia l'estinzione del credito – ancorché parziale – cui non consegue però l'estinzione della garanzia, nemmeno parziale, tuttavia, a parere dello scrivente, ciò non si riverbera in alcun modo sul nesso funzionale che lega l'ipoteca al suo credito. Infatti, a prescindere dalla misura della garanzia che permane, questa resta pur tuttavia ad assistere lo stesso credito. D'altronde, il codice dà la possibilità di ridurre l'ipoteca: l'art. 2873, comma 2, c.c. prevede, infatti, la possibilità di ridurre la somma iscritta – e non anche di restringere i beni ipotecati – qualora, a seguito di pagamenti parziali, si sia estinto almeno un quinto dell'ammontare complessivo del debito. Allora, la diversa disciplina dettata per l'ipoteca rispetto alla parziale estinzione del credito, se non ci si inganna, si giustifica non tanto su un presunto affievolimento del

⁵² C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., pp. 62 e ss.; ID, *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, cit., p. 13, il quale ritiene che la mancata riduzione automatica dell'ipoteca a seguito del pagamento parziale del credito, sia prova del fatto che la connessione funzionale tra ipoteca e credito non si manifesta nella fase statica della garanzia, ma solo nel momento della sua realizzazione; B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 206-207.

principio di accessorieta', quanto su ragioni intrinseche allo stesso sistema ipotecario, quali il principio di pubblicita'⁵³, altrimenti i terzi non potrebbero avere contezza dell'estensione del gravame. Ma, a prescindere da queste considerazioni, resta il fatto che l'ipoteca rimanga saldamente ancorata al credito cui accedeva fin dall'origine e, quindi, non c'è modo di mettere in discussione il rapporto di accessorieta' che intercorre tra i due.

4.2.1. Le singole fattispecie: l'art. 1232 c.c., in materia di novazione.

Quando si analizzano i casi in cui c'è una sorte di dissociazione, con riguardo al profilo estintivo, tra le sorti dell'ipoteca rispetto a quelle del relativo credito, non può che iniziarsi dall'esame dell'art. 1232 c.c., in materia di novazione. Secondo il dettato di questo articolo, "*i privilegi, i pegni e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito*". Come già ricordato, questo articolo ha sostituito l'art. 1274 cod. civ. prec. che costituiva il fondamentale argomento a favore della nozione debole di accessorieta' visto che prevedeva il passaggio automatico dell'ipoteca dal credito estinto all'obbligazione sostitutiva. Oggi, invece, la regola posta dal legislatore è inversa: le garanzie si estinguono quando l'obbligazione originaria si estingue per novazione, ma le parti possono convenirne il mantenimento a favore della nuova obbligazione. Questo cambiamento di prospettiva, come evidenziato, è letto come una delle più lampanti prese di posizione del legislatore a sfavore dell'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca, mentre, per chiudere il cerchio, il passaggio della garanzia a favore del nuovo credito per effetto dell'accordo delle parti è interpretato come un'eccezione e, in quanto tale, non avrebbe alcun valore sistematico e, di conseguenza, non potrebbe essere usato a fondamento di una diversa soluzione⁵⁴.

A parere di chi scrive, è proprio in operazioni ermeneutiche siffatte che si annida quel *pregiudizio teorico* cui si è fatto cenno. In assenza di una presa di posizione del

⁵³ Secondo un'autorevolissima opinione, la mancata riduzione dell'ipoteca a seguito del pagamento parziale del credito dipende dal principio di indivisibilità della garanzia ipotecaria (D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 94 e ss.; F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 31)

⁵⁴ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 44. Pare di questo avviso anche P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, cit., p. 1398.

legislatore – che, come già evidenziato, lascia volutamente aperta la questione – nulla impedisce, quindi, di liberare in via interpretativa la disposizione in commento dalle angustie della qualificazione in termini di eccezione, per utilizzarla, invece, come un esempio di sistema in cui il nostro ordinamento dà prova della possibile scissione delle sorti dell'ipoteca rispetto a quelle del relativo credito e, quindi, dell'accessorietà in senso debole e dell'ammissibilità della circolazione autonoma del credito⁵⁵. In altre parole, non c'è motivo per non replicare l'interpretazione che prevaleva sotto il codice previgente: d'altronde, l'art. 1232 c.c. continua pur sempre a prevedere un'ipotesi in cui la garanzia persiste nonostante il venir meno del credito originario. La differenza, in ultima analisi, sta nel fatto che, vigente il codice del 1865, si trattava dell'effetto normale disposto dalla legge, mentre oggi è il prodotto di una convenzione espressa delle parti. Sotto un certo punto di vista, potrebbe addirittura sostenersi che, anzi, la diversa prospettiva in commento non faccia altro che rafforzare la tesi per cui quella dell'ambulatorietà dell'ipoteca non sia un'eccezione nel nostro ordinamento, bensì un'operazione astrattamente ammissibile: infatti, la nuova formulazione sembra riconoscere espressamente un certo potere dispositivo delle parti con riguardo a ipoteche già costituite, come dimostra la circostanza che il passaggio dell'ipoteca a garanzia della nuova obbligazione non è più un effetto legale, ma è conseguenza, invece, di una loro precisa volontà. La precedente formulazione poteva indurre a ritenere che si trattasse di un'operazione sottratta alla disponibilità delle parti, mentre la norma attuale potrebbe suggerire la soluzione opposta, vale a dire che sia proprio la legge a lasciare alla signoria delle parti la possibilità di ancorare l'ipoteca a garanzia di un credito diverso. In un'ottica sistematica, dunque, non si vede perché questa possibilità non possa essere generalizzata e attuata anche in situazioni diverse dalla novazione.

⁵⁵ Cfr. A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 687 e ss.; B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 220; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 24.

4.2.2. Le singole fattispecie: la surrogazione per volontà del debitore e la portabilità del mutuo.

Come noto, la surrogazione è un'ipotesi di modificazione del lato attivo dell'obbligazione, comportando il subentro nel credito del terzo che ha eseguito il pagamento a vantaggio del creditore originario: il pagamento non determina l'estinzione dell'obbligazione, ma una mera modifica della persona del creditore perché il *solvens* si sostituisce al creditore originario⁵⁶. Dal momento che il credito non si estingue e la modifica della persona del creditore, tendenzialmente, non incide sul rapporto obbligatorio, anche le garanzie non si estinguono (come può pure ricavarsi dall'art. 1204 c.c.), ma restano ad assistere il credito che, tranne per la persona del titolare, resta immutato. Lo stesso costituente, anche se si tratta di un terzo datore, non subisce pregiudizi, nemmeno in astratto, a seguito della surrogazione: infatti, il debitore – e, ciò che più conta, la sua garanzia patrimoniale generica – è sempre lo stesso come anche il credito garantito; rimanendo, pertanto, invariati questi elementi del rapporto obbligatorio, il costituente non avrà nulla da temere dalla modifica della persona del creditore. Fin qui, dunque, non può parlarsi di scissione tra credito e ipoteca.

Un discorso a parte va fatto invece per la surrogazione per volontà del debitore. Ai sensi dell'art. 1202 c.c., il debitore, che prende a mutuo una somma di denaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore; perché ciò avvenga, però, devono essere rispettate alcune prescrizioni formali⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. P. PERLINGIERI - M. PENNASILICO, *Surrogazione per pagamento*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 348; V. ROPPO, *Diritto privato*, 5^a ed., 2016, Torino, pp. 282-283; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 23^a ed., 2017, Milano, p. 440; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, p. 146; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Trattato Iudica e Zatti, pp. 762 e ss.; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1525 e ss.

⁵⁷ A norma dell'art. 1202, comma 2, c.c., il mutuo e la quietanza devono risultare da atto avente data certa; nel mutuo deve essere indicata la specifica destinazione della somma mutuata e nella quietanza deve essere menzionata la provenienza della somma usata per il pagamento.

Non vi è concordia di vedute circa la reale portata di questo istituto. In particolare, si discute se abbia natura di successione nel credito o di estinzione dello stesso e la questione, come è stato giustamente osservato, resta irrisolta⁵⁸.

La surrogazione per volontà del debitore viene normalmente annoverata tra i fenomeni di successione nel credito, in ciò sostanziandosi la sostituzione del mutuante nei diritti del creditore originario, e per giustificare questa sostituzione si sostiene che l'utilizzo dei mezzi solutori altrui fa sì che il pagamento non possa formalmente imputarsi al debitore, ma al mutuante che finisce quindi per surrogarsi⁵⁹.

Tuttavia, a questa ricostruzione si obietta che, invero, a differenza delle altre ipotesi di surrogazione ove è il terzo a pagare, qui è lo stesso debitore a effettuare il pagamento con una provvista a lui appartenente, per averla presa a mutuo – considerato peraltro che, ai sensi dell'art. 1814 c.c., il mutuatario acquista la proprietà delle somme o dei beni mutuati⁶⁰. In tale ottica, allora, la surrogazione viene inquadrata tra gli istituti che agevolano l'estinzione del debito⁶¹. La conseguenza è quindi che l'unico rapporto obbligatorio che residua da tutta questa operazione è quello derivante dal mutuo e la surrogazione serve, in ultima analisi, a permettere alle garanzie che assistevano il credito ormai estinto, di transitare a favore dell'unico credito⁶². Stando così le cose, allora, può

⁵⁸ Cfr. A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I contratti*, 2007, 5, p. 470.

⁵⁹ In tal senso, B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 13.

⁶⁰ A. A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. «portabilità del mutuo»)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, fasc. 4, pt. 1, p. 400.

⁶¹ A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 399. *Contra*, B. CARPINO, *op. cit.*, p. 61, il quale ritiene che il debitore sia solo autore formale del pagamento, mentre l'autore sostanziale sarebbe il terzo e suo sarebbe, a ben vedere, il patrimonio che subisce la *deminutio* causata dal pagamento.

O. BUCCISANO, *Il pagamento con surrogazione*, Milano, 1958, pp. 40 e ss., ritiene che la surrogazione determini sempre l'estinzione del credito tant'è che il credito acquisito dal *solvens* è un diritto nuovo qualitativamente identico a quello del creditore originario e quantitativamente proporzionato all'interesse al regresso.

⁶² A. GENTILI, *op. cit.*, p. 470; A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 401. *Contra*: B. CARPINO, *op. cit.*, pp. 61 e ss., il quale sostiene che, all'opposto, sia il credito alla restituzione del mutuo a estinguersi e non quello originario: è rispetto a quest'ultimo che opererebbe la surrogazione del mutuante, non potendosi limitare lo scopo dell'art. 1202 c.c. al solo subentro nelle garanzie, con la conseguenza che, in mancanza di queste, non vi sarebbero margini di operatività di questo istituto; e sottolinea, inoltre, la “*stranezza di un credito che viene estinto senza conseguente estinzione delle garanzie ad esso connesse, anzi, con trasferimento, per così dire, delle medesime ad un credito diverso*”. L'Autore ammette che giustificare l'estinzione dell'obbligo alla restituzione del mutuo non è operazione agevole, ma la motiva sulla base di una sorta di

osservarsi che la garanzia passi da un credito all'altro: infatti, a fronte dell'estinzione del credito originario, l'ipoteca permane e si è ancora al nuovo credito derivante dal rapporto di mutuo. Analoghe considerazioni, peraltro, possono essere svolte anche qualora si ritenga che, a seguito della surrogazione ai sensi dell'art. 1202 c.c., coesistano i due crediti – quello originario e quello alla restituzione del mutuo – suscettibili di essere adempiuti contemporaneamente con un solo atto di esecuzione. Infatti, anche in tal caso, si assiste a un affievolimento del rapporto accessorio che lega l'ipoteca al suo credito giacché la garanzia si ritrova ad accedere anche al credito derivante dal rapporto di mutuo.

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo all'istituto della cosiddetta portabilità del mutuo, introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 8 d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in l. 2 aprile 2007, n. 40 e oggi confluito nell'art. 120-*quater* TUB. È chiaro che con l'introduzione di questo strumento si sia inteso perseguire l'obiettivo di incentivare la concorrenza tra le banche e migliorare le condizioni dei finanziamenti a vantaggio dei soggetti finanziati.

Com'è noto, l'istituto in commento permette al mutuatario di rinegoziare, senza oneri e spese, il proprio mutuo con un intermediario bancario o finanziario diverso, che continua ad avvantaggiarsi delle garanzie che assistevano il precedente mutuo, conservando in particolare il grado delle ipoteche. Il precedente intermediario bancario, a seguito del pagamento, è obbligato a rilasciare la quietanza da cui risulti la provenienza della somma e a fornire il consenso alla surrogazione per procedere all'annotazione (erroneamente nominata dalla disciplina in commento annotamento) ai sensi dell'art. 2843 c.c.⁶³. Sono peraltro nulle le clausole che impediscano o rendano oneroso per il finanziato la portabilità del mutuo.

adempimento indiretto di questo stesso obbligo per effetto combinato del pagamento e della surrogazione i quali, insieme, assicurerebbero comunque al mutuante il recupero della prestazione.

Lo stesso Autore, inoltre, non ritiene condivisibile nemmeno un'altra ricostruzione, quella per cui, a seguito del pagamento eseguito con le formalità dell'art. 1202 c.c., coesistano, in capo al subentrante, entrambi i crediti – quello originario e quello alla restituzione del mutuo – e l'esecuzione di un'unica prestazione da parte debitore li estingua entrambi.

⁶³ Il terzo comma precisa che l'annotamento (*rectius*, l'annotazione) di surrogazione possa essere richiesto al conservatore senza formalità, tuttavia, ciò non può significare che non sia più necessario l'atto notarile. Questa precisazione è, peraltro, confermata dalla circostanza che, subito dopo, è lo stesso terzo comma a far riferimento alla *copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata*. A ben vedere, allora, questa semplificazione delle formalità si traduce nel fatto che il conservatore debba redigere d'ufficio la nota, anche sulla base di una domanda di annotazione informale. Così, G. PETRELLI, *Portabilità dei mutui. Surrogazione dei pagamenti*, in www.guetanopetrelli.it, p. 7; *contra*: A.

L'art. 120-*quater*, primo comma, TUB richiama espressamente il meccanismo di cui all'art. 1202 c.c. Infatti, viene a crearsi una situazione del tutto comparabile a quella che consegue alla surrogazione per volontà del debitore, visto che il mutuatario contrae un mutuo a condizioni più vantaggiose con un intermediario diverso e liquida il precedente, le cui garanzie passano ad assistere il nuovo mutuo.

I primi commentatori evidenziavano come, a seguito del pagamento, il mutuo iniziale si estinguesse, permanendo il solo mutuo contratto con la nuova banca a condizioni diverse, con la conseguenza dunque che non fosse il mutuo a “transitare” da una banca all'altra, ma che, invece, fosse la sola ipoteca a “spostarsi”, passando ad assistere il nuovo mutuo. Questa considerazione, unitamente alla formulazione originaria della novella, aveva quindi indotto questi Autori a qualificare l'istituto in esame in termini di *portabilità dell'ipoteca*⁶⁴ e non *del mutuo*, come espressamente indicava la rubrica dell'art. 8 d.l. n. 7/2007.

Oggi però la questione non è così cristallina. L'art. 120-*quater*, comma 3, TUB, infatti, ereditando il dettato del comma 3-*bis* aggiunto all'art. 8 d.l. n. 7/2007 dalla legge finanziaria del 2008, parla espressamente di trasferimento del contratto, creando una sorta di contrasto con il richiamo all'art. 1202 c.c. contenuto nel primo comma⁶⁵. In altre parole, il trasferimento del contratto si tradurrebbe nella surrogazione del nuovo intermediario

CHIANALE, *op. cit.*, p. 114. Per un approfondimento sulla natura negoziale e formale dell'atto di surroga, si veda D. FARACE, *Portabilità del mutuo e atto di surrogazione*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 616 e ss.

⁶⁴ P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, Supplemento a *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, pp. 37 e ss.; E. BEVILACQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in AA. VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in materia di mutui ipotecari*, ne *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, pp. 122 e ss.; A. BUSANI, *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*, in AA. VV., *Il contributo del Notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari - La portabilità del mutuo ipotecario*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, p. 155.

⁶⁵ La contraddizione è evidenziata da A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 396 e da P. SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 454 e ss. Quest'ultimo Autore cerca di comporre il contrasto ritenendo che la disciplina della portabilità del mutuo riscriva in chiave moderna lo stesso art. 1202 c.c.; ancorandosi, infatti, alla tesi che sostiene che a seguito della surrogazione *ex art. 1202 c.c.* si estingua il credito alla restituzione del mutuo, questo Autore afferma che “*il credito ex mutuo «si estingue» non perché sia (indirettamente) adempiuto, ma perché esso altro non è che il credito originario, il quale a seguito della surrogazione si è trasformato in conformità dell'accordo tra il debitore e il terzo surrogato*”.

nella complessiva posizione contrattuale che faceva capo alla banca surrogata, modificata e integrata dal contenuto dell'accordo tra soggetto finanziario e nuovo intermediario⁶⁶.

Se si tiene conto, però, del modo in cui l'istituto viene concretamente messo in opera, si constaterà che non si procede alla modifica del precedente mutuo, ma piuttosto alla stipula di uno *ex novo* con il diverso intermediario. Pertanto, a parere dello scrivente, coglie maggiormente la portata dell'istituto *de quo* quella dottrina che, nonostante la formulazione attuale, continua a rinvenirvi un'ipotesi di estinzione del precedente mutuo, sostituito in un certo senso dal nuovo mutuo cui accedono le garanzie che assistevano il vecchio⁶⁷.

Descritto in questi termini, il meccanismo della portabilità del mutuo costituisce anch'esso un esempio, già conosciuto dal nostro ordinamento, in cui si assiste alla scissione tra l'ipoteca e il credito originario giacché realizza, come è stato evidenziato, il trasferimento della garanzia ipotecaria da un mutuo all'altro e, quindi, in ultima analisi, da un credito all'altro⁶⁸. La modifica del credito garantito, peraltro, può giustificarsi, se non si fa ricorso alla qualificazione in termini di eccezione, solo se si adotta una visione flessibile del requisito dell'accessorietà, che sembra, anche in questo caso, quella prescelta dal nostro legislatore.

⁶⁶ P. SIRENA, *op. cit.*, p. 454. il quale, quanto alla qualificazione giuridica dell'accordo stipulato tra il soggetto finanziato e il nuovo finanziatore, afferma che “*sebbene l'art. 1202 c.c. lo qualifichi espressamente come un contratto di mutuo, esso sembra infatti privato dal comma 3-bis dell'art. 8 del decreto-legge Bersani bis di una vera e propria autosufficienza strutturale e causale, in quanto non è preso in considerazione dal legislatore come un ulteriore rapporto contrattuale di finanziamento, destinato a sostituirsi a quello precedente, ma come una modificazione del contenuto del rapporto contrattuale originario*”. In senso conforme, anche G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷ A. A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 395 e ss. il quale afferma apertamente che l'istituto in esame è una specie della surrogazione per volontà del debitore di cui all'art. 1202 c.c., che lo stesso Autore inquadra tra gli istituti che comportano l'estinzione dell'obbligazione e non la successione nel credito, con la conseguenza che esso realizza il mero trasporto delle garanzie appannaggio del nuovo mutuo; A. BUSANI, *op. cit.*, p. 155, il quale ritiene che la surrogazione differisca radicalmente dalla rinegoziazione; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 39.

⁶⁸ Cfr. A. FUSARO, *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario, in Contratto e impresa*, 2011, pp. 1458-1459.

4.2.3. Le singole fattispecie: la surrogazione del creditore perdente ai sensi dell'art. 2856 c.c.

L'art. 2856 c.c. disciplina l'istituto della surrogazione del creditore perdente. Per creditore perdente deve intendersi il creditore iscritto su uno o più immobili del debitore, sul cui prezzo si sia in tutto o in parte soddisfatto un altro creditore di grado posteriore; qualora l'ipoteca di quest'ultimo si estenda ad altri beni del debitore rispetto a quelli su cui si è soddisfatto, per evitare che il primo creditore sia privato della causa di prelazione, l'art. 2856 c.c. gli conferisce il diritto di surrogarsi nell'ipoteca iscritta a favore del creditore soddisfatto. La surrogazione opera tuttavia solo sugli altri beni del debitore: quindi, *“non si può esercitare sui beni dati in ipoteca da un terzo né sui beni alienati dal debitore”* (art. 2857, primo comma, c.c.). Per far valere la surrogazione, l'art. 2857, comma 3, c.c. prescrive la formalità dell'annotazione a margine dell'ipoteca del creditore soddisfatto ai sensi dell'art. 2843 c.c. Se su questi altri beni vi sono altri creditori iscritti, il creditore surrogato prevale su tutti i creditori posteriori alla propria iscrizione (art. 2856, primo comma, c.c.).

Per comprendere meglio il funzionamento dell'istituto, si faccia il seguente esempio: Tizio, Caio e Sempronio sono creditori ipotecari di Mevio; Tizio ha ipoteca di primo grado sugli immobili A, B e C di Mevio, Caio ha ipoteca di secondo grado sull'immobile B e Sempronio ha ipoteca di secondo grado sull'immobile A. Se Tizio espropria l'immobile A, soddisfacendosi sull'intero ricavato della vendita forzata dello stesso immobile, Sempronio rimarrebbe privo di prelazione: allora, l'art. 2856 c.c. gli concede la possibilità di surrogarsi nell'ipoteca di Tizio, previa annotazione a margine ai sensi dell'art. 2843 c.c. Surrogandosi nell'ipoteca di Tizio, il credito di Sempronio risulterà assistito da ipoteca sui residui beni di Mevio, vale a dire gli immobili B e C. Il concorso tra Sempronio e Caio sull'immobile B verrà regolato sulla base delle rispettive date di iscrizione: se l'iscrizione ipotecaria di Caio sarà precedente all'originaria iscrizione ipotecaria di Sempronio, allora sull'immobile B, potrà rifarsi Caio con precedenza su Sempronio. Se, viceversa, in base alla data di iscrizione, prevalesse Sempronio e questo decidesse di espropriare proprio l'immobile B, la surrogazione funzionerà anche a vantaggio di Caio che subentrerà nell'ipoteca sull'immobile C.

Modificando parzialmente l'esempio fatto, se Mevio aliena a un terzo gli immobili B e C e la trascrizione del trasferimento è precedente all'iscrizione ipotecaria di Sempronio, non potrà operare la surrogazione in commento sui beni alienati. Parimenti, non opererà la surrogazione se gli altri beni che garantiscono il credito di Tizio sono di proprietà di un terzo datore di ipoteca.

La fattispecie disciplinata dall'art. 2856 c.c. è altra cosa rispetto a quella della surrogazione legale del creditore di cui all'art. 1203, primo comma, num. 1, c.c. Infatti, in quest'ultimo caso, il creditore che paghi il creditore ipotecario di grado poziore, subentra, oltre che nella sua ipoteca, anche nel suo credito, con la conseguenza che duplice sarà il credito vantato dal creditore surrogato nei confronti del debitore: il suo credito originario, chirografario o ipotecario che sia, e il credito ipotecario in cui si sia surrogato con il pagamento del creditore di grado superiore⁶⁹. Diversamente, nell'istituto della surrogazione del creditore perdente, questo subentra nella sola ipoteca.

Circa la natura giuridica di un siffatto subentro si è molto dibattuto in dottrina. Alcuni autori sostengono che il meccanismo previsto dall'art. 2856 c.c. preveda un'ipotesi di surrogazione reale, comportando una mera modifica dell'oggetto dell'ipoteca, in quanto la garanzia reale del creditore perdente andrebbe a gravare sul bene diverso (o sui beni diversi) non espropriato dal creditore soddisfatto⁷⁰; secondo altri, invece, si tratterebbe di un istituto non riconducibile a una o a un'altra categoria generale⁷¹; altri ancora ritengono che realizzi una modificazione soggettiva del rapporto ipotecario⁷². Tutte queste tesi non sembrano tuttavia porre la giusta attenzione sulla reale portata dell'istituto in esame che si sostanzia nella modificazione del credito garantito e

⁶⁹ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 424.

⁷⁰ C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 144; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 496, sebbene precisi che si tratti di una figura particolare di surrogazione reale che ha per lo più una valenza descrittiva del fenomeno; F. S. GENTILE, *op. cit.*, pp. 297 ss.; M. ALBERGO, *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, in *Vita not.*, Suppl. al n. 5/6, III, 1987, pp. CXLI ss; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, p. 418; P. PERLINGIERI – G. BISCONTINI, *Situazioni reali di garanzia*, in P. Perlingieri, *Manuale*, cit., p. 414 - 415. Vigente il codice del 1865, si veda A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, cit., p. 81.

⁷¹ D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 396-397; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 282. G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 399 - 400, ammettono che l'istituto della surrogazione del creditore evitto potrebbe costituire un'eccezione legislativamente prevista al divieto di cessione autonoma di ipoteca, salvo poi precisare che, in realtà, il legislatore si è interessato poco alla ricostruzione dottrinale e teorica del fenomeno, concentrandosi invece sull'effetto pratico di tutela del creditore evitto.

⁷² M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 809.

quindi, in ultima istanza, realizza un'ipotesi, legislativamente prevista, di cessione autonoma di ipoteca⁷³.

In primo luogo, non può condividersi la tesi della surrogazione reale. Di fatti, questa descrive il meccanismo delineato dall'art. 2856 c.c. in termini di modificazione oggettiva dell'ipoteca del creditore perdente, mentre, invece, il testo dell'articolo in esame si riferisce espressamente a una modifica soggettiva dell'ipoteca che assisteva il credito del creditore soddisfatto: secondo il disposto dell'art. 2856 c.c., è infatti il creditore perdente che si surroga nell'ipoteca del creditore soddisfatto e non i beni. Peraltro, l'espropriazione del bene su cui grava l'ipoteca del creditore perdente, dovrebbe coerentemente comportare come più logica conseguenza l'estinzione della stessa garanzia⁷⁴, mentre la tesi avversata sembra, invece, invertire le sorti delle ipoteche coinvolte: l'originaria ipoteca del creditore perdente si estenderebbe agli altri beni del debitore e quella del creditore soddisfatto, invece, dovrebbe conseguentemente estinguersi.

La non persuasività della tesi della surrogazione reale è, peraltro, suffragata dal fatto che il legislatore avrebbe ben potuto prevedere, a vantaggio del creditore perdente, il diverso meccanismo del trasporto dell'ipoteca su altro bene, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 2825 c.c., in materia di divisione⁷⁵, ma così non è stato. D'altronde, la soluzione adottata dal codice del '42 risulta, com'è stato osservato⁷⁶, maggiormente rispondente al principio di pubblicità delle garanzie perché ancora l'operatività della surrogazione alla perdurante sussistenza dell'iscrizione ipotecaria dell'ipoteca del creditore soddisfatto, mentre, la diversa soluzione del trasporto funzionerebbe anche a seguito dell'estinzione della garanzia più ampia, con successiva reviviscenza della stessa.

Ciò posto, nemmeno però si può ritenere che il meccanismo della surrogazione del creditore perdente si limiti a una mera modifica soggettiva dell'ipoteca. Più che l'essenza dell'istituto, questa sembra essere la conseguenza di un altro effetto: la modifica del credito garantito dall'ipoteca del creditore soddisfatto. Detto altrimenti, la reale

⁷³ Cfr., sotto il vigore del codice previgente, L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., il quale ripercorre le possibili configurazioni dell'istituto in esame e conclude sostenendo che si tratterebbe di una sostituzione di ipoteca a ipoteca.

⁷⁴ Cfr. C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 145.

⁷⁵ G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 398-399 e A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 424.

⁷⁶ Cfr. G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 399 e A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 425.

portata della surrogazione sembra consistere nell'assoggettamento al credito del creditore perdente, dell'ipoteca originariamente costituita a garanzia del credito del creditore soddisfatto; a questo effetto principale consegue dunque la necessaria modificazione soggettiva suddetta.

Nei termini così descritti l'istituto in commento costituisce, quindi, un ulteriore esempio di come sia spesso lo stesso codice a disciplinare meccanismi di rottura del rapporto di subordinazione funzionale tra garanzia ipotecaria e credito originario⁷⁷. Infatti, come visto, l'istituto in esame permette all'ipoteca, originariamente sorta per assistere il credito del creditore soddisfatto, di passare a garantire il diverso credito del creditore perdente. Questo passaggio dà la misura del fenomeno che, a buon diritto, può quindi configurarsi come una sorta di traslazione autonoma dell'ipoteca, legislativamente prevista. Ma c'è di più. Come visto, il legislatore avrebbe potuto optare per lo strumento del trasporto della garanzia da un bene all'altro, operante *ex lege*. La surrogazione del creditore perdente non è, invece, un meccanismo automatico⁷⁸. Attribuendo all'istituto questi connotati, il nostro codice pare, dunque, compiere la precisa scelta di rimettere all'autonomia privata la traslazione della garanzia reale da un credito all'altro.

4.2.4. Le singole fattispecie: la surrogazione e il subingresso nelle ipoteche del terzo acquirente. Il subingresso del terzo datore di ipoteca ai sensi dell'art. 2871, comma 2, c.c.

Il codice dedica ben due disposizioni per determinare i diritti del terzo acquirente dell'immobile ipotecato, che abbia pagato i creditori iscritti sullo stesso bene.

L'art. 1203, primo comma, num. 2, c.c. prevede la surrogazione legale “*a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino a concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato*”.

⁷⁷ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 27; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 210; C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 145.

⁷⁸ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 400; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 285; G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 406; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 497.

Poi, l'art. 2866 c.c. stabilisce che *“il terzo che ha pagato i creditori iscritti ovvero ha rilasciato l'immobile o sofferto l'espropriazione ha ragione di indennità verso il suo autore, anche se si tratta di acquisto a titolo gratuito”* (primo comma). *“Ha pure diritto di subingresso nelle ipoteche costituite a favore del creditore soddisfatto sugli altri beni del debitore [...]. Per esercitare il subingresso deve fare eseguire la relativa annotazione in conformità dell'art. 2843”* (comma 2). *“Il subingresso non pregiudica l'esercizio del diritto di surrogazione stabilito dall'art. 2856 a favore dei creditori che hanno un'iscrizione anteriore alla trascrizione del titolo del terzo acquirente”* (comma 3).

Nonostante possibili sovrapposizioni, la portata di queste due norme, come si vedrà, è molto diversa⁷⁹.

L'art. 1203, primo comma, num. 2) c.c., disciplina un'ipotesi di surrogazione legale del terzo acquirente nel credito ipotecario del creditore iscritto sull'immobile acquistato. Presupposto per l'operatività della surrogazione, come per tutte le ipotesi di surrogazione, è dunque il pagamento del creditore, fino a concorrenza del prezzo di acquisto. L'operazione descritta è quindi quella dell'acquirente l'immobile gravato, il quale, invece di versare il prezzo al venditore, paghi il creditore iscritto su quel bene per liberarlo dal gravame.

A ben vedere, questa ipotesi di surrogazione si risolve in realtà nel solo subingresso del terzo acquirente nell'ipoteca – costituita dal debitore o da un terzo datore – che faceva capo al creditore soddisfatto: infatti, il credito nel quale è surrogato il terzo acquirente si compensa con il debito di prezzo, di pari ammontare⁸⁰, che lo stesso ha verso il venditore/debitore, con la conseguenza che ciò che resta in capo al terzo acquirente è la sola ipoteca. Inoltre, questo è l'unico caso di ipoteca del proprietario giacché, com'è facile da notare, il titolare dell'ipoteca è il terzo acquirente che, a seguito dell'acquisto, appunto, è anche proprietario dell'immobile gravato. La funzione di questa ipoteca è quella di assicurare all'acquirente di recuperare la somma versata nel caso di eventuale espropriazione dell'immobile ad opera di ulteriori creditori iscritti.

La surrogazione ai sensi dell'art. 1203, primo comma 1, num. 2), c.c. avvantaggia l'acquirente anche nel caso in cui manchino ulteriori creditori iscritti. Si faccia l'esempio

⁷⁹ Sostiene la diversità tra le due norme in commento anche A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 560.

⁸⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 351.

del creditore chirografario che agisca vittoriosamente in revocatoria avverso l'atto di disposizione del bene ipotecato. Il suddetto meccanismo surrogatorio permette all'acquirente di soddisfarsi con precedenza sul ricavato dell'eventuale vendita forzata per recuperare quanto pagato al creditore originariamente iscritto.

C'è da chiedersi se un'ipotesi di surrogazione legale possa aversi anche nel caso in cui l'acquirente estingua il credito ipotecario dopo aver già pagato il prezzo al fine di evitare l'espropriazione del bene. Secondo l'interpretazione datane dalla dottrina maggioritaria, pare che questo caso rientri nel campo di applicazione dell'art. 1203, primo comma, num. 3. Infatti, sebbene colui che paga non sia personalmente obbligato, è a questi equiparato per il fatto di trovarsi nell'alternativa tra il pagare e il perdere il bene per effetto dell'espropriazione⁸¹

In tal caso non opererebbe, ovviamente, il meccanismo compensativo evidenziato sopra, con la conseguenza che il credito ipotecario continuerebbe a esistere e l'ipoteca, avrebbe la funzione di garantirne l'adempimento da parte del venditore/debitore: l'acquirente godrebbe, allora, di un credito nei confronti del debitore, garantito da ipoteca su bene proprio.

In caso di espropriazione ad opera di altri creditori, l'acquirente, da un lato, avrebbe diritto alla garanzia per l'evizione che gli assicurerebbe la restituzione della somma pagata a titolo di prezzo, oltre al rimborso delle spese, ai sensi dell'art. 1479 c.c., ma, dall'altro, potrebbe anche far valere l'ipoteca per recuperare quanto pagato al creditore ipotecario al quale si sia surrogato.

L'art. 2866 c.c. si occupa, invece, di una fattispecie diversa da quelle descritte all'art. 1203 c.c. Esso, infatti, si applica al caso del terzo acquirente che abbia pagato il creditore iscritto sul bene acquistato o che abbia rilasciato l'immobile ipotecato oppure che abbia subito l'espropriazione dello stesso. L'accostamento di queste tre ipotesi lascia intendere che l'articolo in esame non ha come presupposto il soddisfacimento delle ragioni creditorie – come avviene, invece, per la surrogazione – bensì l'esigenza di apprestare una tutela al terzo che, in tutti e tre i casi elencati, subisce un pregiudizio, consistente o nell'esborso di una somma da lui non dovuta o nella perdita del bene. Questa tutela è ravvisata dall'articolo in esame, nelle *ragioni d'indennità* verso il venditore, di

⁸¹ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., pp. 353 - 354. Nello stesso senso anche G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 444 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 438.

cui al primo comma. Ovviamente, qualora presupposto sia l'espropriazione del bene a opera del creditore ipotecario, le ragioni di indennità corrispondono alla garanzia per l'evizione⁸², mentre, se presupposto è il pagamento del credito da parte dell'acquirente, esse si limitano al rimborso della somma, secondo il dettato dell'art. 1486 c.c.⁸³. Ad ogni modo, a garanzia del pagamento di queste ragioni di indennità, il secondo comma dell'art. 2866 c.c. avvantaggia il terzo acquirente delle ipoteche costituite, a favore del creditore soddisfatto, sugli altri beni del debitore.

Le differenze, dunque, rispetto alla surrogazione, sono evidenti⁸⁴: l'istituto in esame differisce, infatti, sia quanto ai presupposti che quanto agli effetti⁸⁵.

Quanto ai presupposti, infatti, se la surrogazione presuppone necessariamente il pagamento da parte del terzo acquirente – pagamento, che peraltro deve essere volontario e provenire dal terzo acquirente stesso – il subingresso nell'ipoteca di cui all'art. 2866 c.c. avviene, oltre che a fronte di un siffatto pagamento, anche nei casi di rilascio ed espropriazione dell'immobile ipotecato⁸⁶. A ben vedere, queste ultime due ipotesi, se, da un lato, comportano il soddisfacimento delle ragioni creditorie, dall'altro, però, per la loro natura coatta, non possono essere accumulate a un pagamento né possono, pertanto, essere considerate quali presupposti del meccanismo della surrogazione⁸⁷. Inoltre, il riferimento al prezzo di acquisto, contenuto dall'art. 1203, primo comma, num. 2) c.c., lascia supporre che la surrogazione operi solo quando il terzo acquirente acquisti l'immobile gravato a titolo oneroso, mentre, l'art. 2866 c.c. stabilisce espressamente che

⁸² Cfr. C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 118; BOERO, *Le ipoteche*, Giur. Sist. Bignavi, 796

⁸³ Cfr. G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 315 e G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 443.

