



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA  
XXXIV° CICLO

## **PROFILI PROCESSUALI DELL'IPOTECA**

**Coordinatore:** Ch.mo Prof. Paola Lambrini

**Supervisore:** Ch.mo Prof. Francesco Volpe

**Dottorando:** Enrico Roveroni



## Sommario

<b>CAPITOLO I: La natura giuridica dell'ipoteca.....</b>	<b>1</b>
Introduzione.....	1
La natura giuridica dell'ipoteca: profili sostanziali .....	6
Tipicità ed inerenza.....	8
Assolutezza .....	10
Immediatezza.....	13
Accessorietà.....	16
La natura giuridica dell'ipoteca in una prospettiva processuale.....	22
Brevi precisazioni in ordine alle cd. parentesi di cognizione in pendenza dell'esecuzione forzata .....	24
L'esercizio dell'azione di "accertamento dell'ipoteca" da parte del creditore garantito.....	25
L'esercizio dell'azione da parte del debitore titolare del diritto oggetto di garanzia.....	28
L'azione diretta ad ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria .....	30
Ulteriori conferme a sostegno della tesi esposta.....	33
La natura dell'azione esperita dal debitore per ottenere la cancellazione dell'iscrizione .....	35
Considerazioni in ordine all'oggetto delle "parentesi di cognizione" in pendenza di esecuzione forzata .....	38
Conclusioni.....	39

<b>CAPITOLO II: L'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario .....</b>	<b>41</b>
Premessa .....	42
La tutela del creditore ipotecario nei riguardi del terzo titolare di diritti reali sull'immobile ipotecato .....	43
Il cd. diritto di seguito.....	48
(segue) Il problema dell'inefficacia relativa in riferimento alla tutela offerta dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. ....	51
Il potere di agire nelle forme di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: precisazioni iniziali.....	53
Effetti del pignoramento eseguito nelle forme dell'art. 2812 c.c.: in particolare, l'estinzione del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù .....	56
L'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario .....	60
Il pignoramento del solo diritto di usufrutto ai sensi dell'art. 602 c.p.c. ....	63
Il pignoramento della sola nuda proprietà .....	67
Esclusione del potere di frazionare l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario .....	70
Il problema dell'intervento del creditore ipotecario in un processo esecutivo pendente sulla sola nuda proprietà o sul solo diritto di usufrutto.....	74
Il problema del pignoramento eseguito ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. successivamente ad un precedente pignoramento avente ad oggetto la nuda proprietà ovvero il solo diritto di usufrutto del bene immobile .....	76
La tutela del creditore primo pignorante nell'ipotesi di successivo esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. da parte del creditore ipotecario .....	80

La tutela del terzo: premessa .....	83
La posizione del terzo all'interno della procedura esecutiva instaurata ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.....	84
La tutela del terzo nel processo esecutivo: il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c. ....	87
L'omesso avviso del terzo titolare del diritto reale caducato .....	89
L'intervento del terzo in esecuzione forzata.....	92
(segue) La disciplina applicabile in tema di intervento .....	94
(segue) I rimedi del terzo avverso l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario .....	96
Conseguenze dell'accoglimento dell'opposizione ex art. 619 c.p.c. proposta dal terzo titolare del diritto reale caducato.....	99
La stima delle ragioni del terzo da far valere in sede di distribuzione del ricavato .....	101
Il diritto di preferenza del terzo in sede di distribuzione del ricavato .....	103
L'estinzione del processo esecutivo e la tutela accordata al terzo....	104
La tutela del terzo ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c. fuori dall'ambito della garanzia ipotecaria .....	107
L'estensione oggettiva dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.....	110
(segue) Ipoteca e diritti personali sorti successivamente all'iscrizione della garanzia.....	113
(segue) Ipoteca, fondo patrimoniale e vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c.....	115
(segue) Il rapporto tra ipoteca e cessione di cubatura.....	116
(segue) Applicabilità dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. alla cessione di cubatura.....	118
(segue) Ulteriori criticità.....	120
Conclusioni .....	123

**CAPITOLO III: Il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.  
e l'intervento del creditore ipotecario nel processo esecutivo .... 125**

Premessa .....	126
L'avviso ex art. 498 c.p.c.: disciplina ed interpretazioni giurisprudenziali .....	126
Disciplina in materia di intervento del creditore ipotecario .....	129
Funzione della disciplina dettata in materia di avviso e di intervento .....	130
Il problema del mancato avviso del creditore ipotecario: l'ipotesi in cui il creditore ipotecario interviene ugualmente in esecuzione forzata	133
L'ipotesi in cui il creditore ipotecario non avvisato abbia conoscenza dell'esecuzione pendente solo successivamente all'udienza di distribuzione del ricavato.....	137
L'opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso il provvedimento con cui viene ordinata la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata: l'ipotesi in cui la distribuzione non sia ancora cominciata ovvero, se cominciata, i creditori già soddisfatti dispongano comunque di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato .....	140
... e l'ipotesi in cui il creditore già soddisfatto in sede di distribuzione del prezzo non disponga di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato della pendenza del processo esecutivo .....	142
(segue) Rimedi esperibili dal creditore ipotecario nell'ipotesi in cui il prezzo ricavato dalla vendita forzata e non ancora integralmente distribuito risulti insufficiente a soddisfare le sue ragioni.....	144
L'accantonamento del prezzo ex art. 510 c.p.c. e la tutela del creditore ipotecario non avvisato .....	148
Ulteriori tutele astrattamente esperibili: la sopravvivenza della garanzia ipotecaria oltre la conclusione dell'esecuzione forzata .....	152

Eventuali rimedi processuali a tutela della posizione del creditore ipotecario non avvisato: l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. avverso il provvedimento di distribuzione .....	153
... e il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.....	156
Eventuale tutela risarcitoria del creditore ipotecario non avvisato...	158
Tutela restitutoria o da indebito arricchimento in conseguenza della mancata partecipazione del creditore ipotecario alla distribuzione del prezzo.....	161

**CAPITOLO IV: Il diritto di preferenza del creditore ipotecario in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata..... 163**

Premessa .....	164
Presupposti per l'operatività del titolo di prelazione .....	166
Creditore privilegiato e creditore ipotecario.....	167
Ipotesi in cui il creditore ipotecario, nonostante la garanzia iscritta, partecipa alla distribuzione del ricavato nella medesima posizione del creditore chirografario: l'iscrizione di ipoteca successiva alla trascrizione del pignoramento.....	170
... e l'iscrizione di ipoteca successivamente alla trascrizione di sequestro conservativo.....	172
(segue) Rapporto tra creditore ipotecario e creditore sequestrante, qualora alla distribuzione partecipino creditori diversi: problematiche applicative.....	174
Diversa interpretazione dell'art. 493, co. 3, c.p.c. e conseguenze sul problema in esame .....	178
Ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione di una domanda revocatoria .....	180
Ipoteca ed esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2929 bis c.c. ....	181
Considerazioni .....	183

Natura giuridica del titolo di prelazione .....	184
Il titolo di prelazione in procedimenti di carattere “non giudiziale”	189
Brevi conclusioni in ordine alla natura giuridica del titolo di prelazione .....	192
Il problema del venir meno della garanzia in corso di esecuzione e il rapporto con il titolo di prelazione.....	194
(segue) L’estinzione della garanzia per cause dipendenti dalla volontà delle parti .....	194
(segue) L’estinzione della garanzia per fatti indipendenti dalla volontà delle parti .....	196
(segue) La perenzione dell’ipoteca per mancato rinnovamento dell’iscrizione .....	198
La rilevabilità d’ufficio delle cause di inefficacia della garanzia in sede di distribuzione del ricavato.....	202
(segue) Il rilievo di ufficio della perenzione dell’ipoteca.....	206
L’ordine di cancellazione <i>ex art. 586 c.p.c</i> delle ipoteche iscritte sul bene oggetto di esecuzione. ....	208
Definitività e stabilità del decreto di trasferimento .....	211
L’art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. e l’estinzione della garanzia ipotecaria	216
Criticità derivanti dalla tesi favorevole all’immediata eseguibilità dell’ordine di cancellazione.....	219
Considerazioni conclusive in ordine alla tesi qui criticata .....	224
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>225</b>
<b>GIURISPRUDENZA .....</b>	<b>237</b>

## CAPITOLO I

### La natura giuridica dell'ipoteca

**Sommario:** Introduzione – La natura giuridica dell'ipoteca: profili sostanziali – Tipicità ed inerenza – Assolutezza – Immediatezza – Accessorietà – La natura giuridica dell'ipoteca in una prospettiva processuale – Brevi precisazioni in ordine alle cd. parentesi di cognizione in pendenza dell'esecuzione forzata – L'esercizio dell'azione di “accertamento dell'ipoteca” da parte del creditore garantito – L'esercizio dell'azione da parte del debitore titolare del diritto oggetto di garanzia – L'azione diretta ad ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria – Ulteriori conferme a sostegno della tesi esposta – La natura dell'azione esperita dal debitore per ottenere la cancellazione dell'iscrizione – Considerazioni in ordine all'oggetto delle “parentesi di cognizione” in pendenza di esecuzione forzata – Conclusioni

#### *Introduzione*

Si afferma, comunemente, che l'ipoteca è un diritto reale di garanzia<sup>1</sup>: ciò in quanto, secondo la lettera dell'art. 2808 c.c., essa attribuirebbe al creditore ipotecario, da un lato, il potere (assoluto, immediato e opponibile *erga omnes*) di disporre della *res* ipotecata contro chiunque vanti diritti sulla

---

<sup>1</sup> A mero titolo esemplificativo, v. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1974, 633; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 446; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 665; BIANCA, *Diritto civile, volume VI La proprietà*, Milano, 2017, 85; AMADIO, MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014, 493; RAVAZZONI, *Garanzia (diritti reali di)* (voce), Dig., Torino, 1992; FRAGALI, *Garanzia* (voce), Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, 456; FRAGALI, *Ipoteca* (voce), Enc. Dir., Milano, XXII, 1972, 743.

medesima, dall'altro il diritto (parimenti opponibile all'intero ceto creditorio) di essere soddisfatto in preferenza sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Entrambi tali poteri – ma in special modo il primo – sembrano dunque giustificare la tradizionale qualificazione dell'ipoteca intesa come diritto reale di garanzia.

Già questi primi rilievi offrono tuttavia occasione per alcune considerazioni critiche.

È opportuno in particolare evidenziare che gli effetti prodotti dall'ipoteca, come disciplinati dall'art. 2808 c.c., non sembrano affatto rilevare sul piano del diritto sostanziale, bensì esclusivamente nell'ambito del processo esecutivo<sup>2</sup>. Ciò è pacifico in ordine al principale effetto prodotto dall'ipoteca, ossia l'attribuzione al creditore ipotecario di un titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata: il diritto di preferenza incide

---

<sup>2</sup> Contro questa osservazione, FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia* (voce), Enc. Dir., cit., 464 ss., il quale afferma che “*Quanto alle garanzie reali, per escluderne il carattere di diritto sostanziale non vale la circostanza che si attuano nella sede espropriativa. Infatti la funzione pratica di esse comincia a svolgersi fin dal tempo della costituzione del debito, perché è la loro esistenza che determina la controparte a consentire alla nascita del rapporto o all'assetto che questo ha avuto; esse poi sorgono, prima che l'esecuzione sia iniziata, o come effetto legale della nascita del credito garantito o con il sorgere del vincolo sul bene, a seguito dell'adempimento delle forme prescritte; inoltre esistono e si mantengono per quanto si ignori se, in fatto, i beni vincolati saranno investiti dall'esecuzione. La garanzia reale sta fuori dall'azione esecutiva come vi sta il credito, di cui è un modo di essere, perché è causa di alcune modalità dell'azione stessa, cosicché non può essa stessa essere una situazione processuale; a parte che configurare il diritto di garanzia reale come situazione processuale, importa parificare questo diritto al pignoramento, mentre sostanziali e non lievi sono le differenze fra i due istituti*”. Il passo citato riassume nitidamente i principali argomenti sollevati contro la natura processuale dell'ipoteca: essi, tuttavia, mi sembrano confutati da quanto esposto nel corso di questo primo capitolo. Qui vale solo chiarire come appaia particolarmente debole l'argomento per cui l'ipoteca rilevarebbe già sul piano sostanziale poiché è in forza di essa che le parti si determinano alla nascita del rapporto. Ossia, altrimenti detto, senza la concessione di ipoteca, il creditore non consentirebbe alla conclusione del contratto. L'argomento confonde però i profili giuridici della questione con i motivi che inducono le parti a contrarre: esso si riduce infatti ad affermare che l'ipoteca ha rilievo sostanziale non in quanto produce effetti giuridici extraprocessuali, ma in quanto si dimostra “conveniente” per il creditore e favorisce la contrattazione. Il che mi sembra francamente difficile da condividere.

infatti sulla graduazione dei creditori in concorso, esaurendo dunque la sua funzione nel contesto della procedura di riparto del prezzo.

Uguale discorso può essere condotto anche in riferimento al cd. diritto di seguito, il quale rileva unicamente ai fini dell'esperimento dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Ciò è quantomeno insolito: l'ipoteca è un diritto reale di garanzia, ma essa non produce effetti sostanziali, apprezzabili nel rapporto tra parti private. Tali effetti, al contrario, sembrano incidere unicamente sulla tutela processuale accordata al creditore ipotecario in sede di esecuzione forzata.

Queste perplessità inducono a domandarsi, allora, come si giustifichi la tradizionale – e oggi accettata in maniera pressoché unanime – qualificazione dell'ipoteca come diritto reale di garanzia.

Storicamente, può essere interessante notare che l'art. 1964 del codice civile del 1865 definiva espressamente l'ipoteca quale diritto reale di garanzia: *“L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione”*.

La qualificazione operata dal legislatore del 1865 muoveva dalla tradizione giuridica francese, la quale ancor prima della codificazione rivoluzionaria era giunta a definire la garanzia ipotecaria come situazione reale, espressione di un potere accordato al creditore in ordine ai beni del proprio debitore.

L'adesione a tale tradizione venne variamente accolta dalla dottrina italiana<sup>3</sup>: un primo orientamento<sup>4</sup> sostenne la correttezza dell'impostazione codicistica, muovendo dal carattere assoluto (ed opponibile *erga omnes*) degli effetti prodotti dalla garanzia ipotecaria; per converso, un secondo orientamento<sup>5</sup> contestò la bontà della scelta operata dal legislatore, osservando

---

<sup>3</sup> Per una ricostruzione delle varie tesi succedutesi nel tempo, si vedano *ex multis* BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999, 14 ss.; FRAGALI, *Ipoteca* (voce), Enc. Dir., cit., 743 ss.; seppur in riferimento alla tutela del credito erariale, v. l'ampia bibliografia citata in BUCCICO, *Misure cautelari a tutela del credito*, Milano, 2015, 135 ss.

<sup>4</sup> V. fra gli altri FRANCESCHELLI, *L'ipoteca come diritto reale*, Riv. Dir. Comm., 1938, 277; MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, *Foro it.*, 1937, 235.

<sup>5</sup> Mi sembra alquanto significativo quanto espresso da LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, Riv. dir. proc. civ., 1934, spec. 146: *“La tradizione storica e le stesse parole della legge considerano queste figure [pegno e ipoteca, n.d.r.] come diritti reali su cose*

proprio che gli effetti (asseritamente “assoluti”) prodotti dall’iscrizione ipotecaria rilevavano solo in ambito processuale<sup>6</sup>.

D’altro canto, in un’epoca in cui il diritto processuale era ancora concepito in ottica puramente strumentale e accessoria rispetto al diritto sostanziale, era agevole per la dottrina civilistica riconoscere, nel diritto reale di ipoteca, il “presupposto logico” necessario al fine di giustificare la tutela accordata al creditore nell’ambito dell’esecuzione forzata<sup>7</sup>.

In altre parole, secondo questa impostazione, il creditore ipotecario acquista, in forza dell’iscrizione, una particolare forma di garanzia del proprio credito e questa garanzia rileva esclusivamente nell’ambito dell’esecuzione forzata; tuttavia, la tutela processuale così accordata al creditore non potrebbe spiegarsi se non ammettendo anche l’esistenza “sostanziale” di un diritto reale di ipoteca.

---

*altrui; ma la nostra dottrina recente ha dimostrato come sotto questa apparenza stia una realtà ben diversa, e cioè una situazione giuridica di rilevanza unicamente processuale. Il pegno e l’ipoteca si potrebbero così definire come quei vincoli che attribuiscono al bene su cui sono impressi la destinazione permanente a servire alla soddisfazione preferenziale del creditore per il quale furono costituiti”. La questione era già stata accennata “con formula vaga e dubitativa” – come riferisce Carnelutti – da REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, 224; nonché CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936. Ma sarà Carnelutti – in polemica con Franceschelli – ad offrire la più approfondita critica alla tesi “sostanziale” della natura giuridica dell’ipoteca (v. CARNELUTTI, *La natura giuridica dell’ipoteca*, in Riv. dir. proc. civ., 1939, 3).*

<sup>6</sup> Alle due correnti interpretative rammentate nel testo si affiancarono poi diversi ed ulteriori tentativi definitivi, oggi sostanzialmente ritenuti superati. Tra questi, particolare menzione merita la tesi dell’ipoteca quale diritto del creditore a pretendere il valore della cosa, sostenuta da CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1901. Sotto la vigenza dell’attuale Codice civile, parte della dottrina ha escluso la natura reale dell’ipoteca, muovendo dal difetto del carattere di immediatezza della stessa, si veda PUGLIESE, *Diritti reali*, Enc. Dir., Milano, 1964, 772. Altra tesi ha inteso invece sussumere l’ipoteca entro la categoria delle obbligazioni *propter rem*, v. così DISTASO, *Natura giuridica dell’ipoteca*, Milano, 1953, 37 ss.

<sup>7</sup> Indicativo l’argomento di FRANCESCHELLI, *L’ipoteca come diritto reale*, cit., 277, testualmente ripreso da Carnelutti: “io non vedo la possibilità di questa mera posizione processuale, se non la si puntelli su una base di diritto sostanziale”. La tesi è mutuata da GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, Roma, 1935; ed è sostenuta anche da MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno e dell’ipoteca*, cit., 235.

Accanto alle tesi esposte, se ne affermò peraltro una terza<sup>8</sup>, la quale – ricostruita la questione in termini di mera disputa accademica – concluse osservando come l’unico aspetto davvero rilevante dell’ipoteca fosse da individuare nella opponibilità *erga omnes* della garanzia; carattere espressamente attribuito dalla legge e tale da rendere superfluo ogni ulteriore approfondimento<sup>9</sup>.

Il Codice civile vigente ha abbandonato ogni velleità definitoria<sup>10</sup>, non è chiaro se per convinta adesione alla tesi “scettica” da ultimo esposta oppure

---

<sup>8</sup> GORLA, *Le garanzie reali dell’obbligazione*, cit., 182, secondo cui il problema qualificatorio è “questione di astratta logica o di pura scienza concettualistica”. Dimostra di aderire a questa impostazione, facendola propria, CHIANALE, *L’ipoteca*, Milano, 2017, 56.

<sup>9</sup> Mi sembra evidente che la posizione del Gorla sconti il fatto che essa muove ancora una volta da una prospettiva di diritto sostanziale: ritenere infatti che la natura giuridica dell’ipoteca sia questione irrilevante a fini concreti, essendo l’unico aspetto saliente – l’opponibilità *erga omnes* della garanzia – già espressamente disciplinato dalla legge, significa in buona sostanza escludere l’intera problematica relativa alle vicende dell’ipoteca in ambito processuale.

<sup>10</sup> Parte della dottrina rileva tuttavia che la qualifica dell’ipoteca come diritto reale di garanzia sarebbe desumibile da diversi indici testuali: in particolare, si è sostenuto che l’attuale disciplina “assume tale qualificazione nell’art. 2862, ove si fa cenno dell’ipoteca assieme agli altri diritti reali, e nell’intitolazione dell’art. 853, che fa cenno dei diritti reali comprendendovi l’ipoteca, di cui l’articolo fa espressa parola nel terzo comma” (FRAGALI, *Ipoteca* (voce), cit., 752). Premesso che entrambe le norme citate non paiono particolarmente significative al fine della questione che ci occupa – anche solo alla luce del fatto che la discussione dottrina si è dimostrata particolarmente vivace addirittura in un’epoca in cui il codice prendeva espressa posizione sul punto – è possibile osservare come le espressioni utilizzate in questi casi dal legislatore sembrano dettate da esigenze descrittive più che da vero e proprio intento qualificatorio. D’altro canto, a voler essere particolarmente rigorosi, nell’art. 2862 c.c. – “Il rilascio non pregiudica le ipoteche, le servitù e gli altri diritti reali”, lasciando così aperta la possibilità che “gli altri diritti reali” – la locuzione “altri diritti reali” si riferisce espressamente alle servitù prediali, non all’ipoteca (pur essendo, a onore del vero, la rubrica della norma in discorso assai meno ambigua, in senso favorevole alla dottrina sopra citata). Quanto all’art. 853 c.c., esso ricomprende entro l’elencazione di vari diritti reali anche l’ipoteca, ma anche in questa ipotesi la scelta legislativa non appare particolarmente significativa dal punto di vista qualificatorio e può essere letta nel senso di un mero “omaggio alla tradizione”. In ogni caso, ragionare sulle scelte terminologiche del legislatore non sempre porta a risultati coerenti: si veda, per esempio, la formulazione dell’art. 1465 c.c. – “Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali” (e non, come ci si aspetterebbe: “altri” diritti reali)

soltanto per mera convenienza di politica legislativa<sup>11</sup>. In ogni caso, è singolare osservare come, espunta dal codice la controversa qualificazione, il dibattito circa la natura giuridica dell'ipoteca si sia immediatamente sopito: dall'entrata in vigore dell'attuale Codice civile, infatti, la qualificazione dell'ipoteca come diritto reale di garanzia non è più stata messa in discussione. Si è in buona sostanza ritenuto – mi sembra per deferenza alla tradizione più che per convinzione scientifica – che l'intera questione della natura giuridica dell'ipoteca fosse stata definitivamente risolta in senso favorevole alla qualificazione come diritto reale di garanzia.

### ***La natura giuridica dell'ipoteca: profili sostanziali***

La problematica sembra dunque ampiamente superata: la dottrina maggioritaria (se non addirittura unanime) qualifica, infatti, l'ipoteca come diritto reale di garanzia<sup>12</sup>. Nonostante la piena adesione alla tesi della realtà, nella dottrina specialistica il problema della natura giuridica dell'ipoteca viene tuttavia ritenuto ancor oggi meritevole di un qualche (seppur estremamente rapido) approfondimento<sup>13</sup>. Questa esigenza di ritornare sul tema sembra quasi suggerire che, a dispetto del convinto orientamento maggioritario, la questione sia avvertita come tutt'altro che definitivamente risolta.

---

– in cui sembra quasi che i diritti reali integrino una fattispecie diversa e distinta dalla proprietà.

<sup>11</sup> Si veda, a riguardo, la Relazione al codice civile, laddove si precisa che “*Quando si tratterà di ricostruire, sulla base degli elementi testuali, la natura del diritto d'ipoteca, che il nuovo codice ha preferito di non definire, bisognerà naturalmente tener presenti nella loro organica interdipendenza tutti gli effetti che dall'ipoteca derivano sia nei rapporti tra creditore ipotecario e gli altri creditori, sia nei rapporti tra il costituente e il creditore medesimo*” (Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, 265). Si evidenzia appunto la scelta del legislatore di non soffermarsi sulla questione della natura giuridica dell'ipoteca, rimettendo la discussione allo sforzo della dottrina; vale solo osservare come, nell'insistere sui “rapporti” tra creditore e debitore nonché tra creditore e ceto creditorio, il Guardasigilli sembra implicitamente aderire ad una lettura sostanziale, ossia diretta a riconoscere nell'ipoteca un diritto reale di garanzia.

<sup>12</sup> V. *supra* nota 1.

<sup>13</sup> Si veda per esempio: CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 55; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 633; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 446; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 665; BIANCA, *Diritto civile, volume VI La proprietà*, cit., 87.

In effetti, non può essere trascurato come, sotto la vigenza del precedente codice, la critica alla qualifica dell'ipoteca come diritto reale di garanzia – tradizionalmente propria della dottrina processualistica – avesse trovato rinnovato vigore negli studi di uno tra i più autorevoli civilisti dell'epoca<sup>14</sup>. Gli spunti offerti da Carnelutti hanno infatti indirizzato la successiva discussione scientifica, con esiti a dire il vero non sempre felici: infatti, nell'ambito di tale confronto, si è presto imposta la convinzione che l'intera problematica della natura giuridica dell'ipoteca potesse essere risolta alla luce dell'indagine sui caratteri distintivi dei diritti reali. Si trattava di stabilire, in altre parole, se il diritto reale di ipoteca fosse o meno caratterizzato dai requisiti di assolutezza, inerenza e immediatezza propri di qualsiasi altro diritto reale.

Pur essendo occasione di approfondimenti particolarmente stimolanti, è possibile anticipare fin d'ora come il principale problema in ordine alla qualificazione giuridica dell'ipoteca sembri proprio derivare dall'impostazione che, nel corso del tempo, si è inteso offrire alla questione.

La discussione si è appunto incentrata sull'esame dei requisiti distintivi della categoria generale dei diritti reali, dando tuttavia per presupposto che l'ipoteca potesse qualificarsi come diritto sostanziale o quantomeno come situazione giuridica a rilevanza extraprocessuale: già Carnelutti, in realtà, coglieva questo aspetto problematico della questione, evidenziando incidentalmente come la garanzia ipotecaria fosse destinata a produrre effetti soltanto processuali e suggerendo, dunque, la completa irrilevanza dell'istituto fuori dall'esecuzione forzata. Ma tale osservazione passò (e passa tutt'ora) in secondo piano.

Seppure tale impostazione non appaia la più adatta ad offrire una risposta soddisfacente al problema della natura giuridica dell'ipoteca, è tuttavia opportuno ripercorrere brevemente i profili sostanziali oggetto di discussione: ciò non solo per completezza di indagine, ma anche in quanto le riflessioni ad essi inerenti consentono comunque di trarre alcune interessanti considerazioni che si dimostreranno utili nel corso della presente trattazione.

---

<sup>14</sup> CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, cit.

### *Tipicità ed inerenza*

Si ritiene che tutti i diritti reali siano tipici (cd. tipicità dei diritti reali); attribuiscono al titolare del diritto un potere diretto sulla cosa (cd. immediatezza); siano opponibili *erga omnes* (cd. inerenza); comportino in capo a ciascun consociato l'obbligo di astenersi da compiere atti pregiudizievoli alla cosa oggetto di diritto (cd. assolutezza)<sup>15</sup>.

Il problema – nella sua prospettiva “sostanziale” – consiste appunto nel verificare se il diritto di ipoteca possa considerarsi tipico, assoluto, immediato e opponibile *erga omnes*.

Non si pongono particolari difficoltà in ordine a due delle predette caratteristiche, ossia la tipicità e l'inerenza (o opponibilità *erga omnes*). Quanto alla tipicità, possono qualificarsi come diritti reali soltanto quelle situazioni giuridiche soggettive espressamente ritenute tali dalla legge. La tipicità non deve essere intesa come “nominatività”<sup>16</sup>, posto che a rigore nemmeno il diritto di proprietà o i diritti limitati di godimento vengono espressamente<sup>17</sup> definiti “diritti reali” dal legislatore. Il requisito della tipicità, piuttosto, si riferisce solo alla previsione di una specifica disciplina, con conseguente divieto di costituire diritti reali “atipici”, ossia promananti dalla volontà delle parti.

In questo senso, non sembra esservi dubbio alcuno che l'ipoteca possa considerarsi tipizzata.

---

<sup>15</sup> Esorbita dal tema della presente trattazione un più compiuto esame della categoria dei diritti reali in generale: per tale ragione, mi limito ad aderire alla tesi maggioritaria e tradizionale, secondo cui i diritti reali si distinguono in forza dei caratteri evidenziati nel testo. Appare tuttavia quantomeno doveroso osservare come la nozione di diritto reale abbia suscitato vivaci critiche in dottrina. Si è talora negato che i diritti reali in generale – e l'ipoteca in particolare – fossero distinti dal carattere della cd. immediatezza (cd. tesi personalistica), talaltra invece è stato rilevato che l'unico elemento distintivo dell'ipoteca sarebbe quello dell'inerenza (ossia dell'opponibilità del diritto *erga omnes*); ancora, si è voluto riconoscere quale diritto reale solamente il diritto suscettibile di acquisto a titolo originario per possesso della cosa. Di alcune fra queste tesi si darà conto subito *infra*. Per una trattazione generale, v. BIANCA, *Diritto civile, volume VI La proprietà*, cit., 87 ss.

<sup>16</sup> V. tuttavia la precedente nota 10.

<sup>17</sup> Implicitamente, tuttavia, v. artt. 853, 954, 1159, 1161, 1643, co.1, n. 6, 2653, co. 1, n. 1, 2920, c.c.

Nemmeno sorgono particolari problemi nel riconoscere che la garanzia ipotecaria è dotata del carattere della cd. inerenza<sup>18</sup>: l'ipoteca, infatti, è opponibile a terzi (ossia, gli aventi causa del debitore e i creditori in concorso sul ricavato dalla vendita forzata) in virtù della sola iscrizione nei registri immobiliari. Vale tuttavia osservare, fin d'ora, come tale opponibilità rilevi, ancora una volta, solo ai fini dell'esercizio di poteri strettamente processuali, ossia in particolare del diritto conferito al creditore ipotecario di espropriare la cosa contro il terzo proprietario<sup>19</sup> (cd. "diritto di seguito"), nonché, del diritto ad essere soddisfatto con preferenza sul prezzo in sede di distribuzione.

Tuttavia, tipicità ed inerenza sono caratteristiche essenziali ma non sufficienti al fine di ritenere che l'ipoteca possa essere qualificata come diritto reale di garanzia<sup>20</sup>.

L'opponibilità *erga omnes* è in particolare elemento comune a molte altre fattispecie pacificamente estranee al novero dei diritti reali. Si pensi ad esempio alla locazione ultra-novennale debitamente trascritta; ovvero alla locazione infra-novennale risultante da atto avente data certa anteriore alla cessione della proprietà dell'immobile; ma anche, con particolare riguardo ai rimedi a tutela del credito, al sequestro conservativo o alla domanda revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. regolarmente trascritti. In tutti questi casi, la relativa situazione giuridica è opponibile a terzi che vantino diritti sulla cosa in forza di un atto trascritto o iscritto successivamente.

---

<sup>18</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 633; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 446: "Essi [pegno e ipoteca, n.d.r.] presentano, cioè, quel carattere che è comune ai diritti reali in genere: l'inerenza. Pegno e ipoteca attribuiscono infatti al creditore, relativamente ai beni su cui sono costituiti, il c.d. diritto di sequela".

<sup>19</sup> Utilizzo per ragioni di semplicità espositiva una terminologia impropria, per quanto di uso comune: l'ipoteca, infatti, non attribuisce alcun diritto di espropriare la cosa contro il terzo avente causa, essendo tale diritto rimesso alla sussistenza di un titolo esecutivo. L'ipoteca, in questo senso, funge da presupposto per l'esperimento dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 602 c.p.c. Su tali aspetti si avrà modo di tornare successivamente, nel capitolo secondo della presente trattazione, p. 43 ss.

<sup>20</sup> Di contrario avviso, almeno apparentemente, TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 446, in cui la natura reale dell'ipoteca sembra essere ricollegata alla mera sussistenza del carattere di inerenza. Debito risalto a tale circostanza è offerto anche in FRAGALI, *Ipoteca* (voce), cit., 751, secondo cui l'inerenza costituirebbe "indice sicuro di realtà". La tesi appare tuttavia difficile da condividere, per le ragioni esposte nel testo.

È necessario, pertanto, verificare se l'ipoteca sia dotata anche degli ulteriori requisiti richiesti dalla dottrina tradizionale: immediatezza<sup>21</sup> ed assolutezza.

### *Assolutezza*

In riferimento al requisito dell'assolutezza, si dovrebbe a ben vedere chiarire in via preliminare quali siano le caratteristiche dei cd. diritti assoluti. L'individuazione della categoria e dei relativi presupposti è infatti particolarmente dibattuta e in questa sede è impossibile darne compiutamente conto<sup>22</sup>. Mi limiterò dunque ad alcune brevi considerazioni.

Si può definire<sup>23</sup> assoluto il diritto esercitabile dal titolare senza necessità di ricorrere alla “collaborazione di terzi nella fase realizzativa”<sup>24</sup>; il che comporta, per converso, la sussistenza di un generale obbligo di astensione in capo ai terzi di ingerirsi nell'esercizio del diritto (cd. efficacia *erga omnes*).

---

<sup>21</sup> È vero, peraltro, che parte della dottrina ha escluso che l'immediatezza sia un carattere proprio e distintivo dei diritti reali: esso, infatti, difetterebbe proprio nel caso dell'ipoteca, nonché in quello delle cd. servitù negative (v. GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)* (voce), Novis. Dig., Torino, 1960, 749); diversamente, altra dottrina ha ritenuto che immediatezza ed assolutezza siano caratteri propri dei diritti reali, pur difettando nel caso dell'ipoteca (e delle servitù negative), la cui natura reale andrebbe dunque esclusa (v. PUGLIESE, *Diritti reali*, cit., 775). la necessaria sussistenza della immediatezza già in relazione ai diritti reali di godimento. L'orientamento tradizionale è ripreso e sostenuto invece in BIANCA, *Diritto civile, Volume VI La proprietà*, cit., 89 ss., il quale afferma che l'ipoteca (come peraltro le servitù negative) sarebbe dotata del carattere dell'immediatezza in quanto la sua attuazione “non richiede la cooperazione del datore della garanzia”. Tuttavia, se l'immediatezza deve essere intesa in tal senso, si dovrebbe ritenere immediato qualsiasi diritto di credito (e non solo quello assistito da ipoteca), atteso che la sua esecuzione coattiva non presuppone alcuna “cooperazione” del debitore; sul punto si tornerà poco oltre, nel testo.

<sup>22</sup> Autorevole dottrina ritiene che la distinzione tra diritti reali e diritti relativi sia stata messa in forte discussione dal momento in cui è stata riconosciuta la risarcibilità per danno aquiliano anche dei diritti relativi: tale dottrina riconosce tuttavia attualità alla categoria dei diritti assoluti, in quanto caratterizzati dal fatto che, tramite il loro esercizio, “il titolare soddisfa da sé il suo interesse” (BIANCA, *Diritto civile, Volume VI La proprietà*, cit., 23).

<sup>23</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 59.

<sup>24</sup> GAZZONI, *ibidem*.

La prima caratteristica – ossia la possibilità di esercitare il diritto senza collaborazione di terzi – coincide in parte con l’ulteriore requisito della cd. immediatezza dei diritti reali (su cui subito *infra*).

A riguardo, è opportuno rammentare come gli effetti prodotti dalla garanzia ipotecaria non possano essere apprezzati se non in sede di esecuzione forzata: ciò presuppone, se non altro, la necessaria “collaborazione” dell’autorità giudiziaria al fine dell’effettivo “esercizio” del diritto ipotecario.

Peraltro, sembra assai difficile – se non addirittura illogico – calare l’ordinaria nozione di immediatezza entro una fattispecie a rilevanza strettamente processuale: in questo caso, non si tratta nemmeno di stabilire se l’ipoteca necessiti di “collaborazione” da parte di un terzo per potere essere effettivamente esercitata, proprio in quanto essa prescinde dalle ordinarie dinamiche sostanziali, trovando ragione solo nell’ambito della procedura esecutiva.

D’altro canto, non è possibile nemmeno rinvenire, in relazione alla garanzia ipotecaria, il sorgere di un “generale onere di astensione” rispetto ai terzi. L’obbligo di “non ingerenza” proprio dei diritti reali, valevole *erga omnes*, mal si concilia con la fattispecie, anche solo per il fatto che il creditore ipotecario non acquista alcun potere o facoltà in ordine alla cosa oggetto di garanzia. Appare dunque arduo configurare anche solo astrattamente in cosa possano consistere gli atti emulativi, o di ingerenza, o in generale contrari al “dovere di astensione” gravanti sui terzi<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> La dottrina tradizionale ritiene che l’ipoteca abbia carattere assoluto perché il titolo di prelazione e il diritto di seguito producono effetti *erga omnes* (v. per tutti TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 633). L’affermazione, tuttavia, non sembra avere particolare fondatezza scientifica: ciò che risulta davvero arduo spiegare è come possano essere calate categorie proprie del diritto sostanziale nell’ambito dell’esecuzione forzata, senza avvertire alcuna (seppur minima) necessità di “coordinamento”. Ritenere che il titolo di prelazione sia opponibile *erga omnes* appare già di per sé piuttosto discutibile: esso infatti, a tutto concedere, rileva ai soli fini della distribuzione del ricavato ed esclusivamente nei confronti dei creditori ipotecari di grado inferiore e ai creditori chirografari. Ciò, peraltro, nemmeno in ogni caso: basti pensare all’ipotesi in cui l’ipoteca sia stata iscritta successivamente alla trascrizione di un sequestro conservativo (si rinvia più ampiamente a quanto esposto nel cap. IV, p. 172 ss.). Per altro verso, la disciplina processuale della tutela del credito conosce una varietà di ipotesi in cui creditore privi di garanzia ben possono agire in esecuzione avverso i terzi aventi causa del debitore, così come, addirittura, hanno titolo per vantare in sede di distribuzione del ricavato un diritto di prelazione. In relazione al primo profilo, per esempio, il creditore sequestrante – il quale pacificamente non gode di alcun diritto assoluto sulla cosa

In realtà, l'ipoteca non attribuisce al creditore alcun potere ulteriore sulla cosa oggetto di garanzia rispetto a quello ordinariamente conferito a qualsiasi creditore, anche chirografario. L'unica differenza consiste nel fatto che, a seguito dell'iscrizione della garanzia, lo stato di soggezione si estende anche a soggetti terzi; tale estensione, tuttavia, non è affatto un elemento essenziale e distintivo dell'ipoteca, essendo comune anche ad altre forme di tutela del credito (si pensi, per esempio, all'ipotesi in cui il bene sia oggetto di sequestro conservativo; sul punto si tornerà *infra*, in riferimento al requisito dell'immediatezza).

A riguardo, è possibile oltretutto richiamare l'analisi svolta da Carnelutti<sup>26</sup>. Osserva infatti l'Autore come ogni diritto – reale o personale che sia – comporta in capo al soggetto passivo il sorgere di un obbligo: nell'ambito dei diritti reali, l'obbligo si sostanzia nell'astensione dal compimento di ogni atto pregiudizievole del diritto vantato dal proprietario (o altro titolare di un diritto di godimento) sulla *res*.

Nel caso dell'ipoteca, non essendovi alcuna relazione materiale tra creditore ipotecario e bene ipotecato, non è dato invece stabilire in cosa consista questo obbligo, foss'anche di natura meramente negativa. Né il debitore, né il terzo avente causa, né qualsiasi altro terzo sono infatti gravati dal dovere di astenersi dal compimento di atti pregiudizievoli, se non nei limiti ordinariamente previsti anche rispetto a creditori non ipotecari.

L'iscrizione ipotecaria, secondo questa autorevole tesi dottrinarica, comporta solamente il sorgere di un mero stato di soggezione in capo al debitore, ai terzi aventi causa e ai creditori postergati in sede di distribuzione. L'unico obbligo promanante dall'ipoteca grava invece “*sull'ufficio esecutivo*”, il

---

sequestrata – può espropriare il bene anche rispetto a terzi aventi causa; egualmente il creditore vittorioso in revocatoria *ex art. 2901 c.c.* Quanto al secondo, in sede di distribuzione del prezzo ricavato, talune particolari categorie di creditori chirografari sono preferite ad altre diverse categorie di creditori, anch'essi privi di titolo di prelazione (così, ad esempio, nell'ipotesi di conflitto tra creditori del simulato alienante e del titolare apparente). Ragionare di efficacia *erga omnes* di diritti marcatamente processuali appare in conclusione improprio, se non del tutto errato: le ragioni esposte nel corso di questo capitolo consentono di confermare queste perplessità.

<sup>26</sup> CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, cit., 3 ss.

quale è tenuto a condurre l'esecuzione nel rispetto degli effetti prodotti dall'iscrizione.

La tesi si fonda sulla distinzione tra obbligo – quale elemento essenziale tanto dei diritti di credito quanto dei diritti reali – e soggezione – intesa nei termini di situazione giuridica in cui una parte, senza essere tenuta a compiere alcuna prestazione (nemmeno in senso puramente negativo), è tuttavia soggetta al potere dell'altra di dare esecuzione ad un determinato atto.

Ciò significa, in altre parole, escludere la sussistenza del carattere di cd. assolutezza dell'ipoteca rispetto al bene oggetto di garanzia.

### ***Immediatezza***

Quanto al secondo aspetto, particolarmente dibattuta si presenta, riguardo all'ipoteca, la questione relativa alla sussistenza o meno del carattere della cd. immediatezza.

Ogni diritto reale attribuisce al relativo titolare un potere immediato e diretto sulla cosa oggetto di diritto. La manifestazione positiva di tale principio può individuarsi nell'art. 1140 c.c., secondo cui il possesso “è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente alla proprietà o di altro diritto reale”<sup>27</sup>.

A contrario, dalla norma citata si desume che può considerarsi diritto reale la sola situazione giuridica soggettiva attributiva di un potere di fatto qualificabile come possesso: in ciò consiste appunto il potere diretto ed immediato del titolare del diritto rispetto alla *res*<sup>28</sup>, potere che può essere esercitato anche per mezzo di altri soggetti detentori della cosa.

---

<sup>27</sup> Può essere interessante notare come parte della dottrina ha peraltro negato che i diritti reali debbano necessariamente essere dotati del carattere di cd. immediatezza; altra parte della dottrina, al contrario, ha raggiunto conclusioni esattamente opposte, riconoscendo come diritti reali solo le situazioni giuridiche suscettibili di essere acquistate per mezzo del possesso (ossia per usucapione ovvero, nel caso di beni mobili, secondo la regola del cd. “possesso vale titolo”).

<sup>28</sup> Discusso è in realtà il caso delle cd. servitù negative, consistenti in un *non facere*. Secondo parte della dottrina, in esse difetta il requisito della immediatezza. V. sopra, alla nota 21.

Tanto precisato, sembra abbastanza evidente che il creditore ipotecario non acquisti in forza dell'iscrizione alcun potere immediato sulla cosa ipotecata<sup>29</sup>: questi non può infatti servirsene né goderne, tanto direttamente quanto per mezzo di un soggetto terzo e detentore.

A conferma, si consideri che l'ipoteca non può essere acquistata in forza di usucapione o comunque per mezzo del possesso: ciò non solo in quanto la garanzia si costituisce per mezzo di iscrizione nei pubblici registri, ma ancor prima poiché risulta astrattamente inconcepibile l'esercizio di un potere di fatto sulla cosa corrispondente al contenuto del diritto conseguente all'iscrizione ipotecaria.

Ciò significa che, contrariamente a quanto disposto dall'art. 1140 c.c., il creditore ipotecario non può vantare alcun potere immediato sulla cosa<sup>30</sup>; o in altre parole che è impossibile ipotizzare una forma di possesso della cosa corrispondente al diritto reale di garanzia.

Nemmeno sembra corretto cercare di superare il problema in esame evidenziando che il creditore, in forza dell'iscrizione ipotecaria, acquisterebbe il potere di espropriare il bene ipotecato anche contro i terzi aventi causa: ciò consentirebbe di offrire un'interpretazione lata ed estensiva del requisito

---

<sup>29</sup> Sul punto, è interessante rilevare come parte della dottrina ritenga che l'ipoteca non si estingua nemmeno qualora il bene oggetto di garanzia venga acquistato per usucapione da un terzo. Ciò che rileva ai nostri fini è l'argomento utilizzato per giungere a tale conclusione: si afferma infatti che, non estrinsecandosi l'ipoteca in un potere di fatto sulla cosa, nemmeno sarebbe possibile imputare al creditore un "negligente abbandono" della *res*, tale da far indurre a "preferire il possesso esercitato dal terzo" (v. così CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 489; il quale d'altro canto riprende l'opinione espressa da GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., 501, sottolineando tuttavia come l'Autore arrivi a conclusioni opposte, pur muovendo dalle medesime premesse). Sembra in realtà discutibile che l'usucapione – quale acquisto a titolo originario – non comporti il travolgimento di qualsiasi diritto, vincolo o peso, ivi compresa l'ipoteca; la posizione è disattesa dalla giurisprudenza largamente maggioritaria (v. Cass., 18.9.2012, n. 15698, con nota di FARINA, *Sentenza di accertamento dell'usucapione e tutela del creditore ipotecario pretermesso*, *Riv. Esec. Forz.*, 2013, 418 ss.; in senso conforme, Cass., 10.4.2000, n. 8792). Vale solo evidenziare, in questa sede, come le conclusioni raggiunte – condivisibili o meno – prendano le mosse proprio dall'assenza di qualsivoglia potere in capo al creditore ipotecario sul bene oggetto di garanzia.

<sup>30</sup> Conviene sul punto anche parte della dottrina favorevole a qualificare l'ipoteca come diritto reale di garanzia (sul presupposto, ritengo, che l'immediatezza non sia carattere proprio e distintivo dei diritti reali) (v. FRAGALI, *Ipoteca* (voce), cit. 752).

dell'assolutezza, definendo quest'ultima come potere indiretto del titolare del diritto reale sulla cosa oggetto di garanzia. Al potere così ricostruito corrisponderebbe lo stato di "soggezione" del bene ipotecato rispetto all'espropriazione forzata esperita dal creditore ipotecario.

L'interpretazione incorre tuttavia in più di una contraddizione.

In primo luogo, essa non tiene in alcun conto il tenore letterale dell'art. 1140 c.c.: anche a voler ritenere che l'ipoteca legittimi il creditore garantito ad agire contro il terzo avente causa (affermazione di per sé errata, posto che la legittimazione ad agire in esecuzione dipende soltanto dalla sussistenza di un titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*), resta il fatto che costui non possiede la *res*, né in senso pieno né in senso lato. Non esiste, nemmeno in astratto, una situazione di fatto sulla cosa che corrisponda all'esercizio del preteso diritto reale di garanzia: tant'è che esso, come già esposto, non può in ogni caso essere oggetto di acquisto per usucapione.

In secondo luogo, se l'immediatezza si risolve nel potere di espropriare la cosa contro il terzo proprietario, sembra opportuno evidenziare come identico potere sia conferito in particolari ipotesi anche a favore dei creditori chirografari. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il creditore chirografario abbia trascritto un provvedimento di sequestro conservativo anteriormente all'eventuale trascrizione dell'atto dispositivo compiuto dal debitore: il creditore sequestrante può agire nei riguardi del terzo avente causa, senza per questo dover concludere che egli sia titolare di un diritto reale di garanzia. Simili considerazioni possono essere svolte anche in riferimento alla posizione del creditore vittorioso in revocatoria.

Se dunque il potere di agire contro il terzo proprietario può qualificarsi come immediato e diretto, tale dovrebbe essere anche il potere attribuito al creditore chirografario di agire contro il proprio debitore; o quantomeno, il potere di agire nei riguardi di un terzo pur in assenza di ipoteca iscritta.

Seguendo questa impostazione, non si vede per quale ragione non riconoscere la qualificazione di diritto reale anche alla situazione derivante dall'attuazione del sequestro conservativo – la cui trascrizione consente di agire esecutivamente anche contro i successivi terzi acquirenti del bene – ovvero dall'esercizio dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c.: il creditore sequestrante e il creditore vittorioso, infatti, dispongono di un potere

esattamente identico a quello del creditore ipotecario, ossia possono espropriare la cosa trasferita a terzi ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Peraltro, è dato osservare come il potere del creditore sequestrante o vittorioso in revocatoria si prospetti ancor più incisivo ed esteso rispetto a quello del creditore ipotecario. Il creditore sequestrante o vittorioso in revocatoria, come peraltro anche il creditore chirografario sprovvisto di alcun ulteriore titolo (oltre al titolo esecutivo), non è soggetto ad alcun limite in ordine all'esperimento dell'azione esecutiva per la soddisfazione della propria pretesa.

Al contrario, l'art. 2911 c.c. dispone che il creditore ipotecario non è legittimato a pignorare beni diversi da quelli ipotecati, salvo non sottoponga a pignoramento anche i beni oggetto di garanzia.

Appare quantomeno singolare che un diritto reale possa produrre, oltre che diritti, anche vere e proprie limitazioni in capo al relativo titolare: il creditore ipotecario non solo non gode di un potere immediato (in senso stretto) sulla cosa; ma addirittura, per effetto della garanzia, vede circoscritto il proprio potere di agire in sede esecutiva al solo bene ipotecato.

Si potrebbe cercare di giustificare il divieto di cui all'art. 2911 c.c. tramite analogia con l'obbligo gravante sull'usufruttuario, ai sensi dell'art. 1101, co. 2, c.c., di conservare la cosa o di utilizzarla secondo la diligenza del buon padre di famiglia. Mi sembrerebbe tuttavia un tentativo piuttosto debole: nessuno degli "altri" diritti reali comporta infatti il prodursi di un effetto limitativo "in danno" del titolare della situazione giuridica soggettiva. L'ipoteca si presenterebbe dunque come fattispecie "doppiamente" eccezionale, da un lato priva del carattere di immediatezza, dall'altro produttiva di un vero e proprio divieto in capo creditore ipotecario.