⁸⁴ Cfr. F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 352 e ss. *Contra*, G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 444 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 438, i quali ritengono che l'art. 2866 c.c. non faccia altro che ripetere in sede ipotecaria quanto già disposto in via generale in materia di surrogazione legale.

⁸⁵ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 27 ss.; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 441 ss.; B. BORRILLO, *La circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino* a cura di Pietro Perlingieri, Napoli, 2016, p. 210 ss. Nella giurisprudenza di merito, differenzia tra surrogazione e subingresso *Trib. Sassari, 7 giugno 1990*, in *Riv. giur. Sarda*, p. 410.

⁸⁶ G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 444 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 438, invece, equiparano le ipotesi di pagamento spontaneo e quelle di pagamento forzoso.

⁸⁷ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 28; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 441; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 213. *Contra*, G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 444 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 438.

trova applicazione anche quando il bene ipotecato sia pervenuto al terzo a titolo gratuito^{88,89}.

Quanto agli effetti, l'art. 2866 c.c. non si preoccupa delle sorti del credito del creditore soddisfatto e non ne prevede, quindi, la surrogazione personale a favore del terzo acquirente, ma si limita a stabilire in favore di questo il subingresso nelle ipoteche costituite per il creditore soddisfatto sugli altri beni del debitore, a garanzia, peraltro, del diverso credito all'indennità. Quindi, a differenza di quanto avviene in materia di surrogazione, l'art. 2866 c.c. dispone il subingresso nelle sole ipoteche gravanti sugli altri beni del debitore e non, quindi, in quelle gravanti sull'immobile alienato⁹⁰ o sui beni di un terzo⁹¹. Questa, allora, è un'ulteriore prova della differenza dei due istituti perché, se l'art. 2866 c.c. realizzasse davvero un'ipotesi di surrogazione, il subingresso avverrebbe rispetto a qualsiasi ipoteca e, quindi, anche rispetto a quelle costituite sullo stesso bene alienato o sui beni di un terzo⁹².

Oltre che per le ragioni fin qui esposte, la diversità di natura tra i due istituti è dimostrata anche da argomenti testuali: infatti, l'art. 2866, comma 2, c.c. parla di

⁸⁸ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 29; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 213.

⁸⁹ Secondo la dottrina preferibile, l'art. 2866 c.c. non estende la garanzia per evizione da esso contemplata al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 797 c.c. Conseguentemente, salvo che il dante causa non abbia promesso la garanzia, l'evizione deve riconnettersi a un fatto personale del dante causa stesso, che, nel caso di specie, si traduce nel mancato pagamento. Da ciò discende ulteriormente che l'evizione è dovuta se il dante causa sia anche debitore inadempiente; diversamente, se il dante causa è solo terzo datore di ipoteca, l'espropriazione subita dall'acquirente in conseguenza dell'inadempimento del debitore – che, si ripete, è persona diversa dal dante causa – non dà diritto all'acquirente stesso alle ragioni di indennità di cui all'art. 2866 c.c. Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 440 e G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, pp. 442 e ss.

⁹⁰ Cfr. B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 214.

⁹¹ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 442.

⁹² A parere di chi scrive, ragioni di coerenza impediscono il subingresso del terzo acquirente nelle ipoteche gravanti sullo stesso bene acquistato, nelle ipotesi di rilascio o di espropriazione del bene ipotecato. Infatti, ammettere il subingresso in questi casi sarebbe in contrasto con il risultato della liberazione dell'immobile dalle ipoteche che consegue alle procedure stesse di rilascio e di espropriazione. In altre parole, non avrebbe senso, da un lato, stabilire l'estinzione delle ipoteche all'esito di queste procedure e, dall'altro, prevedere, a seguito del pagamento del creditore garantito, il subingresso del terzo acquirente nelle ipoteche sul bene che assistevano quello stesso creditore, senza contare che non vi sarebbero più ipoteche in cui subentrare, visto che le stesse risultano già estinte quando si verifica il presupposto del subingresso, vale a dire il pagamento dei creditori iscritti.

Ma resta il fatto che, se l'art. 2866 c.c. si fosse effettivamente occupato di un'ipotesi di surrogazione, avrebbe potuto prevedere il subingresso del terzo acquirente nelle ipoteche gravanti sull'immobile acquistato, com'è previsto dall'art. 1203, primo comma, num. 2) c.c.

subingresso e non di surrogazione⁹³ e, inoltre, ribadisce la necessità dell'annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c., precisazione che apparirebbe ridondante e ripetitiva se il subingresso da esso contemplato fosse lo stesso della surrogazione, dal momento che già l'art. 2843 c.c. prende in considerazione quest'ultimo istituto⁹⁴.

Al di là delle differenze, questi due istituti – la surrogazione ai sensi dell'art. 1203, primo comma, num. 2), c.c. e il subingresso nell'ipoteca ai sensi dell'art. 2866 c.c. – sono ulteriori ipotesi in cui è lo stesso codice a prevedere dei meccanismi che realizzano una scissione nella subordinazione funzionale dell'ipoteca rispetto al credito originario.

Infatti, nel caso della surrogazione, qualora si realizzi la compensazione del debito del prezzo con il credito in cui l'acquirente si è surrogato, l'ipoteca continua a sussistere, nonostante non vi sia alcun credito, avendo come unica funzione quella di assicurare il recupero delle somme in caso di espropriazione del bene ad opera di altri creditori⁹⁵.

Anche nell'ipotesi dell'art. 2866 c.c. si assiste alla sopravvivenza della garanzia a fronte dell'estinzione del credito cui accede. Infatti, a seguito di pagamento, rilascio o espropriazione, da un lato, si estingue il credito del creditore ipotecario e, dall'altro, però, non si estingue l'ipoteca sugli altri beni del debitore giacché si verifica il subingresso a favore dell'acquirente. Ma in questa ipotesi, si assiste anche alla mutazione del credito garantito: di fatti, l'ipoteca, che prima assisteva il credito del creditore poi soddisfatto, passa a garantire il diverso credito all'indennità riconosciuta all'acquirente dal primo comma dell'articolo in esame

È poi possibile individuare delle aree di sovrapposizione tra le due fattispecie in cui si annidano ulteriori ipotesi di traslazione dell'ipoteca da un credito all'altro. In particolare, la concorrenza delle due discipline si verifica quando l'acquirente paghi il creditore iscritto e l'ipoteca di questi non sia limitata all'immobile acquistato ma gravi su altri immobili del debitore. In tal caso, infatti, ricorrono sia i presupposti per la surrogazione ai sensi dell'art. 1203, primo comma, n. 2), c.c. che quelli per il subingresso nell'ipoteca ai sensi dell'art. 2866 c.c.: conseguentemente, l'acquirente potrà avvantaggiarsi sia dell'ipoteca sul bene acquistato che dell'ipoteca sugli altri beni del debitore. Orbene, qualora a ciò si aggiunga che, per l'operare del meccanismo

⁹³ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 28; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 441.

⁹⁴ Cfr. A. CHIANALE, *ibidem*.

⁹⁵ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 443.

compensativo illustrato *supra*, non sussiste altro credito che quello all'indennità *ex art.* 2866, primo comma, c.c., l'ipoteca sul bene acquistato – al pari di quella gravante sugli altri beni del debitore – passerà ad assistere quest'unico credito⁹⁶ con ciò realizzando, a ben vedere, il cambiamento del credito assistito. È vero che sarebbe astrattamente possibile continuare a riconoscere all'ipoteca sul bene acquistato e all'ipoteca sugli altri beni del debitore le loro originarie funzioni – di garantire il recupero della somma pagata, la prima, e di garantire il credito all'indennità, la seconda –, con ciò smentendo il trasferimento della prima appannaggio di un credito diverso, tuttavia la soluzione cui si aderisce, pare imporsi a ragione dell'unicità dell'ipoteca originaria, ancorché la stessa gravi su una pluralità di beni⁹⁷. In altre parole, sembra difficile poter differenziare, a seguito del pagamento e della susseguente surrogazione, le funzioni dell'originaria unica ipoteca, perché infatti ciò si tradurrebbe, a ben vedere, nella formazione di due distinte ipoteche. Alla luce di ciò, allora, stante anche il principio di indivisibilità dell'ipoteca sancito dall'art. 2809 c.c., appare preferibile sostenere che l'unica ipoteca gravante sia sul bene acquistato che sugli altri beni del debitore garantisca, allo stesso tempo, il diritto all'eventuale rimborso della somma pagata al creditore originario *ex art.* 1203 c.c. e il credito all'indennità di cui all'art. 2866, primo comma, c.c.

Un discorso analogo a quello condotto per l'art. 2866 c.c. vale per la fattispecie di cui all'art. 2871 c.c. che si occupa dei diritti del terzo datore di ipoteca che ha pagato i creditori iscritti o ha sofferto l'espropriazione: questi sono il diritto di regresso contro il debitore ed eventualmente contro fideiussori e altri terzi datori e il subingresso previsto dall'art. 2866, comma 2, c.c.

Anche questa disposizione, a ben vedere, cela un'ipotesi di scissione del legame funzionale tra credito e garanzia.

Ciò non si rinviene rispetto al pagamento dei creditori. In tal caso, opera infatti l'art. 1203, primo comma, num. 3) c.c. per cui si verifica una mera modificazione del soggetto attivo visto che al creditore originario si sostituisce il terzo datore che lo ha pagato, ma il credito resta invariato e, coerentemente, anche le garanzie che lo assistono.

⁹⁶ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 443.

⁹⁷ Si aderisce sul punto alla posizione di A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 204, il quale, pur ritenendo che l'ipoteca su più beni possa per certi fini essere considerata unica e per altri fini plurima, annovera tra gli esempi in cui essa si presenta come unica, la figura affine della surrogazione del creditore perdente.

La questione si pone in termini differenti rispetto all'altra ipotesi contemplata dall'art. 2871 c.c., vale a dire quella dell'espropriazione subita dal terzo datore di ipoteca. In questo caso, come già evidenziato a proposito dell'art. 2866 c.c., non opera il meccanismo della surrogazione legale, giacché manca un vero e proprio pagamento che ne costituisce il necessario presupposto, ma l'art. 2871 c.c., come visto, riconosce al terzo datore il diritto di regresso e il subingresso *ex art. 2866, comma 2, c.c.*

Se non ci si inganna, il rinvio al subingresso di cui all'art. 2866 c.c. serve ad ovviare alla mancanza di eventuali garanzie a favore del credito al regresso. Detto altrimenti, in mancanza di surrogazione, il diritto di regresso conseguente all'espropriazione subita dal terzo datore di ipoteca, sarebbe sprovvisto di garanzie anche se il credito per cui è avvenuta l'espropriazione ne era munito; allora, con il subingresso di cui all'art. 2866 c.c. si concede al terzo datore di immettersi nelle ipoteche sugli altri beni del debitore che assistevano il credito soddisfatto.

Se è così, si assiste anche in questo caso alla rottura del legame funzionale e alla modifica del credito garantito. Infatti, quanto al primo aspetto, si può notare che, nonostante l'estinzione del credito originario a seguito dell'espropriazione, l'ipoteca, al contrario, non si estingue; quanto al secondo aspetto, invece, che il credito originario, ormai estinto, viene sostituito dal diritto di regresso attribuito al terzo datore in forza del disposto dell'art. 2871, comma 2, c.c.

Tutte le fattispecie analizzate in questo paragrafo, dunque, descrivono ipotesi di traslazione dell'ipoteca da un credito all'altro. Non è allora preciso sostenere che questo effetto non sia compatibile con il nostro sistema ipotecario e che queste siano mere eccezioni. Se l'istituto della cessione del credito viene disciplinato cercando di contemperare gli interessi di tutti gli attori coinvolti, non si vede perché debba essere messo al bando dal nostro ordinamento. Beninteso, purché si opti per la versione debole dell'accessorietà. Ma anche l'accezione rigida dell'accessorietà, come si sta cercando di evidenziare, non è necessitata da ragioni tecnico-giuridiche, ma attiene a scelte di politica del diritto. Ed è forse, dunque, tempo di rivedere questi assunti che sono alla base del nostro sistema di garanzia.

4.3. L'ESTINZIONE DELL'IPOTECA NON CONSEGUE SEMPRE ALL'ESTINZIONE DEL RELATIVO CREDITO. CIÒ SI GIUSTIFICA SULLA BASE DELL'AUTONOMIA STRUTTURALE DELLA GARANZIA, MA DIMOSTRA COMUNQUE CHE IL LEGISLATORE PREVEDE IPOTESI IN CUI È MENO INTENSO IL VINCOLO FUNZIONALE TRA IPOTECA E CREDITO.

Accanto alle ipotesi, analizzate nel paragrafo precedente, in cui all'estinzione del credito non consegue l'estinzione della garanzia, il nostro codice disciplina anche casi inversi in cui, cioè, è la garanzia a estinguersi, ma non anche il relativo credito.

Si tratta invero di casi sicuramente meno importanti sul piano sistematico rispetto ai precedenti. Infatti, non si è mai dubitato dell'autonomia strutturale dell'ipoteca che fa di questa una *cosa* diversa dal credito cui accede; peraltro, data la sua natura di accessorio, la subordinazione funzionale è, per così dire, unilaterale, nel senso che sono le vicende del credito a influire sulle vicende della garanzia e non viceversa. Perciò, non sorprende che il codice disciplini casi in cui l'ipoteca *viva di vita propria*, e la garanzia e in relativo credito abbiano esiti differenti.

Ciò è particolarmente evidente per le cause di estinzione dell'ipoteca, elencate dall'art. 2878 c.c., e per la prescrizione dell'ipoteca di cui all'art. 2880 c.c., che prevedono, appunto, il venir meno della garanzia, ma non del relativo credito – a eccezione, ovviamente, dell'ipotesi di cui all'art. 2878, primo comma, num. 3), c.c.

Tra queste, desta particolare interesse quella che fa conseguire l'estinzione dell'ipoteca alla rinuncia fattane dal creditore, di cui all'art. 2878, primo comma, num. 5), c.c. E ciò, non tanto per il fatto che si ha un'ipotesi di estinzione della garanzia senza che si estingua contestualmente il relativo credito perché questo risultato, come detto, si ricollega alla più volte menzionata autonomia strutturale dell'ipoteca stessa. Il profilo che, invece, più preme sottolineare è quello della possibilità, rimessa alla volontà del creditore, di scindere le sorti della garanzia da quelle del credito: è questa, allora, un'evidenza della compatibilità con il nostro ordinamento di un atto dispositivo del creditore che abbia a oggetto la sola ipoteca⁹⁸.

⁹⁸ Mettevano in evidenza questo argomento già i commentatori del codice del 1865, per cui si rinvia al paragrafo 2.1 di questo capitolo.

Maggiore rilievo sistematico assumono, invece, le norme che disciplinano le sorti dell'ipoteca in caso di reviviscenza dell'obbligazione cui la stessa accedeva. Esse costituiscono un esempio di deroga parziale alla corrispondenza della garanzia rispetto al suo credito, che taluni vogliono necessaria e inderogabile.

L'art 1197, comma 3, c.c. disciplina la sorte delle garanzie quando il creditore subisca l'evizione del bene trasferitogli dal debitore in luogo dell'adempimento di altra obbligazione e preferisca, alla fine, esigere la prestazione originaria. L'art. 1276 c.c., invece, si occupa della medesima questione, ma per il caso in cui, nell'ambito di una modificazione liberatoria del soggetto passivo dell'obbligazione, l'obbligazione assunta dal nuovo debitore sia dichiarata nulla o annullata e *riviva* quella del debitore originario.

In entrambi i casi, il codice fissa la regola per cui rivivono le garanzie, ma solo quelle prestate dal debitore e non anche quelle prestate dai terzi.

È evidente che il codice detti una soluzione siffatta per palesi ragioni di contemperamento degli interessi in gioco⁹⁹. L'obiettivo è, infatti, quello di non cogliere di sorpresa il terzo datore di ipoteca che abbia confidato nell'estinzione della garanzia da lui prestata a seguito di *datio in solutum* o di delegazione, espromissione o acollo liberatori.

Tuttavia, è altrettanto evidente che una siffatta previsione – per quanto condivisibile ed equilibrata – determini uno strappo parziale alla subordinazione della garanzia al credito. Infatti, se l'avesse concepita in maniera intatta e completa, il nostro codice avrebbe dovuto conseguentemente stabilire o la definitiva estinzione conseguente all'originaria estinzione del credito o la reviviscenza di qualsiasi garanzia, anche di quelle prestate dai terzi; e, tra le due ipotesi, sarebbe stata forse più rispondente alla natura della garanzia quale accessorio del credito, quella della reviviscenza di tutte le garanzie, come d'altronde prevede in via generale l'art. 2881 c.c. per i casi simili in cui la causa estintiva dell'obbligazione o la rinuncia all'ipoteca siano dichiarate nulle¹⁰⁰. Nei casi contemplati

⁹⁹ Cfr. S. SERRAVALLE, *Sulla conservazione delle garanzie*, Napoli, 2005, p. 115.

¹⁰⁰ Sebbene l'art. 2881 c.c. menzioni testualmente le sole due ipotesi della nullità o inesistenza della causa di estinzione del credito e la nullità della rinuncia all'ipoteca, la dottrina maggioritaria ritiene la disposizione in esame applicabile alle ipotesi di nullità di tutte le cause di estinzione dell'ipoteca. Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 527; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 357; C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 106; M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 847; G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 506; CHIANALE, *Ipoteca*, Digesto 4a ed., p. 177 nt. 185.

dall'art. 2881 c.c., il *discrimen* è dato solo dalla conservazione o meno dell'iscrizione e non dalla persona che ha prestato la garanzia: a prescindere dal soggetto che abbia costituito l'ipoteca, infatti, se l'iscrizione non è stata cancellata, la garanzia ipotecaria può avvantaggiarsi dell'iscrizione stessa e mantenere l'originario grado ipotecario, mentre, se non è stata conservata, si dovrà procedere a una nuova iscrizione con conseguente nuova assegnazione del grado ipotecario¹⁰¹.

Queste norme, piuttosto, offrono all'interprete l'occasione di constatare che *in subiecta materia*, come nei casi poc'anzi illustrati, il legislatore sceglie di scostarsi dalle stringenti conseguenze di ordine tecnico-formale legate all'accessorietà dell'ipoteca, per dare seguito a valutazioni sostanziali di bilanciamento degli interessi concretamente in gioco¹⁰².

È conferma di ciò, d'altronde, anche quanto disposto dall'art. 1251 c.c. in materia di compensazione, che si pone sulla stessa scia delle disposizioni poc'anzi esaminate. Questo articolo prevede che il debitore che paghi il suo debito invece di richiederne la compensazione con un credito vantato verso il suo stesso creditore, non possa più valersi, in pregiudizio dei terzi, delle garanzie che assistono il suo credito e tra le conseguenze

¹⁰¹ Anche se disciplina casi in qualche modo assimilabili alle ipotesi contemplate dagli artt. 1197 e 1276 c.c., tuttavia, a ben vedere, l'art. 2881 c.c. prende in considerazione fattispecie affatto differenti. Non sorprende, allora, la soluzione codicistica di conservare la garanzia a fronte della nullità o dell'inesistenza della causa di estinzione dell'obbligazione, estinzione che dovrebbe comportare conseguentemente il venir meno della stessa ipoteca. Infatti, stante la nullità o l'inesistenza dell'estinzione dell'obbligazione, essa è, invero, *tamquam non esset* e, di conseguenza, lo stesso vale per l'estinzione della garanzia. Detto altrimenti, se non è mai avvenuta l'estinzione dell'obbligazione, non è mai avvenuta, nemmeno l'estinzione dell'ipoteca. E lo stesso dicasi a proposito della nullità della rinuncia. Quindi, l'art. 2881 c.c. è norma sull'iscrizione. Serve, cioè, a disciplinare le conseguenze della cancellazione dell'ipoteca dai registri immobiliari. In questi casi, dunque, il problema non riguarda l'accessorietà dell'ipoteca al credito, ma riguarda le sorti della garanzia che esiste ancora nella sostanza – per non essersi estinta, per i motivi suddetti – ma non più formalmente nei pubblici registri. Ciononostante, la norma può essere messa senza contraddizione in relazione con il disposto degli artt. 1197, comma 3, e 1276 c.c. Infatti, la preoccupazione di evitare al terzo datore di ipoteca di ritrovarsi ancora vincolato a una garanzia che credeva estinta, è rinvenibile anche nei casi di cui all'art. 2881 c.c. È vero che nelle fattispecie della *datio in solutum* e della nullità dell'obbligazione del debitore sostituto, il credito si era veramente estinto, salvo poi tornare a esistere e quindi viene regolato un caso di vera e propria riviviscenza del credito, ontologicamente diverso dalle ipotesi di cui agli artt. 1197, comma 3, e 1276 c.c., tuttavia, si fatica a comprendere perché il legislatore abbia dettato soluzioni differenziate e resta quindi la considerazione che gli artt. 1197, comma 3, e 1276 c.c. realizzino una deroga alla rigida corrispondenza funzionale tra credito e ipoteca.

¹⁰² Cfr. B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 63-64.

concrete del “*non potersi valere delle garanzie in pregiudizio dei terzi*”, si annovera, appunto, anche l’estinzione dell’ipoteca concessa dal terzo datore¹⁰³.

4.3.1. Le modificazioni liberatorie del lato passivo dell’obbligazione costituiscono altre prove per concepire in forma debole il vincolo di subordinazione funzionale che lega l’ipoteca al credito originario.

In questa disamina delle ipotesi disciplinate dal codice da cui può evincersi una certa autonomia funzionale dell’ipoteca rispetto al suo credito, a parere di chi scrive, non può tacersi della disciplina delle modificazioni dell’obbligazione dal lato passivo: delegazione, espromissione e accollo. Infatti, l’art. 1275 c.c. stabilisce che “*in tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito*”, dettando una regola del tutto analoga a quella dettata in materia di novazione.

Tuttavia, a prescindere dalla diatriba sulla portata e sulla stessa esistenza nel nostro ordinamento della novazione soggettiva¹⁰⁴, occorre fin da subito precisare che, a

¹⁰³ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 475, il quale riporta, tra le dette conseguenze, l’estinzione dell’ipoteca su bene acquistato da un terzo e l’inopponibilità della garanzia immobiliare nei confronti di altri creditori e nei confronti di titolari di diritti reali o personali di godimento.

¹⁰⁴ Per novazione soggettiva, si intende quel fenomeno estintivo/constitutivo per cui si estingue l’obbligazione originaria e si costituisce una nuova obbligazione che differisce dalla precedente solo per il soggetto, attivo o passivo. Come noto, il codice previgente contemplava la novazione soggettiva sia attiva che passiva. Nel codice attuale, invece, non si fa più riferimento a quella attiva, ma alla sola novazione soggettiva passiva (art. 1235 c.c.). A fronte di ciò, la dottrina ha argomentato dell’inammissibilità della novazione soggettiva attiva nel nostro ordinamento (P. PERLINGIERI – L. FERRONI, *Modi di estinzione diversi dall’adempimento*, in P. Perlingieri, *Manuale*, cit., p. 334).

Quanto alla novazione soggettiva passiva, gli Autori sono divisi. Infatti, l’art. 1235 c.c., quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario, rinvia alla disciplina del capo delle modificazioni dell’obbligazione dal lato passivo. Ciò ha indotto taluni a ritenere che la novazione soggettiva passiva e gli istituti della delegazione, espromissione e accollo liberatori realizzino invero gli stessi effetti e non ci sia motivo per distinguerli (Cfr. P. RESCIGNO, *Studi sull’accollo*, Milano, 1958, p. 130; ID, voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1962, pp. 977 e ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 783; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, pp. 416-417; C. NOBILI, *Le obbligazioni. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2015, pp. 158 e ss; ciò sarebbe peraltro significativamente rimarcato dalla circostanza che l’obbligazione sarebbe definita solo dai suoi elementi oggettivi e non anche dai soggetti che compongono il rapporto obbligatorio, con la conseguenza che la modifica soggettiva comporti solo una successione nel debito (Cfr. P. PERLINGIERI – L. FERRONI, *Modi di estinzione*, cit., p. 334).

differenza del meccanismo novativo, nella delegazione, espromissione e accollo privativi non si verifica l'estinzione dell'originario credito, ma si assiste a una mera modifica del soggetto passivo dell'obbligazione.

Se si trattasse effettivamente di un fenomeno novativo, l'estinzione dell'ipoteca potrebbe giustificarsi proprio in ragione della novazione soggettiva. Detto altrimenti, l'estinzione della garanzia ipotecaria sarebbe diretta conseguenza dell'estinzione – per novazione soggettiva – dell'obbligazione originaria, sostituita poi dalla nuova, diversa dalla precedente solo per la persona del debitore. Se così fosse, quindi, questo esempio non proverebbe alcuna scissione funzionale tra credito e garanzia, ma anzi confermerebbe la necessaria subordinazione della seconda rispetto alla prima.

Tuttavia, persuasi dalla tesi che tende a non considerare come elementi caratterizzanti dell'obbligazione i soggetti che fanno parte del rapporto obbligatorio ma solo i suoi caratteri oggettivi¹⁰⁵, allora, il cambiamento del soggetto passivo non comporta, a ben vedere, alcuna modificazione dell'obbligazione. Ragionando in questi termini, dunque, visto che restano immutati gli elementi oggettivi del rapporto obbligatorio, le declinazioni liberatorie di questi fenomeni modificativi del lato passivo non differiscono in realtà dalle ipotesi cumulative perché si tratterebbe in ogni caso di una mera modifica soggettiva e mai di novazione.

Corollario di ciò è quindi che, a fronte della modifica liberatoria della persona del debitore, il credito resta qual è, ma, ai sensi dell'art. 1275 c.c., invece, si estinguono le garanzie che lo assistono. Questo dimostra, allora, che, ancora una volta, il nostro codice ci offre un esempio di autonomia funzionale dell'ipoteca rispetto al suo credito. Conseguentemente, può sostenersi che è coerente con il nostro codice – se non addirittura

La dottrina maggioritaria ritiene, invece, che sia possibile distinguere tra novazione soggettiva e successione nel credito giacché vi sarebbero degli aspetti che avrebbero esiti differenti a seconda che si tratti dell'una o dell'altra, come, ad esempio, per il termine prescrizione del debito che ricomincerebbe a decorrere dall'inizio in caso di novazione e non anche in caso di successione (Cfr. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, pp. 360 ss; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, p. 529; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, pp. 634 - 635). Per una breve, ma esauriente disamina della questione si veda C. BERNARDO, *Novazione soggettiva e successione nel rapporto obbligatorio*, in *Studium Iuris*, Padova, 2004, pp. 1018 e ss.

¹⁰⁵ Cfr. P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Situazione soggettiva e rapporto giuridico*, in *Manuale*, cit., pp. 82-83.

da esso stesso dato per presupposto – concepire il rapporto di accessorietà che lega credito e garanzia ipotecaria, in termini più flebili.

Ma c'è di più. Le conclusioni cui si è pervenuti, stimolano ulteriori osservazioni. L'estinzione dell'ipoteca a fronte della modifica della persona del debitore, pur in costanza di rapporto obbligatorio, prova che l'ipoteca è funzionalmente collegata alla consistenza patrimoniale del debitore. Rapportando questo rilievo alla disciplina della cessione del credito, può allora aggiungersi che conta più l'identità del debitore che l'identità del creditore perché, infatti, se la modifica della persona del creditore a seguito della cessione del credito non comporta l'estinzione della garanzia, viceversa, la modifica del soggetto obbligato – *rectius*, della garanzia patrimoniale generica che assiste il credito – determina, invece, il venir meno dell'ipoteca. Ciò, peraltro, oltre a trovare una giustificazione tecnica nella causa stessa dell'ipoteca, è inoltre una soluzione di buon senso perché, altrimenti, si realizzerebbe un *vulnus* al datore di ipoteca, debitore¹⁰⁶ o terzo¹⁰⁷ che sia, il quale si troverebbe a garantire un credito – magari lo stesso credito – collegato, tuttavia, a un patrimonio diverso rispetto all'origine, a causa della modificazione della persona del debitore.

¹⁰⁶ Parte della dottrina ritiene che, nel caso del debitore che dia impulso alla sostituzione e se ne avvantaggi – come nella delegazione e nell'accollo liberatori –, non sia necessario il suo consenso al mantenimento delle garanzie reali sui suoi beni perché non potrebbe non confidare sulla solidità patrimoniale del soggetto designato a sostituirlo nel debito: P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., p. 130; ID, voce *Delegazione (dir. civ.)*, cit., pp. 977 e ss.; R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, p. 285; G. e D. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 123. Si aderisce tuttavia alla posizione della dottrina maggioritaria la quale ritiene che anche il debitore debba prestare necessariamente il suo consenso al mantenimento delle garanzie su proprio bene perché non sembra che l'art. 1175 c.c. distingua tra debitore e terzo datore e, inoltre, perché le medesime ragioni di tutela sussistono anche rispetto al debitore originario. Cfr. P. GRECO, voce *Delegazione*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 345; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 656; E. BOTTIGLIERI, voce *Delegazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 11; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 131; A. BERTOTTO, *Compravendita con accollo liberatorio di mutuo e consenso al mantenimento dell'ipoteca: osservazioni sull'art. 1275 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2014, fasc. 6, pt. I, pp. 1099-1100.

¹⁰⁷ La necessità del consenso del terzo al mantenimento dell'ipoteca da lui prestata, si ricava, oltre che per l'*intuitus personae* che connota la prestazione di una garanzia per debito altrui, anche dal fatto che il terzo è estraneo all'accordo da cui deriva la liberazione del debitore originario e, perciò, per il principio di relatività degli effetti del negozio, non può subire alcun effetto pregiudizievole nella sua sfera giuridica derivante da un accordo al quale non abbia preso parte, come avverrebbe se si prevedesse il mantenimento automatico dell'ipoteca sul suo bene. Cfr. A. BERTOTTO, *op. cit.*, p. 1098.

Resta, infine, da precisare ulteriormente che, seppure si aderisse alla tesi qui avversata della natura di novazione soggettiva degli istituti in commento, non cambiano di molto i termini della questione. Infatti, bisogna tener presente che l'art. 1275 c.c. offre la possibilità di mantenere le garanzie con il consenso del costituente, sulla falsariga dell'art. 1232 c.c. in materia di novazione. E le stesse riflessioni, che si è già avuto di fare proprio su quest'ultimo articolo, possono essere qui riproposte. Quindi, com'è stato a suo tempo analizzato, il rimettere all'autonomia privata la possibilità di mantenere la garanzia ipotecaria nonostante si sia ormai estinto il credito per cui la stessa era stata costituita, – se non ci si lascia condizionare da quel pregiudizio teorico cui si è fatto più volte cenno – proverebbe che è compatibile con le logiche e le scelte di fondo del nostro ordinamento civile attribuire alla garanzia ipotecaria una sua autonomia funzionale rispetto al credito cui accede.

4.4. I NEGOZI DI POSTERGAZIONE DEL GRADO NON SCINDONO IL LEGAME FUNZIONALE TRA IPOTECA E CREDITO ORIGINARIO, MA DIMOSTRANO CIONONDIMENO CHE È POSSIBILE CEDERE L'IPOTECA IN VIA AUTONOMA.

La postergazione del grado è citata tra le operazioni di cui, a norma dell'art. 2843 c.c., si deve procedere all'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria. Non c'è altra traccia di questo istituto nel nostro codice. D'altronde, la disposizione citata non fa altro che recepire e formalizzare un istituto – quello della postergazione del grado, appunto – già conosciuto nelle riflessioni della dottrina sotto il vigore del codice civile del 1865.

Come noto, l'ordine cronologico delle iscrizioni ipotecarie su uno stesso bene definisce il grado dell'ipoteca. Il grado ipotecario determina, a sua volta, l'ordine successivo con cui i creditori ipotecari potranno soddisfarsi sul ricavato della vendita forzata dell'immobile oggetto della garanzia. Il grado, quindi, ha la funzione di comporre il conflitto tra più creditori ipotecari su uno stesso bene secondo il criterio dell'antiorità delle rispettive iscrizioni.

Con la locuzione postergazione del grado il codice intende riferirsi in realtà a tutti i possibili negozi – a effetti reali¹⁰⁸ – di disposizione del grado che comportano una modifica dell'ordine di preferenza con cui i creditori partecipano alla distribuzione del ricavato dell'espropriazione del bene ipotecato¹⁰⁹.

Definire precisamente la natura giuridica del grado è un'operazione alquanto delicata¹¹⁰.

Prima di tutto il grado riguarda l'ipoteca e non il credito ipotecario, come sembra testualmente affermare l'art. 2843 c.c.¹¹¹. È stato autorevolmente sostenuto¹¹² che la postergazione del grado realizzi in realtà una cessione dell'ipoteca¹¹³. Sul punto bisogna chiarire: se si adotta il modello di cessione dell'ipoteca alla francese che, come si vedrà,

¹⁰⁸ Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 390; A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 382. Per un approfondimento sui possibili margini di operatività dei negozi di postergazione del grado, si veda O. CALEO, *I negozi di postergazione del grado ipotecario in Obbligazioni e Contratti*, 2007, fasc. 2, pp. 163 e ss.

¹⁰⁹ Sebbene la terminologia usata in dottrina non sia univoca, i negozi dispositivi del grado possono consistere nello scambio dei rispettivi gradi; nella posposizione del grado di un creditore, lasciando invariato l'ordine successivo dei gradi degli altri creditori ipotecari; nella posposizione del grado tra due ipoteche aventi originariamente il medesimo grado e nell'operazione inversa della parificazione del grado di ipoteche aventi originariamente gradi diversi. Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 382; BOERO, *op. cit.*, pp. 748 ss; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 376 e ss.

Si discute in dottrina circa la natura e la struttura del negozio di disposizione del grado ipotecario. Quanto al primo aspetto, si ritiene che esso sia generalmente un atto gratuito, ma che non sia da escludere una sua declinazione onerosa. Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 392; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., pp. 378-379 li definisce “negozi, sotto questo profilo, incolori”. Quanto alla struttura, in dottrina è stato sostenuto che possa consistere anche in un atto unilaterale. Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 386. Tuttavia, per la giurisprudenza si tratta necessariamente di un negozio bilaterale, si veda Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188; Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1991, n. 7674. In dottrina, sono di questo avviso A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 378.

¹¹⁰ Della natura giuridica della cessione del grado si occupano, sotto il vigore del codice del 1865, L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit.; A. CICU, *Diritto civile. Sull'ipoteca*, cit, pp. 82 e ss.; e, sotto un certo angolo visuale, G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, cit., § 19; G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 370 definiscono l'operazione di postergazione del grado come uno scambio di ipoteche nei limiti del valore di quella di grado poziore.

¹¹¹ L'osservazione è, in realtà, di A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 382. L'art. 2843 c.c., in maniera evidentemente imprecisa, si esprime infatti in questi termini: “postergazione di grado [...] del credito ipotecario”.

¹¹² G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 370, i quali, definendo la postergazione del grado come uno scambio di ipoteche, inquadrano l'operazione come un'ipotesi di cessione autonoma di ipoteca, eccezionalmente prevista e ammessa nel nostro ordinamento. Pare orientarsi allo stesso modo C. MAIORCA, *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, cit., p. 18.

¹¹³ L. COVIELLO, *Delle ipoteche*, cit., ipotizza anche che possa trattarsi di una cessione parziale dell'ipoteca.

non scinde le vicende della garanzia ipotecaria da quelle del credito originario, allora potrebbe ben condividersi questa impostazione¹¹⁴. Se, invece, per cessione autonoma dell'ipoteca si intende far riferimento a una vicenda traslativa della garanzia reale che scinde qualsiasi legame con l'originario credito garantito, allora l'esaminanda tesi pare non convincere. Infatti, la cessione del grado ipotecario non incide sul collegamento funzionale tra l'ipoteca e il credito e ciascuna ipoteca, cui si riferiscono i gradi scambiati, resta vincolata al proprio credito originario¹¹⁵. Infatti, essa, anche a seguito della postergazione del grado, si estingue con l'estinzione del suo credito.

Alla luce di ciò, allora, è più vicino al vero sostenere che la postergazione del grado sia un negozio dispositivo del diritto di prelazione¹¹⁶ connesso all'ipoteca. Tale diritto, tuttavia, fin dalla sua stessa definizione, costituisce una componente della garanzia ipotecaria. In tale ottica, allora, il diritto di prelazione può essere qualificato alla stregua di una facoltà cedibile di cui si compone l'ipoteca stessa. In altre parole, al pari del diritto di proprietà, anche l'ipoteca si comporrebbe di diverse facoltà, tra cui il diritto del creditore di essere preferito nella distribuzione del ricavato dell'espropriazione; il grado, dunque, si sostanzierebbe in questa facoltà peraltro cedibile. Il grado, tuttavia, non è il diritto astratto di preferenza connesso a qualunque ipoteca e spettante, uguale a se stesso, a qualsiasi creditore ipotecario per il solo fatto di essere titolare di un'ipoteca. Il grado è invece il suddetto diritto di prelazione preso nella sua dimensione concreta: come tale, risente dell'ordine cronologico delle iscrizioni e si identifica con la posizione che l'ipoteca assume nell'ordine successivo con cui i diversi creditori ipotecari possono soddisfarsi sul ricavato dell'espropriazione del bene ipotecato. Con la postergazione del grado (*rectius*, con i negozi di disposizione del grado), quindi, i creditori ipotecari non ottengono altro se non una modifica delle rispettive posizioni nella sequenza con cui sono

¹¹⁴ Cfr. G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, cit., § 19, il quale espressamente sostiene che, se la cessione dell'ipoteca è intesa nel senso della possibilità, senza scindere il legame accessorio che lega credito e garanzia, di trasferire a favore di un creditore chirografario il mero diritto di soddisfarsi sulla somma spettante al cedente in sede di graduazione, allora la detta cessione dell'ipoteca non differisce dai negozi sul grado che intercorrono tra creditori ipotecari, traducendosi entrambi nella disposizione del diritto di preferenza insito nell'ipoteca stessa.

¹¹⁵ Cfr. C. MAIORCA, *Ipoteca*, cit., p. 140; F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 241; M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., 820; B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 215; F. FIORENTINI, *op. cit.* p. 403; L. FOLLIERI, *Sugli accordi di postergazione del credito*, in *Rivista di Diritto privato*, 2015, p. 600.

¹¹⁶ Cfr., sebbene in un discorso più ampio, G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, cit., § 19.

chiamati a soddisfarsi sul bene¹¹⁷. Le rispettive ipoteche rimangono, per il resto, invariate, ciascuna definita dai connotati della propria iscrizione, tra i quali spicca per importanza la somma per cui ciascuna è stata presa¹¹⁸. In particolare, per il tramite della disposizione del grado non è dato ai creditori ipotecari di estendere la portata originaria della propria ipoteca: essi continueranno a concorrere per la somma per cui la propria ipoteca è iscritta, seppure in una posizione diversa rispetto all'originaria sequenza¹¹⁹.

Se non ci si inganna sull'effettiva portata dell'istituto della postergazione del grado (*rectius*, i negozi di disposizione del grado), allora non si comprende perché, fermo restando che il credito non viene ceduto, da un lato, sia ammissibile, e anzi espressamente prevista, la disposizione di una facoltà – peraltro, con efficacia reale – e, dall'altro, non sia invece parimenti disponibile il diritto reale di cui quella stessa facoltà è un mero componente. Sotto un diverso punto di vista, quindi, differenziare tra diritto di prelazione e ipoteca nel suo complesso significa in fin dei conti sostenere che i creditori non possano disporre delle altre facoltà: queste, infatti, sarebbero già appannaggio dei creditori beneficiari dell'atto dispositivo del grado per effetto dell'ipoteca già costituita a loro vantaggio dal proprietario del bene ipotecato. Conseguentemente, negare la possibilità di cessione autonoma dell'ipoteca significa, allora, che solo il proprietario del bene possa costituire le altre facoltà di cui si compone l'ipoteca a favore di un creditore e che quest'ultimo, invece, non possa successivamente disporre. Ma se è questo il problema, l'ostacolo potrebbe essere facilmente superato prevedendo il consenso del proprietario del bene ipotecato all'operazione di cessione dell'ipoteca da un creditore all'altro. Infatti, se il proprietario può costituire a favore del creditore chirografario una nuova ipoteca, ben potrà consentire al trapasso a favore sempre di un creditore chirografario delle facoltà

¹¹⁷ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 382.

¹¹⁸ Occorre, inoltre, riferirsi all'originaria iscrizione, ad esempio, per individuare la data per l'opponibilità dell'ipoteca ai terzi e per la decorrenza del ventennio ai fini della rinnovazione.

¹¹⁹ Ciò non è tuttavia privo di conseguenze problematiche qualora l'ipoteca ulteriore sia iscritta per una somma maggiore rispetto all'ipoteca postergata e vi siano creditori iscritti di grado intermedio o altri terzi che rischiano di essere pregiudicati (come, ad esempio, i titolari di diritti sul credito garantito annotati a norma dell'art. 2843 c.c. o i titolari di diritti reali di godimento sul bene ipotecato, trascritti dopo l'iscrizione dell'ipoteca di grado anteriore ma prima dell'iscrizione dell'ipoteca di grado ulteriore). Per tutti questi casi, è necessario, allora, individuare una soluzione suscettibile di tutelare questi soggetti senza tuttavia impedire la disposizione del grado. A. CHIANALE, *op. cit.*, pp. 385-386 suggerisce, quale risposta al problema evidenziato poc'anzi, la necessità del consenso all'operazione di tutti i soggetti potenzialmente pregiudicati dal negozio di disposizione del grado.

di un'ipoteca già costituita. Se poi si arrivasse ad ammettere che questo consenso potrebbe essere addirittura preventivo – cioè, essere prestato una volta per tutte al momento della costituzione della garanzia ipotecaria – ne conseguirebbe che il creditore ipotecario potrebbe cedere sempre la propria ipoteca a un creditore chirografario senza che sia necessario interpellare nuovamente il proprietario del bene. Peraltro, la simiglianza tra le due operazioni, della postergazione del grado e della cessione autonoma dell'ipoteca, è confermato anche dal fatto che si pongono per entrambe le medesime preoccupazioni legate soprattutto alla tutela degli altri creditori ipotecari, che attendono essenzialmente alla durata¹²⁰ e alla portata economica della garanzia ipotecaria¹²¹.

Questo ragionamento proverebbe, allora, la compatibilità della cessione autonoma dell'ipoteca con il nostro ordinamento, argomentando dall'ammissibilità dei negozi di disposizione del grado¹²². Tuttavia, è bene avvisare di una cosa: le operazioni illustrate poc'anzi, sebbene del tutto simili nei risultati, differiscono notevolmente però nei presupposti dal modello di cedibilità autonoma dell'ipoteca che si intende qui proporre. Infatti, questo modello si basa e si giustifica non su un ipotetico o presunto consenso del proprietario del bene, ma sull'idea che l'ipoteca sia un diritto dotato di una sua autonoma utilità e, come tale, sia munito di un suo valore di mercato che lo rende adatto ad autonome operazioni di scambio.

¹²⁰ Restando l'ipoteca vincolata al credito originario, in realtà non si pongono problemi sotto questo profilo.

¹²¹ di A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 383 sostiene la necessità del consenso di tutti i creditori ipotecari che, sulla base di una valutazione da compiersi caso per caso, possono essere pregiudicati dal negozio dispositivo del grado intercorrente tra altri creditori. Ciò si verifica in particolar modo in caso di permuta di grado tra creditori non contigui, ove la somma dell'ipoteca poziore sia inferiore rispetto all'altra: senza il consenso dei creditori intermedi, l'ipoteca di grado ulteriore può subentrare nel grado di quella poziore nei soli limiti della somma iscritta per quest'ultima; se, invece, quel consenso c'è, allora il creditore ulteriore può subentrare nel grado poziore per la superiore somma della sua iscrizione originaria.

¹²² Anche B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 215 pare ritenere che l'istituto della postergazione del grado dimostri l'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca. Infatti, così si esprime: "*Non è men vero, tuttavia, che essa [la postergazione del grado ipotecario] configura se non altro un'ipotesi di vicenda traslativa concernente esclusivamente la garanzia ipotecaria e, in particolare, il grado della stessa*".

5. IL CONTENUTO E LE FINALITÀ DELLE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PRINCIPIO DI SPECIALITÀ NON COSTITUISCONO UN OSTACOLO ALL'OPERAZIONE DELLA CESSIONE AUTONOMA DELL'IPOTECA.

Nei paragrafi che precedono si è tentato di dimostrare che, senza rinnegarla, l'accessorietà che caratterizza la garanzia ipotecaria può essere anche flessibile.

Tuttavia, sostenere l'ammissibilità della cessione autonoma dell'ipoteca sulla base del mero affievolimento dell'accessorietà sarebbe una soluzione troppo frettolosa. Infatti, occorre considerare anche il profilo attinente alla specialità dell'ipoteca.

L'art. 2809 c.c., rubricato "Specialità e indivisibilità dell'ipoteca", presenta le due anime del principio di specialità: la specialità quanto all'oggetto dell'ipoteca e la specialità quanto alla somma.

Con riguardo alla specialità rispetto all'oggetto, essa si riferisce alla circostanza che la garanzia ipotecaria deve essere iscritta su beni specificamente individuati.

Analogamente, l'art. 2809 c.c. prevede che l'ipoteca deve essere iscritta per una somma determinata in denaro. A ben vedere, si tratta di un profilo diverso da quello dell'identità del credito¹²³. Infatti, la somma per cui l'ipoteca è iscritta rappresenta un valore in denaro che non necessariamente corrisponde all'ammontare del credito; peraltro, essa prescinde anche dalla prestazione oggetto del credito stesso così che un credito che non abbia ad oggetto la prestazione di una somma di denaro oppure che sia ancora illiquido, rispetta il principio di specialità qualora sia indicata nella nota la somma per la quale l'ipoteca è presa, come d'altronde prevede espressamente l'art. 2839 c.c.¹²⁴.

Tuttavia, il principio di specialità atterrebbe anche alla precisa individuazione del credito garantito¹²⁵. All'uopo, è stato correttamente osservato che la necessaria

¹²³ M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 771. In giurisprudenza, si veda Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325.

¹²⁴ Cfr. C. MAIORCA, *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, cit., pp. 9-10, il quale sottolinea che l'art. 2839 c.c. richiede, tra gli altri elementi, l'indicazione dell'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa e che ciò non riguarda il credito.

¹²⁵ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 27 - 28; M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 771; F. S. GENTILE, *op. cit.*, p. 29; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 30 e p. 68; Cfr., G. STOLFI, *In tema di invalidità dell'ipoteca per indeterminatezza del credito*, in *Rivista di diritto civile*, pt. II, 1973, pp. 406 e ss. In giurisprudenza si veda Tribunale di Roma, 29 gennaio 1992, con nota adesiva di G. GRANZOTTO, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, pt. II, 1993, pp. 214 e ss.; Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2017, n. 5630, con nota adesiva

determinazione del credito è legata allo stesso funzionamento della garanzia ipotecaria e alla tutela dei terzi, nonostante non vi sia una norma specifica che la imponga¹²⁶. È evidente, infatti, l'interesse che un terzo può avere nel conoscere quelle vicende del credito suscettibili di incidere variamente sulla ipoteca stessa, come avviene, ad esempio, in caso di estinzione dell'obbligazione che determina anche l'estinzione della garanzia ai sensi dell'art. 2878 c.c. o di pagamento del credito che può comportare la surrogazione del creditore perdente ai sensi dell'art. 2856 c.c. o il subingresso nell'ipoteca del terzo acquirente ai sensi dell'art. 2866 c.c. Non si può quindi che concordare con la giurisprudenza in materia che richiedono nel titolo costitutivo dell'ipoteca l'indicazione della fonte, dei soggetti e della prestazione che caratterizzano il credito garantito, per evitare che la stessa sia costituita a favore di un credito inesistente o meramente futuro¹²⁷.

Questo principio è stato utilizzato, però, anche come un ulteriore argomento di opposizione all'operazione della cessione autonoma dell'ipoteca: se infatti il credito deve essere determinato, questo non può essere modificato¹²⁸.

Tuttavia, questa conclusione è tutta da verificare. Per farlo, bisogna analizzare le disposizioni che il codice civile dedica a quegli elementi del credito che devono ricevere pubblicità nei pubblici registri per far funzionare bene il meccanismo della garanzia ipotecaria.

di M. RENNA, *Accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giurisprudenza italiana*, pt. 2, 2018, pp. 248 e ss.; Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325 la quale precisa però che non la specialità non si traduce nell'importo del credito garantito, bastando a tal uopo che il titolo costitutivo dell'ipoteca riporti l'indicazione della fonte, dei soggetti e della prestazione che individuano il credito; Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669; Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2002, n. 2429; Cass. civ., sez. II, 30 aprile 2000, n. 3997.

¹²⁶ A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 96; G. GRANZOTTO, *L'accessorietà dell'ipoteca al credito garantito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, pt. II, 1993, p. 217; ID, *L'indicazione, nella costituzione dell'ipoteca, del concreto garantito*, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, p. 74; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, pp. 29-30; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 29; M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 770 ricava l'obbligo di determinare il credito garantito dall'invalidità dell'iscrizione conseguente all'incertezza in ordine all'ammontare del credito, ai sensi dell'art. 2841 c.c., ma sul punto si veda nel testo *infra*.

¹²⁷ In giurisprudenza, Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2015, n. 3221; Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325; Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2002, n. 2429; Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2001, n. 3041; Cass. civ. sez. II, 30 aprile 2000, n. 3997; Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 1975, n. 686.

¹²⁸ In giurisprudenza si veda Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325; Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669

Prima di tutto, bisogna osservare che, come già accennato, nessuna specifica disposizione prescrive l'esatta determinazione del credito garantito¹²⁹ né nel titolo¹³⁰ né nella nota ipotecaria tant'è che l'art. 2841 c.c. non l'annovera tra gli elementi la cui mancanza o incertezza determina l'invalidità dell'iscrizione. Né può diversamente sostenersi che l'art. 2841 c.c. farebbe surrettiziamente riferimento alla determinazione del credito allorché menziona l'ammontare del credito tra gli elementi essenziali da indicare nell'iscrizione ipotecaria a pena di invalidità, come pure è stato sostenuto in dottrina¹³¹. Infatti, secondo l'interpretazione preferibile, il legislatore, all'art. 2841 c.c. erroneamente richiama l'ammontare del credito, intendendo, in realtà, riferirsi alla somma per la quale l'ipoteca è iscritta¹³². Peraltro, non si può che aderire a questa tesi giacché, nell'elenco degli elementi che devono essere indicati nella nota di iscrizione ai sensi dell'art. 2839 c.c., non compare l'ammontare del credito, ma l'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa ed è questa seconda indicazione che presenta maggior interesse per i terzi. Infatti, a prescindere dalla natura e dall'ammontare del credito, la garanzia ipotecaria è pur sempre limitata alla somma di iscrizione: ciò significa che, se anche il credito è di ammontare superiore, il creditore ipotecario non potrà ricavare dall'espropriazione del bene più della somma per la quale l'ipoteca è presa. È facile constatare, allora, che è quindi questo elemento a interessare i terzi, rappresentando il necessario termine di riferimento per tutte le loro valutazioni economiche¹³³. Pertanto, può persuasivamente sostenersi che la tutela dei terzi a fronte di una garanzia ipotecaria, non passi attraverso l'immutabilità del credito garantito quanto, piuttosto, attraverso la conservazione di quel parametro economico per tutta la vita della garanzia. Infatti, per i fini per cui i terzi possono avere interesse a conoscere l'identità del credito, agli stessi basta conoscere il credito che l'ipoteca garantisce al momento delle loro valutazioni.

¹²⁹ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, pp. 20 e ss., il quale sostiene addirittura: “*ne deriva che l'esigenza della determinatezza del credito è frutto di un'interpretazione additiva del tessuto codicistico, ingiustamente ritenuto incompleto e perciò meritevole di integrazione, nonché della confusione con il requisito della specialità, afferente alla precisazione della somma*”.

¹³⁰ Cfr. P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 63.

¹³¹ Il riferimento è a M. FRAGALI, *Ipoteca (dir. priv.)*, cit., p. 770.

¹³² Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 77, il quale rileva che infatti per i terzi non è importante sapere quale sia il credito o il suo ammontare, avendo piuttosto interesse a conoscere – e a conoscerlo subito – il valore massimo ricavabile in via ipotecaria.

¹³³ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *op. cit.*, p. 21.

Detto altrimenti, non esiste un interesse dei terzi a che sia mantenuto immutato il credito originariamente garantito, avendo gli stessi interesse tutt'al più a conoscere il credito di volta in volta garantito. Diversamente, ragioni di prevedibilità e di efficacia del sistema, inducono a considerare di estrema importanza che, invece, resti immutato il valore con cui l'ipoteca grava sull'immobile.

Si potrebbe essere tentati peraltro di sostenere l'immodificabilità del credito garantito argomentando dal fatto che, tra gli elementi essenziali di cui all'art. 2841 c.c., compare l'identità del creditore. Infatti, potrebbe dirsi che, se il legislatore ha voluto che si desse pubblicità a questo elemento addirittura a pena di invalidità dell'iscrizione, questa indicazione sarebbe a presidio di interessi meritevoli di tutela e che in quanto tale, la persona del creditore non sarebbe modificabile e conseguentemente nemmeno il credito cui si riferisce. In contrario, occorre prima di tutto sottolineare che, come è stato osservato, lo scopo di questa indicazione è piuttosto quello di individuare il soggetto legittimato a porre in essere quelle operazioni che incidono sulla titolarità dell'ipoteca e che richiedono la formalità dell'annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c.¹³⁴. Inoltre, queste stesse operazioni dimostrano che la persona del creditore può variare nel tempo – ad esempio, a seguito di cessione del credito – quindi, non c'è motivo per escludere questa variazione anche a seguito di sostituzione del credito originario con un nuovo credito: l'importante è che sia individuabile, di volta in volta, l'identità del creditore.

Lo stesso può dirsi anche per ciò che attiene al tempo dell'esigibilità del credito. Generalmente si attribuisce a questa indicazione della nota il compito di permettere ai terzi di conoscere a partire da quale momento inizi a decorrere il termine prescrizione a vantaggio del terzo acquirente, ai sensi dell'art. 2880 c.c. Ma, oltre a essere un elemento per così dire sacrificabile, giacché la sua omissione non determina l'invalidità dell'iscrizione ai sensi dell'art. 2841 c.c., relativizzare il dato, modificandolo di volta in volta a seguito della cessione autonoma dell'ipoteca, non determina alcun pregiudizio a quegli interessi che presidia.

In conclusione, dal principio di specialità, a parere dello scrivente, dovrebbe ricavarsi la sola immodificabilità della somma di iscrizione e non anche l'immutabilità del credito, ferma restando la necessità di determinare il credito garantito almeno nel

¹³⁴ Cfr. anche G. GORLA - P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 360.

titolo costitutivo dell'ipoteca¹³⁵; in tale ottica, pur non essendo imposto dalle disposizioni in materia, sembra tuttavia opportuno dare pubblicità al credito di volta in volta garantito per l'indubbio valore che tale dato ha per i terzi. Di conseguenza, sia per il contenuto delle norme coinvolte che per gli scopi propri di questo principio, può ritenersi che esso non ostacoli in alcun modo la configurabilità della cessione autonoma dell'ipoteca nel nostro ordinamento.

È possibile rilevare, piuttosto, che l'interpretazione che vede nel principio in esame un impedimento a una siffatta operazione, risenta, in realtà, di una certa visione dell'accessorietà. I due principi, quello dell'accessorietà e della specialità, interagiscono e dialogano tra loro, ciascuno prendendo contenuto e argomento dal modo in cui si intende l'altro. Tuttavia, isolando i rispettivi contenuti e analizzandoli singolarmente, si è dimostrato – si spera – che, in realtà, nessuno dei due si frappone alla possibilità di ancorare l'ipoteca a un credito diverso da quello originario. In questo modo, si è voluto provare che non c'è ragione per escludere la fattibilità di una siffatta operazione nel nostro ordinamento, se non a causa di quel pregiudizio teorico cui si è già fatto cenno *supra*.

¹³⁵ Cfr. P. BOERO, *Le ipoteche*, cit., pp. 62-63.

6. LA DISCIPLINA IN MATERIA IPOTECARIA NON PERMETTE DI INDIVIDUARE IN VIA ERMENEUTICA UNA REGOLAMENTAZIONE COMPLETA DELL'OPERAZIONE DELLA CESSIONE AUTONOMA, CAPACE DI CONTEMPERARE GLI INTERESSI DI TUTTI I SOGGETTI POTENZIALMENTE COINVOLTI. È INDISPENSABILE L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE.

Tirando le somme dell'analisi condotta nei paragrafi precedenti, si può provare a ricostruire i connotati che il nostro codice sembra attribuire al rapporto di subordinazione funzionale tra ipoteca e suo credito.

Prima di tutto, come si è tentato di dimostrare più volte, non sembra inderogabilmente compatibile con il nostro impianto codicistico la sola declinazione rigida dell'accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito originario. Sicuramente è una lettura sostenibile, ma non è un dogma, come spesso in passato è stata presentata. Si è cercato, dunque, di dimostrare che è possibile un'interpretazione differente basata, peraltro, su quelle stesse disposizioni usate dall'opposta dottrina a sostegno della sua tesi, e molte altre, tanto che sembra addirittura più rispondente al nostro ordinamento una connessione strutturale tra credito e garanzia di tipo flessibile. Peraltro, come si è già accennato e come si cercherà di provare maggiormente nel prossimo capitolo, è su questo terreno che si gioca la partita della modernità del sistema ipotecario: proprio una maggiore flessibilità della garanzia ipotecaria sembra essere la sfida che gli Stati europei sono chiamati ad affrontare per rilanciare, insieme alle tante altre misure immaginabili, le proprie economie e aumentare l'attrattività dei propri mercati per gli investitori stranieri.

È bene avvisare che propinare un modello flessibile ed elastico di accessorietà non significa abdicare radicalmente a questo requisito. Infatti, come si è già evidenziato, il collegamento funzionale della garanzia con un credito connota addirittura la causa del negozio costitutivo della garanzia. Pertanto, non è immaginabile una funzione giuridica della garanzia diversa da quella di rafforzamento di un vincolo obbligatorio, consistente nell'attribuzione al creditore di un rimedio *latu sensu* per soddisfare altrimenti il proprio interesse creditorio, rimasto frustrato a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione.

Il precipitato pratico di ciò è che non è possibile predicare l'esistenza di una garanzia senza un credito da garantire. Pertanto, come non è possibile costituire un'ipoteca in assenza di un credito esistente o, se futuro, per lo meno scaturente da un

rapporto già esistente, allo stesso modo, qualora la garanzia si trovi orfana di un credito, non può che decretarsene l'estinzione. Non a caso si è detto *un credito*¹³⁶, uno qualsiasi. Infatti, non toglie punto al necessario rapporto causale di subordinazione strutturale il cambiamento del credito garantito, purché un credito sussista pur sempre. Detto altrimenti, la sostituzione di un credito con un altro non incide sulla giustificazione causale della garanzia che, quindi, non è destinata a estinguersi.

Pertanto, non frapponendosi espressi divieti né ragioni di ordine tecnico o sistematico, si ritiene che sia predicabile nel nostro ordinamento l'ammissibilità della cessione dell'ipoteca in via autonoma rispetto al credito per cui essa è stata originariamente costituita, purché la stessa venga ancorata a garanzia di altro credito. Cessione autonoma dell'ipoteca non significa poter trasferire la garanzia a un soggetto che non sia creditore, ma significa semplicemente che essa possa verificarsi anche senza che sia ceduto il credito cui accede, come per lungo tempo è stato ritenuto. In conseguenza della cessione, dunque, il creditore ipotecario resta titolare del suo credito ma si spoglia solamente della garanzia ipotecaria che cede a favore di un altro soggetto che sia titolare, a sua volta, di un credito cui la garanzia possa accedere. Dal punto di vista del rapporto ipotecario, la cessione autonoma si traduce nella mera modifica del credito garantito e, conseguentemente, del creditore titolare della garanzia.

Né si contrappongono ragioni di ordine giuridico e segnatamente, di liceità dell'operazione. Ciò è peraltro ricavabile da una risalente sentenza della Corte di Cassazione¹³⁷, la quale, a fronte di una cessione autonoma dell'ipoteca, non ne ha predicato l'inammissibilità, ma l'ha riqualificata in termini di negozio produttivo di meri effetti obbligatori, con cui il creditore ipotecario "cedente" si impegna a riversare a favore del creditore chirografario "cessionario" il risultato dell'espropriazione. Allora, se una siffatta operazione è ammissibile se costruita in tal modo, significa che è parimenti non vietato, e quindi legittimo, un negozio affatto simile avente però natura reale – la cessione

¹³⁶ Cfr. P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, cit., p. 1401.

¹³⁷ Cass. 16 novembre 1978, n. 5286, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, I, c. 1309.

autonoma dell'ipoteca, appunto – il quale, a ben vedere, finisce per produrre effetti del tutto comparabili a quelli del suo *alter ego* di natura obbligatoria¹³⁸.

Resta da verificare, tuttavia, se sulla base delle norme attualmente presenti nel nostro codice, sia possibile ricostruire, in via necessariamente analogica, una disciplina completa dell'istituto della cessione autonoma dell'ipoteca che tenga presente e faccia fronte, peraltro, alle posizioni e agli interessi di tutti i soggetti coinvolti in un'operazione siffatta.

Quanto a ragioni più squisitamente operazionali, possibili soluzioni sono opinabili già sulla base delle attuali disposizioni. Infatti, trattandosi di un trasferimento di un diritto reale, il relativo atto dovrebbe necessariamente rivestire la forma scritta a pena di nullità, per analogia con l'art. 1350 c.c. in comb. disp. con l'art. 2821 c.c. e, per ciò che attiene al profilo pubblicitario, si può, invece, proporre l'annotazione a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria, ai sensi del citato art. 2843 c.c. giacché come è già stato detto, secondo la dottrina maggioritaria e preferibile, l'elencazione di cui all'art. 2843 c.c. non sarebbe tassativa, ma solamente esemplificativa e pertanto, anche argomentando dalla presenza in quell'elenco dell'istituto affine della cessione del grado, potrebbe pensarsi di dare così pubblicità all'operazione in commento.

Più complessa, invece, è la questione attinente al necessario contemperamento degli interessi delle persone potenzialmente coinvolte in un'ipotetica cessione autonoma dell'ipoteca.

In uno dei paragrafi precedenti, si sono messe in luce le ragioni di ordine socio-economico che hanno indotto parte della dottrina a negare la possibilità di cedere l'ipoteca sganciata dal suo credito. Riprendendo quelle osservazioni, si vuole ora provare a verificare se non sia possibile dare loro una risposta, alla luce del quadro complessivo del sistema ipotecario, ricostruito sulla base delle considerazioni condotte nei paragrafi che precedono.

In primis, l'interesse del debitore a concedere ipoteca a un creditore piuttosto che a un altro¹³⁹ non sembra essere talmente meritevole di tutela da ostacolare l'ammissibilità

¹³⁸ Cfr. P. ZANELLI, *Considerazioni di interesse notarile in tema di ipoteca: flessibilità e altre innovazioni*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 911, il quale critica la posizione intermedia assunta dalla Suprema Corte, suggerendo di aggredire direttamente il requisito dell'accessorietà.

¹³⁹ P. MARINO, *La cessione dell'ipoteca*, cit., pp. 1401-1402, pur riconoscendo la rilevanza di questo interesse, ritiene che invece non potrebbe fraporsi all'operazione di cessione dell'ipoteca, per lo

della circolazione autonoma della garanzia. Infatti, il debitore è tenuto all'adempimento nei confronti di tutti i suoi creditori e tutti i suoi creditori hanno garanzia generica su tutti i beni del suo patrimonio – quindi, anche su quello gravato da ipoteca. In tale ottica, non si comprende allora quale pregiudizio possa derivare al debitore dallo spostamento della garanzia specifica da un suo credito all'altro, tenuto conto che se il debitore adempie lo strumento ipotecario non verrà nemmeno attivato e, soprattutto, che anche il creditore chirografario può espropriare il bene ipotecato, garantendo però la posizione del titolare dell'ipoteca. Queste osservazioni valgono anche a smentire la sussistenza di un interesse del debitore a pagare un credito prima di un altro, secondo una sua personale preferenza. Se, da un lato, è vero che, con la cessione della garanzia, il debitore sarebbe indotto a pagare prima il credito del cessionario dell'ipoteca, dall'altro, non si può ritenere che ciò si traduca in un vero e proprio pregiudizio per il debitore, stante il suo obbligo giuridico al pagamento di tutti i creditori.

Né può darsi rilevanza alla persona del creditore. Dalla disciplina della cessione del credito e della surrogazione, può ricavarsi, infatti, che, nell'impianto codicistico, il cambiamento della persona del creditore non incide sul rapporto di garanzia, non necessita di alcuna forma di bilanciamento e l'ipoteca, dunque, può continuare ad assistere il suo credito.

A fronte della preoccupazione che la garanzia possa finire a garantire il debito di un soggetto diverso, potrebbe osservarsi quanto segue. La modifica della persona del debitore, come dimostra la disciplina di delegazione espressamente e accollo liberatori, rompe il legame tra il credito e il suo accessorio e l'ipoteca si estingue. La persona del debitore (*rectius*, la garanzia patrimoniale di questo) è, infatti, un elemento fondamentale per la garanzia che assiste un'obbligazione. La modificazione di questo elemento, a fronte del mantenimento della garanzia senza alcuna nuova manifestazione di volontà proveniente dal garante, si tradurrebbe in un rischio troppo alto per quest'ultimo che, se non ovviato, potrebbe in astratto comportare la paralisi delle prestazioni di garanzie. Se, infatti, la legge prevedesse la sopravvivenza delle garanzie a seguito della modifica del debitore, nessun soggetto potenzialmente sarebbe più disposto a rendersi garante, sussistendo il rischio di trovarsi a garantire non solo una persona non conosciuta al

meno in quelle ipotesi in cui essa risulti essere indifferente o addirittura vantaggiosa per gli interessi del debitore.

momento della costituzione della garanzia stessa, ma – ciò che è peggio – addirittura un patrimonio di cui si non conosce la consistenza e che non si avrebbe modo di conoscere in quel momento. E ciò – si badi bene – non vale solo per il terzo datore di ipoteca. Un ragionamento analogo, infatti, è valido anche rispetto al debitore che garantisca con un suo bene il proprio debito. Infatti, se nel caso di delegazione e accollo liberatori è pur sempre necessario il consenso del debitore originario, questo non è teoricamente necessario in caso, invece, di espromissione liberatoria: il debitore potrebbe ritrovarsi, allora, a garantire a sua insaputa il medesimo credito, sì, ma che ormai grava su un soggetto diverso, l'espromittente. Il legislatore, quindi, ha giustamente eliminato *in nuce* il rischio di simili evenienze, prevedendo in via generale l'estinzione delle garanzie, salvo il volere contrario delle parti. Infatti, a fronte della dichiarazione di parte con cui il garante esprime il suo consenso al mantenimento delle garanzie, queste non si estinguono, ma restano ad assistere il credito, anche se è mutata la persona del debitore e, di conseguenza, il suo patrimonio. Calando queste osservazioni in materia di cessione autonoma dell'ipoteca, può dirsi, allora, che, senza il consenso del prestatore della garanzia – sia esso il debitore o un terzo – non c'è il rischio che l'ipoteca passi a garantire il debito di un soggetto diverso dal debitore originario. In altre parole, senza il consenso del prestatore della garanzia, il creditore ipotecario cedente non può alienare la propria ipoteca a vantaggio, ad esempio, di un proprio creditore perché ciò determinerebbe surrettiziamente una modifica del soggetto passivo del nuovo credito garantito che, come visto, dovrebbe comportare, in assenza di quel consenso, l'estinzione della garanzia.

Questo è quanto è dato di ricavare dal dettato normativo. Ciò significa che dalle attuali disposizioni in materia ipotecaria non è possibile ovviare a tutte quelle criticità evidenziate dalla dottrina tradizionale in quella che è stata definita l'argomentazione socio-economica. Infatti, non è possibile enucleare una disciplina che tuteli il debitore dal rischio di vedere vincolato il suo bene in perpetuo, a seguito di trasferimenti successivi e successive rinnovazioni; non è possibile, inoltre, individuare un meccanismo che impedisca il pregiudizio dei creditori di grado ulteriore a fronte del trasferimento dell'ipoteca di grado poziore a favore di un creditore chirografario; infine, non è possibile stabilire in che modo possano essere tutelati gli interessi dei terzi, quali i creditori chirografari, eventuali futuri creditori ed eventuali futuri acquirenti del bene ipotecario.

Questi sono alcuni dei profili di questo istituto che non hanno al momento risposta nemmeno mediante un'operazione ermeneutica di tipo analogico delle disposizioni codicistiche in materia. Le soluzioni che verranno adottate per far fronte a questi nodi problematici connoteranno il modello italiano di cedibilità dell'ipoteca e, ancora di più, il modo stesso in cui verrà declinato il principio di accessoria dell'ipoteca nel nostro ordinamento. Per la difficoltà di trovare soluzioni in via interpretativa e per la stessa importanza di queste stesse soluzioni suscettibili di condizionare l'intero sistema ipotecario – e, forse, anche delle garanzie del credito nel suo complesso – spetta dunque al solo legislatore individuarle e porle in maniera ponderata e definitiva, con la stessa sensibilità con cui regola la materia della reviviscenza del credito di cui agli artt. 1197 c.c. e 1276 c.c. o del pagamento del credito compensabile di cui all'art. 1251 c.c., adottando soluzioni, come si è visto, dettate più dall'equità che da una rigida consequenzialità tecnico-giuridica. Quindi, non può sostenersi l'ammissibilità immediata nel nostro ordinamento della cedibilità autonoma dell'ipoteca per la mancanza di norme precise con cui regolare possibili conflitti di interessi. Ma non si tratta di un impedimento definitivo e insuperabile, bensì solo accidentale e vincibile mediante disposizioni *ad hoc*, purtroppo tuttora assenti. Nell'ultimo capitolo, si cercherà di fornire possibili soluzioni ai problemi evidenziati.

Prima di delineare possibili scenari *de iure condendo*, appare, allora, senza dubbio conveniente volgere lo sguardo all'estero. Tra tutti gli Stati che avrebbero potuto fare oggetto di approfondimento, si è inteso, tuttavia, soffermarsi sul solo sistema ipotecario francese e ciò, per ragioni storiche e di affinità tra i due sistemi. Inoltre, al medesimo fine, si è ritenuto parimenti interessante approfondire i caratteri del progetto dell'euroipoteca di derivazione unionale il quale, sebbene non sia poi stato portato a compimento, offre sicuramente non trascurabili spunti di riflessione sui connotati che l'ipoteca potrà assumere sotto la spinta del diritto dell'Unione. E di ciò si tratterà nel capitolo che segue.

CAPITOLO II

TENDENZE EVOLUTIVE EUROPEE IN MATERIA DI GARANZIA IPOTECARIA

PARTE PRIMA L'EUROIPOTECA

1. CENNI STORICI SULLO SVILUPPO DELL'IDEA DELL'EUROIPOTECA.

Quella dell'Euroipoteca non è un'idea recente. Già nel 1966, il Report Segré, per realizzare una più compiuta integrazione del mercato dei capitali, considerava come una priorità il ravvicinamento o l'armonizzazione della disciplina delle garanzie reali negli Stati membri, mediante l'introduzione di un istituto comune che si ispirasse alla *Grundschild* tedesca¹⁴⁰.

La questione viene nuovamente affrontata nel 1987, quando l'Unione Internazionale dei Notai Latini (UINL) torna a parlare di uno strumento di garanzia reale comune per l'Europa, uniformemente regolamentato: l'obiettivo è quello di superare gli inconvenienti giuridici, economici e pratici dell'ipoteca dominata da un rigido rapporto accessorio con il credito garantito. La soluzione viene quindi ravvisata in una forma di garanzia reale non accessoria, liberamente trasferibile ed estremamente duttile e versatile.

¹⁴⁰ La *Grundschild* o Debito Fondiario tedesco si sostanzia nel diritto, gravante su un immobile, di prelevare una certa somma di denaro in occasione dell'espropriazione dello stesso. Si costituisce per atto notarile e deve essere iscritto nei registri fondiari. Può svolgere anche funzioni diverse da quelle di garanzia. Quando viene attribuito per garantire un debito è di norma accompagnato da un contratto obbligatorio tra datore della garanzia e creditore (il c.d. *Sicherungsabrede*) con cui si identifica il credito garantito e si specificano i criteri in cui sarà possibile azionare la garanzia. Questo tipo di garanzia non accessoria, inoltre, può essere costituita anche a favore dello stesso proprietario del bene e la sua costituzione può anticipare la nascita del credito come, parimenti, sopravvive alla sua estinzione; può, inoltre, essere incorporata in un documento cartolare. È bene specificare che il diritto tedesco conosce anche una forma di garanzia reale immobiliare accessoria, la *Hypothek*.