### *Accessorietà*

Da ultimo, l'esame dei profili sostanziali inerenti alla garanzia ipotecaria necessita di soffermarsi sul carattere cd. accessorio dell'ipoteca rispetto al

credito garantito<sup>31</sup>. È infatti affermazione comune<sup>32</sup> – tanto da apparire quasi banale – quella secondo cui l’ipoteca, come ogni altro strumento a tutela del creditore, “segue” le vicende del credito garantito, di talché l’estinzione dell’obbligazione gravante sul creditore comporta necessariamente anche l’estinzione della garanzia. Principio, questo, positivizzato all’art. 2878, co. 1, n. 3, c.c.

Tale carattere appare pacifico laddove si osservino le vicende del credito e della relativa ipoteca in una prospettiva di diritto sostanziale<sup>33</sup>; ma altrettanto non è possibile affermare, invece, qualora si sposti l’oggetto dell’indagine entro l’ambito dell’esecuzione forzata<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> È sovente riportato il passo del Pothier, secondo cui: “*Il ne peut y avoir d’hypothèque, s’il n’y a une dette qui subsiste, pour laquelle l’hypothèque ait été contractée*”, POTHIER, *Traité de l’hypothèque*, Bruxelles, 1831, 443.

<sup>32</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 667; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 633; TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 447.

<sup>33</sup> In realtà, anche mantenendosi in una prospettiva di diritto sostanziale, l’accessorietà non rappresenta un carattere essenziale dell’ipoteca: nel nostro ordinamento e in quello francese (nonché negli ordinamenti da esso derivati) l’accessorietà della garanzia al credito è ritenuto elemento indefettibile. Non così in altri ordinamenti, ad esempio quello tedesco, dove ha carattere accessorio solo un determinato tipo di ipoteca, denominata “*Sicherunghypothek*”, di cui al § 1184 BGB. È stato così puntualmente evidenziato che già di per sé l’accessorietà della garanzia ipotecaria rappresenta una scelta di politica legislativa (v. CHIANGALE, *L’ipoteca*, cit., 61 ss.).

<sup>34</sup> A ben vedere, il tema esaminato subito oltre, nel testo, interseca un ulteriore e più generale problema, relativo al rapporto tra titolo esecutivo e diritto sostanziale di credito: per agire in esecuzione avverso il proprio debitore, condizione necessaria e sufficiente al fine dell’esperimento dell’azione esecutiva è la sussistenza di un titolo esecutivo valido ed efficace, recante un credito certo, liquido ed esigibile. Il debitore esecutato può ovviamente contestare l’esistenza del credito fatto valere tramite l’opposizione all’esecuzione di cui all’art. 615 c.p.c. (e simili considerazioni possono essere svolte anche riguardo i creditori in concorso, in sede di distribuzione di ricavato, ai sensi dell’art. 512 c.p.c.); ma qualora il debitore non proponga opposizione *ex art. 615 c.p.c.* – in difetto di poteri officiosi in capo al giudice dell’esecuzione di rilevare l’inesistenza del diritto sostanziale di credito – l’esecuzione forzata può legittimamente proseguire: il bene pignorato può essere venduto a terzi e il prezzo ricavato dalla vendita forzata può essere infine distribuito anche a favore del creditore titolato, pur in assenza di un effettivo diritto sostanziale. Questa (apparente) discrasia tra vicende del credito e processo esecutivo è stata approfonditamente esaminata da Liebman: l’Autore evidenzia come l’azione esecutiva non solo “*nasce col titolo, ma ha unicamente in esso il suo fondamento giuridico*”. Il diritto di agire in esecuzione “*vive di una vita propria*”, autonomia dal credito sostanziale di cui si pretende soddisfazione, il che conduce in definitiva ad

È opportuno cominciare l'esame della questione approfondendo l'ipotesi in cui un creditore agisca ai sensi dell'art. 602 c.p.c. contro il terzo proprietario del bene oggetto di garanzia, senza tuttavia disporre di ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione dell'atto dispositivo (in quanto l'iscrizione non è mai stata realizzata, ovvero è stata cancellata, o ancora è ormai perentoria e dunque inefficace).

L'assenza di un presupposto necessario ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva rappresenta un vizio rilevabile *ex officio* dal giudice dell'esecuzione: in particolare, nell'ipotesi di esecuzione *ex art. 602 c.p.c.*, il giudice dell'esecuzione, all'udienza di autorizzazione alla vendita, può rilevare il difetto di ipoteca iscritta sul bene oggetto di espropriazione contro il terzo proprietario. In tal caso, anche in assenza di opposizione, il giudice dell'esecuzione dichiara improcedibile l'azione esecutiva.

Diverso è tuttavia il caso in cui il creditore ipotecario – il quale abbia iscritto ipoteca anteriormente alla trascrizione dell'atto dispositivo – agisca in esecuzione contro il terzo proprietario pur essendo intervenuta l'estinzione del credito garantito per soddisfazione della pretesa o altro fatto rilevante (si suppone, ovviamente, che il creditore ipotecario, pur a fronte dell'estinzione dell'obbligazione, sia ancora in possesso del titolo esecutivo).

Il debitore o il terzo aggredito ai sensi dell'art. 602 c.p.c. possono chiaramente opporsi all'esecuzione, affermando l'estinzione del credito fatto valere. Tuttavia, nel caso di mancata opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, il processo

---

ammettere che possa “*compirsi un'esecuzione in assenza di credito*”. (v. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1936, spec. 157-158). D'altro canto – come anche illustrato dall'Autore – ciò non significa ovviamente che l'autonomia (oggettivamente sussistente) tra titolo esecutivo e diritto di credito sia assoluta: come già osservato (e come osserva anche l'Autore) l'inesistenza del credito in forza del quale si agisce in esecuzione può essere fatta valere dal debitore esecutato tramite il rimedio dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* (nonché dai creditori concorrenti sul prezzo, ma anche dal debitore, in sede di distribuzione del ricavato). Ciò vale, mi sembra, a superare la tesi secondo cui l'autonomia del titolo esecutivo risulterebbe smentita proprio dalla possibilità, per il debitore, di proporre opposizione all'esecuzione contestando l'inesistenza del diritto di credito (v. recentemente A. ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008, 22, spec. nota n. 42).

esecutivo prosegue pacificamente, ben potendo giungere alla vendita forzata e alla conseguente distribuzione del prezzo ricavato<sup>35</sup>.

Infatti, come si avrà modo di esporre più diffusamente oltre<sup>36</sup>, nell'ipotesi in cui il credito garantito sia già stato soddisfatto (o sia comunque estinto) e tuttavia l'ipoteca non sia stata cancellata, il giudice dell'esecuzione non ha alcun potere di rilevare *ex officio* il venir meno della garanzia ipotecaria: in presenza di un titolo esecutivo e di iscrizione ipotecaria, l'esecuzione forzata *ex art. 602 c.p.c.* può considerarsi efficacemente instaurata, essendo dunque necessario, al fine del travolgimento del processo, l'esperimento (e l'accoglimento) dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* da parte del debitore o del terzo avente causa.

Conclusioni simili possono essere raggiunte anche in riferimento al titolo di preferenza riconosciuto al creditore ipotecario in sede di distribuzione del ricavato: il creditore ipotecario ha diritto ad essere soddisfatto in preferenza rispetto agli altri creditori in concorso, secondo il grado della propria ipoteca; anche in questo caso, al fine del riconoscimento del titolo di prelazione, è necessario e sufficiente per il creditore ipotecario disporre (oltre che del titolo esecutivo) di garanzia iscritta presso i registri immobiliari al momento dell'adozione del decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.* (e relativo ordine di cancellazione). Solo in difetto di iscrizione, il giudice dell'esecuzione può escludere d'ufficio il titolo di prelazione preteso dal creditore ipotecario; altrimenti, qualora l'ipoteca risulti ancora iscritta pur essendo estintasi la

---

<sup>35</sup> Possono essere qui richiamate le considerazioni svolte in dottrina con riguardo alla più generale ipotesi di inesistenza del credito fatto valere in esecuzione. Si è distinto, a tal proposito, tra esecuzione "processuale legittima" – per cui è necessario e sufficiente la mera sussistenza del titolo esecutivo – ed esecuzione "sostanzialmente giusta" – ossia quella iniziata (o proseguita) pur a fronte dell'inesistenza del diritto di credito – osservando che solo nella seconda ipotesi la soddisfazione del creditore può considerarsi "stabile". L'inesistenza sostanziale del credito, infatti, consente al debitore di agire tramite gli ordinari rimedi civili per la restituzione della somma versata a favore del creditore (v. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, Riv. Esec. Forz., 2019, spec. 266).

<sup>36</sup> Si rinvia al capitolo quarto, laddove si tratta dei poteri di rilievo *ex officio* accordati al giudice dell'esecuzione in sede di udienza per la distribuzione del ricavato (ma analoghe considerazioni possono essere volte anche in riferimento all'esercizio dell'azione esecutiva *ex art. 602 c.p.c.*), p. 202 ss.

garanzia, è necessario che i creditori concorrenti contestino la sussistenza del titolo di prelazione.

È possibile peraltro estendere le considerazioni svolte in tema di estinzione dell'obbligazione principale anche rispetto alla diversa ipotesi di cessione del credito assistito da ipoteca: in tal caso, l'art. 2843 c.c. dispone che il mutamento soggettivo nella titolarità dell'ipoteca ha effetto riguardo a terzi solo dal momento in cui è stata eseguita l'annotazione del nuovo creditore a margine dell'originaria iscrizione ipotecaria. L'applicazione rigorosa della norma in discorso – un tempo maggioritaria<sup>37</sup> ma oggi in realtà posta in discussione dalla recente giurisprudenza<sup>38</sup> – impone di qualificare l'annotazione della cessione come formalità di natura “costitutiva”, nel senso che, in difetto, l'iscrizione non produce alcun effetto a favore del terzo cessionario, così che questi non può far valere in sede di distribuzione del ricavato il titolo di prelazione derivante dalla garanzia.

Si propongono peraltro alcune particolari problematiche nell'ipotesi in cui il creditore cessionario sia intervenuto in esecuzione successivamente all'adozione del decreto di trasferimento, senza tuttavia aver provveduto all'annotazione della cessione. In questo caso, la formalità è ormai divenuta impossibile, stante l'ordine di cancellazione dell'ipoteca contenuto nel medesimo decreto *ex art. 586 c.p.c.*: si potrebbe allora ritenere che ciò precluda al creditore cessionario l'esercizio del titolo di prelazione (e a monte, in realtà, anche il diritto di intervenire in esecuzione); oppure, come sembra preferibile,

---

<sup>37</sup> V. Cass., 12.2.2013, n. 3402; Cass., 21.3.2003, n. 4137; nonché Cass., 23. 3.1995, n. 3387.

<sup>38</sup> V. Cass., 26.2.2021, n. 5508, la quale ha qualificato l'annotazione come formalità a carattere “latamente dichiarativo” e non costitutivo (“*nell'ipotesi di trasferimento della prelazione l'annotazione giova non a costituire una garanzia, già in essere, bensì, più limitatamente, a identificare il soggetto che ne è titolare, permettendo quest'individuazione ai terzi e consentendo la risoluzione degli eventuali conflitti tra plurimi cessionari*”): sicché, in difetto di annotazione, il creditore cessionario avrebbe diritto a soddisfarsi in preferenza sul ricavato secondo il grado dell'ipoteca, purché “*la cessione sia stata idoneamente palesata al giudice dell'esecuzione in tempo utile alla sua valutazione distributiva, e pertanto anche ai creditori concorrenti e all'esecutato*”.

ammettere che la cancellazione della garanzia comporti l'irrelevanza dell'annotazione ai fini della tutela del creditore cessionario<sup>39</sup>.

Comunque sia, qualora si aderisse alla tesi della natura costitutiva dell'annotazione *ex art. 2843 c.c.*, il creditore cedente, qualora il terzo cessionario non abbia provveduto alla formalità in discorso, potrebbe far valere il proprio titolo di prelazione in sede di distribuzione del prezzo, al fine di essere soddisfatto secondo il grado dell'ipoteca. I creditori concorrenti possono ovviamente avvalersi della tutela offerta dall'*art. 512 c.p.c.*, contestando la titolarità del credito ceduto; ma qualora ciò non avvenga, e il creditore cedente sia soddisfatto in preferenza rispetto agli altri creditori, il pagamento appare tanto valido quanto efficace.

Diversamente, qualora il terzo cessionario abbia annotato la cessione a margine dell'iscrizione originaria, il giudice dell'esecuzione può (e deve) rilevare *ex officio* il difetto del titolo di prelazione vantato dal creditore cedente in sede di distribuzione del ricavato.

Analoghe considerazioni valgono altresì riguardo all'ulteriore profilo relativo al pignoramento contro il terzo proprietario eseguito ai sensi dell'*art. 602 c.p.c.*, ai fini del quale la garanzia iscritta costituisce presupposto indefettibile.

In mancanza di annotazione ai sensi dell'*art. 2843 c.c.*, se il creditore cedente agisce contro il terzo proprietario, questi è legittimato ad opporsi all'esecuzione (peraltro tale opposizione non è fondata, meramente, sull'inefficacia dell'iscrizione ipotecaria, bensì più radicalmente sull'inesistenza del credito fatto valere in quanto trasferito al creditore cessionario); ma potrebbe anche rimanere inerte, senza esperire l'opposizione all'esecuzione: in quest'ultimo caso, allora, il processo esecutivo potrà proseguire legittimamente.

Una volta annotato il mutamento soggettivo a margine dell'ipoteca originaria, invece, il giudice dell'esecuzione è onerato del dovere di rilevare *ex officio* il difetto di legittimazione ad agire avverso il terzo proprietario del

---

<sup>39</sup> In questo secondo senso si è orientata (a mio avviso, correttamente) la giurisprudenza: si veda Cass., 26.3.2015, n. 6082.

bene, quantomeno per difetto del presupposto necessario costituito dall'iscrizione ipotecaria.

In conclusione, è possibile evidenziare come l'estinzione o la circolazione del credito non comportino di per sé l'impossibilità per il creditore di servirsi (in assenza di contestazioni) della garanzia ipotecaria in sede di esecuzione forzata: le vicende dell'ipoteca divergono così da quelle proprie dell'iscrizione, nel senso che in forza della sola formalità il creditore ipotecario – indipendentemente dall'esistenza della garanzia – può agire contro il terzo proprietario *ex art. 602 c.p.c.* ed essere soddisfatto in preferenza sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Ciò ovviamente non significa che il credito garantito e l'ipoteca iscritta non siano legati da alcun rapporto di accessorietà<sup>40</sup>, ma impone di interpretare tale ultimo concetto tenendo conto del fatto che l'iscrizione ipotecaria può comunque ritenersi dotata di un'autonoma efficacia processuale.

### ***La natura giuridica dell'ipoteca in una prospettiva processuale***

Quanto fin qui esposto ripercorre per buona parte argomenti già espressi in dottrina; e pur riconoscendo che le critiche svolte alla qualificazione dell'ipoteca quale diritto reale di garanzia appaiono forse più convincenti rispetto alle ragioni portate a sostegno della tesi, esse non mi sembrano tuttavia risolutive.

Come già osservato, la discussione sopra ripercorsa viene condotta esclusivamente interrogandosi sulla sussistenza dei requisiti tradizionalmente attribuiti ai diritti reali in riferimento alla fattispecie ipotecaria.

Impostando l'indagine in questi termini, tuttavia, si omette di considerare la questione nel suo necessario antecedente logico, ossia se l'ipoteca dia luogo – prima ancora che ad un diritto reale di garanzia – ad un diritto soggettivo

---

<sup>40</sup> È possibile richiamare quanto evidenziato alla precedente nota 34 in riferimento all'autonomia del titolo esecutivo rispetto al diritto di credito di cui si pretende soddisfazione: tale "autonomia" non ha evidentemente carattere assoluto, in quanto l'inesistenza del credito può essere fatta valere del debitore esecutato con il rimedio dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*; nonché dai creditori concorrenti in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata. Ma ciò non esclude il carattere autonomo che il titolo esecutivo (e il conseguente diritto di agire in esecuzione) assume nei confronti del diritto sostanziale di credito.

avente rilevanza sostanziale, o comunque ad una situazione giuridica produttiva di effetti sostanziali. Qualora si dimostri che l'ipoteca non è un diritto sostanziale, si deve giocoforza escludere anche la qualificazione della stessa in termini di diritto reale di garanzia.

La questione può allora essere proposta nei termini seguenti: se esista nel nostro ordinamento un diritto sostanziale di ipoteca e quale sia esattamente il suo contenuto. Problema che può essere riformulato anche come segue: se il creditore ipotecario possa agire in giudizio per l'accertamento del proprio diritto di garanzia; o più in generale se sia ammissibile in sede di cognizione la domanda diretta a far dichiarare la esistenza o inesistenza del diritto reale di ipoteca.

Infatti, solo qualora si ritenesse l'ipoteca suscettibile di accertamento in sede di cognizione, essa potrebbe qualificarsi come "diritto" e avrebbe senso dunque porsi la successiva questione relativa alla sua natura "reale".

L'argomento da ultimo esposto muove dall'art. 24 Cost., in forza del quale "tutti" possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Ciò significa che chiunque si pretenda titolare di un determinato diritto sostanziale<sup>41</sup> può domandarne l'accertamento al giudice di cognizione.

Tale potere non è esercitabile in maniera assoluta ed indiscriminata, soggiacendo in ogni caso alle limitazioni previste dalla disciplina processuale; ciononostante, non può porsi in dubbio che l'ordinamento debba garantire la possibilità, ad ogni soggetto, di adire l'autorità giudiziaria al fine di domandare l'accertamento di un determinato diritto soggettivo.

Se si dovesse concludere che l'ipoteca non può costituire oggetto di un autonomo giudizio di accertamento, si dovrebbe dedurre che essa non può essere nemmeno qualificata come diritto soggettivo: si dovrebbe infatti presupporre che esistono diritti di cui non può essere domandato l'accertamento avanti il giudice di cognizione. Conclusione che, tuttavia, contraddice l'art. 24 Cost.

---

<sup>41</sup> I diritti di cui tratta l'art. 24 Cost. sono i diritti di natura sostanziale o, per meglio dire, dotati di rilevanza sostanziale. Le fattispecie di carattere processuale, invece, non sono suscettibili di essere autonomamente accertate in sede di cognizione: ogni diritto processuale trova infatti tutela nel giudizio cui si riferisce e può essere fatto valere in tale sede tramite i rimedi all'uopo previsti dall'ordinamento.

*Brevi precisazioni in ordine alle cd. parentesi di cognizione in pendenza dell'esecuzione forzata*

Il problema consiste dunque nel domandarsi se l'ipoteca sia suscettibile di autonomo accertamento in sede di cognizione. La questione potrebbe trovare un'apparente quanto rapida soluzione, in considerazione del fatto che la sussistenza dell'ipoteca può essere oggetto di accertamento nelle cd. "parentesi di cognizione" introdotte in pendenza dell'esecuzione forzata.

Così, ad esempio, qualora il creditore ipotecario agisca ai sensi dell'art. 602 c.p.c. contro il terzo proprietario della cosa, quest'ultimo potrebbe opporsi all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. contestando l'esistenza attuale della garanzia. Ovvero, laddove il creditore ipotecario pretenda di essere soddisfatto in preferenza in sede di distribuzione del ricavato, i creditori in concorso potrebbero contestare la sussistenza del titolo di prelazione: qualora il giudice dell'esecuzione risolvesse la questione in senso favorevole al creditore ipotecario, i creditori in concorso potrebbero allora proporre opposizione *ex art.* 617 c.p.c. avverso il provvedimento di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

In un caso come nell'altro, si apre appunto nel processo esecutivo una "parentesi" di cognizione. E si potrebbe ritenere che oggetto di queste "parentesi di cognizione" sia proprio il diritto di ipoteca, così risolvendo il problema qui in esame a favore della suscettibilità della garanzia ad essere oggetto di accertamento.

Ma questa soluzione si dimostra insoddisfacente: se infatti l'ipoteca fosse davvero un diritto sostanziale, essa dovrebbe essere sempre e comunque suscettibile di accertamento, non solo nell'ambito del processo di cognizione introdotto tramite le opposizioni di cui agli artt. 615 e 617 c.p.c.

Anche ammesso infatti che il giudizio di opposizione abbia effettivamente ad oggetto l'accertamento dell'ipoteca<sup>42</sup>, resta il fatto che esso trae comunque la propria origine (e giustificazione) dal processo esecutivo pendente: posto che nel contesto dell'esecuzione forzata non vi è dubbio alcuno

---

<sup>42</sup> La questione sarà più approfonditamente trattata nel cap. IV, p. 184 ss.

circa la rilevanza della garanzia ipotecaria, il vero problema è stabilire se essa possa essere oggetto di accertamento anche fuori dal processo esecutivo. In altre parole, se l'ipoteca sia parimenti suscettibile di accertamento anche in un giudizio di cognizione autonomo, cioè instaurato indipendentemente dal processo di esecuzione forzata.

### ***L'esercizio dell'azione di "accertamento dell'ipoteca" da parte del creditore garantito***

Si consideri innanzitutto l'ipotesi in cui il creditore ipotecario agisca in giudizio, facendo valere l'esistenza del proprio diritto di ipoteca, magari contestualmente alla domanda di accertamento del diritto di credito garantito e alla conseguente richiesta di condanna del debitore. Vale interrogarsi, dapprima, sull'oggetto (mediato) dell'azione così ipotizzata; in secondo luogo, si tratta di stabilire quale sia la tutela che il creditore ipotecario potrebbe ottenere.

Si deve escludere innanzitutto che il giudizio di cognizione possa avere ad oggetto l'esistenza dell'ipoteca intesa quale iscrizione: tale questione è infatti "meccanicisticamente" risolta alla luce delle risultanze dei registri immobiliari<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Vale appena precisare che l'iscrizione ha efficacia costitutiva della garanzia ipotecaria, come espressamente stabilito dall'art. 2808, co. 2, c.c. Dal punto di vista storico, la disposizione pone fine ad un'altra dibattuta questione, inerente alla natura dell'iscrizione ipotecaria: nella vigenza del precedente codice, infatti, si era ampiamente discusso se l'iscrizione fosse necessaria ai solo fini dell'opponibilità della garanzia rispetto ai terzi: "*Ho chiaramente affermato, nel secondo comma dell'art. 2808, il carattere costitutivo dell'iscrizione ipotecaria, dando così soluzione negativa alla questione, agitatasi sotto l'impero del codice precedente, se l'iscrizione fosse necessaria soltanto per l'efficacia dell'ipoteca rispetto ai terzi e se questa potesse sussistere nei rapporti tra creditore e debitore o terzo datore in base al semplice titolo che conferisce il diritto di iscriverla*" (Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi, cit., 265). Anche se, a ben vedere, non è chiaro quali effetti l'ipoteca non iscritta potrebbe (anche solo in astratto) produrre "*inter partes*", atteso che essa rileva unicamente nei riguardi del terzo avente causa del bene oggetto di garanzia nonché del ceto creditorio in concorso sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Parimenti, deve escludersi che oggetto di accertamento siano i singoli diritti prodotti dalla garanzia, ossia il cd. diritto di seguito ovvero il titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato.

Quanto al diritto di preferenza vantato dal creditore ipotecario, il relativo accertamento presuppone giocoforza l'esistenza di un concorso attuale tra creditori sul prezzo ricavato dalla vendita forzata: perfino nella fase di distribuzione del ricavato esso potrebbe dimostrarsi irrilevante, ad esempio nell'ipotesi in cui non vi siano altri creditori interessati a soddisfarsi sul ricavato dalla vendita forzata.

Logica conseguenza di quanto appena esposto è che la valutazione inerente alla sussistenza del titolo di prelazione non compete (e non può competere) al giudice di cognizione, non essendovi nemmeno – fuori dall'esecuzione forzata – i presupposti astrattamente necessari per procedere a un simile accertamento. Un'eventuale pronuncia sul punto, a ben vedere, non assumerebbe nemmeno rilevanza giuridica, essendo comunque rimesso al giudice dell'esecuzione verificare l'esistenza del diritto di preferenza esercitato dal creditore ipotecario.

Simili considerazioni possono essere svolte anche in riferimento al cd. diritto di seguito. Infatti, la domanda diretta a far dichiarare il potere di espropriare il bene contro il terzo avente causa del debitore, qualora accolta, darebbe luogo ad una pronuncia del tutto irrilevante sul piano giuridico: la sussistenza dell'ipoteca quale presupposto necessario ai fini della tutela prevista ai sensi dell'art. 602 c.p.c. non potrà che essere verificata al momento dell'effettivo dell'esercizio dell'azione esecutiva contro il terzo proprietario.