È proprio la Commissione Affari della Comunità Europea in seno all'UINL a coniare il termine *euroipoteca*. Questa nuova forma di garanzia reale dovrebbe potersi costituire anche prima della concessione del prestito e dovrebbe potersi iscrivere anche a favore dello stesso proprietario; non dovrebbe invece estinguersi con il pagamento del credito garantito e dovrebbe potersi riutilizzare a garanzia di un nuovo credito; inoltre, dovrebbe essere facilmente negoziabile e trasmissibile, anche nelle forme della circolazione cartolare. Detto in maniera sintetica, lo strumento proposto doveva essere dotato di un elevato grado di indipendenza dalle sorti del credito garantito. La Commissione dell'UINL scarta la *Grundschild* tedesca e ravvede un possibile modello nella *cédule hypothécaire* svizzera, vale a dire un documento cartolare negoziabile che incorpora un credito astratto e la relativa garanzia ipotecaria. Questa, infatti, oltre a racchiudere tutte le summenzionate caratteristiche, sarebbe stata maggiormente capace di adattarsi ai vari ordinamenti nazionali, pur con le loro differenze¹⁴¹.

Nel 1998, le linee guida sviluppate dall'Associazione delle banche tedesche di credito ipotecario (VDH) per l'introduzione di garanzie flessibili e non accessorie, sono servite per le riforme del sistema delle garanzie nei Paesi dell'Europa centrale e orientale.

Il discorso sull'Euroipoteca si intensifica nei primi anni 2000. Preceduto, nel 2003, dallo "*Study on the financial integration of European mortgage markets*" che si occupa di evidenziare gli ostacoli all'integrazione del mercato del credito ipotecario in Europa e i vantaggi che ne deriverebbero se si riuscisse a realizzarla¹⁴², è del 2004 il Report del *Forum Group on Mortgage Credit*, intitolato "*The integration of the EU mortgage credit market*". Di particolare interesse ai fini del discorso qui condotto, è

¹⁴¹ La *cédule hypothécaire* o Cartella Ipotecaria svizzera, come detto, è un documento cartolare. Può essere all'ordine o al portatore e incorpora il credito e la garanzia. Si costituisce per atto pubblico e viene iscritta nei registri immobiliari. Il proprietario del bene offerto in garanzia può costituirla anche a suo vantaggio fin dall'origine.

Per una più approfondita analisi dell'istituto della *cédule hypothécaire* svizzera, nonché per una critica circa la compatibilità di questo istituto con l'ordinamento italiano, si veda C. LICINI, *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che... non esiste ancora)*, in *Quadrimestre*, 3/1993, pp. 765 e ss.

¹⁴² In particolare, lo *Study on the financial integration of European mortgage markets*, di MERCER OLIVER WYMAN per la Federazione Bancaria Europea, Ottobre 2003, p. 6, individua, tra gli ostacoli all'integrazione del mercato del credito ipotecario europeo, le differenze giuridiche esistenti negli ordinamenti nazionali e l'impossibilità di trasferire i prestiti da un prestatore all'altro.

l'Allegato VI che si occupa dell'*Euromortgage*¹⁴³, o "*Euro-Hypotheck*", definita come uno strumento di garanzia reale in senso paneuropeo, dotato di maggiore flessibilità rispetto a quella offerta dagli strumenti di garanzia nazionali. Oltre a evidenziare che le istanze a favore dell'adozione di un siffatto istituto provengono sia dal mondo dei consumatori¹⁴⁴ che dagli operatori del mercato¹⁴⁵, questo documento si preoccupa anche di delineare sinteticamente le caratteristiche che dovrebbe presentare: essere autonomo rispetto al contratto di mutuo¹⁴⁶; essere suscettibile di gravare su più beni; essere suscettibile di gravare anche su un bene situato all'estero; essere facilmente trasferibile; essere dotato di un elevato grado di sicurezza. I vantaggi che si ricaverebbero dall'introduzione di un siffatto strumento di garanzia, tra le altre cose, si sostanzierebbero nell'evitare costose indagini in altri Stati membri in merito alle normative locali e all'efficienza dello strumento ipotecario nazionale; garantire più di un credito; consentire un facile trasferimento della garanzia; permetterne la cartolarizzazione¹⁴⁷. Queste osservazioni si traducono poi in speculari raccomandazioni rivolte alla Commissione dell'Unione europea. In particolare, il *Forum Group on Mortgage Credit* sollecita la Commissione a rendere più flessibile il collegamento tra il debito ipotecario e la garanzia, suggerendo di sostituire l'accessorietà forte, caratteristica di taluni Paesi, con un accordo privato, intercorrente tra il mutuante e il titolare della proprietà gravata, con cui fissare i termini del rapporto di accessorietà tra credito e garanzia, in modo tale da creare uno strumento

¹⁴³ *Report del FORUM GROUP ON MORTGAGE CREDIT, The integration of the EU mortgage credit market, Annex VI, 2004, p. 60.*

¹⁴⁴ Quanto alle istanze dei consumatori, il Report si esprime in questi termini: "*There is an increased need for flexible security instruments, because of a trend towards loans of a shorter duration, and associated desirability in this context to be able to re-use the security, use it for different purposes and to use it across borders*".

¹⁴⁵ Le esigenze del mercato, evidenziate dal Report in commento, sono così enunciate: "*There is an increased need for flexible security instruments due to the development of a secondary market including MBS (Mortgage Backed Securities), covered bonds and syndication, and also to facilitate effective risk management generally*".

¹⁴⁶ Altrove nel Report in commento (pp. 34 e ss.) si esprime con chiarezza il concetto che il credito transfrontaliero sarebbe molto più efficace se i prestiti ipotecari e le stesse garanzie si potessero trasferire liberamente. Viene evidenziato come alcuni Paesi non siano pronti a introdurre forme flessibili di garanzia, sebbene in altre esperienze nazionali simili strumenti si siano mostrati efficienti nella pratica.

¹⁴⁷ *Report del FORUM GROUP ON MORTGAGE CREDIT, cit., p. 35.*

maggiormente adattabile alle esigenze delle parti¹⁴⁸; viene raccomandato, inoltre, di approfondire l'istituto dell'euroipoteca e sondarne le potenzialità per sviluppare una maggiore integrazione del mercato dei crediti ipotecari in Europa¹⁴⁹.

¹⁴⁸ *Report del FORUM GROUP ON MORTGAGE CREDIT, cit., p. 36: "The Commission should ensure that links between mortgage debts and the collateral security are made more flexible. In countries where there is an existing requirement for strong accessoriness between the loan and the collateral, this should be replaced by an accessoriness agreement in the form of a private agreement between the lender and the owner of the mortgaged property. The relationship between the loan and the collateral can be dealt within such a way as to allow it to be tailored to fit the needs of the parties".*

¹⁴⁹ *Ibidem: "The Commission should explore the concept of the Euromortgage, for example by way of a study, to assess its potential to promote EU mortgage credit markets integration".*

2. LE *BASIC GUIDELINES FOR A EUROHYPOTEC* PROPONGONO UN MODELLO DI EUROIPOTECA DOTATO DI NOTEVOLE FLESSIBILITÀ.

Tutte le riflessioni testé riportate vengono riprese, elaborate e messe a punto nel contributo “*Basic Guidelines for a Eurohypothec*”¹⁵⁰, che costituisce peraltro anche il resoconto di quanto è emerso all’esito di due convegni tenutisi, uno, nel novembre del 2004 e l’altro, nell’aprile del 2005 a Berlino. In esso si riprendono i concetti della necessità di superare le differenze normative nazionali e di introdurre nei Paesi europei un’ipoteca comune flessibile al fine di integrare il mercato del credito ipotecario europeo e incrementare i prestiti ipotecari transfrontalieri.

L’euroipoteca viene indicata come uno strumento capace di abbattere i costi e accrescere la concorrenza tra i creditori: infatti, la possibilità di riutilizzare la garanzia a favore di crediti diversi porterebbe, secondo i pronostici effettuati nel contributo in commento, a una riduzione del peso economico che deve essere sostenuto per la garanzia di un credito¹⁵¹; la sua libera cedibilità, e il conseguente facile passaggio da un creditore all’altro, avrebbe invece l’effetto di sviluppare la competizione tra i mutuantici con effetti benefici per i consumatori¹⁵². L’introduzione di una euroipoteca permetterebbe, inoltre, lo sviluppo di nuove tecniche di finanziamento da parte delle banche¹⁵³.

Detto altrimenti, questo nuovo strumento di garanzia contribuirebbe a determinare le condizioni idonee per uno sviluppo virtuoso del mercato del credito ipotecario nel suo complesso, a tutto vantaggio di chi richiede un prestito e, in particolare, dei consumatori.

L’euroipoteca viene definita come un peso reale non accessorio, alternativo e non sostitutivo degli strumenti di garanzia nazionali, che attribuisce al suo titolare il diritto di prelevare una somma di denaro, accompagnato da un accordo di garanzia e disciplinato

¹⁵⁰ *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypotec workshop. November 2004/April 2005*, a cura di Agnieszka Drewicz-Tulodziecka, Mortgage Credit Foundation, Varsavia, maggio 2005.

¹⁵¹ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 12.

¹⁵² *ibidem*.

¹⁵³ *ibidem*.

– con riferimenti ad alcuni suoi aspetti – dalla *lex rei sitae*¹⁵⁴. Può servire a garantire sia prestiti transfrontalieri sia prestiti totalmente interni a un Paese membro¹⁵⁵.

Questa particolare forma di garanzia europea può essere costituita solo dal proprietario del bene, il quale potrebbe anche non essere il debitore, e, a seconda della scelta del diritto nazionale, potrebbe essere richiesto l'accordo del creditore¹⁵⁶; solo a seguito di iscrizione nei pubblici registri diverrebbe opponibile ai terzi¹⁵⁷. I singoli Stati possono poi prevedere che il proprietario del bene potrebbe costituire l'euroipoteca anche a favore di sé stesso con la conseguenza, in tal caso, che continuerebbe a esserne titolare anche a seguito del passaggio della proprietà del bene gravato a favore di un altro soggetto¹⁵⁸.

In base a ciò che prevede il diritto nazionale, l'euroipoteca potrebbe essere costituita anche in forma cartolare e, in quanto tale, circolare come un titolo di credito. Se quindi si tratta di euroipoteca cartolare, allora, dovrà darsi evidenza di ciò nei pubblici registri¹⁵⁹.

La concessione dell'euroipoteca avviene attraverso il *security agreement*. Si tratta di un accordo tra le parti, diverso dal contratto di prestito¹⁶⁰, disciplinato quanto alla forma dal diritto dello Stato dove si trova il bene gravato. In esso, oltre alla formale concessione dell'euroipoteca, si indicano anche i crediti che si intende garantire, i quali possono essere anche futuri o del tutto eventuali¹⁶¹. Può dirsi che, in un certo senso, il *security agreement* definisca e precisi i rapporti intercorrenti tra colui che concede la garanzia e il creditore che ne diviene titolare. Infatti, con esso, in mancanza di accessorietà tra credito e garanzia, si regolano ad esempio le sorti dell'euroipoteca in caso di adempimento dell'obbligazione garantita¹⁶². Così, è proprio nel contratto di garanzia che si stabilisce che, laddove appunto

¹⁵⁴ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 13.

¹⁵⁵ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 16.

¹⁵⁶ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 13.

¹⁵⁷ *ibidem*.

¹⁵⁸ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 15.

¹⁵⁹ *ibidem*.

¹⁶⁰ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 13.

¹⁶¹ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 15.

¹⁶² O. STÖCKER, *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, in *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, pp. 39 e ss., afferma espressamente che l'accordo di garanzia compensa la mancanza di

le obbligazioni garantite siano state estinte, colui che ha fornito la garanzia può richiederne la *redemption*, che può avvenire o mediante l'estinzione della garanzia oppure mediante il trasferimento della stessa al costituente stesso o, a sua discrezione, a un terzo. Il diritto alla *redemption* viene in gioco anche in mancanza di accordo di garanzia¹⁶³. Tuttavia, quest'ultimo può individuare altre ipotesi in cui il costituente può richiedere la cancellazione o la cessione della garanzia a favore di terzi¹⁶⁴. La violazione del *security agreement* dà diritto al risarcimento dei danni secondo le regole della *lex rei sitae*.

L'euroipoteca può essere ceduta anche in maniera autonoma rispetto al credito. La cessione richiede sicuramente il consenso dell'attuale titolare della garanzia, ma la legge nazionale può stabilire che sia necessario un vero e proprio contratto tra cedente e cessionario. L'atto di cessione è soggetto a pubblicità nei registri nazionali e, solo a seguito dell'adempimento delle formalità pubblicitarie, diventa opponibile ai terzi¹⁶⁵.

La cessione pone delle questioni in ordine alla vincolatività del *security agreement* nei confronti del cessionario. Anche questo aspetto viene trattato nel contributo in esame, che precisa che possa essere la legge nazionale a prevedere che l'accordo di garanzia abbia effetto anche nei confronti di tutti gli aventi causa, ma che, in mancanza, sarà onere del cedente informare il cessionario e vincolarlo al *security agreement*¹⁶⁶.

accessorietà visto che il collegamento tra il credito garantito e la garanzia è creato proprio per il mezzo dell'accordo di garanzia.

L'Autore si interroga su come possano trovare tutela quei soggetti che pur non essendo parte dell'accordo di garanzia, entrano comunque a far parte della vicenda ipotecaria. In particolare, il problema si pone per il terzo datore di ipoteca e per il cessionario della sola garanzia. Quanto al primo, prospetta la possibilità di permettergli la difesa sulla base dell'accordo di garanzia da cui sia rimasto estraneo. Quanto al secondo, ne fa una questione di buona fede del cessionario, concludendo che, non potendo questo fare affidamento sull'inesistenza di un accordo di sicurezza, allora le tutele e le difese che si basano su di esso dovrebbero essere esercitabili anche contro di lui. Dello stesso Autore è l'articolo *L'«eurohypothèque», pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire, Banque & Droit*, 1996, pp. 14 e ss., in cui fa il punto della situazione sull'argomento fino a quel momento, soffermandosi ad analizzare in particolare modo i vantaggi derivanti dall'improntare l'euroipoteca ai caratteri della *cédule hypothécaire* svizzera, come prospettato dall'Unione internazionale del notariato latino.

Il concetto della contrattualizzazione dell'accessorietà nella dinamica del rapporto tra credito ed euroipoteca è ribadito anche da E. MUÑIZ ESPADA, *L'eurohypothèque, Recueil Dalloz*, 2007, p. 1712.

¹⁶³ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 16.

¹⁶⁴ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 19.

¹⁶⁵ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 17.

¹⁶⁶ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, p. 18.

Quanto all'estinzione dell'euroipoteca, in assenza di accessorietà, non può aversi l'effetto estintivo a seguito dell'adempimento del credito garantito, perciò l'estinzione della garanzia si ha solo con la cancellazione dai registri nazionali¹⁶⁷.

Questi sono i caratteri dell'euroipoteca delineati nelle *Basic Guidelines for a Eurohypothech*¹⁶⁸. Sia permesso, tuttavia, un rilievo critico che attiene alla funzione del *security agreement*. Con questo, infatti, a parere di chi scrive, si viene a far entrare dalla finestra quell'accessorietà che si era fatta uscire dalla porta, ma con un inconveniente in più: quello di imporre agli operatori economici di volta in volta coinvolti, l'onere di informarsi sul contenuto dello stesso. In questo modo, piuttosto che individuare un unico modello di euroipoteca per tutti i Paesi europei, si rischierebbe di creare tanti modelli quante sono le singole euroipoteche concretamente costituite. È un elemento di incertezza che stride con l'obiettivo di uniformità che si intende perseguire con il discorso intorno all'euroipoteca. Peraltro, si è ben consapevoli che, per evitare sorprese, si svilupperebbero dei modelli *standard* di accordi di garanzia, in maniera tale da rendere sempre uguale e prevedibile la portata dell'euroipoteca. Se la previsione è corretta, allora conviene forse definire una volta per tutte, in via legislativa, il rapporto intercorrente tra credito e garanzia, che potrà essere improntato a un'accessorietà flebile, piuttosto che lasciare l'argomento alla libera contrattazione delle parti.

Tornando al contenuto delle *Basic Guidelines for a Eurohypothech*, è interessante far notare che questo lavoro si occupa anche di descrivere il contesto normativo in cui l'ipoteca europea possa prosperare, dispiegando la sua massima efficienza. A tal fine, dunque, in ogni Stato membro dovrebbe esistere un registro immobiliare completo, chiaro e trasparente, accessibile anche dall'estero¹⁶⁹, da cui sia possibile ricavare con precisione

¹⁶⁷ *ibidem*.

¹⁶⁸ A ben vedere, nelle *Basic Guidelines for a Eurohypothech*, il modello di riferimento per delineare i caratteri dell'euroipoteca sembra essere quello della *Grundschuld* tedesca: cfr. nota 143 del presente capitolo.

¹⁶⁹ Sull'integrazione dei registri immobiliari a livello europeo, si segnala il progetto EULIS (*European Land Information Service*) il cui obiettivo era proprio quello di mettere in comune i dati relativi agli immobili in Europa in maniera digitalizzata. Nasce come esperienza tra otto Paesi del nord Europa, a partire dal 2011, viene gestito da un Gruppo europeo di interesse economico formato da membri provenienti da diversi Stati europei, che si occupano delle informazioni immobiliari dei rispettivi Paesi. Nel 2017 il portale viene chiuso per essere sostituito da un altro portale creato dalla Commissione europea nell'ambito del *Land Registers Interconnection Programme*; nel 2018 l'organizzazione viene abolita. Questa iniziativa

le informazioni circa lo stato giuridico degli immobili¹⁷⁰; inoltre, sotto il profilo processuale, la procedura dovrebbe essere rapida e sicura¹⁷¹; il titolare della garanzia dovrebbe essere ammesso all'esecuzione in forza della mera titolarità dell'euroipoteca, senza essere tenuto a provare il proprio credito¹⁷², fermo restando tuttavia il diritto del concedente l'euroipoteca di proporre eccezioni e contestare la stessa esistenza del debito¹⁷³; la procedura, infine, dovrebbe assicurare il soddisfacimento del creditore entro dodici mesi dalla richiesta di esecuzione¹⁷⁴.

Infine, viene condotta una rapida riflessione sugli strumenti che l'Unione potrebbe adottare per imporre l'introduzione dell'euroipoteca negli ordinamenti degli Stati membri. Si evidenzia come ciò potrebbe avvenire o per il mezzo di un regolamento oppure per il tramite di una direttiva¹⁷⁵. In ogni caso, l'euroipoteca non dovrebbe

viene tuttavia indicata come un modello da seguire per realizzare un sistema rapido e affidabile di accesso alle informazioni immobiliari in tutta Europa.

¹⁷⁰ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, pp. 19-20.

¹⁷¹ O. STÖCKER, *op. cit.*, p. 47, sostiene che potrebbe concepirsi di inserire degli standard minimi in materia di esecuzione nella regolamentazione europea sull'euroipoteca.

¹⁷² *Contra* O. STÖCKER, *op. cit.*, p. 49 il quale ritiene invece che dovrebbe essere necessario provare il credito prima dell'esecuzione.

¹⁷³ In tal caso, l'onere di provare l'esistenza del debito graverebbe sul titolare dell'euroipoteca.

¹⁷⁴ *Basic Guidelines for a Eurohypothec, cit.*, pp. 20-21. Secondo lo studio in commento, i creditori che rischiano di subire la perdita di un diritto a causa dell'esecuzione forzata, dovrebbero avere la possibilità di pagare il creditore titolare dell'euroipoteca, sostituendosi a questo nella titolarità della garanzia. Si precisa che il pagamento comporta la trasmissione della sola garanzia e non anche del credito che resta a vantaggio del suo titolare; tuttavia, la somma percepita dal creditore dovrà comunque essere imputata al credito garantito.

¹⁷⁵ La scelta per l'uno o l'altro strumento normativo dipende dall'obiettivo che si intende perseguire. Infatti, se lo scopo è quello di introdurre una garanzia comune in tutti gli Stati membri senza che questi ultimi possano discostarsi dal modello licenziato dalle Istituzioni unionali, allora sarebbe da scegliere lo strumento del Regolamento. Diversamente, se si vuole lasciare liberi gli Stati membri di adottare dei propri strumenti che però rispondano ai caratteri dell'euroipoteca definiti a livello europeo, allora lo strumento più idoneo sarebbe la direttiva.

Su questo punto, se da un lato è vero che tutta la discussione sull'euroipoteca gira attorno al concetto di dotare gli Stati europei di uno strumento unitario in maniera tale da ridurre i costi legati alla conoscenza dei sistemi normativi di ciascun Paese – cosa che farebbe propendere per l'introduzione tramite Regolamento – dall'altro, tuttavia, così facendo, si costringerebbero gli Stati che sono già provvisti di garanzie rispettose dei requisiti dell'euroipoteca, a introdurre un nuovo strumento di stampo unionale. In quest'ottica allora è forse più corretto propendere per l'introduzione tramite direttiva. Così anche P. SCALAMOGNA, "Euroipoteca", *lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, in *Civil Law-Common Law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi, Atti del XLI Congresso Nazionale del Notariato*, Pesaro, 18-21 settembre 2005, p. 269, il quale evidenzia come l'utilizzo della direttiva permetta di introdurre un modello uniforme di garanzia in tutti gli Stati dell'Unione,

sostituirsi agli strumenti di garanzia reale immobiliare già presenti negli ordinamenti nazionali¹⁷⁶.

senza tuttavia stravolgere i singoli sistemi nazionali. *Contra*, C. SCHMID, *Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec*, in *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, cit., p. 65.

Si ricorda, inoltre, che già la Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso *Trummer and Mayer*, causa C-222/1997, aveva affermato, sulla base del principio del mutuo riconoscimento, che non è compatibile con il diritto europeo – per contrarietà alla libertà di circolazione dei capitali – una normativa nazionale che obbliga ad iscrivere in valuta nazionale un'ipoteca posta a garanzia di un credito pagabile nella valuta di un altro Stato membro.

¹⁷⁶ *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, cit., p. 22.

3. IL LIBRO VERDE DEL 2005 INSERISCE L'EUROIPOTECA TRA I POSSIBILI STRUMENTI UTILI PER FAVORIRE L'INTEGRAZIONE DEL MERCATO DEL CREDITO IPOTECARIO IN EUROPA, MA IL CONSEGUENTE LIBRO BIANCO DEL 2007 NON VI FA PIÙ RIFERIMENTO.

Quello illustrato finora è il tortuoso percorso della storia dell'euroipoteca che precede la pubblicazione del Libro verde del 2005¹⁷⁷. In esso la Commissione dell'Unione europea analizza le possibili strategie da mettere in campo per migliorare la competitività dell'Unione europea, integrando maggiormente il mercato del credito ipotecario europeo in modo da contribuire alla crescita economica dell'Unione. Ma l'efficientamento di questo settore dell'economia regionale non apporterebbe solo vantaggi a livello di sistema generale, ma garantirebbe anche un più facile e un più sicuro accesso al credito da parte dei consumatori; le misure da adottare, quindi, devono sempre volgere lo sguardo agli interessi di questi ultimi i quali si ritrovano a compiere un enorme investimento non solo economico ma anche – e forse, soprattutto – umano e personale, specialmente quando si tratta di credito per la casa di abitazione.

La Commissione, come già gli studi precedenti, evidenzia le notevoli differenze intercorrenti tra le varie esperienze nazionali nel settore del mercato del credito, giungendo ad affermare che “*questi mercati non presentano un alto grado di integrazione, in particolare per quanto riguarda la gamma di prodotti disponibili e le operazioni ipotecarie transfrontaliere*”¹⁷⁸; l'integrazione, invece, apporterebbe il vantaggio di una riduzione dei costi complessivi dei mutui con la conseguenza che aumenterebbero i mutuatari. Da qui, tuttavia, l'esigenza di predisporre strumenti giuridici e prodotti che assicurino pur sempre un elevato grado di tutela dei consumatori.

Seguendo le indicazioni del *Forum Group*, la Commissione individua quattro settori da esaminare al fine di raggiungere l'obiettivo della maggiore integrazione dei

¹⁷⁷ *Libro Verde, Il credito ipotecario nell'UE*, presentato dalla Commissione, COM(2005) 327 definitivo, del 19 luglio 2005.

¹⁷⁸ *Libro Verde*, cit., § 11. Questa osservazione si ritrova tuttavia anche in varie relazioni quali, ad esempio, la summenzionata *The integration of the EU Mortgage credit markets; European financial integration: progress and prospects*, Commissione europea, 2004 e il già citato *Study on the financial integration of European mortgage markets*, di MERCER OLIVER WYMAN.

mercati creditizi europei: la protezione dei consumatori¹⁷⁹; questioni giuridiche varie quali la competenza, le procedure di vendita coatta e l'imposizione fiscale¹⁸⁰; il *collateral* ipotecario¹⁸¹ e, infine, la possibilità di creare un mercato paneuropeo del finanziamento ipotecario¹⁸².

È nella sezione IV, quella dedicata ai *collateral*, che compare il riferimento all'euroipoteka. Qui si dice espressamente che serve uno strumento flessibile e che l'attenuazione del requisito dell'accessorietà tra garanzia e credito, facilitando il costituirsi e il trasferimento delle ipoteche, eserciterebbe un influsso positivo sul mercato del credito ipotecario in generale¹⁸³.

È qui che si conclude il lungo percorso, durato diversi anni, dell'idea dell'euroipoteka.

Infatti, dopo gli accenni contenuti nel Libro verde, in cui si richiedono pareri circa l'auspicabilità di un simile strumento, nel seguente Libro Bianco¹⁸⁴ del 2007 l'euroipoteka è assente. Non compare, quindi, tra gli strumenti che contribuiscano a incrementare il credito transfrontaliero, favorire la diversificazione dei prodotti e migliorare la fiducia dei consumatori, presentati dalla Commissione in quello stesso Libro Bianco per rendere più competitivi ed efficienti i mercati del credito ipotecario dell'Unione.

¹⁷⁹ *Libro Verde, cit., sez. II.*

¹⁸⁰ *Libro Verde, cit., sez. III.*

¹⁸¹ *Libro Verde, cit., sez. IV.*

¹⁸² *Libro Verde, cit., sez. V.*

¹⁸³ *Libro Verde, cit., § 47.*

¹⁸⁴ *Libro Bianco, sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario*, presentato dalla Commissione, COM(2007) 807 definitivo, del 18 dicembre 2007.

4. GLI OSTACOLI ALL'INTRODUZIONE DELL'EUROIPOTECA SEMBRANO ESSERE PIÙ DI ORDINE POLITICO CHE GIURIDICO.

A parere di chi scrive, l'euroipoteca, sebbene non possa sicuramente essere considerata una panacea atta a risolvere qualsiasi inconveniente, di certo avrebbe contribuito alla realizzazione del mercato unico¹⁸⁵. Infatti, il settore del credito resta una vicenda ancora nazionale che fatica ad aprirsi a dinamiche europee e il motivo è presto spiegato: come già affermato, le notevoli differenze in fatto di prodotti offerti e di strumenti di garanzia sussistenti tra gli Stati membri rendono estremamente rischioso per le banche fornire finanziamenti a carattere transfrontaliero, che restano quindi un fenomeno alquanto marginale. A bene vedere, il rischio è conseguenza soprattutto della scarsa conoscenza che si ha del quadro giuridico e sociale di ciascun Paese dell'Unione. La creazione, quindi, di uno strumento di garanzia comune avrebbe ridotto questo problema, abbassando il rischio e incrementando il ricorso al credito tra differenti Stati europei. Ciò avrebbe innescato un meccanismo virtuoso di concorrenza tra i soggetti finanziatori con l'effetto positivo dell'abbassamento dei costi complessivi del mutuo e, conseguentemente, del più facile ed esteso accesso al credito da parte dei consumatori.

L'introduzione dell'euroipoteca avrebbe determinato inoltre un'ulteriore tappa nel processo di europeizzazione del diritto privato, configurandosi come un naturale sviluppo di questo fenomeno, estendendosi dal campo delle obbligazioni e contratti a quello delle garanzie del credito¹⁸⁶.

Una disciplina unitaria per uno strumento di garanzia comune avrebbe, inoltre, notevolmente semplificato questo settore, non solo per le ragioni già evidenziate, ma anche sotto il profilo della legge applicabile, ambito ancora sottoposto al diritto internazionale privato¹⁸⁷.

Dati tutti questi vantaggi, c'è da chiedersi il motivo per cui un simile istituto non abbia mai visto la luce.

¹⁸⁵ Cfr. E. MUÑIZ ESPADA, *cit.*, p. 1712. L'Autrice, inoltre, crede molto nell'utilità di questo nuovo strumento di garanzia comune per l'implementazione del principio di libera circolazione dei capitali.

¹⁸⁶ Cfr. E. MUÑIZ ESPADA, *cit.*, p. 1712.

¹⁸⁷ Cfr. C. ALBIGES, *L'hypothèque conventionnelle*, in *Droit & Patrimoine*, 2006, p. 81.

Le ragioni non sembrano essere state di carattere giuridico. Da più parti era stato individuato come limite alla possibile introduzione a livello unionale di un siffatto strumento l'art. 295 TCE il quale stabiliva che *"I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri"*, determinando una sorta di incompetenza dell'Unione in materia di diritti reali, tra cui, appunto, anche quelli di garanzia. Tuttavia, questo apparente ostacolo veniva agilmente superato per mezzo del disposto dell'art. 308 TCE¹⁸⁸ che si occupava della cosiddetta *clausola di flessibilità* che autorizzava le istituzioni comunitarie a disciplinare anche settori nei quali i Trattati non attribuivano loro poteri, qualora tuttavia apparissero necessari, nel funzionamento del mercato comune, alla realizzazione degli obiettivi stabiliti nei Trattati; giacché l'euroipoteca era vista come uno strumento che, integrando il mercato del credito transfrontaliero, era perciò funzionale anche alla realizzazione del mercato comune, si concludeva sostenendo che l'allora Comunità europea potesse occuparsi del settore delle garanzie reali¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Detto articolo era così formulato: *"Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso"*.

¹⁸⁹ Cfr. P. SCALAMOGNA, *cit.*, p. 269; A. FUSARO, *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 304; ID, *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, p. 555; ID, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. SIRENA, ne *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, p. 18.

La questione pare rimanere sostanzialmente invariata anche con l'attuale formulazione della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE. Infatti, nonostante il par. 3 – mancante nelle versioni precedenti – espressamente stabilisca che *"Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i Trattati la escludono"*, sembra che ciò non si scontri con il contenuto dell'art. 345 TFUE che ha sostituito il precedente art. 295 TCE e che continua a prevedere che *"I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri"*. Detto altrimenti, il divieto di armonizzazione di cui al par. 3 non pare riguardare anche i regimi di proprietà di cui all'art. 345 TFUE. Infatti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quest'ultimo articolo sottostà pur sempre al principio di sussidiarietà con la conseguenza che l'Unione possa intervenire in questo settore qualora ciò sia giustificato dal perseguimento di suoi obiettivi. Il par. 3, piuttosto, recepisce la costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di clausola di flessibilità, come è espressamente affermato nella *Dichiarazione n. 42* annessa al Trattato, la quale recita *"La conferenza sottolinea che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'art. 352 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato*

La questione allora è politica. Gli Stati membri non hanno avuto il coraggio necessario per sperimentare questo nuovo istituto e le sue implicazioni; in particolare, non hanno evidentemente voluto sostenere i costi e i rischi derivanti da uno strumento sconosciuto, incidente su un settore tanto vasto e delicato, come è quello dei finanziamenti garantiti da ipoteca¹⁹⁰.

La naturale diffidenza verso il nuovo è stata peraltro acuita dal momento storico in cui venivano condotte queste riflessioni sulla possibilità di introdurre l'euroipoteca nel sistema creditizio europeo. Infatti, risale proprio a quegli anni la crisi finanziaria dei *subprime* partita dagli Stati Uniti e presto giunta nel vecchio continente. In un clima politico ed economico simile, è comprensibile che gli Stati europei scegliessero di non introdurre strumenti nuovi, dagli esiti sconosciuti, e di continuare a utilizzare istituti noti e collaudati, con tutti i loro limiti.

... sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera delle competenze dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei Trattati, e in particolare da quelle che definiscono i compiti e le azioni dell'Unione. Detto articolo non può essere in ogni caso utilizzato quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica dei Trattati che sfugga alla procedura all'uopo prevista nei Trattati medesimi".

Quindi, pur nel mutato contesto normativo, si può continuare a sostenere che la competenza dell'Unione in materia di garanzia ipotecaria possa giustificarsi sulla base della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE in quanto trattasi di ambito funzionale al compimento del mercato interno e perciò alla realizzazione di una politica dell'Unione.

¹⁹⁰ In tale ottica, non si può che concordare con F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 528.

5. TRAMONTO DI UN'IDEA DALL'UTILITÀ ANCORA ATTUALE.

Di euroipoteca ormai non si parla più. Sembra essere del tutto uscita dall'agenda delle Istituzioni europee. Eppure, non c'è bisogno di grandi spiegazioni per comprendere l'utilità di un simile strumento in un contesto economico sempre più integrato e frontaliero. Con una garanzia ipotecaria comune, gli operatori economici che cercano affari in Stati membri diversi dal loro, opererebbero in un clima di maggiore certezza, conoscendo in anticipo il quadro normativo nel quale operano, almeno per ciò che attiene al campo delle garanzie reali immobiliari.

D'altronde, che una simile esigenza sia ancora percepita dal diritto dell'Unione, si evince dalla normativa introdotta dalla direttiva 2014/17 UE. Diversamente dalla precedente direttiva in materia¹⁹¹, questa si applica a contratti di credito al consumatore garantiti da ipoteca su immobile residenziale. Il bene ipotecato, inoltre, per evitare i costi e le lungaggini di una procedura di espropriazione, dovrebbe poter essere utilizzato per rimborsare il finanziamento¹⁹².

In questo modo, seppur indirettamente, l'Europa torna ad occuparsi delle garanzie reali immobiliari, mostrando tutto il suo interesse per questo settore che si rivela essere cruciale nel buon funzionamento del mercato del credito.

Probabilmente non si tratta di un capitolo che verrà riaperto presto, ma non c'è motivo per non ritenere che ciò avverrà quando i tempi saranno più maturi e l'integrazione politica ed economica dell'Unione più intensa.

¹⁹¹ Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori.

¹⁹² Art. 28, par. 4, della direttiva 2014/17/UE che recita *“Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito”*. Questa disposizione è stata recepita nel nostro diritto interno con l'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB il quale prevede un'ipotesi di patto marciano: *“Fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'art. 120-*quater*”*.

PARTE SECONDA

L'IPOTECA RICARICABILE FRANCESE

1. RILIEVI INTRODUTTIVI.

Non deve sorprendere che, nell'individuare possibili filoni evolutivi del sistema ipotecario italiano, si volga lo sguardo all'esperienza francese.

La Francia è storicamente il modello cui si ispira il nostro ordinamento civile. Anche l'attuale disciplina in materia di ipoteca presente nel codice civile del 1942 trae spunto da quella francese e, in verità, non si discosta molto dalla versione originale. È proprio questa comune matrice a rendere l'analisi del sistema ipotecario d'oltralpe particolarmente utile alla tesi che si intende avallare con il presente studio. In particolare, le evoluzioni normative attuate in materia dai nostri cugini francesi dimostrano, fra alterne vicende, la possibilità di imprimere alla garanzia ipotecaria una declinazione più flessibile, mediante il sacrificio (anche solo parziale e relativo) dei noti principi dell'accessorietà e della specialità sull'altare dell'efficienza e della competitività. L'esperienza francese può essere ancora una volta il paradigma di un possibile cambiamento anche nel panorama giuridico nostrano: se, infatti, anche il prototipo da cui ha preso le mosse il nostro sistema ipotecario è riuscito a evolversi, non si vede perché ciò non possa avvenire anche nell'ordinamento italiano che sembra, in questa materia, essere votato invece a un immobilismo controproducente.

La Francia non fa altro che intercettare quelle tensioni di revisione della garanzia ipotecaria che da tempo si agitavano in ambito unionale. Non è un caso, infatti, che la riforma francese delle garanzie abbia avuto luce proprio in concomitanza con il momento in cui il progetto dell'Euroipoteca – poi abortito – sembrava assumere maggiore concretezza. L'obiettivo francese era, forse, quello di elaborare un modello da riproporre su scala europea. Ed è per questo che le soluzioni adottate reinterpretano quelle scelte di fondo che emergono dagli studi unionali sull'Euroipoteca.

L'obiettivo del presente capitolo è quindi quello di analizzare le ragioni che hanno indotto i francesi a operare questo cambiamento e di studiare le soluzioni che sono state individuate per attuarlo.