Oltretutto, vale osservare come legittimato passivo nel giudizio diretto ad accertare l'esistenza della garanzia non potrebbe essere che il debitore proprietario del bene gravato da ipoteca: l'azione non può essere infatti esercitata né nei confronti dei creditori concorrenti, né contro il terzo proprietario, per l'elementare ragione che, fuori dall'esecuzione forzata, tali soggetti non possono essere individuati nemmeno in via astratta.

Si verrebbe dunque a creare un evidente discrasia, in quanto legittimato passivo dell'azione sarebbe un soggetto – il debitore proprietario del bene ipotecato – verso il quale la garanzia non produce né mai produrrà alcun effetto.

Ciò conduce a ritenere che, in definitiva, l'oggetto dell'ipotetico giudizio di cognizione instaurato dal creditore ipotecario non possa essere individuato né nell'accertamento del diritto di seguito, né nell'accertamento del titolo di prelazione, ovvero di qualsiasi altro effetto conseguente all'iscrizione dell'ipoteca. Se è vero ciò, appare quindi lecito domandarsi quale altro aspetto della garanzia possa essere fatto oggetto di accertamento da parte del giudice di cognizione.

A ben vedere, l'eventuale accoglimento della domanda del creditore ipotecario condurrebbe alla pronuncia di una sentenza che accerta l'esistenza della garanzia in via puramente "formale", senza statuire alcunché in ordine all'effettiva idoneità dell'ipoteca a produrre i propri effetti nella successiva ed eventuale procedura di esecuzione forzata.

E ciò conduce peraltro a chiedersi se la domanda di accertamento dell'ipoteca possa in definitiva rivestire una qualche utilità o risultare comunque funzionale alla soddisfazione delle ragioni del creditore. Anche sotto questo profilo, la risposta mi sembra negativa.

Già si è evidenziato come, anteriormente all'instaurazione del processo esecutivo, la tutela del creditore ipotecario sia assicurata in forza della mera iscrizione della garanzia nei registri immobiliari<sup>44</sup>. In altre parole, la sussistenza della formalità è condizione necessaria ma sufficiente a consentire la piena operatività dell'ipoteca in un futuro ed eventuale processo esecutivo.

Pertanto, anche in assenza di accertamento in sede di cognizione, il creditore garantito è sempre legittimato, fintantoché sussiste l'iscrizione ipotecaria, ad agire nelle forme dell'art. 602 c.p.c. avverso il terzo acquirente del bene gravato da ipoteca; soprattutto, lo stesso può pretendere di essere soddisfatto in preferenza rispetto agli altri creditori sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Per altro verso, in una prospettiva per così dire "temporale", l'attuale dichiarazione di esistenza dell'ipoteca si presenta del tutto irrilevante ai fini di un eventuale e futuro processo esecutivo, posto che – apertasi l'esecuzione forzata – si renderà necessario verificare (nuovamente) l'attuale esistenza

---

<sup>44</sup> Si veda quanto poco sopra esposto in riferimento all'accessorietà della garanzia ipotecaria: *supra*, p. 16 ss.

della garanzia. Esistenza che, ancora una volta, prescinde da qualsiasi sentenza di accertamento e presuppone soltanto la sussistenza di un'iscrizione ipotecaria produttiva di effetti.

In conclusione, sotto questo profilo, l'accertamento del giudice di cognizione non aggiunge alcunché alla tutela del creditore ipotecario: l'azione da questi esercitata in sede di cognizione, pertanto, sarebbe priva di utilità, non perseguendo alcuna apprezzabile ragione di tutela.

### ***L'esercizio dell'azione da parte del debitore titolare del diritto oggetto di garanzia***

L'azione rivolta a suscitare una pronuncia sull'esistenza della garanzia ipotecaria potrebbe essere esercitata anche dal debitore titolare del diritto gravato da ipoteca. Ciò ovviamente non nel caso in cui l'iscrizione ipotecaria sia già stata cancellata (poiché la posizione del debitore risulta già di per sé pienamente tutelata) ma in tutte le ipotesi in cui, successivamente all'iscrizione, sia intervenuta una causa di estinzione della garanzia<sup>45</sup>; ovvero, laddove la formalità ipotecaria sia stata eseguita illegittimamente, in assenza di un valido titolo o in violazione delle norme sul procedimento di iscrizione.

In questo caso, non mi sembra si possa porre in dubbio che l'azione diretta ad ottenere la cancellazione dell'iscrizione si dimostri utile a tutelare le ragioni del debitore, anche solo in virtù del disvalore economico che il vincolo ipotecario imprime al bene oggetto di garanzia. In altre parole, il debitore – ovvero il terzo avente causa – risulterebbe pregiudicato dalla sussistenza di un'ipoteca indebitamente iscritta qualora, per esempio, intendesse cedere a terzi il bene gravato; ovvero concederlo in ulteriore garanzia per l'ottenimento di un finanziamento.

---

<sup>45</sup> L'art. 2878 c.c. prevede infatti che l'ipoteca “*si estingue*”: 1) con la cancellazione dell'iscrizione; 2) con la mancata rinnovazione dell'iscrizione entro il termine indicato dall'articolo 2847; 3) con l'estinguersi dell'obbligazione; 4) col perimento del bene ipotecato<sup>45</sup>, salvo quanto è stabilito dall'articolo 2742; 5) con la rinuncia del creditore; 6) con lo spirare del termine a cui l'ipoteca è stata limitata o col verificarsi della condizione risolutiva; 7) con la pronuncia del provvedimento che trasferisce all'acquirente il diritto espropriato e ordina la cancellazione delle ipoteche.

Si tratta, peraltro, di una finalità ritenuta dal legislatore meritevole di tutela, quantomeno nell'ipotesi di adempimento dell'obbligazione principale: l'art. 1200 c.c. dispone infatti che, soddisfatta l'obbligazione, il creditore è tenuto a concedere la liberazione dei beni oggetto di garanzia reale. Ciò significa, in altre parole, che l'esigenza del debitore a veder cancellata l'ipoteca trova – almeno in un caso specifico – espressa tutela a livello normativo.

D'altro canto, la cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari appare funzionale alla piena tutela del debitore (o del terzo avente causa) anche solo in ragione di quanto sopra esposto in riferimento alla cd. accessorietà dell'ipoteca rispetto al credito garantito: si è visto come tale accessorietà, se osservata nella prospettiva del processo esecutivo, non possa ritenersi affatto assoluta, soprattutto alla luce della possibilità per il creditore ipotecario di esercitare i diritti propri della garanzia fintantoché l'ipoteca risulta iscritta nei registri immobiliari.

Laddove il creditore ipotecario agisca in esecuzione nonostante la sussistenza di una causa di estinzione della garanzia – ad esempio, la rinuncia all'ipoteca – il debitore, il terzo esecutato o i creditori in concorso possono far valere l'inesistenza dell'ipoteca, tramite i rimedi previsti a seconda del caso concreto. Ma qualora non venga sollevata alcuna contestazione<sup>46</sup>, il processo di esecuzione giunge validamente a compimento, facendo salvi (in caso di successive contestazioni) tutti i suoi effetti<sup>47</sup>, dalla vendita del bene pignorato alla distribuzione delle somme ricavate.

---

<sup>46</sup> Sulla rilevabilità *ex officio* dell'inesistenza della garanzia mi soffermerò più ampiamente *infra*, cap. IV, p. 202 ss. Basti qui evidenziare che quanto esposto nel testo presuppone che l'ipoteca non sia stata cancellata e non sia divenuta inefficace (ossia non risulti decorso il termine ventennale di perenzione di cui all'art. 2847 c.c.): in questi casi (e solo in questi), il giudice dell'esecuzione è legittimato a rilevare *ex officio* l'inesistenza della garanzia pretesa dal creditore ipotecario. E ciò proprio in ragione del fatto che tale inesistenza trova riflesso nell'inefficacia dell'iscrizione e risulta dunque suscettibile di essere immediatamente rilevata tramite la mera consultazione dei registri immobiliari.

<sup>47</sup> Così, ad esempio, il terzo avente causa “inerte” non può rivendicare contro l'acquirente in vendita forzata la proprietà del bene oggetto di espropriazione; né può pretendere la ripetizione di quanto ottenuto dai creditori in sede di distribuzione del ricavato. L'unica forma di tutela è offerta dall'esperimento dell'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. nei riguardi del creditore ipotecario procedente, ovviamente laddove sussistano i presupposti richiesti dalla norma.

Si dimostra pertanto ulteriormente opportuno per il debitore procurarsi un titolo (volontario o giudiziale) idoneo alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria<sup>48</sup>, ciò al fine di rimuovere dai registri immobiliari una formalità che, pur a fronte dell'estinzione della garanzia, può tuttavia produrre i propri effetti (in mancanza di contestazioni) nell'ambito dell'esecuzione forzata<sup>49</sup>.

### ***L'azione diretta ad ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria***

Poste queste premesse, è necessario adesso soffermarsi sull'oggetto del giudizio di cognizione instaurato dal debitore<sup>50</sup>. Esso potrebbe essere identificato, in linea di prima approssimazione, proprio nell'accertamento del diritto reale di ipoteca: in particolare, il debitore potrebbe agire avanti il giudice di cognizione per far dichiarare l'inesistenza dell'ipoteca (intesa quale diritto reale) e per l'effetto ottenere l'adozione dell'ordine di cancellazione della formalità.

Tuttavia, a ben vedere, il debitore non agisce affatto in giudizio per domandare l'accertamento (negativo) del diritto di ipoteca, quanto semmai per

---

<sup>48</sup> È opportuno precisare come la cancellazione integri anch'essa una formalità pubblicitaria, compiuta dal conservatore dei registri immobiliari, a sua volta eseguita in forza di un idoneo titolo. Il titolo può essere di natura giudiziale (come nell'ipotesi di cancellazione ordinata dal giudice ai sensi dell'art. 586 c.p.c.) ovvero di natura volontaria (qualora il creditore ipotecario autorizzi con atto pubblico o scrittura privata autenticata il debitore a procedere alla cancellazione).

<sup>49</sup> Quanto esposto vale a maggior ragione laddove si considerino alcune ipotesi particolare, come ad esempio quella inerenti al rapporto tra cessione del credito garantito e rinuncia all'ipoteca. L'art. 2879 c.c. prevede infatti che in caso di cessione di credito la rinuncia è opponibile al terzo cessionario solo qualora la cancellazione dell'iscrizione sia stata eseguita anteriormente all'annotazione ex art. 2843 c.c. Pertanto, il debitore deve procedere alla cancellazione per poter salvaguardare le proprie ragioni verso eventuali terzi cessionari, indipendentemente dal fatto che la garanzia risulti ormai estinta. L'eventuale tardività della cancellazione impedisce al debitore di opporre al cessionario il venir meno dell'ipoteca, a dimostrazione di come, ancora una volta, formalità e garanzia seguano sorti differenti. In questo caso, l'interesse del debitore non è quello di ottenere l'accertamento negativo della garanzia ipotecaria, quanto semmai procurarsi un titolo (giudiziale) necessario per procedere alla cancellazione (qualora ovviamente la rinuncia non abbia la forma richiesta *ex lege* per procedere alla cancellazione).

<sup>50</sup> I riferimenti al debitore possono ritenersi validi anche in relazione alla posizione del terzo proprietario avente causa.

far valere una diversa situazione giuridica soggettiva, del tutto autonoma e distinta, ossia il diritto a pretendere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria dai registri immobiliari.

L'esistenza di tale diritto alla cancellazione – quale autonoma fattispecie giuridica – trova espressione nel disposto dell'art. 1200 c.c. laddove si prevede che il creditore soddisfatto deve consentire alla liberazione dei beni del debitore dalle garanzie reali iscritte sul medesimo.

Qualora l'obbligazione sia stata adempiuta – o risulti comunque estinta – sorge pertanto in capo al debitore il diritto di pretendere dal creditore (già ipotecario) il rilascio di un titolo idoneo alla cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari; e laddove il creditore non ottemperi a tale obbligo, il debitore può agire in giudizio per domandare l'accertamento del proprio diritto ad ottenere la liberazione dalle garanzie reali.

Ma si potrebbe obiettare che l'accertamento del diritto alla cancellazione – essendo antitetico alla permanenza della garanzia – presupponga necessariamente l'accertamento (negativo) del diritto di ipoteca. Al fine di valutare la fondatezza della pretesa avanzata dal debitore, il giudice di cognizione sarebbe tenuto – anche solo in via incidentale *ex art. 34 c.p.c.* – a decidere in ordine all'esistenza o meno del diritto di garanzia: solo laddove egli accertasse l'inesistenza di tale diritto, potrebbe allora disporre la cancellazione dell'ipoteca dai registri immobiliari.

Tuttavia, ciò imporrebbe di ritenere che il diritto ad ottenere la cancellazione possa considerarsi in qualche modo conseguente o collegato all'esistenza della garanzia ipotecaria. E, a mio avviso, così non è: il diritto del debitore di pretendere la cancellazione dell'iscrizione pregiudizievole ha infatti natura del tutto autonoma, presupponendo la sussistenza di autonomi fatti costitutivi e risultando dunque suscettibile di autonomo accertamento in sede giudiziale.

Ad esempio, la soddisfazione del credito garantito, per espressa previsione normativa, è fonte di distinti effetti giuridici tra loro del tutto indipendenti: da un lato, essa è considerata dall'art. 2878, co. 1, n. 3, c.c. come fatto estintivo della garanzia ipotecaria; dall'altro, ai sensi dell'art. 1200 c.c., la soddisfazione del credito rileva come fatto costitutivo del diritto in capo al debitore di pretendere la cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari.

Non si vede per quale ragione, pertanto, il giudice di cognizione dovrebbe accertare l'esistenza del diritto reale di garanzia per poter pronunciarsi in ordine al diritto del debitore di ottenere la cancellazione dell'iscrizione: l'accertamento del diritto a pretendere la cancellazione presuppone soltanto la previa verifica della soddisfazione o dell'estinzione dell'obbligazione garantita.

Simili considerazioni possono essere svolte in riferimento all'ulteriore ipotesi di rinuncia all'ipoteca da parte del creditore garantito<sup>51</sup>: anche in questo caso, la rinuncia produce un duplice effetto, ossia l'estinzione della garanzia (ai sensi dell'art. 2878, co. 1, n. 5, c.c.) e l'attribuzione al debitore del diritto a richiedere la cancellazione dell'iscrizione (come si evince implicitamente dall'art. 2879, co. 2, c.c.).

Se l'atto di rinuncia è concluso in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, il debitore dispone di un titolo idoneo a procedere immediatamente alla cancellazione; se invece l'atto di rinuncia è concluso per iscritto, il debitore è legittimato ad agire in sede di cognizione per l'accertamento del proprio diritto<sup>52</sup>. In questo secondo caso, oggetto di accertamento non è il diritto reale di garanzia, nemmeno in via preliminare, ma ancora una volta il diritto del debitore ad ottenere la cancellazione, previa verifica dell'effettiva rinuncia da parte del creditore.

---

<sup>51</sup> Secondo parte della dottrina, il diritto del debitore di cancellare l'iscrizione sorge automaticamente dalla rinuncia alla garanzia qualora l'ipoteca sia stata costituita in forza di un titolo volontario; mentre si dovrebbe distinguere tra rinuncia all'ipoteca e assenso alla cancellazione nel caso di ipoteca iscritta in forza di un titolo giudiziale (v. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 492-493). La medesima dottrina ha tuttavia cura di precisare che la differenza tra rinuncia e assenso alla cancellazione è assai più labile di quanto non sembri: infatti, qualora l'atto abbia forma scritta non autentica, il debitore domanderà al giudice di ordinare la cancellazione dell'iscrizione, se si tratta di mera rinuncia; mentre domanderà la verifica della sottoscrizione, nel caso si tratti di assenso alla cancellazione. L'Autore non sembra tuttavia porre in dubbio che, qualora contenuta in atto pubblico o scrittura privata autenticata, il debitore possa procedere alla cancellazione tanto che si tratti di assenso alla stessa ovvero di mera rinuncia da parte del creditore.

<sup>52</sup> O per l'accertamento giudiziale della sottoscrizione della scrittura privata contenente la rinuncia all'ipoteca da parte del creditore garantito, a seconda di come si intenda risolvere la questione di cui alla precedente nota 51.

Quanto esposto può essere esteso ai casi di estinzione per decorso del termine o avveramento della condizione risolutiva di cui all'art. 2878, co. 1, n. 6, c.c., nonché a quello di perimento della cosa oggetto di garanzia<sup>53</sup>: anche in queste ipotesi, l'oggetto di accertamento da parte del giudice di cognizione ricade sul diritto del debitore di chiedere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria.

In conclusione, la domanda esercitata dal debitore risulta diretta ad ottenere l'accertamento (positivo) del diritto a richiedere la cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari, senza che ciò presupponga – nemmeno su domanda proposta in via incidentale *ex art.* 34 c.p.c. – il previo accertamento (negativo) del diritto reale di garanzia.

### ***Ulteriori conferme a sostegno della tesi esposta***

A ben vedere, si potrebbe obiettare a quanto appena esposto che la distinzione tra diritto reale di ipoteca e diritto alla cancellazione sia puramente artificiosa, ciò se non altro per il fatto che le ipotesi di estinzione dell'ipoteca e quelle in cui il debitore avrebbe diritto ad ottenere la cancellazione sono esattamente le stesse. Si potrebbe dunque concludere affermando che, al netto di suggestive ricostruzioni, la decisione del giudice di cognizione – adito al fine di ottenere la pronuncia dell'ordine di cancellazione – ricada sempre e comunque sull'esistenza di una causa estintiva dell'ipoteca e, dunque, sull'accertamento del relativo diritto reale di garanzia.

Ciò, tuttavia, sarebbe (forse) corretto solo laddove le cause di estinzione della garanzia coincidessero davvero con i fatti costitutivi del diritto in capo al debitore di pretendere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria.

In realtà, l'art. 2878, co. 1, n. 1, c.c. prevede espressamente la cancellazione dell'iscrizione come autonoma causa di estinzione della garanzia

---

<sup>53</sup> All'ipotesi di perimento è assimilata quella di apprensione del bene al patrimonio pubblico: così, ad esempio, nell'ipotesi di confisca, espropriazione per pubblica utilità o acquisizione in caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione. Le fattispecie in discorso sono svariate e presentano diversità di presupposti e conseguenze di cui è impossibile dar conto. Vale solo osservare come l'apprensione al patrimonio pubblico comporti l'estinzione della garanzia in quanto qualificato come acquisto a titolo originario, dunque con effetto liberatorio di ogni vincolo o peso.

ipotecaria: ciò significa, anche solo sul piano logico, che vi sono ipotesi di cancellazione dell'ipoteca non sorrette da una delle (altre) cause estintive della garanzia di cui all'art. 2878 c.c.

In buona sostanza, se è vero che in diverse ipotesi la cancellazione segue (per così dire) l'estinzione della garanzia, vi sono tuttavia altri casi in cui accade esattamente l'opposto, ossia la cancellazione dell'iscrizione comporta l'estinzione dell'ipoteca. Si tratta – oltre all'ipotesi patologica in cui l'iscrizione sia cancellata per errore, circostanza che comunque comporta la definitiva caducazione dell'ipoteca<sup>54</sup> – dei casi in cui *ab origine* non esisteva il diritto di iscrivere ipoteca o esso risulta essere stato esercitato illegittimamente: si pensi, per esempio, all'iscrizione effettuata in forza di un titolo privo dei requisiti prescritti per legge; o di iscrizione eseguita su immobile diverso da quello indicato dal debitore all'atto di concessione di ipoteca; o ancora alla nullità o comunque inesistenza del credito garantito<sup>55</sup>; e così via.

In queste ipotesi, al fine di decidere sull'esistenza del diritto del debitore a pretendere la cancellazione, il giudice di cognizione deve pronunciarsi sulla regolarità dell'iscrizione, pronuncia che tuttavia non presuppone l'accertamento del diritto reale di garanzia, ma discende dalla verifica dell'esistenza *ab origine* del diritto ad iscrivere ipoteca.

Quanto, infine, al caso in cui l'attore faccia valere in radice l'inesistenza del credito garantito (ad esempio per nullità del contratto costitutivo del diritto di credito) l'adozione dell'ordine di cancellazione da parte del giudice presuppone di decidere in ordine alla sussistenza della pretesa sostanziale del creditore. Anche in tale ipotesi, dunque, la decisione sul diritto di cancellare

---

<sup>54</sup> La cancellazione dell'ipoteca è pacificamente irreversibile, v. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 506. Il creditore potrà avvalersi in tal caso dei rimedi risarcitori ordinari, qualora ne sussistano i presupposti: in particolare, con riferimento al danno patito, vale osservare che esso dipende, a mio avviso, dall'effettiva soddisfa del credito (in precedenza) garantito.

<sup>55</sup> L'art. 2878, co. 1, n. 2, c.c. si riferisce infatti all'estinzione dell'obbligazione, non alla radicale inesistenza della stessa. In effetti, l'esistenza originaria del credito – per quanto non espressamente richiesta dalla disciplina dettata agli artt. 2827 ss. c.c. – è presupposto essenziale ai fini della validità dell'iscrizione ipotecaria. A rigore, essa in questo caso non si estingue in quanto nemmeno avrebbe potuto essere iscritta. E tuttavia il diritto alla cancellazione del debitore, più che ricavabile estensivamente dall'art. 2878, co. 1, n. 2, c.c., mi sembra fondarsi sull'inesistenza di un presupposto essenziale per procedere all'iscrizione.

l'iscrizione segue non all'accertamento negativo del diritto reale di ipoteca, ma a quello del diritto sostanziale cui la garanzia si riferisce.

***La natura dell'azione esperita dal debitore per ottenere la cancellazione dell'iscrizione***

In conclusione, il debitore – che agisca in giudizio per far valere l'estinzione della garanzia ipotecaria – domanda in realtà l'accertamento del proprio diritto ad ottenere la cancellazione dell'ipoteca, in forza dei presupposti di cui all'art. 2878 c.c. ovvero dell'inesistenza (o dell'illegittimo esercizio) del diritto ad iscrivere la garanzia.

In questo contesto, l'esistenza del diritto reale di garanzia non funge da presupposto logico necessario per arrivare all'accoglimento della domanda esercitata dal debitore e, quindi, non deve essere né valutata né accertata dal giudice di cognizione, nemmeno in via incidentale *ex art. 34 c.p.c.*

Né d'altro canto si può ritenere necessaria un'espressa decisione sul punto, atteso che la tutela del debitore risulta ampiamente assicurata dall'adozione dell'ordine di cancellazione, previa verifica dei fatti costitutivi del diritto ad ottenere la liberazione dalle garanzie reali iscritte sui propri beni.

Sicché, l'eventuale accertamento negativo del diritto reale di garanzia si dimostra privo di utilità logica (atteso che esso non è necessario per fondare l'adozione dell'ordine di cancellazione), giuridica (giacché la pretesa del debitore ben può giustificarsi alla luce del diritto ad ottenere la "eliminazione" dell'iscrizione) e rimediale (in quanto nulla aggiunge alla tutela già conferita al debitore dall'ordine di cancellazione adottato dal giudice di cognizione).

Ciò precisato, ci si può allora domandare quale sia la natura della domanda rivolta al giudice di cognizione al fine di suscitare l'adozione dell'ordine di cancellazione.

Se si considera che il creditore ipotecario – una volta estintasi la garanzia – è tenuto a prestare il proprio consenso (nella forma di atto pubblico) alla cancellazione dell'ipoteca, si potrebbe allora concludere ritenendo che l'azione esercitata dal debitore abbia natura costitutiva *ex art. 2932 c.c.*: la sentenza di accoglimento, in quest'ottica, terrebbe luogo dell'atto di assenso non formalizzato dal creditore.

Ma la soluzione esposta non mi sembra pienamente convincente.

Infatti, l'accoglimento della domanda proposta dal debitore non "costituisce" in capo ad esso alcun diritto nuovo<sup>56</sup>, ma si limita ad accertare un diritto già esistente (il diritto a procedere alla cancellazione) e a "procurare" all'attore vittorioso il titolo necessario per il relativo esercizio.

Ciò mi sembra confermato dal fatto che la sentenza costitutiva, in questa ipotesi, non è in grado di produrre di per sé la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, necessitando di un ulteriore adempimento posto in essere dal conservatore dei registri immobiliari. Anche l'inidoneità della sentenza a raggiungere lo scopo che essa si prefigge pare mal conciliarsi con gli effetti solitamente attribuiti alla pronuncia di carattere costitutivo.

Diversamente, si può invece ritenere (in maniera a mio avviso preferibile) che oggetto della domanda avanzata dal debitore sia l'accertamento del diritto a pretendere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, con conseguente adozione – una volta dichiarata l'esistenza del diritto in discorso – dell'ordine rivolto al conservatore dei registri immobiliari di procedere alla cancellazione della formalità pregiudizievole<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Il che invece è proprio l'elemento distintivo della tutela costitutiva, quantomeno laddove si interpreti rigorosamente l'affermazione tradizionale secondo cui "*Si chiama azione costitutiva quella che tende ad una sentenza che costituisca, modifichi od estingua un rapporto giuridico*" (v. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1984, 169). Si è analogamente evidenziato come l'azione costitutiva sia "*quella che può condurre alla nascita di un diritto o di uno status (...) oppure alla modificazione o estinzione di rapporti giuridici preesistenti*" (v. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014, 48). Ma in questo caso, come evidenziato nel testo, il debitore non acquista, in forza della sentenza di accoglimento, un nuovo diritto, bensì un titolo per esercitare tale diritto.

<sup>57</sup> Non si può porre in dubbio, mi sembra, che una simile domanda, anche se qualificata come di mero accertamento, risulti sorretta dal necessario requisito dell'interesse ad agire previsto ai sensi dell'art. 100 c.p.c. A sostegno di tale conclusione, possono essere richiamate le considerazioni svolte poco sopra, nel testo: il debitore non solo ha interesse a cancellare l'iscrizione ipotecaria in quanto economicamente pregiudizievole, ma altresì in quanto la garanzia – fintantoché iscritta ed anche se estinta – risulta potenzialmente utilizzabile dal creditore ipotecario in sede di esecuzione forzata. Sicché, la sussistenza dell'interesse ad agire in capo al debitore sussiste, a mio avviso, tanto si consideri la tradizionale definizione offerta in dottrina per cui esso andrebbe sempre ricollegato alla lesione del diritto fatto valere in giudizio e all'idoneità del rimedio azionato a rimuoverlo o a risarcirlo (v. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 137; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, nonché la relativa voce enciclopedica del medesimo Autore: ATTARDI, *Interesse ad agire* (voce),

Contro tale ricostruzione si potrebbe obiettare che il giudice di cognizione non risulta espressamente investito del potere di ordinare la cancellazione dell'ipoteca dai registri immobiliari.

In effetti, il potere di ordinare la cancellazione dell'ipoteca è disciplinato in alcune specifiche disposizioni normative, quali ad esempio l'art. 586 c.p.c. ovvero l'art. 108 L.F. (nonché l'art. 217, co. 2, C.C.I.I.). Eguale potere viene peraltro attribuito al giudice in sede di volontaria giurisdizione, nell'ambito del procedimento di liberazione degli immobili dalle ipoteche ai sensi dell'art. 794 c.p.c.

Nulla esclude, tuttavia, che tali norme possano essere interpretate quale espressione di un potere generale dell'autorità giudiziaria, riservato al giudice dell'esecuzione o al giudice delegato in alcune ipotesi, ma riconosciuto anche al giudice della cognizione nel caso in cui il debitore agisca per ottenere la cancellazione dell'ipoteca in presenza dei presupposti di cui all'art. 2878 c.c.

D'altro canto, la tesi esposta trova implicita conferma nel tenore dell'art. 2884 c.c., in cui si prevede che la cancellazione debba essere eseguita

---

Dig., Torino, 1993; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, 67), quanto laddove si volesse accogliere la diversa tesi secondo cui l'interesse ad agire dovrebbe essere interpretato alla luce del principio di economia processuale (sicché l'azione concretamente esercitata sarebbe ammissibile nei soli casi in cui l'attore non disponga di altri rimedi, giudiziali o stragiudiziali, idonei a soddisfare la propria pretesa, v. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, Jus, 1968, 349). L'ambito di più frequente applicazione pratica del requisito in discorso appare proprio quello dell'azione di mero accertamento: comunemente, si afferma che tale azione presuppone necessariamente una situazione di obiettiva incertezza che il giudizio instaurato dall'attore mira appunto a risolvere (v. da ultimo Cass. 11.1.2022, n. 604, la quale ha sottolineato come “*la rimozione di tale incertezza non rappresenti un interesse di mero fatto ma un risultato utile, giuridicamente rilevante e non conseguibile se non con l'intervento del giudice*”). La nozione di “obiettiva incertezza”, peraltro, è stata variamente interpretata dalla giurisprudenza, la quale in taluni casi ha addirittura preteso l'attualità del pregiudizio lamentato (v. la già citata Cass., 11.1.2022, n. 604): la questione è stata tuttavia oggetto di una pronuncia resa a Sezioni Unite, la quale ha ritenuto che “*l'interesse ad agire in un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attualità della lesione di un diritto, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva*” (v. Cass. SSUU, 18.9.2020, n. 19597; in precedenza Cass., 19.3.2012, n. 4366). D'altro canto, la verifica circa il carattere “necessario” della tutela – e dunque in ultima analisi in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire – è giocoforza rimessa al giudice, il quale non potrà prescindere da una valutazione svolta in relazione ai singoli casi concreti (v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 311).

“quando è ordinata con sentenza passata in giudicato”: ciò induce a ritenere che, fuori degli specifici casi sopra evidenziati, il nostro ordinamento attribuisca (anche) al giudice di cognizione il generale potere di ordinare la cancellazione dell’ipoteca dai registri immobiliari.

***Considerazioni in ordine all’oggetto delle “parentesi di cognizione” in pendenza di esecuzione forzata***

Quanto sinora esposto consente dunque di escludere in maniera definitiva che in sede di cognizione il giudice possa essere chiamato ad accertare l’esistenza di un presunto diritto reale di ipoteca. E il risultato può essere esteso, con i dovuti adeguamenti, anche in riferimento alle cd. “parentesi di cognizione” che possono aprirsi nel corso del processo esecutivo.

Il tema verrà trattato più dettagliatamente *infra*<sup>58</sup>. Per limitarsi fin d’ora ad un cenno sulle ipotesi di maggior rilevanza, si può considerare il caso in cui, a fronte dell’esercizio dell’azione contro il terzo proprietario ai sensi dell’art. 602 c.p.c., il terzo esecutato si opponga *ex art.* 615 c.p.c., facendo valere una causa di estinzione della garanzia ipotecaria.

In questo caso, la decisione adottata in esito al giudizio di opposizione non riguarda comunque l’esistenza di un presunto diritto reale di garanzia, quanto la sussistenza dell’ipoteca quale presupposto processuale necessario ai fini dell’esercizio dell’azione esecutiva contro il terzo proprietario.

Con riguardo invece all’esercizio del titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato, l’eventuale contestazione *ex art.* 512 c.p.c. – nonché il successivo processo instaurato con l’opposizione *ex art.* 617 c.p.c. avverso l’ordinanza che risolve la controversia – ha anche qui ad oggetto l’efficacia dell’iscrizione ipotecaria.

Il giudice (dell’esecuzione ovvero dell’opposizione), accolta la contestazione sollevata contro il titolo di preferenza vantato dal creditore ipotecario, si limita ad escludere quest’ultimo dalla distribuzione del ricavato – se la

---

<sup>58</sup> In particolare, con riguardo alle controversie *ex art.* 512 c.p.c., cap. IV, p. 184 ss. Le conclusioni ivi raggiunte sono comunque estensibili anche in riferimento all’opposizione *ex art.* 615 c.p.c. nel caso in cui il creditore ipotecario – a fronte dell’estinzione della garanzia – eserciti l’azione esecutiva contro il terzo proprietario *ex art.* 602 c.p.c.

contestazione è fondata sull'inesistenza del credito – ovvero ad ammetterlo come mero chirografario – se sussiste comunque il diritto del creditore a soddisfarsi sul prezzo della vendita forzata.

Anche in questo caso, la valutazione del giudice non riguarda affatto un presunto diritto reale di garanzia, inerendo invece alla verifica – ancora una volta – di un presupposto processuale necessario al fine della graduazione del credito in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

### ***Conclusioni***

Quanto esposto consente di trarre alcune brevi conclusi.

Osservata in una prospettiva sostanziale, l'ipoteca difetta di alcuni dei caratteri propri dei diritti reali. In particolare, è difficile sostenere che, in forza dell'iscrizione ipotecaria, il creditore acquisti un qualche potere assoluto e immediato sulla cosa oggetto di garanzia.

Peraltro, l'ipoteca non comporta il sorgere di alcun obbligo in capo al debitore né in capo al terzo avente causa del bene ipotecato e tanto meno in capo agli altri creditori in concorso; altresì, essa produce effetti – il cd. diritto di seguito e il titolo di prelazione sul prezzo ricavato dalla vendita forzata – i quali rilevano esclusivamente in ambito processuale.

Muovendo da tali osservazioni, è possibile dimostrare come, in realtà, non solo l'ipoteca non costituisca un diritto reale di garanzia, ma a ben vedere nemmeno sia qualificabile come diritto soggettivo rilevante sul piano sostanziale, non potendo essere oggetto di accertamento in un autonomo giudizio di cognizione.

A riguardo, si è evidenziato come la domanda diretta a suscitare un simile accertamento non possa essere esperita né dal creditore ipotecario – poiché in tal caso si arriverebbe ad un giudizio sugli effetti dell'ipoteca, i quali tuttavia non possono essere apprezzati se non nell'ambito dell'esecuzione forzata – né dal debitore (o comunque dal titolare del bene gravato da ipoteca). In questa seconda ipotesi, infatti, il giudizio instaurato dal debitore non ha ad oggetto – nemmeno in via incidentale *ex art. 34 c.p.c.* – l'accertamento (negativo) di un presunto diritto reale di ipoteca, bensì l'accertamento (positivo)

del diritto alla “caducazione” dell’iscrizione ipotecaria, con conseguente adozione da parte del giudice dell’ordine di cancellare la formalità.

Abbandonato quindi l’ambito dei diritti reali di garanzia, è possibile riconoscere nell’ipoteca un vincolo – o ancor meglio una situazione giuridica di rilevanza unicamente processuale – “che attribuisce al bene su cui è impresso la destinazione permanente a servire alla soddisfazione preferenziale del creditore”<sup>59</sup>.

Posto allora che l’ipoteca non rileva in alcun modo in ambito sostanziale, e dato che essa assume funzionalmente significato solo nel processo esecutivo, il problema a questo punto consiste nell’individuare quali particolari conseguenze essa comporti in ordine alla tutela del creditore ipotecario: in altre parole, quali siano e in cosa esattamente consistano questi “effetti processuali” cui sinora si è solo fatto cenno.

All’esame di tali effetti è dedicato il seguito della presente trattazione.

---

<sup>59</sup> LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, cit., 146.

## CAPITOLO II

### L'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario

**Sommario:** Premessa – La tutela del creditore ipotecario nei riguardi del terzo titolare di diritti reali sull'immobile ipotecato – Il cd. diritto di seguito – (segue) Il problema dell'inefficacia relativa in riferimento alla tutela offerta dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – Il potere di agire nelle forme di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: precisazioni iniziali – Effetti del pignoramento eseguito nelle forme dell'art. 2812 c.c.: in particolare, l'estinzione del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù – L'esercizio “frazionato” dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario – Il pignoramento del solo diritto di usufrutto ai sensi dell'art. 602 c.p.c. – Il pignoramento della sola nuda proprietà – Esclusione del potere di frazionare l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario – Il problema dell'intervento del creditore ipotecario in un processo esecutivo pendente sulla sola nuda proprietà o sul solo diritto di usufrutto – Il problema del pignoramento eseguito ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. successivamente ad un precedente pignoramento avente ad oggetto la nuda proprietà ovvero il solo diritto di usufrutto del bene immobile – La tutela del creditore primo pignorante nell'ipotesi di successivo esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. da parte del creditore ipotecario – La tutela del terzo: premessa – La posizione del terzo all'interno della procedura esecutiva instaurata ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – La tutela del terzo nel processo esecutivo: il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c. – L'omesso avviso del terzo titolare del diritto reale caducato – L'intervento del terzo in esecuzione forzata – (segue) La disciplina applicabile in tema di intervento – (segue) I rimedi del terzo avverso l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario – Conseguenze dell'accoglimento dell'opposizione *ex* art. 619 c.p.c. proposta dal terzo titolare del diritto reale caducato – La stima delle ragioni del terzo da far valere in sede di distribuzione del ricavato – Il diritto di preferenza del terzo in sede di

distribuzione del ricavato – L'estinzione del processo esecutivo e la tutela accordata al terzo – La tutela del terzo ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c. fuori dall'ambito della garanzia ipotecaria – L'estensione oggettiva dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – (segue) Ipoteca e diritti personali sorti successivamente all'iscrizione della garanzia – (segue) Ipoteca, fondo patrimoniale e vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* – (segue) Il rapporto tra ipoteca e cessione di cubatura – (segue) Applicabilità dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. alla cessione di cubatura – (segue) Ulteriori criticità – Conclusioni

### ***Premessa***

Gli effetti giuridici dell'ipoteca sono espressamente disciplinati dall'art. 2808 c.c., secondo cui l'iscrizione ipotecaria “*attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione*”.

Sicché, stante la lettera della disposizione appena citata, il creditore ipotecario, in forza della garanzia iscritta, acquisterebbe da un lato il cd. diritto di seguito (o di sequela), dall'altro il diritto di prelazione in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata.

Si può fin da subito evidenziare come questa ricostruzione risulti incompleta: la disciplina del processo esecutivo riconduce all'iscrizione ipotecaria effetti ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 2808 c.c.

In particolare, il creditore ipotecario – in quanto creditore munito di prelazione iscritta nei pubblici registri – ha diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.c. del pignoramento eseguito sul bene ipotecato da parte di un creditore diverso. Inoltre, l'iscrizione ipotecaria incide sulla legittimazione del creditore ad intervenire nel processo esecutivo, soprattutto in riferimento all'ipotesi di intervento tardivo.

Come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, peraltro, l'iscrizione ipotecaria – oltre a produrre effetti favorevoli al creditore ipotecario – comporta altresì una importante limitazione del potere esecutivo ad esso riconosciuto: l'art. 2911 c.c. infatti prevede che il creditore garantito, per poter agire in esecuzione su beni diversi, deve previamente pignorare l'immobile

oggetto di ipoteca. Sicché, se è vero che il diritto di agire in esecuzione del creditore ipotecario risulta in qualche modo “soggettivamente” ampliato (potendo essere esercitato anche nei riguardi del terzo avente causa), esso viene per converso “oggettivamente” ridotto, imponendo innanzitutto la sottoposizione ad espropriazione del bene oggetto di garanzia.

Queste brevi notazioni già dovrebbero suggerire come l’indicazione dell’art. 2808 c.c. appaia tutt’altro che esauriente, nel senso che l’ipoteca non si limita affatto ad attribuire al creditore il cd. diritto di seguito e il titolo di prelazione sul prezzo ricavato, ma comporta una pluralità di conseguenze giuridiche.

Ciò premesso, nei capitoli che seguono si tenterà di offrire esauriente trattazione dei principali effetti giuridici riconducibili all’iscrizione ipotecaria, ossia: le fattispecie rientranti nella categoria del cd. diritto di seguito; il diritto di avviso ai sensi dell’art. 498 c.p.c.; il potere di intervento in esecuzione forzata; il titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato.

Seguendo l’ordine proposto, si affronteranno ora le questioni inerenti al rapporto tra iscrizione ipotecaria ed esercizio dell’azione esecutiva, approfondendo le problematiche connesse al cd. diritto di seguito, ossia il “diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia”. Si avrà modo così di evidenziare come, all’interno di tale formula normativa, siano ricondotti diversi fenomeni giuridici, particolarmente eterogenei fra loro.

Si precisa soltanto, prima di procedere, che l’intera trattazione – anche dei capitoli seguenti – è condotta con esclusivo riferimento all’ipoteca immobiliare: le considerazioni svolte possono tuttavia essere estese, con i dovuti accorgimenti, anche in riferimento alla garanzia avente ad oggetto beni mobili registrati.

### ***La tutela del creditore ipotecario nei riguardi del terzo titolare di diritti reali sull’immobile ipotecato***

Il diritto di seguito (anche denominato diritto di sequela) viene tradizionalmente definito come il potere del creditore ipotecario di agire per la soddisfazione del proprio credito nei riguardi dei terzi aventi causa del debitore.

Questa definizione, ricavata peraltro dalla lettera dell'art. 2808 c.c., ha assunto il valore di formula tralatizia, ribadita con marginali variazioni dalla giurisprudenza<sup>60</sup> e dalla dottrina<sup>61</sup>, anche manualistica<sup>62</sup>: essa tuttavia risulta, ad un più approfondito esame, quantomeno imprecisa. E questo per due ragioni.

Innanzitutto, si tratta di una definizione che riconduce la legittimazione ad agire in via esecutiva all'iscrizione della garanzia: il creditore sarebbe titolato a pignorare il bene contro il terzo proprio in forza dell'ipoteca. Ciò è tuttavia inesatto: l'iscrizione ipotecaria non attribuisce affatto il diritto di espropriare il bene anche nei confronti dei terzi aventi causa, essendo la legittimazione ad agire sempre rimessa alla sussistenza di un valido titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*; solo se questo titolo sussiste il creditore ipotecario può agire nei riguardi del proprio debitore ovvero del terzo.

In secondo luogo, nell'ambito del cd. diritto di seguito (inteso in via del tutto generica come diritto di agire in esecuzione "incidendo" sui diritti dei terzi diversi dal debitore) rientrano ipotesi del tutto peculiari, quale ad esempio il potere di cui all'art. 2812 c.c. (su cui ci si soffermerà ampiamente in seguito).

Queste opportune premesse consentono così di chiarire che il diritto di seguito non può in ogni caso identificarsi con il diritto (o meglio il potere) di agire esecutivamente contro il terzo titolare del diritto ipotecato.

E allora il problema che bisogna affrontare consiste nello stabilire in cosa si sostanzia la tutela accordata al creditore ipotecario, tradizionalmente

---

<sup>60</sup> Cass., 5.12.2016, n. 24792: "*a seguito dell'iscrizione il creditore medesimo acquista il diritto di espropriare i beni vincolati anche in confronto del terzo acquirente e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione e solo con l'iscrizione si verificano gli effetti pregiudizievoli*". Così anche, fra le tante, Cass. 13.3.2020, n. 7249; Cass., 28.8.2019, n. 21752.

<sup>61</sup> *Ex multis*, CICERO, *L'ipoteca* (voce), Digesto, 2016, il quale definisce il diritto di seguito come "*il potere di esercitare la garanzia, espropriando il bene e soddisfacendosi sul prezzo ricavato dalla vendita (ius distrahendi), anche se la proprietà dei beni sia passata ad altri, e di essere soddisfatto con preferenza (ius praelationis) sul prezzo ricavato dall'espropriazione*".

<sup>62</sup> V. per esempio GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 674.

descritta con l'espressione "diritto di seguito". A tal fine, è opportuno soffermarsi brevemente sulla disciplina di riferimento.

A riguardo, viene innanzitutto in rilievo l'art. 2808 c.c., il quale attribuisce al creditore ipotecario il diritto di espropriare i beni vincolati "anche in confronto del terzo acquirente"; alla norma in parola, si accompagna la previsione di cui all'art. 602 c.p.c., secondo cui il creditore ipotecario ha diritto di agire esecutivamente contro il terzo proprietario del bene vincolato ricorrendo alle modalità ivi descritte<sup>63</sup>.

In particolare, il creditore ipotecario è tenuto a notificare al terzo il titolo esecutivo per cui agisce in esecuzione, il precetto, nonché l'atto di pignoramento. D'altro canto, il terzo – oltre a poter accedere ai rimedi previsti dagli artt. 2858 ss. e 2889 ss. c.c.<sup>64</sup> – gode della tutela propria del soggetto che subisce l'esecuzione, potendo in particolare esperire l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c.

Infine, il terzo ha diritto a ricevere quanto residua del prezzo ricavato dalla vendita forzata del bene immobile in sede di distribuzione, nonché a vedersi attribuito l'intero qualora la procedura esecutiva si estingua successivamente all'adozione del decreto di trasferimento.

La disciplina così brevemente esposta si applica, per espressa previsione di legge, al caso in cui il creditore ipotecario intenda agire contro il terzo proprietario del bene ipotecato. Nonché, per espressa previsione dell'art. 2812, co. 3, c.c., anche qualora l'azione esecutiva debba essere esperita contro il terzo titolare del diritto reale di superficie o enfiteusi sull'immobile oggetto di garanzia.

Fuori da queste ipotesi, il nostro ordinamento attribuisce al creditore ipotecario una tutela diversa – e per molti aspetti ben più intensa – rispetto a quella prevista ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

---

<sup>63</sup> Il diritto di seguito non è un effetto peculiare ed esclusivo dell'iscrizione ipotecaria. Intendo dire che l'ordinamento appresta altri e diversi rimedi intesi a consentire al creditore l'aggressione di beni (o meglio, di diritti) rientranti nella sfera giuridica di soggetti terzi rispetto al proprio debitore. Si pensi, a titolo di mero esempio, al rimedio dell'azione revocatoria esperita ai sensi dell'art. 2901 c.c.: nel caso di accoglimento, il creditore dispone di un diritto del tutto eguale al "diritto di seguito" attribuito al creditore ipotecario.

<sup>64</sup> Ossia, in particolare, il rilascio del bene ipotecato e il procedimento di liberazione del bene dalle ipoteche; v. *infra* p. 48, spec. nota 71.

Nello specifico, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. dispone che il creditore ipotecario può “far subastare il bene come libero” qualora il debitore – dopo l'iscrizione della garanzia – abbia trascritto a favore di un terzo un atto costitutivo di servitù, usufrutto, uso o abitazione<sup>65</sup>. In tali casi, il creditore ipotecario gode di una disciplina alquanto favorevole, stante che, in mancanza di una simile disposizione, egli sarebbe tenuto a pignorare tanto la proprietà rimasta in capo al debitore dante causa, quanto il diritto reale limitato<sup>66</sup> costituito a

---

<sup>65</sup> La *ratio* della disposizione viene individuata nell'impignorabilità dei diritti di abitazione, uso e servitù, i quali pertanto non potrebbero nemmeno in astratto essere fatti oggetto di espropriazione forzata ai sensi dell'art. 602 c.p.c. Senonché, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., come esposto nel testo, attribuisce al creditore ipotecario il diritto di far subastare il bene come libero anche qualora sul medesimo sia stato trascritto, successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, un atto costitutivo di diritto reale di usufrutto. Si è sostenuto che l'inclusione dell'usufrutto nel novero dei diritti reali parziari di cui alla norma in parola sarebbe il risultato di una mera “svista” o comunque di un errore del legislatore (v. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, 2011, 162). Altri hanno invece ritenuto che la distinzione sia spiegabile alla luce del fatto che l'espropriazione separata del diritto di superficie o di enfiteusi pregiudica in maniera meno intensa le ragioni del creditore ipotecario, nel senso che tali diritti appaiono comunque di per sé stessi “attrattivi” per i potenziali acquirenti in vendita forzata (v. VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), Enc. Dir., XXXIII, 1983, 815, spec. nota 318; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, Torino, 1985, 33; RUBINO, *L'ipoteca mobiliare ed immobiliare*, Milano, 1956, 370; GORLA, *Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1958, 440). La Relazione al Codice civile del 1942 sembra forse suggerire una terza e diversa ipotesi ricostruttiva: ivi, infatti, si espone la nuova disciplina contenuta nell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. presentando espressamente l'ipotesi di cui al successivo 3° comma come “speciale disposizione”. Superficiario ed enfiteuta, chiarisce subito la Relazione, sono “*assimilabili ai terzi acquirenti dell'immobile ipotecato*” (Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, 266). Il legislatore sembra dunque aver inteso la disciplina di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. come regola generale, derogata nei soli casi di superficie ed enfiteusi in quanto diritti sostanzialmente prossimi alla piena proprietà. La “prossimità” dei diritti in discorso con la piena proprietà giustificerebbe, dunque, l'esclusione dei diritti di superficie e di enfiteusi dalla disciplina prevista all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., con conseguente necessità per il creditore ipotecario di agire contro il superficiario o l'enfiteuta *ex art.* 602 c.p.c.

<sup>66</sup> A tacer del fatto che, mentre il diritto reale di usufrutto è autonomamente suscettibile di espropriazione, i diritti di uso, abitazione e servitù non possono essere fatti oggetto di pignoramento. Sicché risulta in realtà precluso, anche solo in astratto, ipotizzare in tali casi l'esercizio dell'azione esecutiva contro l'usuuario, l'*habitor*, o il proprietario del fondo dominante. Sul punto si tornerà più ampiamente *infra*, p. 60 ss.

favore del terzo avente causa, ottenendo (forse<sup>67</sup>) la riunione dei procedimenti ai sensi dell'art. 561 c.p.c.<sup>68</sup>. In buona sostanza, l'art. 2812, comma 1 e 2, c.c., dispensa il creditore ipotecario da questo “doppio onere”, consentendogli di pignorare il diritto di piena proprietà agendo in esecuzione nei riguardi del solo debitore dante causa.