2. PRESENTAZIONE DELLA RIFORMA

La riforma francese delle garanzie è stata attuata con *ordonnance* n. 2006-346 del 23 marzo 2006. Alla base, si trova l'art. 24 della *loi* n. 2005-842 del 26 luglio 2005, *pour la confiance et la modernisation de l'économie*, che autorizza il Governo ad adottare “*par voie d'ordonnances*” le misure necessarie per – tra le altre cose – “*développer le crédit hypothécaire, notamment au profit des particuliers, en permettant le crédit hypothécaire rechargeable et le prêt viager hypothécaire*¹⁹³”. Si tratta di una riforma in qualche modo epocale perché è stata l'occasione per ripensare e, in un certo senso, rifondare il sistema stesso delle garanzie in Francia.

Per avere un'idea della portata epocale della riforma in commento, si consideri che, con essa, è stato creato un libro *ad hoc* del *code civil*, il Libro IV, interamente dedicato alle *sûretés*, cioè alle garanzie. Inoltre, sono state ridefinite talune categorie e nomenclature tradizionalmente utilizzate *in subiecta materia*. Per fare qualche esempio dei cambiamenti che si sono avuti, si pensi che è stato abbandonato il modo tradizionale di classificare le garanzie, vale a dire distinguendo tra quelle che comportano spossessamento e quelle che invece non lo prevedono: oggi, infatti, le *sûretés* vengono classificate in base al loro oggetto. Dunque, alle garanzie immobiliari si contrappongono le garanzie mobiliari e, tra queste ultime, poi, un'ulteriore distinzione è data dalla natura corporale o incorporale del bene su cui gravano¹⁹⁴. Ancora, sotto il profilo terminologico, alcuni esempi di rimodulazione dei significati tecnico-giuridici di alcuni istituti, apportati dalla riforma in commento, sono quelli che riguardano il *nantissement* e il *gage*. Se, prima della riforma, il *nantissement* indicava genericamente una garanzia reale con spossessamento e poteva articolarsi nelle due forme del *gage* su bene mobile e dell'*antichrèse* per gli immobili¹⁹⁵, dopo la riforma, invece, il *nantissement* passa a individuare una specifica garanzia reale, vale a dire la garanzia reale su bene incorporale;

¹⁹³ Il *prêt viager hypothécaire* corrisponde al nostro prestito vitalizio ipotecario, disciplinato, nella formulazione risultante dalla l. 44/2015, nel nostro ordinamento all'art. 11-*quaterdecies*, commi 12 e ss., d.l. n. 203/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2005.

¹⁹⁴ Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso, 13^a ed., 2019, p. 300.

¹⁹⁵ Anche l'*antichrèse* è stata oggetto di una modifica terminologica, infatti, a seguito della *loi* n. 2009-526, del 12 maggio 2009, cosiddetta legge di semplificazione, l'attuale denominazione dell'istituto è *gage immobilier*.

il *gage*, invece, più specificamente, diventa la garanzia reale su bene mobile corporale (con o senza spossessamento).

La riforma, dunque, ha il precipuo scopo di modernizzare il sistema delle garanzie d'oltralpe in generale, cosa che si traduce nella necessità di dotare detto sistema di maggiore *lisibilité* ed *efficacité*, vale a dire chiarezza ed efficienza, con tutto ciò che ne consegue in termini di attrattività sul piano internazionale¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Cfr. P. SIMLER, *La réforme du droit des sûretés. Un Livre IV nouveau du Code Civil*, in JCP, *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 13, mars 2006, p. 600. In questo contributo, l'Autore compie una presentazione sintetica, ma esaustiva, dell'intera riforma delle garanzie. A tal fine si consiglia anche la lettura di L. AYNÈS, *Présentation générale de la réforme*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1289 e ss.

3. LA SUBROGATION DANS L'HYPOTHÈQUE

L'*efficacité* avuta di mira dall'*ordonnance* viene realizzata anche attraverso un'attenuazione dei principi di accessorietà e di specialità cui è improntato il sistema francese, in maniera non dissimile rispetto al nostro ordinamento nazionale. Anche in Francia, dunque, l'ipoteca è normalmente incedibile in via autonoma.

Sull'argomento occorre, tuttavia, dare atto del fatto che il sistema ipotecario transalpino conosceva già prima della riforma del 2006 l'istituto della *subrogation dans l'hypothèque*, formalizzato nell'art. 2424 *code civil* proprio con l'*ordonnance* n. 2006-346. In virtù di questa disposizione, oggi è espressamente previsto che il creditore ipotecario possa *subroger* un altro creditore nell'ipoteca e conservare il proprio credito.

Invero di rara applicazione¹⁹⁷, si tratta di una vera e propria ipotesi di cessione dei diritti ipotecari a favore di un creditore senza la contestuale cessione del credito. Pur nella quasi totale mancanza di una disciplina¹⁹⁸, si legge che la *subrogation* può aversi sia a favore di un creditore, chirografario o ipotecario¹⁹⁹, dello stesso debitore sia a favore di un creditore del creditore originariamente garantito²⁰⁰; il cessionario è garantito nei limiti della garanzia che garantiva il cedente, e alle stesse condizioni²⁰¹; la relativa pattuizione non è sottoposta a requisiti di forma ed è, inoltre, possibile anche la *subrogation* delle ipoteche legali^{202,203}. Questa particolare duttilità dell'istituto in esame trova

¹⁹⁷ Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 438 e Y. PICOD, *Sûretés. Publicité foncière*, in *Leçons de Droit Civil*, Montchrestien, VII éd., 1999, p. 522.

¹⁹⁸ L'art. 2424 *code civil*, infatti, si limita a statuire che "*Le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance*".

¹⁹⁹ Cfr. Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 522, il quale precisa che, nel caso di cessione di ipoteca a favore di creditore ipotecario dello stesso debitore, lo stesso diviene titolare di due ipoteche.

²⁰⁰ Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 525 spiega che la *subrogation* a vantaggio di un creditore del creditore originariamente garantito realizza un'operazione paragonabile a una cessione del credito, visto che l'esercizio dei diritti da parte del creditore *subrogé* diminuisce il credito del *subrogeant* verso il debitore. Tuttavia, non si tratta tecnicamente di una cessione del credito dal momento che il creditore *subrogeant* non cede il proprio credito e conserva la propria qualifica di creditore nei riguardi del debitore originario.

²⁰¹ Cfr. Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 523.

²⁰² P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Éditions Panthéon-Assas, Thèse, 2005, pp. 524 e ss.

²⁰³ Per completare la disciplina della *subrogation*, secondo Y. PICOD, *op. ult. cit.*, non è possibile la cessione – e quindi neanche la *subrogation* – di un'ipoteca che accede a un credito incedibile (p. 518);

giustificazione nella circostanza che questa cessione *à la française* non comporta una vera e propria rottura del nesso funzionale che lega l'ipoteca al credito. Corollario di ciò è che, quindi, non si pongono tutti quei rischi per gli interessi delle parti in gioco²⁰⁴ – già evidenziati nel capitolo precedente – connessi a una cessione dell'ipoteca ove si sacrifichi il requisito dell'accessorietà della garanzia rispetto al credito originario. Infatti, anche a seguito di *subrogation*, si conserva, appunto, l'accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito per il quale è stata costituita con la conseguenza che le vicende del credito originario continuano a influire sulle sorti della garanzia ipotecaria²⁰⁵. Ciò è particolarmente evidente con riguardo all'estinzione dell'ipoteca. Essa si verifica, non già a seguito dell'estinzione del credito del cessionario, ma, nonostante la cessione, sempre come conseguenza dell'estinzione del credito del cedente. Così, se il credito del cessionario si estingue per essere stato adempiuto – e, quindi, la garanzia ipotecaria non è stata intaccata – l'ipoteca, come detto, non si estingue, ma torna a garantire il credito originario²⁰⁶; parimenti, se il cessionario espropria il bene ipotecato e il suo credito cessionario è di ammontare inferiore al credito del cedente, quest'ultimo può soddisfarsi sull'eventuale differenza del ricavato della vendita forzata²⁰⁷. Il profilo più delicato resta forse quello della tutela del creditore cessionario dell'ipoteca che rischia di perdere la garanzia nella quale si sia “surrogato”, a seguito dell'estinzione per pagamento del credito originario. La prassi ha escogitato quale possibile soluzione quella di affiancare la convenzione di surrogazione con un pegno sul credito originario, notificato al debitore²⁰⁸, in maniera da bloccarne il pagamento a favore del creditore cedente²⁰⁹. Così facendo, infatti, il creditore

inoltre, in caso di *subrogation partielle*, il creditore ipotecario non può “surrogare” un terzo nella sua ipoteca, vale a dire che non è ammesso il concorso tra più creditori “surrogati” (p. 524).

²⁰⁴ Cfr. Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 523 che testualmente afferma che “*la subrogation ne doit pas nuire aux tiers*”.

²⁰⁵ P. DUPICHOT, *op. ult. cit.*, pp. 524 e ss.; H. WESTENDORF, *Le transfert des sûretés*, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2015, p. 347.

²⁰⁶ P. DUPICHOT, *ibidem*; H. WESTENDORF, *ibidem*; Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 524.

²⁰⁷ Cfr. Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 523.

²⁰⁸ Cfr. P. DUPICHOT, *ibidem* e Y. PICOD, *ibidem*.

²⁰⁹ La disciplina del pegno su credito ha subito una modifica a seguito della riforma delle garanzie del 2006. In particolare, in precedenza, era previsto che la costituzione del pegno su credito dovesse, a pena di nullità, essere accettata dal debitore del credito dato in pegno o a lui notificata. Queste formalità corrispondevano a una sorta di spossessamento del credito a favore del creditore pignoratizio e, stante la natura reale del contratto di pegno, si ponevano per questo alla stregua di condizioni di validità della costituzione del pegno stesso.

subrogé si assicura che il credito cui l'ipoteca è accessoria, non venga pagato nelle mani del creditore cedente e che, conseguentemente, la garanzia ipotecaria non si estingua, come invece avverrebbe se il credito originario fosse pagato.

Così congeniata, la *subrogation* non costituisce una vera e propria cessione dell'ipoteca nel senso delineato nel capitolo precedente²¹⁰. Non comporta un trasferimento della garanzia ipotecaria da un punto di vista funzionale perché, sotto questo aspetto, essa resta ancorata al credito originario: l'ipoteca, infatti, non si aggancia al nuovo credito; semplicemente, il creditore *subrogé* si sostituisce al creditore *subrogeant* nell'ipoteca²¹¹. A ben vedere, la *subrogation* produce effetti del tutto paragonabili a quelli che si producono con una cessione del grado. Non è un caso, infatti, che la *subrogation* sia disciplinata nello stesso articolo del *code civil* che si occupa della *cession*

L'*ordonnance* del 23 marzo 2006 ha modificato profondamente la disciplina del pegno. Infatti, ne ha espunto lo spossessamento, sostituendolo con la forma scritta: in altre parole, il pegno cessa di essere un contratto reale e diviene un contratto formale e lo stesso spossessamento diviene solo uno strumento ai fini dell'opponibilità ai terzi. Trasferendo queste previsioni in tema di pegno su credito, le formalità della notifica al debitore o della sua partecipazione all'atto non valgono più come condizioni di validità, ma come condizioni di opponibilità del pegno al debitore con la conseguenza che, in mancanza, solo il costituente è legittimato a ricevere validamente il pagamento. Diversamente, se la costituzione del pegno viene notificata al debitore, a norma dell'art. 2363 *code civil*, "*seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts*".

Tornando alla *subrogation dans l'hypothèque*, la notifica del pegno al debitore, producendo l'effetto di cui all'art. 2363 *code civil*, tutela il creditore cessionario dell'ipoteca perché il credito pignorato non potrà estinguersi per pagamento al creditore cedente l'ipoteca, con la conseguenza che non si estinguerà nemmeno la connessa ipoteca.

²¹⁰ Per ciò che attiene alla natura giuridica dell'istituto, si veda Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 524, il quale scarta le tesi che vi ravvedono una cessione virtuale del credito o un pegno sul credito, visto che, con la *subrogation*, a differenza della cessione del credito o del pegno sul credito, non si vieta al debitore di pagare il cedente; non condivide nemmeno la teoria che assimila la *subrogation* alla costituzione di un'ipoteca a favore del *subrogé* gravante sull'ipoteca del *subrogeant*, perché, a differenza della costituzione di una nuova ipoteca, non sono richieste le formalità dell'atto notarile e dell'iscrizione, essendo sufficiente, a fini pubblicitari, una mera menzione.

L'Autore ritiene, dunque, che la natura giuridica della *subrogation* sia propriamente quella di una cessione della sola garanzia ipotecaria nei limiti dei bisogni del cessionario, con cui si attribuisce a quest'ultimo un diritto preferenziale sulla collocazione del cedente. Nel caso poi di *subrogation* a favore di altro creditore dello stesso debitore, il creditore originario, ormai privo di garanzia ipotecaria, conserva il credito e potrà continuare a esercitare i diritti spettanti a qualsiasi creditore ipotecario contro il debitore. Diversamente, la *subrogation* a favore di un creditore del creditore originariamente garantito, pur essendo una mera trasmissione della garanzia, comporta, al pari della cessione del credito, una diminuzione del credito del cedente nei confronti del debitore, man mano che il cessionario esercita i propri diritti verso il debitore stesso.

²¹¹ Cfr. Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 522.

d'antériorité, vale a dire la disposizione del grado, appunto²¹². Infatti, in entrambi i casi, un creditore ipotecario immette un altro creditore nei diritti a lui derivanti dalla titolarità di un'ipoteca la quale, tuttavia, rimane accessoria al credito originario. Detto altrimenti, la *subrogation dans l'hypothèque*, fermi restanti i suoi elementi oggettivi, determina la mera modifica del soggetto titolare dell'ipoteca la quale, per il resto, rimane qual è, gravando sempre sullo stesso bene e garantendo sempre lo stesso credito. D'altronde, è proprio questo l'effetto che pare suggerire la stessa utilizzazione del termine *subrogation* che rinvia, appunto, al meccanismo della surrogazione in materia di obbligazioni: se quest'ultima "*transmet à son bénéficiaire [...] la créance et ses accessoires*" (art. 1346-4 *code civil*) e modifica la persona del creditore, parimenti, la *subrogation dans l'hypothèque* comporta la trasmissione dell'ipoteca e la relativa modifica del creditore titolare della garanzia.

Questa prima forma di cessione della garanzia ipotecaria non rompe con il dogma dell'accessorietà forte così come descritto nel capitolo precedente, perciò, non si spiega perché la dottrina e la giurisprudenza nostrane tendano a considerarla inammissibile nell'ordinamento civile italiano, cosa che dimostra, peraltro, che la portata del requisito dell'accessorietà dell'ipoteca non sia mai stata sottoposta a un vero e proprio esame critico-comparatistico. D'altronde, se si ricorda il modo in cui una risalente sentenza italiana ha riqualificato una cessione autonoma dell'ipoteca realizzata nel nostro

²¹² Tant'è che, secondo Y. PICOD, *op. ult. cit.*, p. 525, la *cession de rang* o *cession d'antériorité* realizza una duplice *subrogation dans l'hypothèque*. *Contra* P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, cit., pp. 531 e ss. il quale sostiene che i negozi dispositivi del grado comportino una dissociazione convenzionale tra rango e garanzia. L'Autore individua tre tipologie di convenzioni sul grado:

- lo scambio di grado o cessione di anteriorità che è l'accordo con cui due creditori ipotecari si scambiano vicendevolmente il grado afferente alla propria ipoteca. L'Autore non condivide la tesi per cui si tratterebbe di una reciproca *subrogation* tra creditori ipotecari. Anche in questo caso, visto che ciascuna ipoteca resta legata al rispettivo credito, per evitare l'estinzione del credito poziore, e quindi della relativa ipoteca, nella prassi si ricorre all'espedito del pegno su credito, ottenendo i risultati già visti per la *subrogation*;

- la *stipulation de concurrence* che consiste nell'accordo con cui più creditori si impegnano a non far valere il grado tra di loro con la conseguenza che è come se fossero tutti nello stesso grado;

- la *promesse d'abstention* che ha effetti meramente obbligatori (quindi, non c'è alcuna disposizione del grado) ed è l'impegno di un creditore di non far valere la propria ipoteca a detrimento della posizione di un altro creditore. Può essere accompagnato eventualmente dall'impegno a non far valere nemmeno il credito se ciò rischia di nuocere al creditore beneficiario.

ordinamento²¹³, si può facilmente notare che questa cessione alla francese produce effetti non dissimili – se si esclude, ovviamente, la legittimazione del creditore *subrogé* a esercitare in prima persona i diritti connessi all'ipoteca di cui diviene titolare per effetto della *subrogation*.

²¹³ Cass. civ., sez. I, 16 novembre 1978, n. 5286 ha riqualificato gli accordi di cessione dell'ipoteca in via autonoma rispetto al credito alla stregua di contratti a effetti meramente obbligatori con cui il cedente si impegna a riversare a favore del cessionario il risultato economico dell'esercizio del diritto all'espropriazione del bene, connesso alla titolarità dell'ipoteca.

4. L'HYPOTHÈQUE RECHARGEABLE

La riforma in commento persegue poi l'obiettivo di rilanciare il credito ipotecario²¹⁴, così come è peraltro espressamente stabilito in quella che si potrebbe definire – per usare un linguaggio più familiare al giurista italiano – la legge delega francese. Rilanciare il credito ipotecario è questione particolarmente delicata in Francia, dove, infatti, l'ipoteca, diversamente da quanto avviene in Italia, non è la garanzia maggiormente utilizzata nella prassi. Essa, infatti, subisce la concorrenza di altre forme di garanzia immobiliare quali il *privilège de prêteur des deniers*²¹⁵ e il *privilège du vendeur d'immeuble*²¹⁶ e, accanto a questi, del *cautionnement*²¹⁷ che è, invece, una garanzia personale. Gli operatori del diritto, infatti, nel campo degli acquisti immobiliari – in quello, dunque, che potrebbe pensarsi il terreno d'elezione della garanzia ipotecaria – hanno dimostrato una netta preferenza rispetto a queste tipologie di garanzia alternative all'ipoteca a ragione della loro minore onerosità sotto il profilo economico. Per la loro costituzione, infatti, non è previsto il pagamento dell'esosa *taxe de publicité foncière*, che è invece prevista per la costituzione di un'ipoteca.

Per rilanciare dunque il credito ipotecario il legislatore francese, da un lato, semplifica la procedura di cancellazione dell'iscrizione ipotecaria²¹⁸ e, dall'altro, tra le altre cose, introduce l'istituto dell'*hypothèque rechargeable* che si configura come uno strumento di garanzia economicamente più conveniente per il costituente perché permette

²¹⁴ Per una sintesi delle innovazioni che la riforma ha apportato nello specifico ambito dell'ipoteca, si veda P. DUPICHOT, *La réforme du régime hypothécaire*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1291 e ss.

²¹⁵ Il privilegio dei prestatori di denaro, attribuisce alla mutuante il diritto di soddisfarsi in precedenza su un immobile in caso di mancato rimborso del finanziamento. Ai fini della sua costituzione, non è richiesto il consenso del mutuatario, ma basta che la vendita e il mutuo risultino da atto del notaio, che l'atto di mutuo specifichi che il finanziamento è finalizzato all'acquisto di un immobile e che dalla vendita risulti che il pagamento avviene grazie al mutuo. Detto privilegio deve essere iscritto in pubblici registri, ma non sconta la *taxe de publicité foncière*.

²¹⁶ Privilegio a vantaggio del venditore a garanzia del pagamento del prezzo. Questo privilegio, che deve essere iscritto nei pubblici registri, si aggiunge agli altri rimedi che il venditore di un immobile può esperire, quali il diritto di *rétenion* del bene fino al pagamento e la risoluzione per inadempimento.

²¹⁷ È un contratto di garanzia personale corrispondente alla fideiussione.

²¹⁸ L'art. 2441, comma 3, *code civil* stabilisce che “*La radiation de l'inscription peut être requise par le dépôt au service chargé de la publicité foncière d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation; le contrôle opéré par ce service se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond*”.

al debitore di riutilizzare un'ipoteca già costituita a favore di nuovi crediti, senza dover nuovamente sostenere le esose spese di costituzione, come accadrebbe se fosse necessaria la costituzione di una nuova ipoteca. Ma l'ipoteca ricaricabile, per come è congeniata, realizza anche l'obiettivo di maggiore *efficacit * per il tramite di un'attenuazione del requisito dell'accessoriet . L'*hypothèque rechargeable*  , infatti, senza ombra di dubbio un'ipoteca ad accessoriet  attenuata.

L'ipoteca ricaricabile   un'ipoteca convenzionale alternativa all'ipoteca convenzionale *tout court*.   nella facolt  del concedente scegliere fra l'una e l'altra e, se alla fine opta per la variante ricaricabile, occorre una sua espressa dichiarazione in tale senso nell'atto costitutivo²¹⁹ (art. 2422, comma 1, *code civil*), altrimenti si tratter  di un'ipoteca tradizionale, connotata dall'elevato grado di accessoriet .

L'attenuazione del requisito dell'accessoriet  dell'ipoteca ricaricabile si ravvisa, in primissima battuta, nella possibilit  di agganciare l'ipoteca a crediti diversi e ulteriori rispetto a quello originario per cui   stata costituita. A tal fine, occorre una convenzione di ricarica²²⁰ che deve rivestire la forma dell'atto notarile²²¹ ed   soggetta, per la sola opponibilit  ai terzi, ad annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria che non ha quindi funzione costitutiva (art. 2422, comma 4, *code civil*).

²¹⁹ All'indomani dell'introduzione dell'istituto dell'ipoteca ricaricabile nel panorama giuridico francese, M. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1295 prospettava la possibilit  che, in caso di forte apprezzamento della pratica, la forma ricaricabile potesse divenire la regola con la conseguenza che, nell'atto costitutivo, piuttosto che indicare espressamente l'intenzione di costituire un'ipoteca ricaricabile, si sarebbe dovuta specificare la volont  contraria. A tal uopo, suggeriva anche una modifica del testo normativo nel modo che segue: "*Sauf clause contraire, l'hypothèque peut être ultérieurement affect e   la garantie de créances autres que celles vis es par l'acte constitutif*", precisando, per , che il futuro dell'ipoteca ricaricabile sarebbe dipeso dall'atteggiamento di mutuatari, banchieri e notai. Ma, come si vedr , il pronostico del Prof. Grimaldi non si   rivelato profetico, stando alle travagliate vicende che hanno coinvolto l'istituto dell'ipoteca ricaricabile.

Si discute sulla corretta qualificazione giuridica di siffatta clausola. Secondo alcuni, trattasi di un negozio unilaterale; secondo altri, invece, avrebbe natura bilaterale.

Anche sui suoi effetti non vi   concordia di opinioni. Infatti, per certi Autori, essa attribuisce un diritto al concedente di effettuare le ricariche; per altri, invece, si tratta di una convenzione-quadro che legittima le successive ricariche.

²²⁰ Si discute anche sulla qualificazione giuridica dell'atto di ricarica. Secondo alcuni sarebbe un atto unilaterale, mentre, secondo altri, si tratterebbe, invece, di un negozio bilaterale che trova legittimazione nella convenzione-quadro che si trova nell'atto costitutivo.

²²¹ Non   stabilita alcuna sanzione connessa al mancato rispetto di questo requisito formale, ma secondo la migliore dottrina la conseguenza pi  coerente parrebbe essere quella della nullit .

La ricarica permette di garantire il nuovo credito nello stesso grado del credito originario. Detto altrimenti, il grado dell'ipoteca ricaricabile complessivamente intesa resta invariato a vantaggio delle successive ricariche: quindi, tra un'ipoteca di secondo grado e una ricarica di un'ipoteca ricaricabile di primo grado, prevarrà la ricarica, anche se l'annotazione della ricarica è di data successiva all'iscrizione dell'ipoteca di secondo grado suddetta²²². Ciò vale anche rispetto ai privilegi di grado inferiore all'ipoteca ricaricabile, ma iscritti in data anteriore alla ricarica²²³.

La data della menzione a margine della convenzione di ricarica servirà anche a determinare la priorità nei rapporti interni tra creditori garantiti dall'ipoteca ricaricabile. Conseguentemente, prevarrà sugli altri il creditore la cui ricarica sia stata annotata in data anteriore rispetto agli altri; in altre parole, è come se all'interno dell'unica ipoteca ricaricabile i creditori fossero ordinati in gradi attribuiti in base alla data di annotazione della ricarica (art. 2422, comma 5, *code civil*). In caso di annotazioni avvenute nello stesso giorno, per determinare il grado interno, si avrà riguardo alla data dell'atto di ricarica.

La garanzia offerta dall'ipoteca ricaricabile non può, tuttavia, per valore, eccedere la somma per la quale l'ipoteca è iscritta. Ciò significa che, se detta somma è pari all'ammontare del credito originario, le ricariche possono essere effettuate man mano che quel credito viene soddisfatto: è necessario in tal caso, dunque, l'adempimento parziale o totale del credito, perché l'ipoteca possa essere ricaricata. Per questo si è discusso della possibilità di iscrivere ipoteca fin dall'inizio per una somma superiore all'ammontare del credito originario, pur sempre nel limite complessivo e invalicabile del valore del bene gravato. Sul punto, sembra più rispondente allo spirito della riforma – ed è per questo preferibile – la tesi affermativa²²⁴ e, perciò, le ricariche potranno avvenire anche a

²²² Come è stato osservato, pur essendo per il creditore più conveniente una ricarica, non è per lo stesso del tutto inutile la costituzione di un'ulteriore ipoteca di grado successivo rispetto all'ipoteca ricaricabile. Infatti, se quest'ultima dovesse essere annullata o dichiarata nulla per vizi connessi alla sua costituzione, verrebbero meno anche le successive ricariche, mentre, con la costituzione di un'ipoteca di grado ulteriore, questa non verrebbe coinvolta dagli eventuali vizi afferenti all'ipoteca ricaricabile e, oltre a rimanere operante, verrebbe a giovare, peraltro, di un grado superiore.

²²³ Questa regola non vale, invece, rispetto all'*hypothèque judiciaire conservatoire*, all'*hypothèque légale du Trésor* e all'*hypothèque légale des organismes gestionnaires d'un régime obligatoire de protection sociale*. In tali casi, quindi, rispetto alle ricariche annotate a margine in data successiva all'iscrizione delle suddette tipologie di ipoteche, prevarranno queste ultime, anche se l'ipoteca ricaricabile è di grado superiore.

²²⁴ Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 401.

prescindere da qualsiasi pagamento del credito iniziale, purché ovviamente la somma per cui l'ipoteca è presa sia di ammontare superiore all'ammontare del credito iniziale²²⁵.

L'ipoteca ricaricabile non è un'ipoteca per credito futuro^{226,227} perché quest'ultima presuppone che sia già esistente il rapporto da cui il credito nascerà visto che questo deve essere indicato nell'atto costitutivo (art. 2421 *code civil*); mentre, i crediti suscettibili di essere garantiti da un'ipoteca ricaricabile sono del tutto eventuali e, per questo, possono scaturire anche da rapporti attualmente inesistenti e/o addirittura del tutto inimmaginabili.

Il perno dell'intera operazione si fonda, quindi, sulla somma per cui l'ipoteca è presa e l'equilibrio del sistema è dato dal contenere detta somma nel limite del valore venale del bene.

Per l'efficienza e la migliore funzionalità dell'istituto, sono previste delle deroghe alla disciplina ordinaria dell'ipoteca. Oltre a quanto attiene alla possibilità di renderla accessoria di crediti eventuali e futuri, le deroghe attengono principalmente alla fase estintiva della garanzia. In particolare, l'ipoteca ricaricabile non si estingue per rinuncia da parte del creditore o per estinzione del credito originario per cui è stata costituita o di

²²⁵ Favorevole è, tra gli altri, lo stesso M. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1296. Le voci contrarie evidenziano invece, oltre all'ambiguità del dettato normativo, anche il rischio di comportamenti fraudolenti circa la stima del valore del bene gravato. Cfr. L. COLOMBO, *L'ipoteca ricaricabile*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, p. 260 nt. 13.

²²⁶ La dottrina sul punto è concorde: si veda M. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1294-1295; L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 400;

²²⁷ Fino alla riforma delle garanzie del 2006, le esigenze legate al rispetto del requisito della specialità dell'ipoteca rendevano incerta l'ammissibilità di un'ipoteca a garanzia di un credito futuro. Per aggirare il problema, era invalsa la prassi di aprire un conto corrente garantito tra creditore e debitore. La giurisprudenza aveva ritenuto ammissibile questa pratica, osservando che il credito futuro risultante dal saldo fosse per lo meno esistente in nuce al momento della costituzione della garanzia. Oggi, l'art. 2421 *code civil* consente espressamente la costituzione di un'ipoteca per crediti futuri. A tal fine, il credito futuro deve essere determinabile e, nell'atto notarile di costituzione, deve essere indicato il titolo da cui il credito deriva; inoltre, l'art. 2423 *code civil* richiede poi, a pena di nullità, che l'atto costitutivo indichi la somma per cui l'ipoteca è presa, la quale copre anche interessi ed accessori. Oltre a queste indicazioni pare non ne siano richieste altre, però si ritiene che l'atto costitutivo debba riportare altri elementi (quali l'individuazione del creditore, quella del debitore, la natura dell'operazione da cui nascerà il credito, ecc..) in maniera tale da non escludere qualsiasi dubbio circa il fatto che un determinato credito, una volta sorto, sia garantito. A tutela del concedente, inoltre, qualora l'ipoteca per crediti futuri sia costituita a tempo indeterminato, l'art. 2423, comma 3, *code civil* gli riconosce un diritto di *résiliation* unilaterale, previo preavviso di tre mesi. Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 399.

quelli successivamente ricaricati. Ma la garanzia non è opponibile ai terzi, trascorsi cinquant'anni dalla prima iscrizione dell'ipoteca ricaricabile.

Si discute, tuttavia, della funzione dell'ipoteca ricaricabile, qualora siano stati estinti tutti i crediti, originario o ricaricati, cui accedeva. Secondo alcuni, alla stregua della *Gründschuld* tedesca, essa attribuirebbe al concedente il diritto di partecipare alla distribuzione della somma ricavata dall'espropriazione del bene ipotecato, realizzando gli stessi effetti di un'ipoteca del proprietario, di cui costituirebbe un esempio. Secondo altri, invece, l'ipoteca ricaricabile priva di crediti entrerebbe in uno stato di quiescenza, nel senso che essa sarebbe pronta per essere agganciata a un nuovo credito, ma fintantoché ciò non avvenga, se nel frattempo si procedesse a espropriazione forzata, il concedente non potrebbe trattenere nulla per sé sulla somma ricavata dalla vendita del bene gravato²²⁸. Visto che l'ipoteca ricaricabile non dovrebbe ledere le posizioni dei creditori chirografari, pare preferibile questa seconda impostazione²²⁹.

L'*hypothèque rechargeable* è quindi uno strumento che migliora la posizione del concedente il quale, anziché iscrivere una nuova ipoteca, può riutilizzare un'ipoteca già costituita a vantaggio di altri crediti, evitando così di sopportare più volte i gravosi oneri economici connessi alla costituzione di una nuova ipoteca.

Da un punto di vista teorico, l'ipoteca ricaricabile è interessante perché rompe con la portata monolitica degli ingombranti principi di accessorietà e specialità.

Infatti, quanto al requisito dell'accessorietà, una certa attenuazione è riscontrabile, *in primis*, nella possibilità di rendere l'ipoteca accessoria di un credito diverso rispetto a quello originario e, inoltre, nella circostanza che l'ipoteca non si estingue a seguito dell'estinzione del credito e che, contrariamente alla stessa funzione di una qualsiasi garanzia, essa può sussistere anche in assenza totale di un credito da garantire²³⁰, sebbene in tal caso, come visto poc'anzi, resti in uno stato di quiescenza che la rende priva di qualsiasi rilevanza pratica. Anzi, in questa seconda ipotesi può rinvenirsi addirittura una

²²⁸ In tal senso sembra anche M. GRIMALDI, *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, cit., p. 1295.

²²⁹ Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 401;

²³⁰ L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 401 affermano testualmente che si tratta di una "*innovation considérable en droit français*".

temporanea esclusione dell'accessorietà, cosa che avvicina l'ipoteca ricaricabile francese agli istituti della cedola ipotecaria svizzera o della *Gründschuld* tedesca²³¹.

Ma forse più di tutto viene ridimensionato il requisito della specialità quanto al credito, dal momento che è possibile collegare la garanzia ipotecaria a crediti diversi da quello originario e a più crediti contemporaneamente, nei limiti della somma dell'iscrizione ipotecaria. Non solo, ma è anche possibile, contrariamente alle esigenze proprie della specialità, agganciare l'ipoteca a crediti futuri indeterminati e indeterminabili, senza la necessità di indicare nell'atto costitutivo il titolo da cui deriveranno.

Dal momento che era suscettibile di essere utilizzato nell'ambito di un'operazione sia di credito al consumo che di credito immobiliare, la riforma, per tutelare il consumatore, aggiunse al *code de la consommation* gli artt. L313-14 e ss. dedicati al “*crédit garanti par une hypothèque rechargeable*”, prevedendo, da un lato, il divieto di utilizzare l'ipoteca ricaricabile per il *crédit «revolving»*²³² e, dall'altro, la predisposizione di una *situation hypothécaire* da consegnare al mutuatario, che ricapitola le caratteristiche dell'operazione.

Per chiudere il cerchio, rinvia, poi, a questo gruppo di norme l'art. L. 526-5 del *code de commerce*²³³ per assicurare le medesime tutele previste per i consumatori, anche ai professionisti persone fisiche che costituiscono un'ipoteca ricaricabile sulla propria residenza principale.

²³¹ Cfr. L. AYNÈS e P. CROCQ, *op. cit.*, p. 401, *ibidem*.

²³² Il *crédit revolving* o *crédit renouvelable* è una linea di credito in forza della quale viene messa a disposizione del mutuatario una somma di denaro, il cui ammontare può variare nel tempo a seconda dei prelievi e dei rimborsi successivi che possono essere effettuati dallo stesso mutuatario. La caratteristica principale consiste dunque nella possibilità di ricostituire la somma mutuata successivi rimborsi. Si tratta di una forma di credito al consumo non collegato all'acquisto di un bene in particolare, con la conseguenza che il mutuatario può utilizzare la somma mutuata come preferisce, per finanziare anche acquisti differenziati.

²³³ L'art. L. 526-5 del *code de commerce* stabilisce che “*les dispositions des articles L. 313-14 à L. 313-14-2 du code de la consommation sont applicables aux opérations de prêt consenties à toute personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel, à toute personne physique exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante ainsi qu'au gérant associé unique d'une société à responsabilité limitée, et garanties par une hypothèque rechargeable inscrite sur l'immeuble où l'intéressé a fixé sa résidence principale*”.

L'istituto in esame torna a far parlare di sé nel 2014 per quello che è stato definito unanimente dalla dottrina come uno dei peggiori esempi di legiferazione francese²³⁴.

Infatti, il legislatore d'oltralpe, con grande sorpresa degli studiosi e in quasi totale assenza di un dibattito politico sull'argomento, dapprima espunge l'ipoteca ricaricabile dall'ordinamento francese, con l'art. 46 della *loi* n. 2014-344 del 17 marzo 2014, detta *loi Hamon*, che abroga a partire dal primo luglio dello stesso anno l'art. 2422 *code civil* e le connesse disposizioni del *code de la consommation* (facendo salve, però, le ipoteche ricaricabili costituite fino alla suddetta data), e poi la reintroduce (non senza modificazioni) con l'art. 48 della *loi* n. 2014-1545 del 20 dicembre 2014.

Il motivo dell'abrogazione, che viene votata senza alcun dibattito parlamentare, è quello che è possibile leggere nel rapporto del Ministro il quale ravvede nell'istituto dell'ipoteca ricaricabile un pericoloso strumento di sovraindebitamento delle famiglie, nonché il sicuro viatico verso una crisi finanziaria come quella americana dei *subprimes*.