Diversamente, lo si è già accennato, i diritti di superficie ed enfiteusi – come previsto ai sensi dell'art. 2812, comma 3, c.c. – restano soggetti alla disciplina “ordinaria” di cui all'art. 602 c.p.c. Sicché, nell'ipotesi di costituzione di superficie o enfiteusi su beni oggetto di garanzia, il creditore ipotecario è tenuto a pignorare tanto il diritto di proprietà rimasta in capo al proprio debitore quanto, nei modi di cui all'art. 602 c.p.c., il diritto di superficie o enfiteusi presso il terzo titolare<sup>69</sup>.

La diversità di disciplina comporta peraltro anche differenti forme di tutela per il terzo.

---

<sup>67</sup> In questo caso, infatti, oggetto del pignoramento sono diritti diversi (nuda proprietà ed usufrutto) seppur sul medesimo bene. A quanto consta, il problema – osservato in questa prospettiva – non è stata oggetto di particolari approfondimenti in dottrina: la questione è stata infatti affrontata in un'ottica diversa a quella proposta nel testo, ossia con riferimento all'ipotesi in cui i pignoramenti successivi abbiano ad oggetto beni (materialmente intesi) solo parzialmente coincidenti (v., fra gli altri, VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), cit., 791: “Quando il pignoramento successivo abbia avuto ad oggetto altri beni ed il pignoramento, per l'epoca in cui è compiuto, abbia l'effetto di un intervento tempestivo, si forma un'unica massa (attiva e passiva) in relazione alla quale si procede alla distribuzione. Non così, quando il pignoramento si ponga come intervento tardivo. In questo caso - come avverte l'art. 524 comma 3 e come ribadisce l'art. 561 comma ult. - per gli altri beni ha luogo separato processo”.

<sup>68</sup> Peraltro, anche così procedendo, l'esito non sarebbe identico a quello ottenuto con l'esercizio dell'azione esecutiva nelle forme dell'art. 2812 c.c.: infatti, la riunione dei due processi esecutivi comporterebbe comunque il trasferimento, a favore del terzo, di due diritti distinti, la nuda proprietà e il diritto di usufrutto, a fronte del pagamento di due diversi prezzi. Così, i creditori dell'usufruttuario potrebbero soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita dell'usufrutto, mentre i creditori del nudo proprietario sul prezzo ricavato dalla vendita della nuda proprietà. L'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 2812 c.c. comporta invece conclusioni del tutto diverse, come si evidenzierà nel corso della trattazione.

<sup>69</sup> I due processi potrebbero (forse: si veda infatti quanto esposto alla nota 67) essere riuniti, al fine di realizzare un'offerta di vendita maggiormente attrattiva e garantire la migliore soddisfazione del ceto creditorio. È il caso di osservare, tuttavia, che alcuna norma impone, nel caso in esame, una simile soluzione: sicché i due processi potrebbero anche procedere indipendentemente l'uno dall'altro.

Qualora infatti si verta nell'ipotesi di usufrutto, uso abitazione o servitù, il titolare del diritto reale può, in sede di distribuzione, "far valere le proprie ragioni", in subordine alla soddisfazione del creditore ipotecario precedente ma in preferenza rispetto ai creditori ipotecari che abbiano iscritto garanzia successivamente alla trascrizione del diritto reale limitato. E, giocoforza, anche in preferenza dei creditori chirografari<sup>70</sup>.

Il terzo acquirente della piena proprietà (ovvero il terzo superficiario o l'enfiteuta), all'opposto, ha diritto ad ottenere quanto residua del prezzo ricavato dalla vendita forzata una volta soddisfatto il creditore precedente e i creditori intervenuti.

D'altro canto, al titolare dei diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù è precluso l'esercizio dei rimedi di cui all'art. 2858 ss. c.c., in tema di rilascio del bene ai creditori e liberazione del medesimo dall'ipoteca<sup>71</sup>. Le disposizioni richiamate sono invece applicabili, per espressa previsione dell'art. 2812, comma 3, c.c., a favore del superficiario ovvero dell'enfiteuta.

### ***Il cd. diritto di seguito***

Questa breve premessa consente di evidenziare come – entro l'ambito della tutela accordata al creditore ipotecario nei confronti di terzi titolari di diritti reali sull'immobile ipotecato – coesistano almeno due distinti rimedi: il diritto di esercitare l'azione esecutiva contro il terzo ai sensi dell'art. 602

---

<sup>70</sup> Si veda quanto diffusamente si dirà oltre: essendoci un solo prezzo, i creditori concorrono su questo in ragione del grado di preferenza senza distinzione tra ipoteche iscritte sulla piena proprietà o sulla nuda proprietà. I chirografari seguono. Ovviamente, essendo l'usufruttuario preferito ai creditori ipotecari sulla nuda proprietà, è preferito anche ai chirografari.

<sup>71</sup> In senso apparentemente contrario, v. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998, il quale esclude l'applicabilità delle disposizioni in tema di liberazione del bene ipotecato ex artt. 2889 ss. c.c., ma ritiene invece che il terzo sacrificato possa utilizzare il rimedio previsto all'art. 2860 c.c. in materia di rilascio del bene ai creditori (nonché l'eccezione di cui all'art. 2859 ss. c.c.). Ma in nota 65, l'Autore evidenzia come il rilascio dei beni assume significato solo qualora si ritenga che il creditore ipotecario sia tenuto ad agire (anche) contro il terzo usufruttuario ai sensi dell'art. 602 c.p.c. e non (solo) direttamente contro il debitore proprietario del bene. Ipotesi interpretativa che mi sento di escludere, stante quanto esposto *infra*, p. 53 ss.

c.p.c.; e il diritto a “far subastare il bene come libero” di cui all’art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Come già accennato in apertura del presente capitolo, la prima di tali fattispecie – ossia il potere attribuito al creditore garantito di espropriare il bene gravato da ipoteca contro il terzo proprietario – sostanzia ciò che viene sovente definito “diritto di seguito” o “di sequela”.

Si è altresì evidenziato come risulti quantomeno impropria l’affermazione secondo cui il creditore garantito sarebbe legittimato ad agire contro il terzo proprietario “in forza dell’iscrizione ipotecaria”: tale formalità, infatti, non attribuisce al creditore alcunché, essendo il diritto di espropriare il bene gravato da ipoteca pur sempre rimesso alla sussistenza di un titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*

Ma se l’ipoteca non “fonda” di per sé il potere del creditore di agire contro il terzo proprietario, appare opportuno domandarsi innanzitutto come questo potere trovi giustificazione dal punto di vista giuridico. Bisogna infatti stabilire se l’ipoteca incida sulla validità o efficacia sostanziale dell’atto dispositivo trascritto successivamente all’iscrizione della garanzia; ovvero, escluso qualsiasi rilievo sostanziale, se essa invece non costituisca, più semplicemente, un presupposto processuale necessario ai fini dell’esercizio dell’azione esecutiva ai sensi dell’art. 602 c.p.c.

Quanto alla prima ipotesi ricostruttiva, se è pacifico che l’ipoteca non comporta l’invalidità degli atti dispositivi compiuti sul bene oggetto di garanzia, più complicato si presenta invece il problema in relazione alla diversa ipotesi di inefficacia: è necessario valutare, in altri termini, se gli atti trascritti successivamente all’iscrizione della garanzia possano considerarsi inefficaci nei confronti del creditore ipotecario.

Tanto si potrebbe argomentare alla luce del fatto che il diritto di agire contro il terzo proprietario è attribuito dall’art. 602 c.p.c. non solo al creditore che abbia iscritto ipoteca anteriormente alla trascrizione dell’atto di acquisto, ma altresì al creditore che abbia agito vittoriosamente in revocatoria ai sensi dell’art. 2901 c.c.

La norma da ultimo richiamata, infatti, precisa espressamente che gli atti compiuti in pregiudizio del creditore sono dichiarati “inefficaci” nei suoi confronti (laddove ovviamente sussistano i presupposti previsti dalla

disposizione in discorso). Si potrebbe dunque ritenere che la *ratio* sottesa all'art. 602 c.p.c. sia quella di consentire l'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti del terzo ogni qualvolta l'atto di acquisto della proprietà sia improduttivo di effetti rispetto al creditore precedente.

Così argomentando, si potrebbe ritenere che l'atto dispositivo trascritto successivamente all'iscrizione dell'ipoteca – proprio come l'atto revocato ai sensi dell'art. 2901 c.c. – sia inefficace; e si tratterebbe, in particolare, di inefficacia relativa<sup>72</sup>, in quanto non operante nei riguardi di chiunque, ma solo del creditore ipotecario. Sicché, l'art. 2808 c.c. sancirebbe, sul piano sostanziale, l'impossibilità – per l'atto traslativo trascritto successivamente all'iscrizione ipotecaria – di produrre effetti in danno del creditore garantito<sup>73</sup>.

Alla ricostruzione esposta si potrebbe muovere una prima quanto ingenua obiezione: se davvero l'atto dispositivo fosse inefficace – e tale inefficacia fosse da intendersi nel senso pieno del termine – il debitore, nei riguardi del creditore ipotecario, dovrebbe “conservare” la proprietà del bene ceduto non soltanto a fini esecutivi, ma altresì negoziali.

Sicché, se all'indomani della trascrizione dell'atto traslativo il creditore intendesse acquistare l'immobile trasferito, non potrebbe né dovrebbe concludere l'ulteriore negozio traslativo con il terzo, bensì con il proprio debitore, essendo questi (nella sua prospettiva) l'attuale proprietario del bene.

Ovviamente, la ricostruzione in parola è assurda. E, tuttavia, rappresenta la logica e necessaria conseguenza cui si perviene qualora si adotti la tesi della inefficacia relativa così come sopra descritta. Si presenta dunque necessario apportare alcuni correttivi, precisando in particolare che la inefficacia

---

<sup>72</sup> Così come, nell'ipotesi prevista ai sensi dell'art. 2901 c.c., la dichiarazione di inefficacia conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria comporta l'inefficacia parziale o relativa dell'atto dispositivo pregiudizievole (per tutti, v. NATOLI, *Azione revocatoria* (voce), Enc. Dir., IV, 1959, spec. 889).

<sup>73</sup> Si tratta di una ricostruzione per molti aspetti simile a quella in passato utilizzata per dimostrare l'asserita rilevanza sostanziale dell'ipoteca (o, quantomeno, l'irrilevanza della questione relativa alla natura della garanzia): questa, infatti, priverebbe di effetti gli atti dispositivi pregiudizievoli compiuti dal debitore successivamente all'iscrizione; incidendo così non solo sul piano della tutela processuale del creditore, ma anche rispetto ad atti dotati di natura puramente sostanziale (v. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935, 182).

(relativa) non rileva in alcun modo ai fini negoziali, ma unicamente ed esclusivamente a fini esecutivi.

Anche così intesa, tuttavia, la presunta inefficacia (relativa) dell'atto dispositivo del bene gravato da ipoteca conduce ad alcune difficoltà interpretative. Appare infatti erroneo sostenere che, ai fini dell'azione esecutiva, il bene possa e debba intendersi, nei confronti del creditore procedente, ancora ricompreso nel patrimonio del debitore esecutato: se così fosse, il creditore potrebbe agire in esecuzione *ex art. 555 c.p.c.* esclusivamente contro il debitore<sup>74</sup>; mentre, al contrario, la disciplina processuale esclude detta facoltà, imponendo al creditore ipotecario di agire nei modi previsti dall'art. 602 c.p.c. Nemmeno si spiega per quale ragione il terzo acquirente – pur essendo il proprio titolo di acquisto inefficace, dunque in teoria *tamquam non esset* – sia ugualmente soggetto all'azione esecutiva esperita dal creditore ipotecario ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Ciò consente di dimostrare, a mio avviso, che il diritto di agire contro il terzo proprietario – attribuito al creditore ipotecario e al creditore vittorioso in revocatoria – non può giustificarsi alla luce di un'asserita inefficacia dell'atto dispositivo del bene gravato dalla garanzia (o oggetto di revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c.). E ciò conduce, in via ulteriore, a ritenere che la *ratio* di tale diritto – del cd. diritto di seguito – non vada cercata nell'ambito del diritto sostanziale, bensì nella disciplina del processo esecutivo.

Alla luce di queste premesse, mi sembra che l'ipoteca – in riferimento alle problematiche qui in discorso – costituisca (soltanto) un presupposto processuale necessario ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva contro il terzo proprietario ai sensi dell'art. 602 c.p.c. ovvero contro il terzo titolare di un diritto di superficie o di enfiteusi, come previsto all'art. 2812, co. 3, c.c.

***(segue) Il problema dell'inefficacia relativa in riferimento alla tutela offerta dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.***

---

<sup>74</sup> Un simile potere è riconosciuto – e lo si vedrà in seguito – solo nel caso di costituzione di diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù, secondo il disposto dell'art. 2812 c.c.

La tesi della inefficacia dell'atto dispositivo trascritto successivamente all'iscrizione dell'ipoteca – inidoneo a giustificare il potere del creditore ipotecario ad agire nelle forme previste dall'art. 602 c.p.c. – sembrerebbe invece adeguata a descrivere la diversa fattispecie di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

L'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., si è detto, prevede espressamente che gli atti di costituzione di usufrutto, uso, abitazione o servitù sono inopponibili al creditore ipotecario se trascritti successivamente all'iscrizione della garanzia. Sembrerebbe dunque la stessa norma a chiarire la natura della disposizione in esame: gli atti in discorso sarebbero inefficaci rispetto al creditore, il quale potrebbe così pignorare la piena ed esclusiva proprietà del bene contro il proprio debitore.

La conclusione pare coerente anche con gli effetti che la norma ricollega a detta inopponibilità: il potere di “far subastare il bene come libero” presuppone proprio che l'atto costitutivo dei richiamati diritti reali sia improduttivo di effetti rispetto al creditore ipotecario.

Tuttavia, l'interpretazione, per quanto forse non scorretta, appare oltremodo riduttiva: l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., infatti, attribuisce al creditore ipotecario una forma di tutela che – sia per peculiarità del potere conferito al creditore procedente quanto per le conseguenze che essa comporta in riferimento alla protezione del terzo “sacrificato” – non può giustificarsi in maniera esauriente tramite la mera riconduzione della disposizione entro la categoria dell'inefficacia relativa.

Ma per dimostrare la complessità delle problematiche che si nascondono dietro l'apparente linearità della norma in discorso, è necessario condurre alcuni approfondimenti.

Si esaminerà, in primo luogo, il potere attribuito al creditore di far subastare il bene come libero, al fine di determinarne gli effetti e i presupposti; in secondo luogo, la tutela accordata al terzo titolare del diritto caducato in forza del pignoramento eseguito *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c.; e, infine, l'ambito applicativo della norma in esame, al fine di valutare se questa abbia carattere eccezionale ovvero rappresenti un principio di generale applicabilità.

L'esame di queste tre ampie problematiche – oltre ad offrire un'interessante occasione di indagine – consentirà di ricostruire in maniera più esatta la natura dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Prima di procedere nella trattazione, si precisa soltanto che le considerazioni di seguito svolte si riferiscono all'ambito dell'esecuzione forzata, ma possono essere estese senza particolari difficoltà (e con i dovuti adattamenti) anche alla liquidazione giudiziale<sup>75</sup>.

***Il potere di agire nelle forme di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: precisazioni iniziali***

Come appena esposto, l'approfondimento dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. muove innanzitutto dall'esame del potere conferito dalla norma al creditore ipotecario: si è già precisato come quest'ultimo possa "far subastare il bene come libero", ma non si è ancora esaminato cosa esattamente il legislatore intenda con tale espressione.

La lettera della legge, a ben vedere, si limita a stabilire che oggetto della vendita forzata – nell'esecuzione introdotta *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c. – è la piena proprietà del bene, libera dai diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù costituiti (o meglio, trascritti) successivamente all'iscrizione dell'ipoteca.

Ciò è implicitamente confermato dalla circostanza per cui il diritto reale limitato, a norma dell'art. 2812, comma 2, c.c., si estingue con "l'espropriazione del fondo" e non invece per confusione: al momento della vendita, pertanto, non esistono più due distinti diritti – la proprietà e il diritto reale parziario – i quali si "confondono" in capo al terzo acquirente; al contrario, a quest'ultimo viene trasferita la piena proprietà (già) libera dai diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

Ma se oggetto della vendita forzata è la piena proprietà del bene libera da diritti reali altrui, deve anche ritenersi – stante la necessaria identità tra il

---

<sup>75</sup> In giurisprudenza, v. Cass., 27.3.1993, n. 3722, la quale ritiene estensibile all'ambito fallimentare il disposto dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: "*se al fine di evitare il pregiudizio per il creditore ipotecario conseguente all'espletamento di plurime procedure esecutive nei confronti di titolari di diritti reali parziari non opponibili, il creditore ipotecario può sottoporre ad esecuzione il bene nella sua unità economico-giuridica, procedendo direttamente ed unicamente nei confronti del proprietario, identicamente la curatela, procedendo nell'esecuzione concorsuale, può subastare l'unità immobiliare che si apparteneva al fallito ed era stata acquisita all'attivo fallimentare*".

diritto sottoposto ad esecuzione forzata e il diritto trasferito al terzo acquirente – che il creditore ipotecario pignori la piena proprietà del bene agendo esclusivamente contro il proprio debitore; mentre si deve escludere che il potere “di far subastare il bene come libero” presupponga in capo al creditore l’onere di agire contro il terzo usufruttuario nelle forme previste dagli artt. 602-604 c.p.c.<sup>76</sup>.

Ciò è d’altro canto confermato implicitamente dal tenore dell’art. 2812, co. 1, c.c., laddove la norma prevede che “le servitù” (e gli altri diritti reali) successive all’iscrizione ipotecaria “non sono opponibili” al creditore procedente: se si tratta di inopponibilità “in senso stretto”, ciò significa che il creditore ipotecario è legittimato ad agire in esecuzione proprio come se i diritti reali di usufrutto, uso, abitazione o servitù nemmeno fossero mai stati costituiti.

---

<sup>76</sup> V. MICCOLIS, *L’espropriazione forzata per debito altrui*, cit., 206: “Nell’ipotesi in cui dopo l’iscrizione dell’ipoteca venga trascritta la costituzione di un diritto di servitù, usufrutto, uso o abitazione, il creditore ipotecario può pignorare la piena proprietà del bene senza dare vita a due distinte espropriazioni (avente ad oggetto una il diritto di proprietà e l’altra il diritto reale limitato), come invece accade nella ipotesi disciplinata dal terzo comma dell’art. 2812, c.c.”. Contro tale tesi, sicuramente preferibile in forza di quanto esposto nel testo, si è tuttavia espressa altra parte della dottrina, seppur in riferimento alla diversa ipotesi di pignoramento ex art. 2929 bis c.c. (fattispecie peraltro ancor più esplicita nell’escludere il potere – *rectius*, in questo caso, dovere – del creditore ipotecario di agire contro il terzo usufruttuario ex art. 602 c.p.c.): “Credo che, anziché un discutibile *mixtum compositum* tra espropriazione contro il debitore e contro il terzo, sia preferibile applicare integralmente gli artt. 602 ss. e quindi notificare all’usufruttuario, all’usuario, all’abitatore ed al proprietario del fondo dominante, che abbiano gratuitamente acquistato o subacquistato il diritto, titolo esecutivo, precetto contenente l’indicazione del bene espropriando e pignoramento. Si deve infatti assicurare, oltre al diritto di difesa del terzo, anche la continuità fra la trascrizione del pignoramento e quella del decreto di trasferimento” (v. CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, Riv. Esec. Forz., 2016, 617; in questo senso, anche se più prudentemente, TOTO, *L’azione esecutiva diretta dell’art. 2929-bis c.c.*, Riv. Esec. Forz., 2017, 467). La tesi appare alquanto discutibile, per le ragioni esposte nel testo; vale solo aggiungere come la continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c. è pienamente assicurata dalla trascrizione del pignoramento sulla piena proprietà del bene, trattandosi del medesimo diritto oggetto di trasferimento in capo al terzo acquirente (e dunque del decreto di trasferimento ex art. 586 c.p.c.).

A riprova di tale conclusione, si noti come l'art. 2929 *bis*, co. 2, c.c. (norma che espressamente rinvia alla disciplina di cui all'art. 2812 c.c.) preveda che – laddove il debitore abbia costituito a favore di terzi diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù – il creditore pregiudicato può agire, entro un anno dal compimento dell'atto, pignorando la piena proprietà del bene oggetto di disposizione. La norma non utilizza dunque l'incerta terminologia dell'art. 2812, co. 1, c.c., attribuendo esplicitamente al creditore il diritto di “pignorare il bene come libero”.

Così, se si interpreta l'art. 2812, co. 1, c.c. alla luce dell'art. 2929 *bis*, co. 2, c.c., sembra possibile trovare un'ulteriore conferma del fatto che oggetto del pignoramento eseguito dal creditore ipotecario sia effettivamente la piena proprietà del bene, libera dai diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù eventualmente costituiti sul medesimo.

Per questa ragione, peraltro, il creditore procedente non trascrive due distinti pignoramenti, l'uno sulla proprietà dell'immobile gravato dal diritto reale parziario e l'altro sul diritto reale limitato costituito a favore del terzo; ma al contrario deve trascrivere solamente il pignoramento contro il proprio debitore per la piena ed esclusiva proprietà del bene.

D'altro canto, se l'oggetto del pignoramento (e della vendita) è solamente il diritto di piena ed esclusiva proprietà sull'immobile, anche il prezzo della vendita non può che essere unitario, ossia stimato in riferimento al bene libero da qualsiasi diritto o vincolo gravante su di esso.

Prima di procedere con la trattazione, è opportuno svolgere alcune brevi precisazioni sull'ambito applicativo dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: l'ipotesi considerata dal legislatore è quella in cui il bene oggetto di garanzia, successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, sia stato concesso in usufrutto, uso o abitazione a favore di un terzo, ovvero sia stata costituita sul medesimo una servitù.

Nulla esclude tuttavia che vi siano altri casi in cui la norma in discorso potrebbe trovare applicazione.

In particolare, viene in rilievo l'ipotesi in cui il debitore abbia trasferito a terzi la piena proprietà dell'immobile ipotecato e il terzo avente causa abbia a sua volta costituito in favore di altro soggetto un diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù. Ovvero, ma si tratta del medesimo caso, il debitore abbia

trasferito a un terzo la proprietà del bene ipotecato riservandosi il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

In questi casi, il creditore ipotecario ha diritto di agire contro il terzo proprietario del bene ipotecato ai sensi dell'art. 602 c.p.c., facendo altresì “subastare il bene come libero” secondo la disciplina dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: la circostanza che il proprietario della cosa non sia il debitore bensì un terzo non è ovviamente di alcuno ostacolo all'applicazione della norma da ultimo richiamata; né sorgono problemi applicativi qualora il debitore, trasferita la proprietà del bene, abbia riservato per sé l'usufrutto o altro diritto reale parziale.

Poste queste debite precisazioni, nel corso della trattazione – salvo alcuni casi eccezionali – farò riferimento, per semplicità espositiva, all'ipotesi “ordinaria”, ossia quella in cui il debitore risulti anche proprietario del bene ipotecato, mentre il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù siano stati costituiti a favore di un terzo.

***Effetti del pignoramento eseguito nelle forme dell'art. 2812 c.c.: in particolare, l'estinzione del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù***

Alla luce dei rilievi sopra svolti, è necessario adesso esaminare le conseguenze del pignoramento eseguito ex art. 2812, co. 1, c.c., con particolare riguardo alla sorte dei diritti di usufrutto, uso, abitazione e servitù costituiti sull'immobile oggetto di esecuzione.

Si è detto che, ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c., tali diritti si estinguono con “l'espropriazione del fondo”. Ma anche qui è lecito chiedersi cosa intenda il legislatore con la locuzione appena citata: in particolare, bisogna domandarsi se tale estinzione debba essere ricollegata direttamente all'atto di pignoramento ovvero essa si verifichi in un momento successivo del processo esecutivo. La lettera della legge non aiuta, giacché non è chiaro se l'estinzione del diritto reale parziale intervenga al momento in cui ha inizio il procedimento di espropriazione, ovvero soltanto una volta che l'espropriazione è effettivamente terminata.

La soluzione al problema muove dall'esame delle diverse conseguenze cui l'una o l'altra interpretazione conducono. La prima possibilità – ossia che

l'estinzione del diritto reale limitato consegua direttamente all'esercizio dell'azione esecutiva – conduce infatti ad esiti inaccettabili sul piano della tutela del terzo titolare del diritto reale estinto.

Si dovrebbe infatti supporre che, a fronte dell'esercizio dell'azione esecutiva, il terzo sacrificato non possa più esercitare il proprio diritto reale durante l'intera pendenza del processo esecutivo (indipendentemente dal fatto che si giunga, prima o poi, alla vendita forzata della piena proprietà).