La dottrina dell'epoca si rivolta e, pur riconoscendo la scarsa utilizzazione dello strumento nei suoi quasi dieci anni di vita, sconfessa le motivazioni addotte dal Ministro per sostenere l'abrogazione dell'istituto. Viene infatti evidenziato come la costituzione di una garanzia reale immobiliare non determini alcun rischio di sovraindebitamento e ciò per l'elementare ragione che le garanzie reali non sono debiti; inoltre, dal momento che, con la convenzione di ricarica, non può essere garantito un credito che ecceda la parte disponibile della somma per cui l'ipoteca è iscritta (e ciò deve essere certificato da un notaio), l'ipoteca ricaricabile mette addirittura al riparo dal rischio di un indebitamento superiore al valore del bene gravato a differenza di quanto potrebbe avvenire con un'ipoteca tradizionale giacché sarebbe possibile, senza alcun controllo, costituire tante ipoteche di grado ulteriore anche oltre il valore dell'immobile ipotecato²³⁵. Viene poi escluso il rischio di *subprimes à la française*. Infatti, se in America le banche concedevano finanziamenti anche a soggetti che non rispettavano tutti i criteri di accesso al credito (da qui il termine *sub-primes*), confidando non sulle loro effettive capacità

²³⁴ Cfr., *ex multis*, H. HEUGAS-DERRASPEN, *L'hydre de l'hypothèque rechargeable?*, in *RDI*, 2015, p. 341 e É. FRÉMEAUX, *Pour l'hypothèque rechargeable. Libres propos*, in *La semaine juridique – Notariale et immobilière*, 2016, p. 27, i quali sottolineano in particolar modo come la reintroduzione dell'ipoteca ricaricabile, già come la sua abrogazione, sia avvenuta senza dibattito né studi di impatto.

²³⁵ C. GIJSBERS, *Requiem pour l'hypothèque rechargeable*, in *Revue Lamy Droit civil*, n. 113, mars 2014, pp. 30-31.

economiche di rimborso, quanto sul valore dell'immobile offerto in garanzia, valore peraltro sovrastimato perché si teneva in considerazione il costante aumento dei prezzi del mercato immobiliare, tant'è che è bastato un abbassamento dei prezzi nel campo immobiliare per determinare la crisi, nel sistema francese un esito del genere è difficilmente prospettabile. Le banche francesi, infatti, hanno l'obbligo di avvisare il mutuatario dell'eventuale sproporzione tra il finanziamento e le sue capacità di rimborso e, in campo di credito al consumo, hanno addirittura il dovere di verificare previamente la solvibilità del mutuatario, solvibilità che viene valutata in riferimento ai soli guadagni lavorativi del mutuatario stesso. Queste circostanze, unitamente al controllo notarile che caratterizza la vicenda ipotecaria, rendono quindi molto improbabile il verificarsi nel sistema finanziario d'oltralpe quanto è tragicamente avvenuto in America²³⁶.

Nel giro di pochi mesi, con la legge n. 2014-1545, l'ipoteca ricaricabile fa nuovamente ingresso nell'ordinamento francese. Ma si tratta di un istituto affatto differente dal precedente. Non tanto per la disciplina, la quale resta immutata se non per il particolare che lo strumento dell'ipoteca ricaricabile viene riservato ai soli professionisti che possono ricorrervi unicamente per fini professionali e a garanzia di crediti professionali, quanto per i fini che avevano ispirato originariamente la riforma la quale, come si ricorderà, mirava a consentire un più agile accesso al credito appannaggio di tutti e, in particolar modo dei consumatori al fine di incrementare anche il credito al consumo. Si tratta dunque di una modifica che solo a una lettura superficiale può apparire marginale; essa in realtà stravolge il volto dell'istituto. All'esito della novella, il primo comma dell'art. 2422 *code civil* recita dunque "*L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément*".

Non vengono invece reintrodotti gli articoli del *code de la consommation* che si occupavano dell'istituto e ciò per la semplice ragione che è uno strumento non più utilizzabile dai consumatori con la conseguenza che le specifiche tutele dettate a favore di questi ultimi perdono di qualsiasi rilevanza. Ed è qui che si consuma un altro paradosso. Infatti, non viene contestualmente modificato l'art. L. 526-5 del *code de commerce* che,

²³⁶ C. GIJSBERS, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

in maniera del tutto irragionevole, continua ancora oggi a rinviare alle norme del *code de la consommation* ormai abrogate.

È questa la situazione attuale della legislazione francese in tema di *hypothèque rechargeable*. Tuttavia, la materia delle *sûretés* è ancora una volta oggetto di attenzione da parte della dottrina d'oltralpe ed è in cantiere una riforma²³⁷. Il relativo progetto di riforma²³⁸ propone espressamente di ripristinare la portata originaria dell'istituto dell'ipoteca ricaricabile, rendendolo nuovamente uno strumento a carattere generale e non più a vantaggio dei soli professionisti.

²³⁷ *Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite «loi Pacte»* autorizza il Governo a intervenire nel campo delle garanzie con lo strumento dell'*ordonnance*.

²³⁸ Nel quale si legge che “*Il est proposé de rétablir, dans sa généralité, l'hypothèque rechargeable. Celle-ci, en effet, n'est pas en elle-même source d'un quelconque surendettement, et pourrait tenir lieu de modèle lors de l'élaboration d'une sûreté réelle européenne*”.

5. RILIEVI CRITICI

L'esperienza francese è la prova del fatto che, in materia di ipoteca, anche un ordinamento ad accessorietà forte – come tradizionalmente è la Francia – possa escogitare soluzioni che prevedono un'attenuazione dello stesso requisito accessorio della garanzia ipotecaria.

La disciplina dell'*hypothèque rechargeable*, in particolar modo, offre, per come è congegnata, un esempio di come la maggiore flessibilità dei principi di accessorietà e di specialità costituisca, da un lato, l'approdo cui inevitabilmente tende l'evoluzione della disciplina dell'ipoteca e, dall'altro, il modo per realizzare l'obiettivo dell'efficienza del sistema creditizio.

Questo è sicuramente un prezioso insegnamento, ma, sotto altri aspetti, l'istituto dell'ipoteca ricaricabile non convince perché sembra non riconoscersi all'ipoteca una sua identità distinta dal rapporto creditizio cui accede e ciò, dal punto di vista dell'autonomia della garanzia, fa dell'istituto francese un tentativo non del tutto compiuto. Anche a seguito della riforma, infatti, non si assiste, a parere dello scrivente, all'affrancazione dell'ipoteca dalla sua condizione di accessorio del credito: la garanzia, infatti, può essere agganciata a un credito diverso da quello originario, – cosa di non poco momento, sotto il profilo sistematico – ma continua a non poter essere oggetto di autonoma circolazione. L'impressione che se ne trae, è che quindi, nell'ottica francese, l'ipoteca non possa avere rilevanza se non in quanto accessorio del credito e, come tale, non potrebbe essere oggetto autonomo di scambio. Tant'è che, anche in materia di *hypothèque rechargeable*, non è il creditore ipotecario a cedere l'ipoteca di cui sia titolare, ma è, al contrario, il costituente a estenderne la funzione di garanzia a un credito diverso. Certo, l'accessorietà è attenuata – e, forse, ancora di più la specialità – ma di sicuro non si può parlare di piena autonomia, dove per piena autonomia si intende far riferimento al grado massimo di autonomia prospettabile per un diritto, quale è l'ipoteca, che svolge pur sempre una funzione di garanzia. Alla luce di ciò, dunque, volendo e potendo graduare l'autonomia che può essere riconosciuta alla garanzia ipotecaria, può dirsi dunque che quella francese occupi un gradino piuttosto basso.

Ma c'è di più. Sotto il profilo funzionale, ricorrere a un'ipoteca ricaricabile non offre significativi vantaggi rispetto alla costituzione di un'ipoteca tradizionale. In

particolare, da un punto di vista operativo, infatti, ricaricare un'ipoteca ricaricabile non produce effetti diversi dal costituire un'ipoteca tradizionale di grado ulteriore. Di fatti, il rapporto gerarchico interno tra i creditori garantiti da un'ipoteca ricaricabile è, come visto, del tutto paragonabile a quello che intercorre tra i creditori garantiti da più ipoteche tradizionali di grado successivo. Il vantaggio è infatti principalmente economico: la ricarica costa meno della costituzione di una nuova ipoteca. Ma, se così è, si potrebbe provocatoriamente affermare che non era necessario inventare una nuova forma di ipoteca, essendo sufficiente semplicemente abbattere i costi di costituzione della stessa²³⁹. Si capirà, dunque, che l'effetto dell'attenuazione di un così importante requisito, quale è l'accessorietà, non può ridursi a questo. Si può osare di più.

È per questo motivo che, a parere di chi scrive, se l'ordinamento italiano si decidesse a rivedere il sistema ipotecario nazionale, dovrebbe spingersi oltre, permettendo la libera circolazione dell'ipoteca nei termini descritti nel capitolo precedente, cioè, dovrebbe permettersi al creditore ipotecario di alienare, a favore di un altro creditore, il proprio diritto reale di ipoteca, cui va riconosciuta una sua autonomia e un suo valore, lasciando invece il debitore fuori dalla vicenda traslativa.

Se ci si chiedesse, poi, se, in attesa di un intervento più coraggioso del legislatore, l'istituto dell'ipoteca ricaricabile possa trovare ingresso nel nostro ordinamento in via ermeneutica, la risposta non potrebbe che essere negativa. Alla luce delle norme attualmente vigenti in materia ipotecaria, infatti, non sembra possibile attribuire all'ipoteca nel nostro ordinamento i connotati propri dell'ipoteca ricaricabile. Detto altrimenti, non sarebbe compatibile con il nostro sistema ipotecario una convenzione aggiunta alla costituzione di ipoteca con cui si stabilisca che la stessa possa essere ricaricata a favore di crediti diversi ed ulteriori rispetto al credito originario: ciò perché il principio di accessorietà forte impedisce di collegare un'ipoteca già costituita a un credito diverso dall'originario, mentre quello di specialità impedisce di creare un'ipoteca a garanzia di crediti meramente futuri²⁴⁰.

²³⁹ Cfr. B. VARI, *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, fasc. 2, pt. 1, p. 257.

²⁴⁰ L. COLOMBO, *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, p. 375, la quale, peraltro, dopo aver elencato i casi in cui il nostro codice ammette eccezionalmente il distacco tra la garanzia e il credito originario, sostiene che, quindi, l'istituto dell'ipoteca ricaricabile non sarebbe, da un punto di vista teorico, del tutto incompatibile con il nostro sistema ipotecario; ben potrebbe, allora, il

L'esperienza francese dell'*hypothèque rechargeable* ha comunque un merito che è quello di fornire al legislatore italiano un modello cui ispirarsi per una riforma del sistema ipotecario che concordi con quella francese più nei presupposti che nei risultati. La strada è quella più volte accennata dell'attenuazione dei dogmi dell'accessorietà e della specialità, ma l'approdo deve essere, a parere dello scrivente, qualcosa di più e di più coraggioso rispetto all'ipoteca ricaricabile, vale a dire, la possibilità di cedere la garanzia ipotecaria in maniera autonoma rispetto al credito cui accede.

legislatore italiano introdurlo nel nostro ordinamento, visto che, ad avviso dell'Autrice, esso costituirebbe solo un altro caso di tale distacco che si aggiungerebbe a quelli già previsti (pp. 380 e ss.).

CAPITOLO III

L'IPOTECA CEDIBILE, UN NUOVO ISTITUTO *DE IURE* CONDENDO: CRITICITÀ E POSSIBILI SOLUZIONI.

1. L'ATTUALE DETTATO CODICISTICO NON PRESENTA UNA DISCIPLINA ESAUSTIVA PER LA CESSIONE DI IPOTECA, NÉ È POSSIBILE RICOSTRUIRLA IN VIA ERMENEUTICA; IL LEGISLATORE ITALIANO POTREBBE ALLORA INTRODURRE, IN AGGIUNTA ALL'IPOTECA TRADIZIONALE, UNA FIGURA DI IPOTECA AUTONOMAMENTE CEDIBILE, DOTATA DI ACCESSORIETÀ DI TIPO DEBOLE.

Dalle riflessioni fin qui svolte emerge ormai chiaramente che l'ordinamento italiano deve cogliere la sfida posta dall'evoluzione dell'economia generale, sempre più caratterizzata da rapidità delle transazioni e flessibilità degli strumenti impiegati. L'Italia dovrebbe ambire a elaborare soluzioni giuridiche che possano ispirare ed essere da modello anche per altri sistemi normativi. Un primo passo a tal fine potrebbe essere compiuto proprio in materia di ipoteca. Una disciplina chiara, coerente, moderna ed efficiente, dotata di un certo grado di flessibilità e sempre attenta a tutti gli interessi delle parti in gioco potrebbe avere un impatto prorompente sull'economia nazionale, da un lato, rendendo più agevole l'accesso al credito, permettendolo anche a soggetti che attualmente non riuscirebbero e, dall'altro, attirando l'attenzione e soprattutto i giri d'affari di investitori stranieri. È di tutta evidenza, infatti, che, in termini economici, la chiarezza si traduce in prevedibilità delle spese e l'efficienza in tendenziale eliminazione degli sprechi, cosa che significa diminuzione dei costi complessivi, effettivi o potenziali, di un'operazione: due elementi di sicuro interesse per chi, dall'estero, voglia investire in un Paese straniero.

In materia di ipoteca, come è stato più volte ribadito, l'ammodernamento e l'efficientamento dell'apparato ipotecario si traduce nell'allentamento dei principi di accessorietà e di specialità e, in particolare, nel rendere l'ipoteca uno strumento dotato di maggiore autonomia e flessibilità rispetto al credito cui accede. Come si è cercato di spiegare nel capitolo precedente, è questa la via tracciata dal progetto dell'euroipoteca di

stampo unionale; l'esperienza francese dell'*hypothèque rechargeable* dimostra, invece, che è possibile intervenire su questi requisiti della garanzia ipotecaria senza per questo compromettere la tenuta del sistema creditizio.

L'ordinamento italiano dovrebbe puntare, allora, a costruire un modello di ipoteca che, senza sconfessare la natura accessoria della garanzia, sia tuttavia quanto più possibile autonoma rispetto al credito garantito e, in quanto tale, perfettamente cedibile anche senza il credito.

In tale ottica, a differenza di quanto visto per l'euroipoteca in cui l'accessorietà viene in qualche modo sostituita dal security agreement con gli inconvenienti a suo tempo evidenziati²⁴¹, l'ordinamento italiano dovrebbe puntare a mettere in campo uno strumento rispetto al quale non risulta del tutto eliminato il requisito accessorio, ma solo attenuato, con la conseguenza che la "sopravvivenza" della garanzia in assenza di credito resterebbe inammissibile, essendo solo possibile agganciare l'ipoteca a un credito diverso da quello originario. A differenza di quanto avviene per l'*hypothèque rechargeable*, inoltre, ciò dovrebbe poter avvenire non per volontà del debitore, ma per volontà del creditore ipotecario. Solo in questo modo può riconoscersi alla garanzia ipotecaria una sua dimensione autonoma rispetto al credito cui accede. Infatti, in tal modo, l'ipoteca acquista una sua identità, divenendo un diritto che può costituire oggetto di scambio. Ragionando in quest'ordine di idee, infatti, l'ipoteca viene vista come portatrice di un'utilità propria, che si identifica e, allo stesso tempo, trascende la sua funzione di garanzia e che si compone di tutte le facoltà evidenziate dall'art. 2808 c.c., vale a dire, il diritto di espropriare, il diritto di sequela e il diritto di prelazione sul ricavato dell'espropriazione. Conseguentemente, il soggetto che legittimamente può disporre di questa utilità è necessariamente colui che ne è titolare e questo, in tal caso, non è il concedente, bensì il creditore ipotecario che, cedendola, se ne priva.

Si è già detto nel primo capitolo²⁴² che, sulla base delle norme attualmente vigenti in materia di ipoteca, non è possibile, nemmeno tramite un'attività ermeneutica, per così dire, ardita, ritenere al momento ammissibile la cessione dell'ipoteca in via autonoma rispetto al credito: troppi e troppo delicati sono gli interessi in gioco che necessitano di un bilanciamento *ad hoc*. Scopo del presente capitolo è quindi quello di delineare una

²⁴¹ Si veda il Cap. II, parte prima, par. 2.

²⁴² Si rinvia al Cap. I par. 6.

possibile disciplina per la cessione autonoma dell'ipoteca, non senza aver prima esaminato le posizioni dei singoli attori direttamente o indirettamente coinvolti da questa operazione. Infatti, l'elaborazione di soluzioni giuridiche soddisfacenti non può prescindere da un siffatto esame e dall'individuazioni di possibili criticità. Parimenti, non si può non trarre spunto ed esempio dalle riflessioni compiute in Francia e in ambito europeo, presentate nel capitolo precedente.

Sia dall'esperienza francese che dai progetti europei sull'euroipoteca, infatti, si potrebbe recuperare l'intuizione di prevedere un tipo di ipoteca cedibile che si ponga come un'alternativa rispetto a quella tradizionale. Detto altrimenti, non si dovrebbe attribuire il carattere della libera cedibilità all'ipoteca *tout court*, ma si potrebbe immaginare di rimetterne la scelta alla volontà delle parti che, se vorranno costituire un'ipoteca cedibile, dovranno rendere, di volta in volta, una dichiarazione espressa in tal senso; in mancanza, verrà costituita un'ipoteca tradizionale. In tal caso, le due tipologie non differirebbero per natura, ma solo per funzionamento perché una sarebbe cedibile, con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano della disciplina, e l'altra no. Questa soluzione ha, se non altro, il merito di permettere, in un primo momento, di verificare la risposta della prassi, e in particolar modo delle banche, all'introduzione di questo nuovo istituto. Poi, se dovesse trovare largo consenso da parte degli operatori economici, si potrebbe prospettare, in un secondo momento, di invertire i panni e rendere l'ipoteca cedibile la regola, salva volontà contraria delle parti. Anzi, se l'ipoteca tradizionale dovesse cadere in disuso, si potrebbe addirittura pensare di rimpiazzarla totalmente con l'ipoteca cedibile che finirebbe, quindi, per essere l'unica garanzia reale immobiliare prevista dal nostro ordinamento.

Sul versante economico, differenziare le due tipologie di garanzia ipotecaria potrebbe avere come conseguenza quella di accedere al credito a condizioni differenziate: detto altrimenti, essendo l'ipoteca cedibile, per molti aspetti, più vantaggiosa per il mutuante rispetto a quella tradizionale, potrebbe giustificare l'accensione di mutui a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle normalmente usate per mutui garantiti da ipoteche tradizionali.

Tuttavia, prima di provare ad abbozzare una qualsiasi disciplina, è necessario preliminarmente prendere posizione su alcune questioni che, concorrendo a definire i

connotati di questo nuovo istituto, sono suscettibili di influenzarne anche la relativa regolamentazione.

2. STANTE IL REQUISITO DELL'ACCESSORIETÀ, SEPPUR DEBOLE, DELLA GARANZIA IPOTECARIA, CESSIONARIO DI UN'IPOTECA DEVE ESSERE NECESSARIAMENTE UN SOGGETTO CREDITORE. TUTTAVIA, LA CESSIONE DELL'IPOTECA NON DOVREBBE ESSERE LIMITATA AI SOLI CREDITORI CHIROGRAFARI DEL DEBITORE DEL CEDENTE.

Il tentativo di costruire una disciplina strutturata e coerente dell'ipoteca cedibile non può prescindere dall'esame preliminare di alcune questioni su cui è bene prendere posizione. Un primo interrogativo riguarda la corretta individuazione dei soggetti che possono rendersi cessionari di un'ipoteca. Il requisito dell'accessorietà, anche nella sua accezione debole, induce subito a rispondere che non può trattarsi che di un creditore, vale a dire di un soggetto titolare di un credito cui finisce per accedere l'ipoteca una volta ceduta.

La domanda immediatamente conseguente è se basti questa qualifica o se, invece, occorra discriminare tra categorie di creditori. Detto più chiaramente, bisogna chiedersi se cessionario di un'ipoteca possa essere un qualsiasi creditore o solo un creditore dello stesso debitore del cedente.

Quei pochi Autori che pure riconoscono la compatibilità con l'ordinamento italiano della cessione dell'ipoteca, restringono il novero dei possibili cessionari ai soli creditori (chirografari) dello stesso debitore²⁴³. In effetti, la cessione, con tali limiti, non è suscettibile di apportare alcuna conseguenza pregiudizievole per il garante, debitore o terzo che sia, giacché, all'esito della cessione della garanzia ipotecaria, non c'è modifica della persona del debitore. Si è già spiegato²⁴⁴, infatti, che, dal dettato codicistico, è possibile trarre l'insegnamento per cui la posizione del garante rischia di subire un *vulnus* solo nelle ipotesi di sostituzione della persona del debitore con un altro soggetto, tant'è che si prevede l'estinzione delle garanzie, come avviene nei casi di delegazione, espromissione e acollo liberatori. La ragione di una siffatta conseguenza è stata a suo tempo individuata nel fatto che la modifica della persona del debitore comporta – ciò che

²⁴³ Si veda, ad esempio, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 42, il quale pur essendo possibilista rispetto all'operazione di cessione del credito afferma che la stessa resta “sicuramente esclusa verso chi non abbia già per conto suo alcun credito, o ne abbia contro un diverso debitore”.

²⁴⁴ Si rinvia al Cap. I, par. 4.3.1.

più rileva – anche una modifica della garanzia patrimoniale generica a cui l’ipoteca in un certo senso si affianca. Se, invece, la cessione della garanzia ipotecaria interviene tra creditori dello stesso debitore, restando immutata la persona del debitore, resta a sua volta immutata la garanzia patrimoniale generica di riferimento, con la conseguenza che nessun rischio si pone per gli interessi del garante.

Tuttavia, a parere dello scrivente, la cedibilità dell’ipoteca non può essere limitata ai soggetti creditori dello stesso debitore. Se, infatti, si accede all’idea per cui l’ipoteca è dotata di una propria utilità suscettibile di scambio, non c’è motivo di limitarne la cessione solo a una certa categoria di creditori, escludendo gli altri. Occorre piuttosto chiedersi quali soluzioni il legislatore italiano possa escogitare per tutelare le posizioni di tutti i soggetti direttamente o indirettamente coinvolti da una siffatta operazione.

A parere di chi scrive, dunque, dovrebbe ammettersi la cedibilità dell’ipoteca a favore non solo dei creditori dello stesso debitore, ma anche a favore di creditori che con il debitore originario non hanno alcun rapporto.

Rimanendo poi sulla categoria dei creditori dello stesso debitore, non si dovrebbe distinguere tra chirografari e ipotecari: la cessione dovrebbe essere infatti ammessa anche a favore di questi ultimi. Non si può *a priori* escludere un qualsiasi interesse di un creditore ipotecario a conseguire l’ipoteca che prima garantiva un altro creditore. L’effetto che ne conseguirebbe sarebbe quello di un credito garantito da due o più ipoteche gravanti su uno stesso bene o su beni diversi. Nulla impedisce, infatti, che il creditore ipotecario chieda al proprio debitore un supplemento di garanzia, quindi, nulla esclude che questo risultato venga raggiunto mediante la cessione di un’ipoteca già costituita per un altro creditore anziché mediante la costituzione di una nuova ipoteca. Peraltro, oltre a non esserci nessuna ragione giuridica per limitare un tale esito, sulla questione soccorre ancora una volta l’esperienza francese che, come evidenziato, conosce l’istituto della *subrogation dans l’hypothèque* che può aversi anche rispetto a un creditore già garantito da ipoteca che finisce per essere titolare di due ipoteche²⁴⁵.

È bene precisare, inoltre, che non bisogna cadere nell’equivoco, come fa certa dottrina²⁴⁶, di credere che la cessione dell’ipoteca a favore di un creditore ipotecario su uno stesso debitore corrisponda sostanzialmente a una cessione del grado. La cessione

²⁴⁵ Si veda Cap. 2, par. 2.

²⁴⁶ Cfr. B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 250

dell'ipoteca a favore di un creditore ipotecario di uno stesso debitore deve essere, invece, tenuta distinta dalla cessione del grado. È vero, infatti, che con quest'ultimo istituto ci sono molti punti in comune – *in primis*, il dato che il negozio interviene tra creditori entrambi ipotecari – ma, a ben vedere, le due operazioni portano a esiti affatto differenti.

Infatti, a seguito della disposizione del grado, nessuno dei due creditori perde la propria garanzia ipotecaria, la quale si trova semplicemente a essere anticipata o posticipata nell'ordine di prelazione sul ricavato dell'espropriazione; a seguito di cessione dell'ipoteca, invece, il cedente perde la propria ipoteca, divenendo chirografario. Inoltre, con la cessione del grado, non viene trasmessa al cessionario anche la “capienza” dell'ipoteca, essendo ciascuna ipoteca dotata dei caratteri definiti nei rispettivi atti di costituzione: detto altrimenti, ciascun creditore rimane garantito per la somma cui fa riferimento la propria ipoteca. Si è detto, poi, che, a seguito di negozio avente a oggetto il solo grado, l'ipoteca resta ancorata alle sorti del suo credito originario con la conseguenza che, con l'estinzione di questo, si estingue anch'essa. Diversamente, con la cessione dell'ipoteca, ciò non potrebbe avvenire perché viene spezzato il legame funzionale con il credito originario.

Ma c'è di più. Si potrebbe credere che la permuta di ipoteca realizzi gli stessi effetti di una permuta del grado, ma non è così. Infatti, con la permuta dell'ipoteca, i due creditori non si limitano a scambiarsi il grado, ma un'utilità più complessa di cui il grado fa parte. Inoltre, se con la permuta del grado, come evidenziato, ciascun credito resta garantito dall'ipoteca tal quale era anche prima della permuta (in particolare, per ciò che attiene, tra le altre cose, alla somma per cui la garanzia è presa), a seguito di permuta dell'ipoteca, invece, a ciascun credito accede un'ipoteca diversa dalla precedente, non solo per l'ordine che occupa nella scala delle prelazioni, ma anche per ampiezza e connotati.

Ciò prova, dunque, che si tratta di istituti diversi e alternativi: saranno le parti coinvolte a optare per l'uno o per l'altro a seconda delle proprie esigenze e del risultato pratico che concretamente intendono raggiungere.

3. LA NOVITÀ DELLA CESSIONE AUTONOMA DELL'IPOTECA IMPONE DI DOMANDARSI SE SIA NECESSARIO APPRESTARE DELLE FORME DI TUTELA PER IL SOGGETTO CHE CONCEDE IPOTECA E, IN CASO AFFERMATIVO, QUALI. A TAL UOPO, OCCORRE TUTTAVIA PROCEDERE A DEI DISTINGUO.

L'esame di una possibile disciplina dell'ipoteca cedibile non può che prendere le mosse dall'indagine della posizione del concedente, debitore o terzo datore. In altre parole, bisogna chiedersi se possa realizzarsi un qualche *vulnus* alla situazione soggettiva di questi e, in caso positivo, come vi si possa ovviare.

A tal uopo, occorre tuttavia distinguere tra la condizione del debitore che concede ipoteca a garanzia del suo credito e quella del terzo datore di ipoteca. In aggiunta a ciò, poi, bisogna ulteriormente diversificare la cessione della garanzia a favore di un creditore del debitore da quella a favore di un creditore del creditore ipotecario.

Fatte queste distinzioni, si può, quindi, procedere all'esame delle criticità che possono riguardare la posizione del soggetto che concede ipoteca.

3.1. NON È NECESSARIO IL CONSENSO DEL DEBITORE CHE ABBA CONCESSO IPOTECA SU PROPRIO BENE SE LA CESSIONE DELL'IPOTECA AVVIENE A FAVORE DI UN ALTRO SUO CREDITORE, IPOTECARIO O CHIROGRAFARIO. TUTTAVIA, SAREBBE OPPORTUNO PREVEDERE LEGISLATIVAMENTE UN TERMINE MASSIMO DI DURATA DELL'IPOTECA CEDIBILE.

Esaminando *in primis* l'ipotesi per così dire più semplice di cessione a favore di altro creditore dello stesso debitore che ha concesso ipoteca su un proprio bene, la prima questione che viene in rilievo è se si possa fare a meno, in tal caso, del consenso del debitore alla cessione.

Sul punto, prima di tutto, non può condividersi la posizione di chi argomenta la necessità del consenso del debitore sulla base degli artt. 1232 e 1275 c.c.²⁴⁷ che pure sembrano richiedere l'intervento del debitore al fine di permettere il passaggio della

²⁴⁷ A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 380.

garanzia da un credito all'altro. In realtà, come è già stato evidenziato, il consenso delle parti – e quindi anche del debitore – nella novazione, si giustifica per il fatto che il credito originario si estingue così che detto consenso diviene necessario per impedire il naturale venir meno dell'ipoteca che vi accede; nel caso contemplato dall'art. 1275 c.c., invece, il consenso di chi ha prestato la garanzia è richiesto perché, a seguito della liberazione del debitore originario, si assiste a un mutamento della persona del debitore nel rapporto obbligatorio con la conseguenza che muta il patrimonio – e quindi la garanzia patrimoniale generica – cui l'ipoteca si affianca. A differenza di queste due ipotesi, invece, in caso di cessione autonoma dell'ipoteca, non si assiste né all'estinzione di alcun credito né al mutamento della persona del debitore. Questi rilievi permettono quindi di distinguere le diverse ipotesi e di non applicare acriticamente alla cessione della garanzia ipotecaria la regola che si evince dai due articoli summenzionati.

Ciò posto, bisogna allora verificare se la necessità del consenso del debitore possa fondarsi su un altro presupposto. In particolare, ci si potrebbe domandare se possa avere rilevanza un suo specifico interesse a garantire un credito e non l'altro o ad adempiere prima un credito e poi un altro.

Se, *de facto*, si potrebbe riconoscere a ciò un certo rilievo, a parere di chi scrive, questo interesse non dovrebbe avere invece conseguenze giuridiche. Infatti, visto che il debitore deve adempiere a tutti i suoi debiti, ne consegue che, salvo eventuali termini e/o condizioni che potrebbero influire sui tempi e sui modi, i creditori sono giuridicamente posti sullo stesso piano, come d'altronde insegna il principio della *par condicio creditorum*.

Peraltro, il bene ipotecato non è sottratto alla garanzia patrimoniale generica del debitore con la conseguenza che qualsiasi creditore può espropriarlo, anche se dovrà poi rispettare il diritto di prelazione del creditore ipotecario. Ciò avvalorava in qualche modo la tesi che si sta sostenendo. Se un siffatto interesse del debitore fosse stato giuridicamente rilevante, infatti, il bene ipotecato avrebbe potuto essere espropriato dal solo creditore ipotecario.

D'altronde, il debitore è, in ogni caso, tutelato dalla somma per cui l'ipoteca è presa che rappresenta il peso economico massimo gravante sul bene dato in garanzia. Ciò significa che il rischio economico a cui è esposto il garante è limitato a quella cifra anche

se cambia il credito garantito. Quindi, nulla il debitore deve temere anche se il credito del cessionario dovesse essere di ammontare superiore.

Inoltre, se non intende incorrere in queste possibili conseguenze, potrà sempre optare per la costituzione di un'ipoteca tradizionale.

Ma c'è di più. Se, come si suggerisce nel presente lavoro, si guarda all'ipoteca come a un qualsiasi diritto reale su cosa altrui, che differisce dagli altri solo per la sua funzione (che è di garanzia e non di godimento) ma non per la sua natura, allora, si comprenderà che, come non è richiesto l'intervento del proprietario in una cessione, ad esempio, di un usufrutto già costituito, parimenti dovrebbe avvenire per la cessione della sola ipoteca. Non ci sono ragioni, infatti, per differenziare le due ipotesi.

Inoltre, se pure non dovesse condividersi l'ottica qui assunta sulla natura dell'ipoteca, da un punto di vista tecnico, l'estraneità del concedente al negozio di cessione dell'ipoteca può essere argomentata sulla base della circostanza che la dichiarazione espressa in ordine alla scelta della tipologia cedibile di ipoteca possa valere come consenso anticipato alla cedibilità stessa della garanzia con la conseguenza che il rinnovo di un tale consenso all'atto di cessione sarebbe del tutto superfluo.

La cessione dell'ipoteca presenta tuttavia almeno un rischio per il debitore e non si gioca sul terreno del suo consenso. Si tratta del rischio che, a seguito di successive cessioni, il peso ipotecario gravi sul bene in maniera potenzialmente perpetua²⁴⁸. A ben vedere, si tratta a dire il vero di una criticità dell'istituto che non riguarda il solo debitore, bensì qualsiasi soggetto che conceda ipoteca, anche se terzo, perché attiene alla titolarità del diritto gravato dalla garanzia ipotecaria. La questione della durata si pone, in ambito di ipoteca cedibile, in termini del tutto diversi rispetto a quanto avviene in materia di ipoteca tradizionale. È vero, infatti, che l'ipoteca tradizionale potrebbe non avere un termine, ma la circostanza che la stessa è ancorata al solo credito originario, ne garantisce in qualche modo una durata limitata nel tempo, visto che tendenzialmente non esistono

²⁴⁸ Evidenzia il problema anche B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 260 e ss., la quale lo risolve, stabilendo che il credito del cessionario debba avere al massimo la stessa scadenza di quello originario. Per superare questo limite, l'Autrice suggerisce di procedere a una valutazione in concreto della posizione del debitore il quale potrebbe non riportare alcun pregiudizio dall'estensione temporale della garanzia sul bene gravato. Se invece la cessione comporta una maggiore durata dell'ipoteca in pregiudizio degli interessi del debitore, allora sarà richiesto il consenso dello stesso debitore alla cessione.

La soluzione testé riportata, benché meritoria, non convince del tutto perché, come d'altronde rileva la stessa Autrice, ridurrebbe drasticamente l'ambito applicativo della cessione di ipoteca.

rapporti obbligatori perpetui. Diversamente, la possibilità di cedere l'ipoteca a garanzia di crediti di volta in volta diversi, a scadenze differenti man mano successive, potrebbe determinare in linea teorica la perpetuità del vincolo ipotecario, senza che peraltro il debitore possa tenere sotto controllo la situazione, visto che la cessione prescinde dal suo consenso. Si sa, inoltre, che il nostro ordinamento mal sopporta vincoli perpetui o potenzialmente tali; parimenti, non tollera che un bene venga per lungo tempo sottratto al libero scambio, come dimostra la disciplina del divieto di alienazione di cui all'art. 1379 c.c.: ora, è vero che un peso ipotecario perpetuo non limita giuridicamente la disponibilità del bene gravato, ma, da un punto di vista fattuale ed economico, costituisce un gravame che incide pesantemente sulla sua commerciabilità. Sono varie, dunque, le ragioni che impongono un'attenta riflessione sul punto.

Per risolvere questo problema, allora, il legislatore potrebbe introdurre una disposizione che preveda per l'ipoteca cedibile una durata massima, che le parti potrebbero pattiziamente modificare solo in diminuzione; una clausola che stabilisse una durata maggiore, sarebbe automaticamente corretta e ridotta alla durata massima legislativamente prevista. Peraltro, l'apposizione di un termine all'ipoteca non è un fatto nuovo. Infatti, già l'attuale disciplina codicistica dà la possibilità di sottoporre l'ipoteca a termine, la cui scadenza determina l'estinzione della garanzia (art. 2878, comma 1, num. 6, c.c.). Per di più, non può supplire a tal fine l'art. 2847 c.c., perché il riferimento al ventennio ivi contenuto non attiene alla durata dell'ipoteca. Il decorso di questo tempo incide, infatti, sulla sola efficacia dell'iscrizione ipotecaria e non invece sull'esistenza della garanzia. Tuttavia, proprio questo periodo ventennale potrebbe fungere da punto di riferimento per stabilire la durata massima dell'ipoteca cedibile. Se questa fosse inferiore ai vent'anni, infatti, non potrebbe più trovare applicazione l'istituto della rinnovazione che risulterebbe quindi tacitamente abrogato. Se non si vuole giungere a un simile risultato, bisogna allora fissare necessariamente una durata maggiore.

La soluzione qui prospettata ha il merito di compiere un bilanciamento tra il carattere cedibile dell'ipoteca e l'interesse del debitore a non perdere del tutto il controllo sul vincolo ipotecario gravante su proprio bene. Così infatti, il debitore, se, da un lato, per tutta la durata dell'ipoteca non ha modo di veicolare le possibili "direzioni" che può prendere la garanzia da lui prestata, è, dall'altro, tutelato dal fatto che si tratta di una situazione limitata nel tempo.

3.2. NON È NEMMENO NECESSARIO IL CONSENSO DEL TERZO DATORE DI IPOTECA SE LA CESSIONE DELL'IPOTECA AVVIENE A FAVORE DI UN ALTRO CREDITORE DELLO STESSO DEBITORE.

A questo punto, bisogna chiedersi se, nell'ambito di una cessione a favore di altri creditori dello stesso debitore, le riflessioni compiute con riguardo alla posizione del debitore siano valide anche per il terzo datore di ipoteca.