Ma se tale preclusione appare ingiustificata, non si tratta comunque della conseguenza peggiore che il terzo potrebbe subire qualora si ritenesse estinto il diritto reale limitato già al momento del pignoramento.

Nulla esclude infatti che il processo esecutivo si estingua anteriormente alla pronuncia del decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 586 c.p.c. (o più precisamente dell'ordinanza di aggiudicazione del bene esecutato): in questa ipotesi, a rigore – posto che il diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù risulta ormai caducato – la proprietà del bene dovrebbe tornare nella sfera giuridica del debitore libera da qualsivoglia vincolo, ivi compreso il diritto reale limitato costituito in capo al terzo.

Quest'ultimo, pertanto, si ritroverebbe privato del diritto reale di godimento costituito sulla cosa, senza tuttavia che il sacrificio risponda ad alcuna ragione apprezzabile e senza che gli sia riconosciuta parte del ricavato, essendosi il processo esecutivo estinto anteriormente alla vendita forzata del bene espropriato.

Se appare difficilmente sostenibile che il diritto venuto meno a seguito del pignoramento possa rivivere nell'ipotesi di estinzione del processo esecutivo, si potrebbe quantomeno ammettere che il terzo sacrificato sia legittimato ad esigere nei riguardi del debitore (ora pieno proprietario del bene) il pagamento di una somma pari a quella che egli avrebbe potuto pretendere in sede di distribuzione del ricavato.

E tuttavia, è appena il caso di notare come il terzo sacrificato non disponga di alcun titolo esecutivo nei confronti del debitore: il diritto del terzo di far valere le proprie ragioni sul ricavato dalla vendita forzata deriva infatti da un'espressa previsione di legge, prescindendo dalla sussistenza di uno dei titoli previsti ai sensi dell'art. 474 c.p.c. Né si può ipotizzare – sembra appena il caso di precisarlo – che al momento di pronunciare l'estinzione del processo

pendente il giudice dell'esecuzione debba altresì riconoscere il credito insoddisfatto del terzo, condannando il debitore a darne soddisfazione: una simile soluzione non è giustificabile dal punto di vista normativo, anche solo in ragione del fatto che il giudice dell'esecuzione non dispone di poteri condannatori.

Il terzo sacrificato, pertanto, dovrebbe agire in sede di cognizione per veder accertato il proprio diritto a ottenere il corrispettivo dovutogli *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*; ma come si avrà modo di vedere meglio poco oltre, anche tale forma di tutela appare, se non del tutto preclusa, quantomeno foriera di notevoli difficoltà.

Quanto sopra dimostra come fissare l'estinzione del diritto reale limitato al momento del pignoramento ponga gravi problemi di tutela del terzo, il quale risulterebbe pregiudicato dall'eventuale estinzione del processo esecutivo introdotto *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*

Sotto questo profilo, pertanto, il pignoramento eseguito ai sensi dell'*art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* non produce effetti ulteriori o diversi rispetto a quelli ordinariamente previsti ai sensi dell'*art. 2912 ss. c.c.*: in particolare, esso non comporta l'estinzione del diritto reale trascritto a favore del terzo. Se dunque questo diritto si estingue – come specificato dall'*art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* – “con l'espropriazione del fondo”, non può che ricondursi il momento estintivo alla conclusione del procedimento di assegnazione e vendita forzata, ossia all'adozione del decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.*<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Si potrebbe forse ipotizzare che l'estinzione del diritto reale limitato intervenga al momento della mera aggiudicazione del bene all'offerente, ossia in un momento anteriore rispetto alla pronuncia del decreto di trasferimento. Ciò in quanto il provvedimento di aggiudicazione è di per sé sufficiente, stante il disposto degli *artt. 624 c.p.c. e 187 bis disp. att.*, a giustificare la successiva adozione del decreto di trasferimento anche nell'ipotesi di estinzione dell'esecuzione. La tesi non sembra tuttavia condivisibile, atteso che solo con il decreto *ex art. 586 c.p.c.* la proprietà del bene viene definitivamente trasferita al terzo acquirente libera da pesi, vincoli e diritti altrui (ovviamente se non opponibili al creditore procedente). Anticipare l'estinzione del diritto reale limitato al precedente provvedimento di aggiudicazione, oltre a non rispondere ad alcuna particolare esigenza, presupporrebbe l'esistenza di uno iato temporale tra il momento della caducazione del diritto del terzo sacrificato e il momento in cui il bene viene trasferito al terzo acquirente libero dai vincoli, pesi e diritti gravanti sul medesimo.

Si potrebbe rilevare come la soluzione, in realtà, risolva solo parzialmente il problema della tutela del terzo titolare dei diritti reali caducati: il processo esecutivo, infatti, ben potrebbe estinguersi anche successivamente al trasferimento del bene a favore dell'acquirente<sup>78</sup>; in questo caso, il prezzo ricavato dalla vendita dovrebbe essere versato al debitore, ai sensi dell'art. 624 c.p.c., mentre le ragioni del terzo resterebbero comunque insoddisfatte.

Sul punto mi soffermerò *infra*<sup>79</sup>, ma è bene evidenziare fin d'ora come l'obiezione possa essere superata: se è vero che il pignoramento ha ad oggetto la piena proprietà del bene e non il diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù, non per questo può ritenersi irrilevante l'incisione dei diritti del terzo, il quale subisce comunque gli effetti dell'espropriazione forzata.

Sicché, mi sembra non sussistano difficoltà ad interpretare estensivamente l'art 624 c.p.c., nel senso che il prezzo ricavato dalla vendita forzata (e non distribuito) deve essere attribuito ai soggetti che patiscono l'esecuzione, dunque tanto al debitore proprietario quanto al terzo sacrificato, proporzionalmente alle rispettive ragioni.

Si può concludere, come sopra già esposto, ritenendo dunque che l'estinzione intervenga non all'inizio, bensì alla conclusione dell'espropriazione, con l'adozione del decreto di trasferimento ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

In fondo si tratta di un risultato coerente con il tenore dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., il quale appare diretto a concedere al creditore ipotecario un potere altrimenti precluso, nel rispetto tuttavia (per quanto possibile) della tutela dei diritti del terzo sacrificato.

Ciò che invece la norma non contribuisce a spiegare è se la "liberazione" del bene dai diritti costituiti a favore del terzo si produca necessariamente in

---

<sup>78</sup> Non si deve far riferimento tanto ai casi di cui agli artt. 629 e 630 c.p.c., essendo che l'estinzione per rinuncia agli atti ovvero per inattività delle parti presuppone comunque il consenso o la condotta inerte (anche) del terzo sacrificato (sul fatto che questi si consideri ad ogni effetto creditore del processo esecutivo, si rinvia a quanto diffusamente esposto oltre, in riferimento alla tutela del terzo sacrificato). Piuttosto, si consideri il diverso caso di accoglimento dell'opposizione all'esecuzione ovvero dell'opposizione di terzo, intervenuto solamente all'indomani della vendita forzata. In questo caso, il processo esecutivo viene travolto ma il travolgimento non incide sulla validità del decreto pronunciato ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

<sup>79</sup> Si veda p. 104 ss.

forza dell'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario; ovvero se sia consentito a questi scegliere tra le diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento. E questo è il problema che si andrà ora ad esaminare.

### ***L'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario***

La questione che intendo affrontare è la seguente: se il creditore possa discrezionalmente decidere, senza alcuna preclusione, di pignorare la proprietà del bene "libera" da diritti o vincoli altrui, ovvero di aggredire la proprietà gravata dal diritto reale limitato, o ancora di agire (soltanto) contro il terzo usufruttuario.

Il creditore ipotecario potrebbe infatti ritenersi esclusivamente titolare del potere di pignorare la piena proprietà del bene *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*; ma si potrebbe anche ammettere il diritto del creditore di agire pignorando "autonomamente" la nuda proprietà ai sensi dell'art. 555 c.p.c. o il diritto di usufrutto nelle forme di cui all'art. 602 c.p.c. (vale precisare che in ogni caso il creditore ipotecario non può pignorare i diritti di abitazione, uso o servitù, in quanto insuscettibili di espropriazione<sup>80</sup>).

Sembra questa una questione di scarsa importanza: è appena il caso di evidenziare come il creditore ipotecario – potendo ottenere una tutela più ampia – non abbia interesse a sceglierne una deteriore. Ma si esporrà in seguito come invece il problema proponga interessanti sviluppi.

Vediamo dunque se sia possibile ravvisare, nel nostro ordinamento, una norma idonea a sostenere l'ipotesi per cui il creditore gode della facoltà di (per così dire) "frazionare" l'esercizio dell'azione esecutiva pur potendo giovare della tutela offerta dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Si potrebbe innanzitutto cercare di sostenere la tesi affermativa sulla scorta del principio "*plus semper in se continet quod est minus*": se il creditore ipotecario può agire contro il proprio debitore pignorando i suoi beni (o meglio i suoi diritti) ai sensi dell'art. 2812, co. 1, c.c., non si vede perché non consentirgli di aggredire la sola nuda proprietà *ex art. 555 c.p.c.*

---

<sup>80</sup> Sul punto, v. nota 85.

Similmente, se il creditore ipotecario, ai sensi degli artt. 2808 c.c. e 602 c.p.c. può espropriare la piena proprietà del bene contro il terzo avente causa, nulla sembrerebbe precludergli il diritto di agire (solo) nei confronti del terzo usufruttuario, pignorando il diritto reale limitato costituito in suo favore.

Tuttavia, tali argomenti, per quanto suggestivi, appaiono del tutto forvianti, perché non tengono in debito conto l'unico aspetto davvero problematico della questione, ossia che la garanzia ipotecaria, nell'ipotesi qui formulata, non ha ad oggetto la nuda proprietà del bene, né il diritto di usufrutto, bensì la piena proprietà del medesimo libera da diritti reali parziari.

In altre parole, il diritto oggetto di ipoteca è diverso rispetto ai diritti che il creditore garantito potrebbe pignorare qualora si ammettesse l'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva: in linea di prima approssimazione, è possibile infatti evidenziare come tanto la nuda proprietà (o meglio, la proprietà gravata da diritti reali parziari) quanto il diritto di usufrutto rappresentino fattispecie giuridiche distinte rispetto alla piena proprietà, libera da vincoli o diritti altrui.

Questa osservazione potrebbe allora far sorgere un dubbio, ossia se l'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva violi il divieto previsto all'art. 2911 c.c.: secondo tale norma, come già accennato in precedenza, il creditore che ha iscritto ipoteca su un bene non può agire esecutivamente su beni diversi se prima non ha pignorato (anche) il bene ipotecato.

La disposizione non è delle più precise, in quanto l'ipoteca – così come peraltro il pignoramento – non ha mai ad oggetto un bene, bensì un diritto su un bene. Così, la norma appena citata può essere letta come segue: il creditore ipotecario non può pignorare altri diritti se prima non ha sottoposto ad esecuzione il diritto ipotecato.

È opportuno altresì evidenziare quale sia esattamente la funzione perseguita dalla norma in esame.

Sicuramente, l'art. 2911 c.c. si pone a tutela del debitore esecutato, il quale – quantomeno nel caso di ipoteca volontaria – ha in qualche modo "individuato" i beni su cui preferisce subire, nell'ipotesi di inadempimento,

l'esecuzione forzata del credito<sup>81</sup>. Tuttavia, la norma persegue anche (se non principalmente) lo scopo di proteggere i creditori chirografari<sup>82</sup> e, seppur indirettamente, garantire il rispetto della *par condicio creditorum*<sup>83</sup>.

Se, infatti, l'ordinamento non prevedesse il divieto di cui all'art. 2911 c.c., il creditore ipotecario potrebbe agire esecutivamente pignorando la proprietà di immobili non oggetto di garanzia. In questo caso, il creditore procedente da un lato concorrerebbe con gli altri creditori chirografari, in proporzione dei rispettivi crediti; mentre dall'altro conserverebbe il diritto di essere soddisfatto in preferenza sul ricavato della (futura ed eventuale) vendita avente ad oggetto l'immobile ipotecato.

In buona sostanza, la posizione del creditore ipotecario "graverebbe" due volte sulle pretese dei chirografari: la prima, rispetto al ricavato della vendita del bene non ipotecato, in proporzione dei rispettivi crediti; la seconda, rispetto al ricavato della vendita del bene ipotecato, in preferenza.

Vale subito precisare – e l'importanza di questa considerazione la si vedrà poi – che la funzione perseguita dall'art. 2911 c.c. ne giustifica peraltro l'applicazione anche al caso in cui il creditore ipotecario (anziché pignorare) intervenga nel processo esecutivo avente ad oggetto un diritto diverso da quello vincolato in garanzia.

Il creditore chirografario, infatti, viene pregiudicato egualmente tanto nel caso in cui il creditore ipotecario pignori un diritto non oggetto di garanzia ovvero intervenga in un processo già pendente sul medesimo. In entrambe le ipotesi il creditore chirografario si trova a concorrere con il creditore ipotecario in proporzione delle rispettive pretese, nonostante il secondo possa, in

---

<sup>81</sup> Si veda BUSNELLI, *Art. 2911 c.c.*, in Bigliazzi Geri, Busnelli, Ferrucci, *Commentario del Codice Civile Libro VI: della tutela dei diritti*, 4, Torino, 1980, 264.

<sup>82</sup> In giurisprudenza, si è evidenziato come l'art. 2911 c.c. – oltre a rispondere ad esigenze di economia processuale – "*si preoccupa di ripartire le garanzie, generiche e specifiche delle obbligazioni, in modo che se ne giovino il maggior numero di creditori, costretti a ricorrere all'espropriazione forzata*" (Cass., 17.1.2007, n. 1033; nonché con identica formulazione Cass., 24.1.2007, n. 1594).

<sup>83</sup> In questo senso, v. TRAVI, *Espropriazione forzata in generale* (voce), Digesto, 1992, secondo cui "*Il concreto fine di questo articolo è comunque di regolare, più che un conflitto fra creditore e debitore, un conflitto fra creditore e creditori concorrenti*".

forza della garanzia, soddisfarsi con preferenza su un altro diritto, vincolato con l'iscrizione ipotecaria.

Le brevi precisazioni esposte, come si vedrà subito, sono estremamente importanti, al fine di affrontare correttamente la questione dell'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva.

### ***Il pignoramento del solo diritto di usufrutto ai sensi dell'art. 602 c.p.c.***

Consideriamo distintamente le ipotesi di esercizio dell'azione esecutiva nei confronti del nudo proprietario dall'ipotesi di esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 602 c.p.c. contro il terzo usufruttuario, cominciando da quest'ultima.

Le considerazioni svolte poco sopra consentono, a mio avviso, di ritenere inammissibile l'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti del solo usufruttuario, giusta il divieto di cui all'art. 2911 c.c.: se infatti è vero che il diritto di usufrutto si configura come situazione giuridica "più limitata" nel proprio contenuto rispetto al diritto di piena proprietà, ciò non esclude che i diritti reali in parola rappresentino fattispecie del tutto autonome e distinte.

Ne consegue che l'oggetto dell'ipoteca è diverso dall'oggetto del pignoramento, essendo stata la garanzia iscritta (non sul diritto di usufrutto, bensì) sul diritto di piena proprietà.

Vale qui osservare come il rilievo non sia puramente "formalistico", ma al contrario si ponga, per le ragioni che seguono, a tutela del corretto svolgimento del processo di esecuzione forzata: la diversità tra oggetto dell'ipoteca e oggetto del pignoramento comporterebbe infatti numerose problematiche in sede di distribuzione del ricavato.

Bisognerebbe in primo luogo stabilire se (e in quali limiti) il titolo di prelazione derivante dall'ipoteca iscritta sulla piena proprietà dell'immobile possa essere esercitato in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata dell'usufrutto.

Si potrebbe ritenere, alternativamente, che in tal sede il creditore ipotecario possa vantare il proprio titolo di prelazione per l'intera somma oggetto di garanzia; ovvero, per la sola parte della somma garantita proporzionale al valore dell'usufrutto; o infine che egli non possa esercitare alcun titolo di preferenza.

Nessuna di queste soluzioni appare soddisfacente.

Riconoscere al creditore ipotecario il diritto di far valere la preferenza interamente sul ricavato dalla vendita dell'usufrutto è alternativa ardua da sostenere giuridicamente: si potrebbe richiamare, a riguardo, il cd. principio di indivisibilità, sancito dall'art. 2808, comma 2, c.c., per cui l'ipoteca produce effetti sull'intera cosa oggetto di garanzia, ivi compresa ogni sua parte.

Ma è appena il caso di evidenziare come il diritto di usufrutto non sia una "parte" del diritto di piena proprietà, quanto semmai un diritto "gravante" sulla proprietà, tale da comprimere la situazione giuridica del proprietario in ordine al libero godimento del bene.

Il riconoscimento del diritto ad essere preferito per l'intero in sede di distribuzione, peraltro, peserebbe sui creditori dell'usufruttuario: questi, a ben vedere, conoscono sì l'esistenza dell'ipoteca, ma potrebbero ordinariamente vantare una legittima aspettativa sulla somma destinata al terzo sacrificato (loro debitore) ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., domandando di essere a lui sostituiti in sede di distribuzione *ex art. 511 c.p.c.*

Nemmeno ritenere però che la garanzia si riduca proporzionalmente al diritto espropriato appare condivisibile: oltre alle problematiche relative alla stima del valore dell'ipoteca così "ridotta", la ricostruzione si porrebbe in pieno contrasto con il già citato principio di indivisibilità di cui all'art. 2808, comma 2, c.c. L'ipoteca, infatti, non può che attribuire al creditore iscritto il diritto di preferenza in sede di distribuzione per l'intero credito oggetto di garanzia.

E deve essere integralmente esclusa l'ultima alternativa indicata, secondo cui il creditore ipotecario non avrebbe diritto ad esercitare alcun titolo di preferenza in sede di distribuzione del ricavato: si dovrebbe infatti ammettere che il creditore ipotecario possa giovare della propria garanzia ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva contro il terzo usufruttuario, ma non sia legittimato ad esercitare – in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata dell'usufrutto – il titolo di prelazione attribuitogli dalla medesima ipoteca. Il che è evidentemente assurdo.

Inoltre – anche a prescindere dalle difficoltà sopra evidenziate – la difformità tra oggetto dell'ipoteca e oggetto del pignoramento conduce a

problematiche insuperabili riguardo alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli ordinata *ex art.* 586 c.p.c. dal giudice dell'esecuzione.

Ai sensi dell'art. 586 c.p.c., il giudice dell'esecuzione, disposto il trasferimento del bene oggetto di vendita forzata, ordina altresì la cancellazione delle ipoteche iscritte sul medesimo. Qualora oggetto di espropriazione fosse solo il diritto di usufrutto, sarebbe dunque necessario procedere alla cancellazione parziale della garanzia, disponendo la sopravvivenza dell'iscrizione relativamente al diritto di nuda proprietà.

Il problema consiste nell'individuare le modalità con cui eseguire la descritta "cancellazione parziale".

In tema di ipoteca, un'ipotesi di cancellazione parziale è prevista all'art. 2872 c.c.<sup>84</sup>: la norma prevede in particolare che il debitore possa ridurre la garanzia ipotecaria "*restringendo l'iscrizione a parte soltanto dei beni*". La disposizione potrebbe dunque fungere allo scopo: una volta accertato il diritto del debitore di ridurre l'ipoteca, il giudice ordina infatti il "restringimento", ossia la cancellazione parziale, dell'iscrizione in riferimento a una parte dei beni gravati dalla garanzia.

Senonché, come già esposto poco sopra, il diritto di usufrutto non può considerarsi come una "parte del bene" ipotecato, concretando infatti un diritto del tutto distinto rispetto alla proprietà dell'immobile. In questo caso, pertanto, più che una cancellazione parziale, si dovrebbe ammettere il potere del giudice di disporre la "trasformazione" dell'oggetto dell'ipoteca, ordinando che l'iscrizione eseguita sulla piena proprietà del bene venga modificata in un'iscrizione sul solo diritto di usufrutto. Un simile potere, non trovando ragione in alcuna disposizione di legge, appare tuttavia da escludere.

Eguale si deve escludere che il risultato perseguito possa essere raggiunto tramite la cancellazione dell'intera ipoteca con contestuale iscrizione di una nuova ipoteca, gravante solo sulla nuda proprietà.

E ciò non solo in quanto, così procedendo, si costituirebbe un'ipoteca del tutto diversa, produttiva di effetti solo dalla data della nuova (e non della precedente) iscrizione; ma anche in questo caso per l'assenza, in capo al giudice

---

<sup>84</sup> In dottrina, la riduzione dell'ipoteca è qualificata come estinzione parziale della garanzia (v. CHIANALE, *L'ipoteca*, Milano, 2017, 461, in cui l'Autore si sofferma altresì sull'evoluzione storica dell'istituto della riduzione ipotecaria).

dell'esecuzione, del potere di ordinare, contestualmente alla cancellazione, l'iscrizione di nuovi vincoli di garanzia.

Le evidenti difficoltà sopra rappresentante – in quanto prive di soluzione – conducono a ritenere, mi sembra, che il creditore ipotecario non possa pignorare il solo diritto di usufrutto ogni qual volta egli disponga della più incisiva tutela di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. Ciò in ragione, da un lato, del divieto di cui all'art. 2911 c.c. – secondo cui il creditore ipotecario non può agire pignorando diritti diversi da quelli oggetto di garanzia se prima non ha sottoposto questi ultimi ad espropriazione – e, dall'altro, delle gravi conseguenze che la risposta contraria comporterebbe rispetto all'efficiente gestione della procedura esecutiva e, soprattutto, rispetto alla tutela delle parti interessate (non da ultimo il creditore ipotecario stesso).

Vale solo precisare, infine, come la soluzione appena raggiunta trovi ulteriore conferma nella circostanza che il diritto reale parziario costituito a favore del terzo potrebbe anche essere insuscettibile di pignoramento: quanto finora esposto è stato infatti limitato alla sola ipotesi di costituzione in capo al terzo di un diritto di usufrutto; ma l'ambito applicativo dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. risulta esteso anche ai diritti di abitazione, uso e servitù, i quali tuttavia sono radicalmente impignorabili<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Si tratta infatti di diritti non trasferibili, né per volontà dei privati né in sede di vendita forzata. Con specifico riferimento al diritto di abitazione, la dottrina appare concorde nel ritenere che il diritto di abitazione non possa essere oggetto di espropriazione (v. GASBARRINI, *Espropriazione forzata e diritto di abitazione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 21-2013/E, 2 ss.; nello stesso senso, seppur con alcuni distinguo, SPATUZZI, *La circolazione del diritto di abitazione*, *Notariato*, 2019, 1, 38; con riferimento all'apprensione del diritto di abitazione all'attivo fallimentare, v. BOGGIALI, *I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 163-2012/I, 5). Giova precisare come, peraltro, il divieto di alienazione dei diritti di abitazione conosca una deroga rilevante: si ritiene, infatti, che il diritto reale in esame possa essere trasferito a terzi purché, con il medesimo atto traslativo, venga altresì trasferita la proprietà del bene oggetto di abitazione (v. Cass. 31.7.1989, n. 3565). Il divieto di alienazione, infatti, non avrebbe carattere assoluto, ma risponderebbe alla funzione di impedire la circolazione del diritto di abitazione indipendentemente dalla volontà del proprietario. Si potrebbero ritenere applicabili le stesse conclusioni anche nel diverso contesto della espropriazione forzata: qualora ne sussistano i presupposti, il creditore sarebbe dunque legittimato a pignorare *ex art. 602 c.p.c.* il diritto di abitazione o servitù a condizione che abbia già pignorato la proprietà del bene in capo al proprio creditore. Verrebbe così garantita l'espropriazione "congiunta"

L'esercizio "frazionato" dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario, in questi casi, non risulta nemmeno astrattamente ammissibile.