Detto altrimenti, occorre domandarsi se le circostanze già evidenziate per il debitore – vale a dire, la limitazione del rischio economico alla somma per cui l'ipoteca è presa, l'immutabilità della persona del debitore, e quindi del patrimonio assistito, e la durata legislativamente determinata dell'ipoteca – siano elementi sufficienti per salvaguardare anche la posizione del terzo, considerato che, a differenza di quanto avviene per il debitore, gli eventuali creditori cessionari, in assenza di cessione, nulla potrebbero pretendere dal patrimonio del terzo.

È proprio in ciò che differisce la condizione del terzo datore rispetto a quella del debitore che concede ipoteca: quest'ultimo, anche senza cessione, è pur sempre tenuto al pagamento a favore di tutti i suoi creditori, anche quelli non garantiti; diversamente, il terzo datore, senza la cessione, non avrebbe nessun rapporto con i creditori non garantiti.

Perciò è lecito domandarsi se questi due soggetti vadano differenziati, considerata peraltro la particolare attenzione con cui il legislatore, in diverse disposizioni del nostro codice, tratta la posizione del terzo che si fa garante di un debito altrui. Spesso, infatti, a fronte di determinate vicende che interessano il credito garantito, le garanzie prestate dal terzo vengono meno, mentre permangono o rivivono quelle prestate dal debitore. È quanto si ricava dagli artt. 1197, 1276, 1251, 2856, 2866 e 2871 c.c. La differenziazione fatta dal legislatore in queste materie, dimostra allora che esiste un'oggettiva diversità tra le posizioni di questi due soggetti – debitore e terzo garante – tale da giustificare una disciplina diversificata. Perciò, c'è da chiedersi se una tale differenziazione di trattamento non debba essere replicata anche in questo campo e se, quindi, a differenza di quanto affermato per il debitore, non debba ritenersi necessario il consenso del terzo datore alla cessione dell'ipoteca. Tuttavia, se si guarda alla *ratio* che giustifica l'estinzione delle garanzie prestate dal terzo nelle suddette disposizioni, si constaterà che un siffatto effetto è giustificato dall'estinzione del debito garantito: ciò legittima giustamente il terzo a

considerarsi liberato dalla garanzia che aveva prestato. A fronte dell'estinzione dell'obbligazione garantita, allora, il legislatore ha ritenuto di tutelare in maniera più pregnante la posizione del terzo, impedendo il mantenimento o la reviviscenza delle garanzie da questi originariamente prestate.

Analizzando le singole norme summenzionate, infatti, è possibile verificare che tutte presuppongono l'estinzione dell'obbligazione garantita. Di fatti, gli artt. 1197 e 1276 c.c. fanno riferimento a un caso di reviviscenza del credito, prima estinto a seguito, rispettivamente, di *datio in solutum* e di liberazione del debitore originario. Anche l'art. 1251 c.c. presuppone una sorta di estinzione del credito garantito: sussistendo i presupposti della compensazione, i due crediti possono presumersi estinti, perciò, se poi una parte non la fa valere e paga, non potrà più fare affidamento sulle garanzie prestate dai terzi. Infine, ai sensi degli artt. 2856, 2866 e 2871 c.c. il subingresso nell'ipoteca – ma solo sui restanti beni gravati del debitore – consegue all'adempimento, e quindi all'estinzione, del debito garantito.

In materia di cessione dell'ipoteca, invece, manca a monte questo fenomeno estintivo del debito garantito che potrebbe giustificare il trattamento diversificato del debitore e del terzo datore. Perciò, sotto questo punto di vista, le posizioni di questi due soggetti possono considerarsi equivalenti.

Ciò posto, bisogna poi chiedersi se, a differenza di quanto osservato per il debitore, debba darsi rilevanza giuridica a un possibile interesse del terzo datore in ordine al credito garantito e alla persona del creditore con la conseguenza che la cessione dell'ipoteca non potrebbe prescindere dal suo consenso.

Ma anche sotto questo aspetto, a parere dello scrivente, non bisognerebbe differenziare tra debitore e terzo datore e, perciò, ancora una volta, un siffatto interesse non potrebbe determinare conseguenze giuridiche di sorta. Infatti, le stesse riflessioni compiute per la posizione del debitore sono rinnovabili anche per il terzo datore di ipoteca: la somma per cui l'ipoteca è presa lo mette al riparo dal rischio di un aggravio economico superiore a quello originariamente preventivato, e ciò anche se il credito del cessionario dell'ipoteca fosse di ammontare più elevato rispetto al credito originario; la durata normativamente determinata dell'ipoteca cedibile gli assicura che l'“assoggettamento” del bene dato in garanzia non si prolunghi oltre un certo tempo; infine, l'immutabilità del debitore gli garantisce l'*identità* del patrimonio assistito che è

il principale elemento di riferimento per chi si renda garante di un debito altrui. Infatti, sono proprio le capacità patrimoniali di un soggetto che ne definiscono la solvibilità e l'affidabilità. Quando un terzo decide di garantire un debito altrui, salvo che ciò non sia giustificato da specifici intenti e/o da determinati rapporti tra debitore e terzo, fa affidamento proprio su questa solvibilità per valutare se la garanzia da lui prestata, verrà poi effettivamente attivata. Non sono quindi la persona del creditore o la tipologia di credito garantito gli elementi principali su cui si appunta l'attenzione del terzo per valutare l'opportunità di garantire il debito altrui. Per solvibilità poi deve intendersi la capacità del debitore di far fronte a tutti i suoi debiti e non solo al debito che il terzo decide di garantire. Infatti, anche se il patrimonio del debitore fosse capiente rispetto al credito garantito, ciò non metterebbe il terzo al riparo da espropriazione se poi lo stesso patrimonio risultasse insufficiente a far fronte all'intera situazione passiva del debitore. Questo avvalorava dunque l'idea che non è tanto l'immutabilità del credito garantito a tutelare il terzo datore d'ipoteca quanto l'*identità* del patrimonio assistito.

A ben vedere, nell'ottica del terzo datore, optare per un'ipoteca, che sia cedibile senza il suo consenso, corrisponde in un certo modo a destinare un proprio bene alla garanzia – non contemporaneamente ma uno per volta – di tutti i potenziali debiti del debitore, per un certo periodo di tempo. Questo scopo non è nuovo nel nostro ordinamento. Infatti, esso è riscontrabile nelle fideiussioni *omnibus*, con cui con un negozio iniziale si garantiscono tutti i debiti presenti e futuri di uno stesso debitore, senza che il fideiussore debba di volta in volta rinnovare il proprio consenso. Come noto, la validità di una siffatta fideiussione è subordinata al fatto che la stessa sia limitata a un tetto massimo, tetto massimo che, in ambito ipotecario, corrisponde alla somma per cui l'ipoteca è presa. Non si vede allora perché, nel nostro ordinamento, sarebbe ammissibile, nei limiti del tetto massimo, con la fideiussione *omnibus*, offrire tutto il proprio patrimonio a garanzia di tutti i debiti altrui e non lo si possa fare, invece, con riguardo a un singolo cespite del patrimonio del terzo, vale a dire il bene ipotecato, destinandolo alla garanzia di un solo credito per volta. Quindi, dal momento che il più contiene il meno, l'ammissibilità della fideiussione *omnibus* induce a ritenere ammissibile anche un'ipoteca costituita da un terzo a garanzia di un debito altrui, che possa circolare senza il suo consenso tra i creditori del debitore. D'altronde, come visto per il debitore, il consenso

del terzo alla cessione dell'ipoteca è anticipato perché è prestato una volta per tutte, fin dall'inizio, al momento della costituzione di un'ipoteca di tipo cedibile²⁴⁹.

3.3. È INVECE NECESSARIO IL CONSENSO DI CHI CONCEDE IPOTECA, DEBITORE O TERZO CHE SIA, SE LA CESSIONE DELL'IPOTECA AVVIENE A FAVORE DI UN CREDITORE CHE NON HA RAPPORTI CON IL DEBITORE ORIGINARIO.

Come visto, nel presente lavoro si intende sostenere la libera cedibilità dell'ipoteca anche a favore di soggetti che non abbiano alcun rapporto con il debitore originario. Tuttavia, per l'elementare ragione della funzione di garanzia dell'ipoteca, non chiunque potrà rendersi cessionario di un'ipoteca cedibile, ma solo quei soggetti che siano titolari di un credito cui la garanzia ipotecaria possa accedere a seguito della cessione.

Bisogna allora valutare se, a differenza della cessione a favore di un creditore del debitore, una siffatta operazione comporti dei rischi per il soggetto che abbia concesso ipoteca, debitore o terzo che sia. Il discorso, infatti, si pone in termini analoghi per entrambi questi soggetti e, perciò, è possibile la trattazione in un unico contesto.

A ben vedere, mediante la cessione della garanzia ipotecaria a favore di altro creditore che non abbia rapporti con il debitore originario, viene a crearsi surrettiziamente una modifica del debitore, e quindi del patrimonio, che l'ipoteca garantisce. Infatti, la garanzia, non accedendo più a un credito verso il debitore originario, finisce per assistere un patrimonio diverso, vale a dire il patrimonio del debitore del nuovo rapporto obbligatorio cui l'ipoteca va ad agganciarsi.

Si è più volte affermato che, per il garante, la persona del debitore, e in particolare il suo patrimonio, costituisce un elemento fondamentale perché le disponibilità patrimoniali del soggetto garantito incidono sulla concreta possibilità che la garanzia venga azionata. E ciò, a prescindere dalla circostanza che garante sia lo stesso debitore o un terzo. Infatti, in entrambi i casi, bisogna mettere questi soggetti al riparo dal rischio che l'ipoteca costituita per assistere un certo patrimonio passi a garantire un patrimonio

²⁴⁹ Nello stesso senso anche G. BARALIS, *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Rivista del notariato*, 2014, p. 219 – 220, il quale fa riferimento a un possibile consenso anticipato del terzo, argomentando sulla base dell'esame degli artt. 1232 e 1275 c.c.

diverso. L'interesse in tal senso è identico per entrambi. Una conferma di ciò si ricava, come visto, dalla disciplina delle modificazioni liberatorie del lato passivo delle obbligazioni: a fronte dell'immutabilità del credito garantito, il semplice fatto che il debitore originario venga sostituito da un nuovo debitore determina l'estinzione delle garanzie. Infatti, se così non fosse, il garante, debitore o terzo, si troverebbe in qualche modo legato alle condizioni di un soggetto diverso da quello originariamente garantito, vale a dire il terzo che si sostituisce al debitore originario. L'estinzione delle garanzie previste dall'art. 1275 c.c. vuole evitare questo effetto e, allo stesso tempo, dimostra, allora, che questo interesse del garante all'immutabilità del patrimonio assistito ha rilevanza giuridica.

Fatta questa premessa, allora, bisogna individuare un modo per tutelare il garante dai pregiudizi che gli potrebbero derivare da una cessione di ipoteca a favore di un creditore sconosciuto.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di rendere inammissibile una tale operazione con la conseguenza che tutte le cessioni di ipoteca a favore di chi non è creditore del debitore originario sarebbero irrimediabilmente colpite da nullità. Ma si è già visto che non è questa la strada che qui si intende percorrere.

Allora, un'alternativa potrebbe essere quella di rendere ammissibile la suddetta operazione solo con il consenso del garante: una siffatta cessione dell'ipoteca assumerebbe, allora, natura di negozio trilaterale tra garante, creditore cedente e creditore cessionario. D'altronde, se il garante può costituire una nuova ipoteca che assista il rapporto obbligatorio di cui è parte il creditore cessionario, non si vede perché non possa prestare il proprio consenso a che la garanzia già costituita su proprio bene possa andare a garantire quello stesso rapporto giuridico, con vantaggio da ambo le parti: per il debitore, di non gravare il bene con un'altra ipoteca e, per il cessionario, di beneficiare dello stesso grado ipotecario.

Ma c'è di più. Questa soluzione tutela il garante anche in caso di cessione a favore di un creditore che non sia nemmeno a sua volta creditore del creditore originario.

Per comprendere meglio la questione, si faccia il seguente esempio: Tizio è debitore di Caio e ha costituito ipoteca su proprio bene a garanzia di questo debito. Caio è quindi creditore ipotecario di Tizio. Caio, quindi, potrebbe trovare interesse a cedere l'ipoteca di cui sia titolare a favore di un proprio creditore Mevio. Ciò non potrebbe farlo,

nella ricostruzione che qui si sta sostenendo, senza il consenso di Tizio perché, come detto, il patrimonio che surrettiziamente la garanzia va ad assistere è quello di Caio e non più quello di Tizio. Detto altrimenti, la garanzia verrebbe azionata non più a fronte dell'inadempimento di Tizio rispetto a Caio, ma a fronte dell'inadempimento di Caio nei confronti di Mevio. Quindi, a ben vedere, è come se Tizio si fosse reso garante del rapporto obbligatorio intercorrente tra Caio e Mevio, rispetto al quale si pone alla stregua di un terzo datore di ipoteca. Visto che sostanzialmente è questo l'effetto che si produce, si richiede il consenso di Tizio alla cessione. Inoltre, potrebbe verificarsi anche l'ipotesi in cui Caio ceda la sua ipoteca a Sempronio che non è un suo creditore, ma è creditore di Filano. Anche in tal caso, la cessione non potrebbe avvenire senza il consenso di Tizio che, come prima, diviene in un certo senso terzo datore di ipoteca rispetto al rapporto obbligatorio intercorrente tra Sempronio e Filano.

Lo stesso ragionamento vale se Tizio non fosse debitore che ha concesso ipoteca, ma fosse fin dall'inizio terzo datore di ipoteca.

Nell'ambito di una cessione di ipoteca a favore di chi non è creditore del debitore originario, il garante, dunque, occupa una posizione paragonabile a quella di un terzo datore di ipoteca visto che si ritrova a garantire un rapporto obbligatorio dal quale è estraneo. Allora, al pari di ciò che avviene per qualsiasi terzo datore, potrebbe prevedersi, anche rispetto al garante coinvolto in una siffatta operazione, la possibilità di liberarsi mediante il pagamento del debito garantito, in alternativa all'espropriazione del bene gravato. E, come per il terzo datore, dovrebbe poi prevedersi anche il diritto di regresso nei confronti del debitore che si sia avvantaggiato della garanzia.

Ora, dunque, occorre domandarsi se l'espropriazione subita dal garante possa in qualche modo incidere sull'ammontare del debito originariamente garantito. Detto altrimenti, ritornando all'esempio summenzionato, bisogna chiedersi se il pagamento o l'espropriazione subita da Tizio, a seguito dell'inadempimento di Caio verso Mevio o di Filano verso Sempronio, possa in qualche modo imputarsi al debito che lo stesso Tizio ha nei confronti di Caio.

Qualora la cessione venga effettuata a favore di un creditore del creditore, allora la risposta non può che essere positiva. Infatti, a seguito del soddisfacimento di Mevio, il diritto di regresso di Tizio verso Caio comporterebbe l'estinzione per compensazione totale o parziale del credito vantato da quest'ultimo nei confronti dello stesso Tizio,

potendosi addirittura verificare il caso in cui sia Caio a essere debitore di Tizio per l'eventuale eccedenza. Detto altrimenti, il pagamento o l'espropriazione di Tizio soddisfa a un tempo Mevio (creditore del creditore) e Caio (suo creditore).

Se, invece, il creditore cessionario non è creditore del cedente, allora il debitore originario che abbia concesso ipoteca su proprio bene (nell'esempio fatto, Tizio) si pone, rispetto al debitore del diverso rapporto obbligatorio garantito (nell'esempio fatto, Filano), come un qualsiasi terzo datore di ipoteca. Conseguentemente, se subisce l'espropriazione da parte del creditore cessionario (nell'esempio fatto, Sempronio), non potrà che avere diritto di regresso nei riguardi del solo Filano, nulla potendo pretendere dall'originario suo creditore ipotecario Caio il quale mantiene intatto il suo credito verso Tizio. Detto altrimenti, in questa seconda ipotesi, il pagamento o l'espropriazione del debitore non incide sull'ammontare del credito originariamente garantito. Pertanto, potrebbe chiedersi quale vantaggio possa trarre il debitore originario visto che, prestando il proprio consenso a una siffatta cessione, si vede solo aggravata la sua situazione personale, rimanendo, al tempo stesso, debitore per l'intero credito originario del suo creditore (Caio) e garante, per effetto della cessione dell'ipoteca, del debito di un altro soggetto (Filano). Se, dunque, si riconosce che sarà alquanto difficile che nella prassi un debitore datore di ipoteca dia il proprio consenso a una cessione della garanzia a favore di chi non sia nemmeno creditore del proprio creditore, tuttavia, non si può escludere che possa venirsi a creare il caso, per quanto di rara eventualità, in cui l'originario creditore ipotecario (Caio) possa trovare conveniente cedere – ad esempio, perché si tratta di cessione a titolo oneroso – l'ipoteca di cui sia titolare a favore di un soggetto (Sempronio) che il debitore originario abbia a sua volta interesse a garantire – ad esempio, per i particolari rapporti che intercorrono con il debitore del cessionario (Filano). Certo, il debitore potrebbe conseguire lo stesso risultato costituendo una nuova ipoteca sullo stesso bene a garanzia del debito di Filano, ma ciò avrà l'inconveniente di non assicurare il mantenimento del grado, il quale sarà necessariamente ulteriore rispetto all'ipoteca di Caio.

Le stesse considerazioni svolte per il caso, da ultimo esaminato, in cui cessionario non sia creditore nemmeno del creditore originariamente garantito, possono compiersi nell'ipotesi in cui garante sia fin dall'inizio un terzo datore di ipoteca e ciò, anche qualora la cessione avvenga a favore di un creditore del creditore. In altre parole, se l'ipoteca

ceduta era stata costituita da un terzo datore, in nessun caso – né qualora cessionario sia un creditore del creditore né qualora sia un soggetto estraneo –, il pagamento o l'espropriazione effettuato o subita dal terzo potrà avere incidenza sul credito originariamente garantito. Infatti, il terzo diventerà garante, negli esempi fatti, di Caio o di Filano con la conseguenza che avrà diritto di regresso nei loro confronti, mentre il debito originariamente garantito di Tizio verso Caio resterà intatto.

4. LA CESSIONE DELL'IPOTECA POTREBBE NUOCERE AI CREDITORI IPOTECARI SULLO STESSO BENE DI GRADO ULTERIORE RISPETTO ALL'IPOTECA CEDUTA. IN ALTERNATIVA AL NECESSARIO LORO CONSENSO ALLA CESSIONE, SI POTREBBE PREVEDERE UN DIRITTO DI PRELAZIONE IN LORO FAVORE SULL'IPOTECA CEDUTA.

Continuando l'analisi delle criticità connesse all'operazione di cessione autonoma dell'ipoteca, bisogna a questo punto prendere in considerazione la posizione degli altri creditori che abbiano iscritto ipoteca sul medesimo bene.

A differenza di quanto visto finora, per costoro è indifferente se la cessione avvenga a favore di un creditore dello stesso debitore o meno. Ciò che può, invece, interessare loro è il mantenimento dell'effettività della propria garanzia che, come si vedrà, potrebbe essere esposta al rischio di una diminuzione a seguito della cessione.

Per maggiore sistematicità del discorso, occorre distinguere tra creditori di grado poziore e creditori di grado ulteriore rispetto alla graduazione dell'ipoteca ceduta.

I primi non subiscono di fatto alcun pregiudizio dall'alienazione che un creditore ipotecario faccia della propria ipoteca a favore di altro creditore che prima ne era sprovvisto: questo infatti si posizionerà nella graduazione che era propria del cedente e quindi in posizione subordinata rispetto ai creditori ipotecari poziori. E ciò – si badi bene – anche qualora cessionario sia un altro creditore ipotecario di grado poziore rispetto al cedente. In tal caso, infatti, l'ipoteca acquistata si aggiunge e non va ad accrescere quella di cui era già titolare il creditore cessionario. Detto altrimenti, le due ipoteche di cui viene ad essere titolare il medesimo creditore mantengono una loro autonomia funzionale e strutturale con la conseguenza che ciascuna mantiene la propria posizione originaria nella graduazione dei crediti.

Diversa è invece la condizione dei creditori di grado ulteriore. A ben vedere, per costoro la cessione dell'ipoteca non è operazione del tutto indifferente perché, per diverse ragioni, rischiano di vedersi ridotta l'effettiva portata della garanzia che assiste il loro credito.

Prima di tutto, la cedibilità dell'ipoteca, svincolando la garanzia dalla durata e dalla stessa esistenza del credito originario, potrebbe rendere imprevedibile la durata dell'ipoteca stessa – durata, di volta in volta ricaricata e prolungata dalle successive cessioni – con la conseguenza che i creditori ipotecari di grado ulteriore potrebbero essere messi nella condizione di non sapere quando e se la loro garanzia potrà avere mai un'effettiva utilità. Questo rischio è, a dire il vero, limitato, se non addirittura eliminato, dall'imporre una durata massima determinata all'ipoteca dotata del carattere della cedibilità. In tal modo, i creditori che volessero iscriverne un'ipoteca di grado ulteriore rispetto all'ipoteca cedibile saprebbero che per un certo periodo quell'ipoteca graverà sul bene a prescindere dalle vicende del credito originario, accettando consapevolmente, fin dalla costituzione dell'ipoteca a garanzia del proprio credito, il rischio che, per tutta la durata dell'ipoteca cedibile, il bene potrebbe essere incapiente.

Ma la criticità più grave attiene all'ammontare del credito che l'ipoteca, una volta ceduta, finisce per garantire. Infatti, se è vero che la somma per cui l'ipoteca è presa resta immutata, segnando il limite invalicabile del peso economico della garanzia, tuttavia, se il credito del cessionario è di ammontare superiore rispetto al credito originario, ciò comporterà che, pur sempre nei limiti della somma iscritta, l'incidenza della garanzia sia maggiore con il rischio di andare a erodere l'intero valore del bene gravato.

Per comprendere meglio la criticità della situazione, può essere d'aiuto fare riferimento al caso limite in cui il credito originario sia parzialmente adempiuto o prossimo alla totale estinzione e un altro creditore iscriva ipoteca di grado ulteriore. In un contesto di ipoteca ordinaria, il creditore ipotecario di grado ulteriore potrebbe fare affidamento sulla prossima estinzione del credito e conseguentemente dell'ipoteca di grado posteriore. In un contesto, invece, di ipoteca cedibile, il creditore ipotecario di grado ulteriore potrebbe ritrovarsi nella situazione in cui, a seguito della cessione della garanzia, il credito assistito sia di valore superiore al precedente. Non è difficile comprendere, allora, che, oltre a realizzarsi un ingiusto effetto sorpresa, il possibile verificarsi di una situazione del genere rischierebbe di dissuadere altri soggetti dal costituire nuove ipoteche su beni già gravati da un'ipoteca cedibile e di conseguenza, potenzialmente, di dissuaderli persino dall'instaurare rapporti economici con il titolare del bene gravato che, in virtù dell'ipoteca cedibile, si presenterebbe ai loro occhi come un soggetto meno solvibile.

Una prima soluzione prospettabile potrebbe essere quella di richiedere il consenso alla cessione dell'ipoteca di tutti i creditori di grado ulteriore²⁵⁰. Questa soluzione ha sicuramente il merito di tutelare la posizione dei creditori ipotecari di grado successivo rispetto all'ipoteca ceduta giacché, richiedendo il loro consenso e quindi attribuendo loro di fatto un diritto di veto, gli stessi sono messi in condizione di valutare se la loro posizione esca pregiudicata dal trasferimento della garanzia a favore di un altro soggetto, con la conseguenza che, una volta prestato il loro consenso, nulla avranno poi da lamentarsi, anche se la cessione dovesse in concreto mostrarsi lesiva dei loro interessi.

Non si ritiene tuttavia di aderire a questa ricostruzione. Sebbene meritoria, questa soluzione comporterebbe un appesantimento – che si intende evitare – dell'operazione giacché la cessione, da contratto intercorrente in via tendenziale tra cedente e cessionario, si configurerebbe, in presenza di creditori ipotecari di grado ulteriore, come un negozio plurilaterale.

La tutela di questi creditori, a parere di chi scrive, dovrebbe allora realizzarsi mediante un diverso rimedio giuridico che, se, da un lato, non fa dipendere la cessione dell'ipoteca dal volere di quelli, dall'altro, però, non li lascia del tutto esposti al rischio di veder pregiudicata la loro posizione. Lo strumento in questione potrebbe essere quello della prelazione sull'acquisto dell'ipoteca. Detto altrimenti, l'ordinamento dovrebbe imporre al creditore ipotecario che intenda cedere la propria garanzia, di offrirla, alle medesime condizioni pattuite con il terzo, prima di tutto ai creditori di grado ulteriore a garanzia del loro credito. Per permettere al creditore prelazionario di valutare in maniera più consapevole i termini dell'operazione, si potrebbe imporre al cedente di inserire nella

²⁵⁰ È la soluzione che A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 383, prospetta nei negozi di cessione del grado a tutela dei creditori ipotecari intermedi, nei casi in cui restino pregiudicati dalle operazioni sul grado. In materia di cessione di ipoteca, invece, ritenendo necessario il consenso del debitore alla cessione della garanzia e parificando questa alla costituzione di una nuova ipoteca, sostiene che i creditori ipotecari di grado ulteriore siano tutelati dall'azione revocatoria (p. 381). Tuttavia, non condividendosi qui la premessa, non può condividersi nemmeno la conclusione.

B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 256 e ss., invece, per tutelare la posizione dei creditori ipotecari intermedi, ritiene che, a seguito di cessione, l'ipoteca dovrebbe assistere il nuovo credito non nei limiti della somma iscritta quanto nei limiti del valore residuo del credito originario e che, se si volesse invece estendere la copertura della garanzia alla somma per cui l'ipoteca è presa, sarebbe necessario il consenso dei creditori ipotecari intermedi. Non si ritiene di condividere questa soluzione perché il riferimento al valore residuo del credito renderebbe particolarmente complicato e farraginoso il meccanismo della cessione, senza contare poi le difficoltà legate all'accertamento di un siffatto valore: cose che scoraggerebbero troppo il ricorso a questo strumento, rendendolo di fatto lettera morta.

denuntiatio le caratteristiche del credito cui l'ipoteca accederebbe a seguito della cessione (quali, ad esempio, fonte, ammontare, termini e modalità dell'obbligazione che la garanzia va ad assistere). Avendo fonte legale, inoltre, in caso di cessione in violazione della prelazione stessa, potrebbe essere previsto anche il tipico diritto di riscatto che normalmente corre il diritto di prelazione legale. Più approfonditamente, poi, detta prelazione dovrebbe spettare a ciascun creditore di grado ulteriore, in ordine successivo, man mano che i precedenti rinuncino o comunque non esercitino il diritto nei termini fissati visto che l'esercizio della prelazione fatta da uno non pregiudica la posizione dei creditori iscritti dopo di lui poiché costoro, nella graduazione dei crediti, sarebbero stati in ogni caso soddisfatti successivamente.

5. LA CESSIONE DELL'IPOTECA POTREBBE NUOCERE AL TERZO ACQUIRENTE DEL BENE GRAVATO E, PER QUESTO, È NECESSARIO IL SUO CONSENSO ALLA CESSIONE.

Differente è invece la posizione dei terzi acquirenti e necessariamente differenti devono essere i possibili rimedi a fronte delle criticità poste dalla cedibilità dell'ipoteca. Anche costoro, infatti, sono esposti al rischio di vedere il proprio bene espropriato dai creditori cessionari dell'ipoteca anche oltre il termine e la stessa esistenza del credito che l'ipoteca assisteva al tempo dell'acquisto. Oltre alle cautele riservate a qualunque acquirente di bene ipotecato – quali la possibilità di pagare il creditore ipotecario e di surrogarsi nella sua ipoteca sullo stesso bene ai sensi dell'art. 1203, comma 1, n. 2), c.c., nonché, in alternativa al pagamento, di rilasciare il bene ipotecato o di purgarlo della garanzia, con, in tutti i suddetti casi, il conseguente subingresso nelle ipoteche su altri beni dello stesso debitore, ai sensi dell'art. 2866 c.c. – è necessario, tuttavia, individuare degli ulteriori rimedi specificamente finalizzati a tutelare la loro posizione nell'operazione di cessione dell'ipoteca.

In prima battuta, può osservarsi come la previsione di una durata necessariamente limitata dell'ipoteca cedibile costituisca senz'altro una prima seppur flebile tutela. Infatti, in base a questo dato, il terzo interessato all'acquisto può valutare se sia effettivamente per lui conveniente acquistare il bene perché, se questo è gravato da un'ipoteca cedibile prossima all'estinzione per scadenza del termine di durata, l'acquisto risulterà di sicuro meno rischioso.

Ma questa sola cautela non può bastare. Se così fosse, infatti, nessuno procederebbe all'acquisto di un bene gravato da ipoteca cedibile con la conseguenza che la costituzione di una garanzia siffatta si tradurrebbe in un vincolo che determina in concreto l'incapibilità del bene. Perciò, occorre individuare un meccanismo che metta al riparo il terzo acquirente dal rischio di espropriazione del bene gravato da parte di un creditore di cui non aveva contezza al momento dell'acquisto e che potrebbe essere titolare di un credito di ammontare superiore rispetto al residuo credito del cedente.

Il rimedio tuttavia non può consistere nel diritto di prelazione come visto sopra. Infatti, questo ha una qualche utilità solo nei confronti dei creditori ipotecari di grado ulteriore iscritti sul medesimo bene per non vedersi "scavalcare", per effetto della

cessione, da un altro creditore fino ad allora sconosciuto. Il terzo acquirente, invece, non ha interesse a conseguire una garanzia quanto piuttosto a conservare la proprietà del bene. Senza contare che, rispetto a lui, mancherebbe il credito cui far accedere l'ipoteca, una volta ceduta; conseguentemente, l'acquisto per prelazione della garanzia a favore dell'acquirente del bene gravato risulta essere tecnicamente impossibile per via del principio di accessorietà, seppur nella sua versione flessibile e debole.

Pertanto, in tal caso, l'unico correttivo possibile sembra essere la partecipazione del terzo acquirente all'atto di cessione per prestare il proprio consenso al trasferimento della garanzia. Peraltro, una siffatta soluzione pare quanto mai opportuna in considerazione del fatto che il terzo è divenuto nel frattempo proprietario e che, come tale, deve giustamente poter decidere che il suo bene garantisca un nuovo credito di cui non aveva contezza al momento dell'acquisto.

Si comprende allora che, così ragionando, a seguito di acquisto del bene gravato, sarà alquanto raro che il terzo acquirente presti il suo consenso alla cessione, tuttavia, non può escludersi che, in taluni casi, possa egli stesso trovare conveniente l'operazione, come nel caso in cui si renda cessionario dell'ipoteca un suo creditore che potrebbe considerare appetibile acquisire la garanzia già costituita piuttosto che costituirne una nuova.

6. L'INTRODUZIONE DELL'ISTITUTO DELLA CESSIONE DELL'IPOTECA RICHIEDE UN ADATTAMENTO DELL'ATTUALE DETTATO CODICISTICO IN MATERIA DI ECCEZIONI OPPONIBILI DA CHI HA CONCESSO IPOTECA E DI ESTINZIONE DELLA GARANZIA IPOTECARIA.

Fin qui i possibili rimedi per tutelare gli interessi di tutti i soggetti potenzialmente coinvolti in un'operazione di cessione autonoma dell'ipoteca. A questo punto occorre interrogarsi su altri aspetti che concorrono a plasmare la disciplina di questo istituto.

Occorre innanzitutto precisare che le peculiarità dell'ipoteca cedibile non impattano sulla circostanza che, ai fini della regolare costituzione di una garanzia ipotecaria, è pur sempre necessario che il credito da garantire sia valido ed attuale. Questo aspetto dipende, infatti, dall'accessorietà connaturale a ogni ipotesi di garanzia: si tratta di quella che è stata altrove definita accessorietà debole o flebile.

Questo offre lo spunto per affrontare un'ulteriore questione in parte collegata a quanto poc'anzi rilevato. Si intende far riferimento al tema delle eccezioni opponibili dal debitore e, più in generale, da chiunque abbia concesso ipoteca su proprio bene. Costoro, infatti, per impedire l'espropriazione del bene gravato, possono opporre al cessionario dell'ipoteca l'irregolare costituzione della stessa, per i motivi suddetti o per ragioni legate al mancato rispetto delle forme richieste per la costituzione e/o per la cessione della garanzia ipotecaria²⁵¹.

D'altro canto, sul versante opposto, andrebbero revisionate anche le disposizioni relative all'estinzione dell'ipoteca cedibile per adeguare l'istituto alle sue logiche di fondo. Il cessionario dell'ipoteca dovrà, dunque, poter opporre al debitore o a colui che abbia costituito ipoteca su proprio bene, la mancata estinzione della garanzia anche se è stato adempiuto o in altro modo estinto il credito originariamente garantito. Dunque, bisognerebbe normativamente stabilirsi che la garanzia non si estingue a seguito dell'estinzione del credito originario, ma per il venir meno del credito che, al momento dell'estinzione, risulti garantito. Detto altrimenti, se prima dell'estinzione del credito garantito non si provveda a cedere l'ipoteca che lo assiste, questa si estinguerà contestualmente al credito garantito stesso. Diversamente, il venir meno del credito

²⁵¹ Cfr. A. CHIANALE, *op. cit.*, p. 381.

originariamente garantito che, per effetto della cessione, non risulti più assistito dalla garanzia, non dovrebbe comportare invece l'estinzione della garanzia.

Oltre a ciò, andrebbe poi espressamente disposto che siffatta ipoteca si estingue per scadenza del termine obbligatorio di durata apposto dalle parti o, in mancanza, legislativamente previsto.

6.1. (SEGUE) IL PREZZO DELLA CESSIONE DOVREBBE ESSERE IMPUTATO ALL'AMMONTARE DEL DEBITO GARANTITO, CON LA CONSEGUENZA CHE IL CORRISPETTIVO DELLA CESSIONE NON POTREBBE SUPERARE IL VALORE RESIDUO DEL CREDITO.

Un'altra interessante questione prende spunto dall'art. 1240 c.c. che stabilisce che il creditore che rinunci alle garanzie prestate da un terzo dietro corrispettivo, deve imputare quanto ricevuto al debito principale.

Mutatis mutandis, non è peregrino allora chiedersi se si debba imputare il prezzo della cessione al credito che l'ipoteca assisteva prima di essere ceduta.

L'autonomia strutturale della garanzia ipotecaria, più volte sostenuta nel corso della presente indagine, dovrebbe indurre a concludere che il prezzo pagato sia solo il corrispettivo della cessione dell'ipoteca e che, in tal modo, non dovrebbe né potrebbe interferire con l'ammontare del credito garantito.

Tuttavia, se non ci si inganna, la previsione dell'art. 1240 c.c. pare suggerire che non sia possibile per il creditore ipotecario speculare sulla garanzia per trarre più di quanto gli spetti in ragione del credito di cui sia titolare. La medesima *ratio* potrebbe essere allora trasposta in materia di cessione dell'ipoteca. Corollario di ciò sarebbe dunque che il prezzo della cessione non potrebbe superare il valore residuo del credito. Una simile previsione impedirebbe peraltro comportamenti abusivi da parte del creditore ipotecario il quale, in mancanza di un siffatto limite, potrebbe attendere la quasi totale estinzione del credito prima di cedere l'ipoteca per un valore più alto rispetto al credito residuo, ricavandone un indiscusso vantaggio economico a discapito, come evidenziato nei paragrafi precedenti, degli altri soggetti indirettamente coinvolti. In tal modo, quindi, con l'appropinquarsi dell'estinzione del debito, si riduce l'interesse alla cessione a causa

del progressivo minore valore della garanzia, riequilibrando i rapporti di forza tra i vari soggetti potenzialmente toccati dalla cessione stessa.

Si potrebbe obiettare che, con una tale previsione, la cessione dell'ipoteca non sarebbe altro che un pagamento parziale con surrogazione nel credito: in entrambi i casi ci sarebbe infatti il soddisfacimento, anche solo parziale, del credito e l'acquisizione dell'ipoteca da parte di chi l'ha soddisfatto. A ben vedere, invece, i due istituti conservano significative differenze sotto più punti di vista. Infatti, a seguito della cessione e a differenza di quanto avviene in ambito di surrogazione, il cessionario non diviene titolare del credito parzialmente soddisfatto, ma della sola ipoteca che accede al suo credito, sganciandosi definitivamente dal credito garantito precedentemente. Il prezzo, allora, avrebbe la sola funzione di corrispettivo della cessione della garanzia e l'imputazione al valore del credito sarebbe un effetto ulteriore scaturente da una previsione di legge.

A ben vedere, inoltre, tale meccanismo rappresenterebbe un'ulteriore ragione di convenienza della cessione autonoma della garanzia per il debitore che abbia concesso ipoteca su proprio bene perché, di fatti, mediante la summenzionata imputazione, questi vedrebbe ridotto l'ammontare del suo debito.

È bene precisare, tuttavia, che non sempre è ravvisabile una siffatta convenienza. In alcuni casi, infatti, l'imputazione del prezzo al debito garantito, conseguente alla cessione dell'ipoteca, non avvantaggia né il debitore originario né il proprietario del bene gravato, restando per costoro un'operazione neutra sotto il profilo economico.

Infatti, se l'ipoteca è stata concessa da un terzo datore, la sua cessione andrà a beneficio del debitore originario che si vedrà ridurre il debito di una somma corrispondente al prezzo. Questa riduzione del debito originario è, invece, indifferente per il terzo garante, visto che l'ipoteca, a seguito della cessione, accede ormai a un nuovo credito.

Ma, anche se l'ipoteca è stata costituita dal debitore originario su un proprio bene, la suddetta convenienza sussiste solo rispetto alla prima cessione e non anche nei passaggi successivi. Solo in occasione della prima cessione, infatti, il debitore trarrà il vantaggio della riduzione del debito, mentre, nelle cessioni successive, il prezzo andrà imputato al nuovo debito che l'ipoteca assiste, avvantaggiando quindi il debitore del rapporto obbligatorio garantito a seguito della cessione e non più il debitore originario.

Volendo trovare una regola di sintesi, può dirsi, allora, che la cessione di ipoteca comporta un vantaggio economico solo qualora su uno stesso soggetto si assommino le qualità di debitore garantito e titolare del bene gravato.

In tutte le ipotesi in cui non ricorrano queste condizioni e non vi sia quindi convenienza economica nella cessione, essendo peraltro casi in cui viene a realizzarsi – come visto sopra – una modificazione surrettizia del debitore garantito, il titolare del bene gravato è pur sempre tutelato, per le ragioni enunciate a suo tempo, dalla necessità che egli acconsenta alla cessione.

6.2. (SEGUE) LA CESSIONE DI IPOTECA SI CONFIGURA COME UN NEGOZIO FORMALE AD EFFETTI REALI, SOGGETTO AD ANNOTAZIONE AI SENSI DELL'ART. 2843 C.C.

Non resta, dunque, che affrontare alcune questioni formali relative a questo nuovo istituto dell'ipoteca cedibile.

In primis, viene da chiedersi se, al pari dell'ipoteca tradizionale, anche questa possa essere costituita mediante atto unilaterale. In realtà, determinando un vantaggio per il creditore, non c'è motivo per escludere che anche questa tipologia di garanzia ipotecaria possa essere costituita per atto unilaterale di colui, debitore o terzo, che concede ipoteca su proprio bene. Anche l'ipoteca cedibile necessiterebbe dell'iscrizione nei pubblici registri ai fini della sua costituzione, cosa che induce a imporre la forma dell'atto pubblico per il negozio che la costituisce. Inoltre, la forma pubblica si giustifica anche per la particolare incidenza che l'ipoteca cedibile rischia di avere nella sfera giuridica del concedente, cosa che rende quanto mai opportuno l'intervento del notaio che avrà il compito di informare e ragguagliare la parte sulle delicate conseguenze che una siffatta operazione può avere sul suo patrimonio.

Per una più completa informazione dei terzi, l'iscrizione dovrà, ovviamente, arricchirsi di ulteriori indicazioni, oltre a quelle già previste per la garanzia tradizionale. Prima di tutto, dai registri immobiliari, deve risultare che trattasi di ipoteca cedibile e non di un'ipoteca ordinaria. Inoltre, deve essere imposta l'espressa menzione della durata della garanzia che, come più volte affermato, costituisce un elemento importante per

l'intera struttura dell'istituto. È superfluo aggiungere che detto termine decorrerà dalla data di costituzione della garanzia.

Diversamente dall'atto di costituzione, quello di cessione, invece, non può che essere bilaterale. Detto altrimenti, ai fini della cessione autonoma dell'ipoteca, non basterebbe la sola volontà del creditore ipotecario, ma sarebbe al contrario necessario il consenso del creditore cessionario interessato all'acquisto della garanzia. Come visto *supra*, ci sono peraltro talune ipotesi in cui le volontà di questi due soggetti non bastano, essendo indispensabile, oltre a queste, anche il consenso di altri soggetti, titolari del bene gravato, che rischiano di subire pregiudizi dalla cessione e che, mediante il loro consenso obbligatorio, vengono messi in condizione di poter controllare le sorti della garanzia costituita sul loro bene²⁵². Così congegnata, allora, la cessione autonoma di ipoteca consisterebbe in un contratto consensuale ad effetti reali, al pari dei più comuni negozi giuridici con cui si trasferiscono diritti reali²⁵³.

Inoltre, trattandosi di materia immobiliare, dovrebbe pure prevedersi il requisito della forma scritta e la pubblicità nei registri immobiliari²⁵⁴.

La forma scritta, a differenza di quanto oggi è previsto in materia di costituzione di ipoteca, potrebbe anche consistere in una mera scrittura privata non autenticata la quale, ovviamente, secondo le regole ordinarie, non potrebbe che avere effetto solo tra le parti, perché, non potendo avere accesso ai registri immobiliari, non sarebbe, per questo, opponibile ai terzi.

Quanto alla forma della pubblicità immobiliare si aprono le consuete due strade della nuova iscrizione e dell'annotazione a margine dell'iscrizione già effettuata. A parere

²⁵² Anche B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 263 e ss. attribuisce al negozio di cessione di ipoteca struttura variabile, ma, a differenza di quanto si sostiene nel presente lavoro, la bilateralità o plurilateralità del negozio, secondo la suddetta Autrice, dipenderà dall'esame, condotto caso per caso, degli interessi che di volta in volta risultano concretamente coinvolti o lesi dall'operazione di cessione. Conseguentemente, non sarebbe possibile individuare, in termini astratti e aprioristici, gli effettivi partecipanti a un negozio di cessione.

Non si ritiene di condividere questa impostazione, foriera di troppe incertezze in ordine ai soggetti chiamati a prendere parte al negozio di cessione dell'ipoteca. Inoltre, si rileva la difficoltà di individuare in concreto il soggetto chiamato a verificare, caso per caso, la rilevanza giuridica degli interessi coinvolti. Non sembra essere questo il notaio perché un siffatto giudizio comporterebbe delle valutazioni di merito più affini all'ufficio del giudice; né può pensarsi, per ogni cessione di ipoteca, di investire della questione un giudice.

²⁵³ Cfr. B. BORRILLO, *op. cit.*, p. 312.

²⁵⁴ Così anche A. CHIANALE, *op. cit.*, pp. 380-381 e B. BORRILLO, *op. cit.*, pp. 312-313.

dello scrivente, tra le due, sarebbe da preferire l'annotazione a margine. Ciò, da un punto di vista sistematico, si giustifica sulla base dell'art. 2843 c.c. che prevede proprio questa forma pubblicitaria per altre ipotesi di cessione – seppur non autonoma – dell'ipoteca. Inoltre, questa soluzione permette una più rapida ricostruzione delle vicende della garanzia ipotecaria stessa, consentendo di conoscere rapidamente anche il momento in cui la stessa è stata costituita, nonché tutti i passaggi tra creditori. Inoltre, come in fase di iscrizione, è opportuno che l'atto di cessione e la relativa annotazione riportino gli elementi identificativi del nuovo credito garantito, nonché l'identità del creditore cessionario così da poter individuare il soggetto legittimato eventualmente a cedere a sua volta l'ipoteca e a cancellare la garanzia in caso di sua estinzione.

Optare per l'annotazione, piuttosto che per una nuova iscrizione, permettere di risolvere anche un altro aspetto che è quello della efficacia costitutiva o dichiarativa della pubblicità nei registri immobiliari. Si è già avuto modo di constatare come la dottrina prevalente e preferibile ritenga che l'efficacia dell'annotazione non sia costitutiva, ma dichiarativa. La stessa efficacia dovrebbe allora riconoscersi all'annotazione della cessione dell'ipoteca con la conseguenza che l'effetto traslativo dovrebbe aver luogo per effetto del solo consenso legittimamente manifestato, ai sensi dell'art. 1376 c.c.

7. CON L'AMMISSIBILITÀ DELLA CESSIONE AUTONOMA DELL'IPOTECA, POTREBBE RITENERSI AMMISSIBILE L'ISTITUTO DELLA SUBIPOTECA, MA LO STESSO NON PUÒ DIRSI PER L'IPOTECA DELL'IPOTECA.

Ritenere ammissibile la cessione autonoma dell'ipoteca apre la strada a una serie di riflessioni su operazioni che non hanno mai trovato collocazione nel nostro ordinamento.

Quando si costituisce un'ipoteca cedibile, potrebbe essere allora possibile porre in essere alcune operazioni finora non ammesse. Si intende far riferimento alle operazioni di subipoteca e di ipoteca dell'ipoteca. Sebbene spesso non si distingue tra le due, si potrebbe invece provare a differenziare i rispettivi caratteri.

La subipoteca potrebbe consistere in quell'istituto che, alla stregua della cessione, comporta una mera modifica soggettiva del titolare dell'ipoteca che per il resto rimane tal qual è, conservando tutti i caratteri che la definiscono (vale a dire, bene gravato, somma iscritta e – ciò che qui più interessa – credito cui accede). Mentre l'ipoteca dell'ipoteca potrebbe essere descritta come quella operazione con cui il creditore ipotecario offra in garanzia a un suo creditore l'ipoteca di cui sia titolare su bene altrui.

Fatta questa rapida precisazione definitoria, si può tentare di evidenziare le ulteriori caratteristiche presentate da questi due istituti.

La subipoteca potrebbe essere accostata alla *subrogation dans l'hypothèque* di stampo francese. Con essa, al pari della cessione, verrebbe a essere modificato il soggetto titolare dell'ipoteca, la quale passerebbe dall'originario creditore ipotecario a quello che può essere definito creditore subipotecario. Ma solo questo elemento varierebbe: per il resto, l'ipoteca resterebbe qual è, conservando tutti gli elementi oggettivi che la identificano. Dal momento che, come visto, resterebbero invariati il bene gravato, la somma iscritta e, persino, il credito cui la stessa accede, l'effetto della subipoteca si risolverebbe, allora, nella possibilità per il creditore subipotecario di azionare la garanzia ipotecaria in caso di inadempimento del suo credito. Non si realizzerebbe, quindi, alcuna scissione del legame funzionale tra ipoteca e credito originariamente garantito: le sorti della garanzia continuerebbero, infatti, a dipendere dalle vicende di quest'ultimo, segnatamente con riferimento al momento estintivo che determinerà la conseguente

estinzione dell'ipoteca. Come per l'istituto francese, anche in questa ipotesi, ci sarebbe quindi il rischio per il cessionario di perdere la garanzia per estinzione del credito originario. Questa situazione potrebbe essere ovviata mediante l'assunzione da parte del cedente dell'impegno a non estinguere anticipatamente il credito garantito, impegno che potrebbe essere assistito da un pegno sullo stesso credito a vantaggio del creditore cessionario. Il pegno sul credito priverebbe così il titolare della sua disponibilità, il quale, conseguentemente, non potrà rinunciarvi o novarlo; inoltre, ai sensi dell'art. 2803, c.c., sarà il solo cessionario/creditore pignoratizio a poterlo riscuotere alla scadenza. Ciò eliminerebbe quindi il rischio di un'estinzione anticipata del credito, assicurando al cessionario di poter godere della garanzia ipotecaria che lo assiste, fino alla scadenza e al pagamento dello stesso credito. Al pari di quanto avviene nell'ordinamento francese, poi, il pagamento del credito del cessionario non estinguerebbe la garanzia ipotecaria che rimarrebbe a vantaggio del credito originario; parimenti, se il credito del cessionario è di ammontare inferiore a quello originario, la differenza del ricavato dell'espropriazione si volgerebbe ad appannaggio del creditore cedente. Questo tipo di cessione, inoltre, non spezzando, come poc'anzi illustrato, il legame funzionale con il credito originario, non determina tutti quei rischi e tutte quelle criticità, evidenziate nei paragrafi precedenti, che coinvolgono indirettamente altri soggetti, quali acquirenti del bene gravato e creditori ipotecari o chirografari.

Si tratterebbe, peraltro, di un'operazione che differisce del tutto dalla disposizione del grado, con la quale pur presenta indiscussi tratti in comune. La prima e più intuitiva differenza è riscontrabile nel fatto che la subipoteca potrebbe operare anche a favore di un creditore chirografario, mentre, la disposizione del grado può aversi solo rispetto a un creditore che sia già titolare di un'ipoteca; inoltre, con la subipoteca, se anche il cessionario fosse a sua volta un creditore ipotecario sullo stesso bene, non si avrebbe alcuna modifica dello stato di graduazione, dal momento che ciascuna ipoteca – sia quella subipotecata che eventualmente quella del cessionario – conserverebbe il proprio grado.

Più complesso è invece l'inquadramento dell'ipoteca dell'ipoteca che, come detto, consisterebbe in quell'operazione per cui un soggetto dà in garanzia l'ipoteca che assiste il proprio credito, gravante su un bene altrui. Una volta inquadrata l'ipoteca alla stregua di un diritto autonomo – ancorché necessariamente accessorio –, portatore di una propria utilità, nulla dovrebbe impedire di poter offrire questo diritto a garanzia di un credito. Con

l'ipoteca dell'ipoteca, tuttavia, il creditore ipotecario, a differenza di quanto avviene a seguito di cessione dell'ipoteca, non perderebbe la titolarità dell'ipoteca che accede al suo credito, perché appunto non la cede, ma semplicemente la utilizza per garantire un altro credito. La conseguenza diretta di ciò sarebbe che, in caso di inadempimento, il creditore che abbia ricevuto l'ipoteca a garanzia del proprio credito, dovrebbe espropriare l'ipoteca, facendosela assegnare o rifacendosi sul ricavato della sua vendita. Tuttavia, il risultato di ciò sarebbe comparabile a una vera e propria cessione e creerebbe quindi tutte le criticità connesse a una cessione di ipoteca. Diventa molto complicato – se non addirittura impossibile – in un simile scenario tutelare la posizione dei creditori ipotecari di grado ulteriore o degli acquirenti di un bene ipotecato che potrebbero assistere al trasferimento dell'ipoteca a garanzia di un credito fino ad allora impreveduto e imprevedibile, senza peraltro poter essere godere di tutte quelle cautele menzionate nei paragrafi precedenti. È per questo motivo che dovrebbe continuare a essere un'operazione inammissibile, senza contare la scarsa rilevanza pratica che avrebbe e i problemi che causerebbe in ordine alla corretta determinazione del valore da attribuire all'ipoteca data a sua volta in garanzia, valore solo in parte connesso al valore del bene ipotecato.

CONCLUSIONI

A conclusione del presente lavoro, si ricava che il sistema ipotecario italiano sia obsoleto e che necessiti di un ripensamento. Come più volte affermato, le moderne istanze del mercato e degli operatori economici impongono all'Italia di cogliere la sfida di uno strumento più duttile, flessibile e rapido. Questa sfida si gioca sul terreno dei requisiti dell'accessorietà e della specialità dell'ipoteca, il che si traduce in pratica nella possibilità di far circolare la garanzia ipotecaria in maniera autonoma rispetto al credito cui accede. Che infatti sia questa la strada per uno strumento moderno è dimostrato dagli studi sull'euroipoteca a livello europeo e dalle alterne vicende collegate all'istituto dell'*hypothèque rechargeable* in Francia. Tuttavia, a differenza di altri istituti europei, quali la *Grundsschuld* tedesca e la *cédule hypothécaire* svizzera, l'Italia non sarebbe pronta ad accogliere una garanzia pienamente autonoma rispetto al credito, dotata di un certo grado di astrattezza. Infatti, è insito nello stesso concetto di garanzia il fatto che essa possa avere un senso e una funzione solo in rapporto a un credito da assistere. Un minimo di accessorietà è quindi ineliminabile, ma ciò non toglie che questa possa essere declinata in maniera attenuata rispetto a quanto avviene attualmente.

All'uopo il primo interrogativo cui si è cercato di dare una risposta è se un'ipoteca dall'accessorietà attenuata fosse compatibile con il nostro ordinamento. Perciò, è stata condotta un'analisi di varie disposizioni presenti nel codice e al di fuori di esso, al fine non solo di verificare se non fossero già disciplinati dei meccanismi di passaggio dell'ipoteca da un credito a un altro, ma anche al fine di individuare le logiche di fondo e i delicati equilibri tra gli interessi in gioco che esse mirano a realizzare. Nel corso di questa indagine, è emerso che il nostro codice disciplina già degli istituti che non rispondono del tutto a una rigida applicazione del principio di stretta accessorietà: ad esempio, la surrogazione del creditore perdente ai sensi dell'art. 2856 c.c. e il subingresso del terzo nell'ipoteca ai sensi dell'art. 2866 c.c. hanno come effetto, infatti, che la garanzia ipotecaria sia in qualche modo svincolata dalle vicende del credito cui accede, passando da un credito all'altro. Ne è risultato dunque che non ci sono ragioni giuridiche che si contrappongono all'introduzione nel nostro ordinamento di uno strumento ipotecario dotato di accessorietà attenuata. Si è tratto, anzi, che questa scelta ermeneutica è il frutto

della percezione del requisito accessorio come un dogma e, in quanto tale, indiscutibile e ineliminabile.

Il passaggio successivo è stato allora quello di verificare se fosse possibile dunque proporre un modello di ipoteca dall'accessorietà attenuata, senza ricorrere a un intervento normativo, ma solo mediante una nuova interpretazione delle disposizioni in materia. Tuttavia, a questo interrogativo non si è potuto che dare risposta negativa. Infatti, resterebbero scoperti e privi di disciplina alcuni aspetti importanti e delicati collegati alla possibilità di cedere l'ipoteca in via autonoma rispetto al credito. Infatti, come è stato a suo tempo evidenziato, non sarebbe possibile enucleare una disciplina che tuteli il debitore dal rischio di vedere vincolato il suo bene in perpetuo, a seguito di trasferimenti successivi e successive rinnovazioni; non sarebbe possibile, inoltre, individuare un meccanismo che impedisca il pregiudizio dei creditori di grado ulteriore a fronte del trasferimento dell'ipoteca di grado anteriore a favore di un creditore chirografario; infine, non sarebbe possibile stabilire in che modo possano essere tutelati gli interessi dei terzi, quali i creditori chirografari, eventuali futuri creditori ed eventuali futuri acquirenti del bene ipotecario. Per dare una risposta a tutto ciò, serve dunque l'intervento del legislatore. Allora, si è aperta la questione dell'individuazione dei modelli da prendere in considerazione per l'introduzione di un'ipoteca cedibile. Questi modelli non possono che essere, in una sorta di andamento circolare, quelle stesse esperienze che ci mostrano che qualcosa è cambiato ed è tempo di aggiornarsi, vale a dire l'euroipoteca e l'ipoteca ricaricabile francese. Esse offrono diversi spunti di riflessione per una riforma della garanzia ipotecaria in Italia. È particolarmente convincente, ad esempio, l'idea, presente in entrambi i suddetti modelli, di introdurre questo tipo di ipoteca dall'accessorietà attenuata non in sostituzione dell'ipoteca tradizionale, ma in alternativa, in maniera da indurre gli operatori a confrontarsi pian piano con questo nuovo strumento.

Se, sicuramente, si tratta di due figure di importante riferimento nell'indagine condotta nel presente lavoro, tuttavia, sono stati individuati alcuni tratti di questi istituti che andrebbero rivisti in quella che è l'ipoteca cedibile all'italiana.

In particolare, per quello che attiene al confronto con l'euroipoteca, è stato affermato che non convince la soluzione prospettata nel contesto unionale, di sostituire l'accessorietà che lega la garanzia al credito con un accordo privato, il *security agreement*. Ciò, infatti, porterebbe a un'eccessiva incertezza in un ambito in cui, invece, si richiede massima

certezza per la valutazione dei rischi e dei costi a questi connessi. Di fatti, si costringerebbero gli altri creditori a dover di volta in volta reperire il contenuto dell'accordo di sicurezza per conoscere la reale portata dei rapporti tra garanzia e credito, senza contare le difficoltà evidenziate circa l'opponibilità di questo strumento ai successivi cessionari dell'ipoteca. Sembra perciò più prudente – e offrirebbe maggiore certezza – fissare una volta per tutte a livello legislativo la portata del rapporto intercorrente tra credito e ipoteca, ancorché improntato a caratteri di flessibilità.

Del modello francese non convince, invece, il fatto che sia pur sempre il debitore a gestire le sorti dell'ipoteca ricaricabile costituita su proprio bene. In tale ottica, lo strumento ipotecario non sembra essere dotato di vera e propria autonoma cedibilità. Infatti, questo carattere dovrebbe collegarsi alla possibilità da parte del creditore ipotecario di far circolare la garanzia di cui sia titolare a vantaggio di altri creditori.

A conclusione di questo percorso, facendo tesoro dell'indagine circa i caratteri propri della nostra ipoteca così come è attualmente disciplinata nell'ordinamento italiano e volgendo lo sguardo alle tendenze europee in materia, si è cercato di delineare i tratti che dovrebbe assumere l'ipoteca cedibile all'italiana per essere pienamente compatibile con il nostro sistema e, allo stesso tempo, rispondere alle esigenze di elasticità provenienti da più parti.

In estrema sintesi, può dirsi che l'ipoteca cedibile italiana è uno strumento di garanzia ipotecaria dotata di accessorietà attenuata, nel senso che, per svolgere la sua funzione di garanzia e in quanto tale, non può esistere senza un credito da assistere. Tuttavia, essa è liberamente cedibile dal suo titolare, il creditore ipotecario, a vantaggio di altri soggetti purché questi stessi siano titolari di un credito cui agganciare la garanzia trasferita. Ovviamente, struttura dell'atto e tutele variano a seconda del fatto che originario concedente la garanzia sia stato il debitore o un terzo e che il creditore cessionario sia a sua volta creditore dello stesso debitore del cedente o meno. I creditori di grado ulteriore rispetto al grado dell'ipoteca ceduta sono tutelati da un diritto di prelazione in loro favore e il prezzo della cessione andrebbe imputato all'ammontare del debito, in applicazione analogica di quanto si ricava dall'art. 1240 c.c. Resta tuttavia esclusa la possibilità per il proprietario di costituire un'ipoteca a favore di sé stesso.

Resta da chiedersi dunque se uno strumento siffatto sia compatibile con i caratteri delineati a livello europeo per l'euroipoteca. È stato già evidenziato come quello

dell'euroipoteca sia un progetto attualmente quiescente e non sembrano esserci in vista provvedimenti in materia. Tuttavia, è stato anche già affermato come, in una prospettiva evolutiva, sia in realtà un tassello importante nell'integrazione dei mercati del credito ipotecario e, conseguentemente, nel compimento del mercato unico. Il pronostico è che di euroipoteca si tornerà a parlare. È stato inoltre già specificato che, in caso di adozione mediante direttiva, l'Unione potrebbe anche far salvi gli istituti già disciplinati negli ordinamenti degli Stati membri che presentino gli stessi caratteri delineati per l'euroipoteca. Occorre verificare, allora, quanto peso attribuirà la normativa europea alla possibilità di costituire l'ipoteca a favore di sé stesso, anche in assenza di un credito. Se questo sarà un aspetto rimesso alla libera discrezionalità degli Stati membri, allora si può auspicabilmente prevedere che l'ipoteca cedibile delineata in queste pagine possa anche considerarsi compatibile con il modello europeo con la conseguenza che non si dovrebbe procedere all'introduzione di un nuovo istituto.

BIBLIOGRAFIA

ACETO DI CAPRIGLIA S., *Polifunzionalità dell'ipoteca. Uno studio comparatistico*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2019.

ALBERGO M., *È ammissibile la surrogazione reale nell'ipoteca?*, in *Vita not.*, Suppl. al n. 5/6, III, 1987, pp. CXLI ss.

ALBIGES C., *L'hypothèque conventionnelle*, in *Droit & Patrimoine*, 2006, p. 81.

AYNÈS L. e CROCQ P., *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso, 13^à ed., 2019.

AYNÈS L., *Présentation générale de la réforme*, in *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 1289 e ss.

BARALIS G., *Annotazione ipotecaria: problemi e riflessioni*, in *Rivista del notariato*, 2014, p. 219 – 220.

BERTOTTO A., *Compravendita con accollo liberatorio di mutuo e consenso al mantenimento dell'ipoteca: osservazioni sull'art. 1275 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 2014, fasc. 6, pt. I, pp. 1099-1100.

BEVILACQUA E., *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, in AA. VV., *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in materia di mutui ipotecari*, ne *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, pp. 122 e ss.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*.

BOERO P., *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bignavi*, Torino, 1984.

BORRILLO B., *La circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di P. Perlingieri*, Napoli, 2016, pp. 65-66.

- BOTTIGLIERI E., voce *Delegazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 11.
- BRECCIA, *Le obbligazioni, Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, 1991.
- BUCCISANO O., *Il pagamento con surrogazione*, Milano, 1958.
- BUSANI A., *La portabilità dell'ipoteca: tecnica redazionale*. in AA. VV., *Il contributo del Notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari - La portabilità del mutuo ipotecario*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2008, p. 155.
- CALEO O., *I negozi di postergazione del grado ipotecario* in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, fasc. 2, pp. 163 e ss.
- CARNELUTTI F., *La natura giuridica dell'ipoteca*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1939, I, 3.
- CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- CEOLIN M., *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017.
- CHIANALE A., *L'ipoteca. Principi generali e aspetti applicativi*, III ed., Milano 2017.
- CHIANALE, *Ipoteca*, Digesto 4a ed., p. 177 nt. 185.
- CHIRONI G. P., *Priv. ed ipoteche*, II, n. 323 e ss.
- CHIRONI G. P., *Trattato dei privilegi delle ipoteche e del pegno*, II ed., Milano-Torino-Roma, I, 1917- 1918.
- CICALA R., voce *Accollo*, in *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958.
- CICU A., *Diritto civile. Sull'ipoteca*, Bologna, Anno Accademico 1928-1929.
- COLOMBO L., *Ipoteca ricaricabile e diritto italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2017, p. 375.
- COLOMBO L., *L'ipoteca ricaricabile*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, p. 260 nt. 13.

- COVIELLO L., *Delle ipoteche nel Diritto Civile italiano*, Roma, 1936.
- COVIELLO L., *Proposte di riforma al codice civile in tema di ipoteche*, in *Foro italiano*, 1934, colonna 216.
- DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Tratt. Rescigno*, 1984.
- DISTASO N., *Natura giuridica dell'ipoteca. Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia*, Milano, 1953.
- DOLMETTA A. A., *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. «portabilità del mutuo»)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, fasc. 4, pt. 1, p. 400.
- DUPICHOT P., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Éditions Panthéon-Assas, Thèse, 2005.
- FARACE D., *Portabilità del mutuo e atto di surrogazione*, in *Rivista di diritto civile*, pp. 616 e ss.
- FAUSTI P. L., *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, Supplemento a *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, pp. 37 e ss.
- FERRARO N., *Accessorietà e circolazione della garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 156.
- FIorentini F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2009.
- FORUM GROUP ON MORTGAGE CREDIT, *The integration of the EU mortgage credit market*, Annex VI, 2004.
- FRAGALI M., voce *Garanzia*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969.

- FRAGALI M., voce *Ipoteca (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXII, Milano, 1972, p. 751.
- FRÉMEAUX, É. *Pour l'hypothèque rechargeable. Libres propos*, in *La semaine juridique – Notariale et immobilière*, 2016, p. 27.
- FUSARO A., *Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteca*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 304.
- FUSARO A., *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. SIRENA, ne *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, p. 18.
- FUSARO A., *La portabilità dei mutui nel Testo Unico Bancario*, in *Contratto e impresa*, 2011, pp. 1458-1459.
- FUSARO A., *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, p. 555.
- FUSARO A., *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l'accessorietà dell'ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, pp. 687 e ss.
- GABRIELLI G., *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in *I Contratti*, 1992, I, p. 460.
- GALGANO F., *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007.
- GALLO E., *Inammissibilità del trasferimento autonomo dell'ipoteca*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1962, pp. 102 e ss.
- GALLO E., *Titolarità dell'ipoteca e legittimazione a disporre*, in *Foro padano*, 1964, pp. 822 e ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017.
- GENTILE F. S., *Le ipoteche. Commento agli artt. 2802 a 2899 del codice civile*, Roma, 1961.

- GENTILI A., *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I contratti*, 2007, 5, p. 470.
- GIACOBBE G. e D., *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 123.
- GIJSBERS C., *Requiem pour l'hypothèque rechargeable*, in *Revue Lamy Droit civil*, n. 113, mars 2014, pp. 30-31.
- GORLA G. - ZANELLI P., *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, pp. 181 e ss.
- GRANZOTTO G., *L'accessorietà dell'ipoteca al credito garantito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, pt. II, 1993, p. 217.
- GRANZOTTO G., *L'indicazione, nella costituzione dell'ipoteca, del concreto garantito*, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, p. 74.
- GRASSO B., *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 2011, p. 131.
- GRECO P., voce *Delegazione*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960.
- GRIMALDI M., *L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1294.
- HEUGAS-DERRASPEN H., *L'hydre de l'hypothèque rechargeable?*, in *RDI*, 2015, p. 341.
- LICINI C., *L'euroipoteca cartolare (a proposito di un istituto giuridico che... non esiste ancora)*, in *Quadrimestre*, 3/1993, pp. 765 e ss.
- MAGAZZÙ A., *L'accessorietà nelle garanzie reali e l'apertura di credito su pegno*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 1956, pp. 451 e ss.
- MAGAZZÙ A., *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1525 e ss.

- MAGAZZÙ A., voce *Novazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 783.
- MAIORCA C., *Ipoteca (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 53.
- MAIORCA C., *Note su la connessione tra ipoteca e credito*, in *Rivista di diritto ipotecario*, 1962, p. 7.
- MARIANI B., *Della ipoteca immobiliare*, Milano, 1958.
- MARINO P., *La cessione dell'ipoteca*, in *Vita notarile*, 1980, p. 1401.
- MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. SIRENA, ne *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2016, p. 79.
- MARSEGLIA C., *Tendenze di modernizzazione del diritto ipotecario in Europa: modelli a confronto*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, fasc. 5, pt. 1, pp. 701 e ss.
- MELUCCI P., *Il sistema ipotecario*, I, Napoli, 1912.
- MERCER OLIVER WYMAN, *Study on the financial integration of European mortgage markets*, Federazione Bancaria Europea, Ottobre 2003.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè.
- MIRABELLI G., *Del diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1889.
- MONTEL A., voce *Garanzia (Diritti reali di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957, pp. 745 e ss.
- MORTGAGE CREDIT FOUNDATION, *Basic Guidelines for a Eurohypotheq. Outcome of the Eurohypotheq workshop. November 2004/April 2005*, a cura di Agnieszka Drewicz-Tułodziecka, Varsavia, maggio 2005.
- MOSCATI E., *La disciplina generali delle obbligazioni*, Torino, 2015.
- MUÑIZ ESPADA E., *L'eurohypotheque*, *Recueil Dalloz*, 2007.

- NOBILI C., *Le obbligazioni. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2015.
- PACIFICI MAZZONI E., *Codice civile italiano commentato. Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I. Firenze, 1879.
- PANUCCIO V., *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955.
- PERLINGIERI P. - FEMIA P., *Situazione soggettiva e rapporto giuridico*, in *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, pp. 82-83.
- PERLINGIERI P. - PENNASILICO M., *Surrogazione per pagamento*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 348.
- PERLINGIERI P. - BISCONTINI G., *Situazioni reali di garanzia*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 414 - 415.
- PERLINGIERI P. - FERRONI L., *Modi di estinzione diversi dall'adempimento*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 334.
- PERLINGIERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982, p. 140.
- PETRELLI G., *Portabilità dei mutui. Surrogazione dei pagamenti*, in www.gaetanopetrelli.it, p. 7.
- PIAZZA L., voce *Garanzia I*, *Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1.
- PICOD Y., *Sûretés. Publicité foncière*, in *Leçons de Droit Civil*, Montchrestien, VII éd., 1999, p. 522.
- RAVAZZONI A., *Ipoteca*, I) *Ipoteca immobiliare*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 6.

RAVAZZONI A., *Le ipoteche*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, pp. 13 e ss e pp. 33 e ss.

RESCIGNO P., *Studi sull'accollo*, Milano, 1958.

RESCIGNO P., voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1962, pp. 977 e ss.

ROPPO V., *Diritto privato*, 5^a ed., Torino, 2016.

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956, p. 3 e p. 7.

RUBINO D., *Le annotazioni ipotecarie ex art. 2843 cod. civ.*, in *Riv. Dir. ipotecario*, 1959, p. 155.

SCALAMOGNA P., "*Euroipoteka*", *lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?*, in *Civil Law-Common Law. Sviluppo economico e certezza giuridica nel confronto tra sistemi diversi*, Atti del XLI Congresso Nazionale del Notariato, Pesaro, 18-21 settembre 2005, p. 269.

SCHMID C., *Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothech*, in *Basic Guidelines for a Eurohypothech*, p. 65.

SERRAVALLE S., *Sulla conservazione delle garanzie*, Napoli, 2005.

SIMLER P., *La réforme du droit des sûretés. Un Livre IV nouveau du Code Civil*, in JCP, *La Semaine Juridique – Édition Générale*, n. 13, mars 2006, p. 600.

SIRENA P., *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 454 e ss.

STÖCKER O., *L'«eurohypothèque», pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire*, *Banque & Droit*, 1996, pp. 14 e ss.

STÖCKER O., *The Eurohypothec – Accessoriness as legal dogma?*, in *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, cit., pp. 39 e ss.

STOLFI G., *In tema di invalidità dell'ipoteca per indeterminatezza del credito*, in *Rivista di diritto civile*, pt. II, 1973, pp. 406 e ss.

STOLFIN., *Diritto civile*, II, parte terza, *I diritti reali di garanzia*, Torino 1932, p. 201 ss. e 368 ss.

TAMBURRINO G., *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche. Artt. 2808-2899*, in *Commentario del Codice Civile redatto da Magistrati e Docenti*, Torino, 1976.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 23^a ed., Milano, 2017.

VARI B., *La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, fasc. 2, pt. 1, p. 257.

VENZI, *Note al Pacifici Mazzoni*, III, pt. 2, p. 596 ss.

WESTENDORF H., *Le transfert des sûretés*, Defrénois, Doctorat & Notariat, 2015, p. 347.

GIURISPRUDENZA, DOCUMENTI

C. Firenze, 15 luglio 1878, Braida c. Valle, *Mon. Ven.*, VII, 470;

Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 1963 n. 3221

Cass. civ., sez. II, 27 dicembre 1963, n. 3222

Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 1975, n. 686.

Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 1980, n. 1060;

Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1980, n. 4419;

Cass. civ., sez. III, 10 luglio 1991, n. 7674.

Cass. civ., sez. I, 7 maggio 1992, n. 5420 I

Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1992, n. 8983;

Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1995, n. 3387;

Cass. civ., sez. I, 12 settembre 1997, n. 9023;

Cass. civ. sez. II, 30 aprile 2000, n. 3997;

Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2001, n. 3041;

Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 2002, n. 2429;

Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4137;

Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2004, n. 18188;

Cass. civ., sez. I, 6 novembre 2006, n. 23669

Cass. civ., sez. I, 10 agosto 2007, n. 17644;

Cass. civ., sez. I, 11 febbraio 2008, n. 3173;

Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3402;

Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2014, n. 18325

Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2015, n. 3221;

Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2017, n. 5630, con nota adesiva di M. RENNA, *Accessorietà ed estinzione della fideiussione*, in *Giurisprudenza italiana*, pt. 2, 2018, pp. 248 e ss.;

Cass. civ., sez. I, Ordinanza, 9 luglio 2018, n. 17997;

Cass. civ., sez. III, 30 agosto 2018, n. 21395

Corte di Appello di Bologna, 27 marzo 1887, Gambuzzi c. Marini, *Riv. B.*, V, 187;

Corte di Appello di Bologna, 29 aprile 1901, Banca di Cesena c. Mombelli, *Annali*, 1901, 273.

Corte di Appello di Napoli, 11 luglio 1881, Silvestri c. Cred. Fondiario, *Foro it.*, 1881, I, 855;

Corte di Appello di Torino, 7 luglio 1880, Salvi c. Calosso, *Legge*, 1881, I, 740;

Corte di giustizia dell'Unione europea, *Trummer and Mayer*, causa C-222/1997,

d.l. n. 203/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2005.

Direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori.

Direttiva 2014/17/UE