### ***Il pignoramento della sola nuda proprietà***

La diversa fattispecie del pignoramento della sola nuda proprietà dell'immobile merita invece qualche riflessione in più. Bisogna innanzitutto evidenziare come, in questo caso, il diritto di piena proprietà non possa considerarsi completamente distinto da quello di nuda proprietà: si tratta infatti del

---

dei diritti reali in parola. Ma la soluzione non è affatto condivisibile. Se la funzione della tesi riportata è quella di consentire la circolazione "unitaria" del diritto di proprietà e del diritto di uso o abitazione, lo scopo sembra poter essere perseguito solo con la concorde volontà delle parti. In sede esecutiva, per ammettere la pignorabilità dei diritti di abitazione o di uso, il creditore dovrebbe quantomeno dar prova, esercitando l'azione esecutiva, di aver pignorato la proprietà del medesimo bene. Ed anche così procedendo, si presenterebbe il problema di coordinare la sorte dei due processi esecutivi: sarebbe giocoforza necessario disporre la riunione. Nel processo esecutivo, infatti, difetta un elemento essenziale, presente invece nella cessione del bene per atto di volontà, ossia la certezza (o quantomeno la "ragionevole" sicurezza) circa il trasferimento congiunto del diritto di proprietà e del diritto di abitazione o di uso. Qualora il diritto di abitazione o uso sia trasferito a terzi per atto di volontà, la cessione "congiunta" del diritto di proprietà e del diritto reale limitato ha efficacia immediata al momento della sottoscrizione. Sicché il terzo avente causa diviene titolare, con ragionevole certezza, di entrambi i diritti in parola; ed essendo il trasferimento della proprietà condizione necessaria per il trasferimento del diritto di abitazione, l'eventuale invalidità o inefficacia del primo travolge, giocoforza, anche il secondo. In sede di esecuzione forzata, al contrario, il trasferimento congiunto dei diritti di proprietà e abitazione non si ottiene al momento del pignoramento, bensì (al più) con la successiva adozione del decreto di trasferimento. Anche ammesso che il creditore procedente abbia pignorato il diritto di abitazione entro il termine necessario ai sensi dell'art. 561 c.p.c. per consentire la prosecuzione unitaria dell'esecuzione, resta il fatto che il pignoramento della proprietà e il pignoramento del diritto di abitazione o di uso mantengono la propria autonomia ex art. 493, comma 3, c.p.c. Sicché potrebbe darsi che il processo esecutivo sulla proprietà si estingua o divenga improcedibile, ma che la causa di estinzione o di improcedibilità non si comunichi al processo esecutivo relativo al diritto di abitazione o uso. L'unica soluzione, a questo punto, consisterebbe nell'attribuire al giudice dell'esecuzione il potere – non previsto in alcuna disposizione normativa – di dichiarare estinta o improcedibile non solo l'esecuzione forzata relativa alla proprietà, ma anche quella riguardante il diritto di abitazione o uso, in quanto meramente "accessoria" alla prima. Ma si tratta di una evidente forzatura interpretativa, la quale presupporrebbe fra l'altro di riconoscere l'esistenza di un rapporto di accessorialità tra processi esecutivi diversi, l'uno principale e l'altro servente.

medesimo diritto, in un caso pienamente disponibile da parte del titolare e nell'altro gravato dal diritto parziario di usufrutto.

Si potrebbe quindi ritenere inapplicabile l'art. 2911 c.c., essendo che il creditore ipotecario, nel pignorare la nuda proprietà, agisce esattamente sul diritto oggetto di garanzia, seppur "limitato" dai diritti costituiti a favore del terzo.

Quanto appena esposto trova un ulteriore argomento nel caso in cui il debitore abbia costituito sul bene un diritto di abitazione, uso o servitù a favore di un terzo: il creditore, infatti, non potrebbe in ogni caso agire contro l'*habitor*, l'usuuario o il proprietario del fondo servito, essendo i rispetti di diritti sottratti all'esecuzione forzata; e non varrebbe dunque, in queste ipotesi, contestare la violazione del divieto di cui all'art. 2911 c.c.

Tuttavia, sembra necessaria una lettura più attenta dell'art. 2911 c.c. per affrontare correttamente il problema in esame.

Posto che l'art. 2911 c.c. persegue una funzione di tutela dei creditori chirografari, bisogna stabilire se questa funzione può rilevare ai fini dell'applicabilità della norma nel caso di pignoramento trascritto dal creditore ipotecario sulla nuda proprietà – e non sulla piena proprietà – dell'immobile. Ed è possibile rispondere in senso positivo non appena si consideri che l'art. 2812 c.c. – oltre ad attribuire al creditore ipotecario un eccezionale potere di agire – consente di favorire, seppur indirettamente, anche il ceto dei creditori chirografari.

Qualora infatti il creditore ipotecario agisca contro il proprio debitore pignorando solamente la nuda proprietà – senza pertanto esercitare l'azione esecutiva nei modi previsti dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – il prezzo ricavato dalla vendita forzata risulta certamente inferiore rispetto a quello che si sarebbe potuto ottenere dalla vendita della piena proprietà.

D'altro canto, a seguito del trasferimento della nuda proprietà, il diritto di usufrutto, una volta estintosi per decorrenza del termine contrattuale ovvero per morte dell'usufruttuario, si consoliderebbe in capo al terzo acquirente (e non certo in capo al debitore, il quale non ha più alcun diritto sulla cosa espropriata).

Ciò significa che il "prezzo" dell'usufrutto – ossia il valore che si sarebbe potuto ricavare in sede di vendita forzata se il creditore ipotecario avesse

esercitato il potere di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – verrebbe “sottratto” al patrimonio del debitore senza che i creditori chirografari abbiano potuto soddisfarvisi.

Se il creditore ipotecario, al contrario, agisce contro il proprio debitore pignorando la piena proprietà “libera” da qualsiasi diritto, la situazione muta notevolmente.

I creditori chirografari, infatti, sono sì postergati rispetto al terzo sacrificato, che ha diritto a “far valere le proprie ragioni” in sede di distribuzione del ricavato; ma vedono posto in vendita, per contro, un bene libero da vincoli e come tale di maggior valore.

Né deve, a riguardo, ritenersi che la differenza tra il valore della piena proprietà e il valore della nuda proprietà sia uguale al valore del diritto reale limitato costituito sulla cosa; ciò può essere, ma può essere anche diversamente: il diritto di usufrutto, anche qualora di scarso valore intrinseco, può notevolmente incidere sul valore della proprietà, svilendo così il prezzo del bene trasferito in sede di vendita forzata.

Pertanto, l'esercizio del potere di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. non risulta affatto irrilevante rispetto alla posizione dei creditori chirografari, i quali potrebbero essere pregiudicati dalla mancata liberazione del bene immobile dai diritti e dai vincoli costituiti sul medesimo laddove – a seguito del conseguimento di un prezzo inferiore rispetto a quello potenzialmente ricavabile dalla vendita della piena proprietà – le loro pretese non venissero soddisfatte in sede di distribuzione.

Se allora la finalità dell'art. 2911 c.c. è (anche) quella di salvaguardare le ragioni dei creditori chirografari, ciò significa che viola il divieto ivi previsto non solo il pignoramento trascritto su diritti non oggetto di ipoteca; ma anche il pignoramento trascritto su diritti aggredibili da qualsiasi creditore chirografario qualora, per effetto dell'ipoteca, il creditore garantito avrebbe potuto ottenere l'esecuzione di un diritto “più ampio”.

Il creditore ipotecario, in conclusione, è tenuto ad agire in esecuzione aggredendo esattamente e completamente il diritto oggetto di garanzia

(sempre ammesso, ovviamente, che ciò sia possibile<sup>86</sup>): pertanto, nel caso che qui interessa, il creditore ipotecario non è legittimato ad agire pignorando la sola nuda proprietà del bene immobile in capo al debitore, essendogli attribuito dalla legge il diverso e più intenso potere di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

La medesima conclusione può peraltro trarsi anche muovendo dal già citato art. 2809, comma 2, c.c., il quale dispone che l'ipoteca è indivisibile, gravando per l'intero su ogni "parte" del diritto oggetto di garanzia. La norma è solitamente interpretata in senso favorevole al creditore, ma nulla esclude – e d'altro canto l'art. 2911 c.c. sembra confermarlo – che possa essere letta anche quale limitazione al potere di agire in esecuzione.

In particolare, se l'ipoteca è davvero indivisibile – e vale quindi per l'intero sopra ogni parte del bene – ciò significa che gli effetti della garanzia si producono unitariamente, senza che il creditore possa scegliere di quali giovare o meno.

### ***Esclusione del potere di frazionare l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario***

Alla luce delle considerazioni svolte, si può osservare come il creditore ipotecario non goda di alcuna facoltà di scelta in ordine all'esercizio dell'azione ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.p.c., nel senso che egli non è legittimato a "frazionare" l'oggetto del pignoramento, aggredendo la sola nuda proprietà o il solo diritto di usufrutto. E a ciò si perviene, si è visto, soprattutto muovendo dal divieto di cui all'art. 2911 c.c.

Resta semmai da chiedersi quali siano le conseguenze dell'indebito esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario: ossia, che cosa accada qualora il creditore si limiti a pignorare la sola nuda proprietà del bene

---

<sup>86</sup> Non è così, ad esempio, nel caso di costituzione di superficie o enfiteusi sul bene oggetto di ipoteca: il creditore, essendo onerato di agire verso il superficiario o l'enfiteuta ai sensi dell'art. 602 c.p.c., potrebbe ben ritenere di pignorare la sola nuda proprietà. I creditori chirografari non avrebbero nulla da lamentare, non potendo comunque soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita del diritto di superficie o enfiteusi, ma solo sul prezzo ricavato dalla vendita della proprietà. I due prezzi, si noti, rimangono in questo caso del tutto distinti.

contro il proprio debitore. Si potrebbe ritenere che l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. possa comunque – anche in caso di pignoramento notificato e trascritto sulla nuda proprietà (o sul diritto reale di usufrutto) – produrre automaticamente i propri effetti “liberatori”.

Ma la soluzione mi sembra da escludere per una serie di ragioni.

In primo luogo, si porrebbe l'evidente problema di “giustificare” la discrasia tra oggetto del pignoramento – ossia la nuda proprietà del bene ipotecato – e oggetto della vendita forzata – la piena proprietà libera da diritti reali altrui: il giudice dell'esecuzione, a ben vedere, non risulterebbe nemmeno legittimato a provvedere sull'istanza di vendita (e tantomeno a pronunciare il decreto trasferimento della piena proprietà del bene a favore dell'acquirente).

In secondo luogo, sussisterebbe un ulteriore e altrettanto evidente problema di pubblicità immobiliare e continuità delle trascrizioni, posto che il pignoramento viene trascritto sulla sola nuda proprietà del bene.

Ancora, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – come diffusamente si dirà tra poco – presuppone il compimento di una serie di atti a tutela del terzo sacrificato, che in mancanza rendono comunque improcedibile il processo esecutivo.

Per tutte queste ragioni, quindi, deve a mio avviso escludersi che l'effetto “liberatorio” di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. possa automaticamente prodursi nonostante il creditore ipotecario abbia pignorato la sola nuda proprietà dell'immobile oggetto di garanzia.

Si deve dunque concludere che, laddove il creditore ipotecario disponga del potere di agire in esecuzione *ex art.* 2812, c. 1 e 2, c.c., e ciononostante egli pignori un diritto diverso dalla piena proprietà dell'immobile, il debitore – ovvero il terzo illegittimamente aggredito – può far valere la violazione del divieto di cui all'art. 2911 c.c. sperando l'opposizione all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c.<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> In dottrina, si è infatti evidenziato come l'art. 2911 c.c. dia luogo ad un'ipotesi di impignorabilità relativa dei beni diversi da quelli gravati da garanzia reale: v. VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), cit., 789. La giurisprudenza di legittimità appare invece orientata, nel caso di pignoramento eseguito in violazione dell'art. 2911, c.c., a ritenere esperibile l'opposizione *ex art.* 617 c.p.c., non invece l'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c.; v. Cass., 24.1.2007, n. 1594; Cass. 17.1.2007, n. 1033); ma di contrario avviso sembra la giurisprudenza di merito (v. Trib. Tempio Pausania, 25.9.2012, in *ilcaso.it*; Trib. Torino, 4.11.2003, *Giur. Mer.*, 2005, 588: entrambe le pronunce muovono dal presupposto che l'art.

Può essere interessante, anche solo per completezza espositiva, considerare il caso in cui il creditore ipotecario non sappia che il bene oggetto di garanzia è stato gravato da un diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù a favore di un terzo.

Questa “ignoranza” può essere occasionata dalla mancata trascrizione del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù, omissione che di regola rende l’atto dispositivo pacificamente inopponibile a terzi. Sicché il creditore ipotecario, in questo caso, ben potrebbe agire aggredendo la piena proprietà in capo al debitore, senza alcuna necessità di avvalersi della disciplina di cui all’art. 2812 c.c.

Ma vi possono essere invece ipotesi in cui il diritto reale limitato può essere opposto a terzi anche qualora il titolare non abbia provveduto a trascrivere il relativo atto di acquisto<sup>88</sup>.

Si pensi, per esempio, al caso in cui il diritto reale parziario sia stato acquistato in forza di legato testamentario<sup>89</sup>: in questa ipotesi, la trascrizione non ha natura dichiarativa, non svolge alcuna funzione in riferimento

---

2911 c.c. individua un’ipotesi di impignorabilità relativa dei beni diversi da quelli gravati da garanzia reale).

<sup>88</sup> Un caso diverso rispetto a quello subito esposto nel testo riguarda gli acquisti a titolo originario del diritto reale parziario, ovviamente qualora questi siano perfezionati anteriormente alla trascrizione del pignoramento ma successivamente all’iscrizione dell’ipoteca. La problematica impone di indagare preliminarmente diverse ulteriori tematiche, quali il rapporto tra acquisto ad usucapione e ipoteca, nonché le conseguenze dell’usucapione rispetto all’esecuzione forzata pendente sul bene acquistato dal terzo. Senza alcuna pretesa di esautività, se si ritiene che l’acquisto ad usucapione della proprietà del bene faccia venir meno l’ipoteca iscritta sul medesimo (così, CICERO, *Ipoteca* (voce), cit.; ma *contra* v. CHIANALE, *L’ipoteca*, cit., 489), si dovrebbe anche ritenere che lo stesso principio valga anche in relazione ai diritti reali parziari. Così, il creditore ipotecario non può che pignorare la proprietà del bene gravata dai diritti reali limitati acquistati dal terzo a titolo di usucapione. Una diversa ipotesi potrebbe essere individuata nella costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia; a riguardo, v. CICERO, *ibidem*, secondo cui in tal caso “*pare si debba applicare il principio che gli atti di disposizione del proprietario non possono pregiudicare la garanzia. La servitù costituita, per destinazione del padre di famiglia, dopo l’iscrizione dell’ipoteca non sarà opponibile al credito ipotecario*”.

<sup>89</sup> Ma a ben vedere anche nell’ipotesi di legato *ex lege*, come nei casi di legati di abitazione della casa coniugale e di uso dei mobili che la corredano, previsti dall’art. 540, co. 2, c.c.

all'opponibilità del diritto a terzi e il legato deve essere trascritto solo al fine di assicurare la continuità delle trascrizioni ai sensi dell'art. 2650 c.c.<sup>90</sup>.

Ciò posto, può essere che il debitore abbia legato a favore di un terzo il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù su un bene oggetto di garanzia ipotecaria. Apertasi la successione, il terzo diviene titolare del diritto reale parziario e tuttavia non provvede a trascrivere il relativo titolo di acquisto. Ovviamente, il creditore ipotecario ha diritto ad agire contro l'erede espropriando il bene "come libero". Ma ci si potrebbe domandare come possa o debba procedere al pignoramento, vista la mancata trascrizione del diritto reale limitato presso i registri immobiliari.

In realtà, la fattispecie descritta non pone alcun problema in riferimento al dettato di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: proprio in quanto non trascritto nei registri immobiliari, il creditore ipotecario non può che pignorare la piena ed esclusiva proprietà del bene contro l'erede. Ciò peraltro non significa che nel caso di specie sia escluso l'effetto "liberatorio" proprio dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: al contrario, appare del tutto coerente con la *ratio* della disposizione che essa si applichi anche in riferimento ad ipotesi in cui il diritto parziario di godimento, pur non trascritto, sarebbe comunque opponibile in astratto al terzo acquirente in vendita forzata.

La ricostruzione, peraltro, non contraddice quanto poco sopra esposto, in ordine al divieto per il creditore ipotecario di agire in esecuzione pignorando un diritto diverso rispetto a quello oggetto di garanzia: in questo caso, infatti, il creditore ipotecario pignora la piena proprietà, ossia proprio il diritto su cui risulta iscritta ipoteca, senza pertanto alcuna possibilità di applicare (anche solo in via estensiva) la disposizione dell'art. 2911 c.c.

Si pone, a tutto concedere, un problema di tutela del terzo legatario: egli, non risultando il proprio acquisto dai registri immobiliari, rischia di essere pregiudicato dall'esercizio dell'azione esecutiva nella misura in cui il creditore, non conoscendo l'esistenza del diritto reale costituito in suo favore, non provvede nemmeno a dargli avviso delle pendenze del processo esecutivo ai sensi dell'art. 498 c.p.c.

---

<sup>90</sup> Per tutti, v. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 1145.

Si potrebbe ipotizzare, forse, l'esperibilità da parte del terzo pregiudicato dell'azione risarcitoria aquiliana nei riguardi del debitore (erede del defunto), per aver questi taciuto l'esistenza del lascito testamentario (e del conseguente diritto reale limitato) a favore del terzo.

***Il problema dell'intervento del creditore ipotecario in un processo esecutivo pendente sulla sola nuda proprietà o sul solo diritto di usufrutto***

L'esame della questione è stato fin qui condotto in riferimento all'esercizio dell'azione esecutiva cd. "in via principale", ossia l'ipotesi in cui il creditore ipotecario pignori non la piena proprietà libera da diritti o altri vincoli, bensì il diritto di nuda proprietà o il diritto di usufrutto.

Si è negata, come precisato, l'ammissibilità di questo "frazionamento" del potere di agire in esecuzione nelle forme previste dall'art. 2812 c.c., co. 1 e 2, c.c., in ragione soprattutto del divieto previsto ai sensi dell'art. 2911 c.c.

L'ipotesi esaminata potrebbe sembrare un mero esercizio scolastico: in effetti, è difficile immaginare che il creditore ipotecario abbia interesse a pignorare solamente un particolare diritto gravante sull'immobile, invece di avvalersi del potere di farlo subastare interamente libero.

Tuttavia, l'indagine si rivela utile – oltre allo scopo di offrire un adeguato inquadramento teorico alla problematica – al fine di affrontare alcune ulteriori questioni di carattere meno astratto.

Bisogna innanzitutto valutare se i rilievi finora svolti possono considerarsi validi anche nel caso in cui il creditore ipotecario non intenda pignorare la sola nuda proprietà ovvero il solo diritto di usufrutto sul bene immobile oggetto di garanzia, bensì proponga intervento in un processo esecutivo già pendente sui diritti così "frazionati".

Il problema presuppone di affrontare la generale questione relativa all'operatività del divieto previsto ai sensi dell'art. 2911 c.c. qualora il creditore ipotecario – anziché agire in via principale – intervenga in un processo esecutivo avente ad oggetto un diritto diverso da quello oggetto di garanzia.

Si è accennato precedentemente come sul punto sia possibile offrire una risposta affermativa: se infatti vengono meno a riguardo le ragioni di

protezione del debitore, resta ferma invece la funzione di tutela della *par condicio creditorum* svolta dalla norma in esame<sup>91</sup>.

Il creditore chirografario, infatti, viene pregiudicato egualmente tanto nel caso in cui il creditore ipotecario pignori un diritto non oggetto di garanzia quanto laddove egli intervenga in un processo già pendente sul medesimo: in entrambe le ipotesi, il creditore chirografario si trova a concorrere con il creditore ipotecario (su altro diritto) in proporzione delle rispettive pretese, nonostante il secondo possa, in forza della garanzia, soddisfarsi con preferenza su altro bene.

Pertanto, sussistendo le medesime ragioni a sostegno dell'applicabilità dell'art. 2911 c.c., il divieto previsto dalla norma in discorso vale non solo nell'ipotesi in cui il creditore ipotecario agisca in via principale, ma anche qualora egli intervenga in un processo esecutivo relativo al solo diritto di nuda proprietà ovvero di usufrutto.

Il creditore ipotecario – non potendo intervenire nel processo esecutivo pendente – è tenuto dunque ad esercitare l'azione esecutiva in via principale, pignorando la piena proprietà dell'immobile in capo al proprio debitore ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Né in contrario si può ritenere che il creditore ipotecario possa esercitare il potere di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. all'interno di un processo esecutivo già pendente, prima intervenendovi e poi “trasformando” l'oggetto dell'esecuzione dalla nuda proprietà (o usufrutto) alla proprietà libera da diritti o vincoli altrui.

Questo potere di ampliare o trasformare l'oggetto del processo esecutivo già pendente è pacificamente da escludere: anche a voler prescindere dal mancato compimento degli atti preparatori necessari all'esercizio dell'azione esecutiva in via principale – ad esempio, la notifica del titolo esecutivo, del precetto e del successivo pignoramento al debitore; oppure l'avviso ai sensi dell'art. 498 c.p.c. al terzo titolare del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione

---

<sup>91</sup> Una risalente giurisprudenza appare invece di contrario avviso: v. Cass., 14.3.1978, n. 1294. Ma sul punto, seppur in termini estremamente sintetici, v. TRAVI, *Espropriazione forzata in generale*, cit., spec. nota 9, in cui l'Autore ritiene che la tesi accolta dalla suddetta pronuncia “*lascia alquanto perplessi*”.

o servitù – si considerino i problemi collegati alla trascrizione del pignoramento.

A riguardo, non potendosi “modificare” la trascrizione del pignoramento già eseguita dal creditore pignorante, si dovrebbe procedere ad un nuovo pignoramento e, in conseguenza, ad una nuova trascrizione. Ciò significa che il primo processo esecutivo verrebbe completamente travolto e, al suo posto, ne inizierebbe un secondo, introdotto da un pignoramento diverso, notificato e trascritto in data successiva.

Pertanto, mi sembra si possa pacificamente escludere che il creditore ipotecario sia legittimato ad intervenire in un processo già pendente sulla nuda proprietà o sul diritto di usufrutto; così come risulta da escludere la possibilità per il creditore ipotecario (meramente) interveniente di “ampliare” l’oggetto dell’esecuzione al diritto di piena proprietà dell’immobile.

***Il problema del pignoramento eseguito ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. successivamente ad un precedente pignoramento avente ad oggetto la nuda proprietà ovvero il solo diritto di usufrutto del bene immobile***

Il creditore ipotecario, alla luce di quanto esposto, non solo ha il diritto di agire ai sensi dell’art. 2812, co. 1, c.c. pignorando l’immobile “come libero”; ma anzi è tenuto a procedere in tal senso, pena la violazione dell’art. 2911 c.c. Questo, si è detto, anche nel caso in cui altro creditore abbia già pignorato il diritto di nuda proprietà ovvero il diritto di usufrutto sul bene gravato da ipoteca.

In quest’ultimo caso, dunque, ci troveremmo di fronte a due diversi pignoramenti, aventi ad oggetto diritti diversi pur riguardanti lo stesso immobile.

Ciò, tuttavia, introduce un problema di notevole rilevanza, ossia: come coordinare il primo processo esecutivo – avente ad oggetto solo la nuda proprietà ovvero l’usufrutto del bene – con il processo successivo – relativo invece alla piena proprietà.

Nulla esclude che l’esecuzione introdotta con pignoramento *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* possa proseguire autonomamente rispetto al processo esecutivo sulla nuda proprietà o sul diritto di usufrutto: a seguito del pignoramento

successivo, pertanto, avremo due diversi processi esecutivi pendenti, l'uno avente ad oggetto la nuda proprietà, l'altro la piena ed esclusiva proprietà dell'immobile aggredito in esecuzione.

Vale piuttosto interrogarsi se, in questa ipotesi, sia possibile dar luogo alla riunione dei processi esecutivi successivamente instaurati.

A riguardo, l'art. 561 c.p.c. disciplina l'ipotesi in cui diversi creditori eseguano pignoramenti successivi sul medesimo bene, precisando che, al momento della trascrizione del pignoramento successivo il conservatore dei registri immobiliari fa menzione nella nota di trascrizione dell'esistenza di un pignoramento precedente.

A seguito del deposito in cancelleria, il pignoramento viene poi inserito, a cura del cancelliere del tribunale, nel fascicolo del processo esecutivo già pendente.

Ai sensi dell'art. 524, comma 3, c.p.c. (al quale l'art. 561 c.p.c. espressamente rinvia), nell'ipotesi in cui il pignoramento successivo sia trascritto dopo l'udienza di autorizzazione alla vendita, il creditore pignorante è considerato "tardivo" e ad esso si applica la disciplina di cui agli artt. 565 e 566 c.p.c.

Peraltro, il creditore ipotecario – proprio in forza dell'ultima norma citata – non è comunque pregiudicato dalla tardività del proprio intervento: questi, infatti, ha sempre diritto ad essere soddisfatto secondo il proprio titolo di preferenza, nonché, a provocare tutti gli atti dell'espropriazione<sup>92</sup>.

D'altro canto, parte della dottrina ha evidenziato come – nonostante l'apparente contrarietà del dato letterale – il pignoramento successivo (trascritto dopo l'udienza di autorizzazione) dia comunque luogo alla riunione dei processi esecutivi<sup>93</sup>: contrariamente, non sembrerebbe giustificabile l'equiparazione del creditore "secondo" pignorante al creditore intervenuto tardivamente di cui all'art. 524, comma 3, c.p.c. Se infatti il creditore deve considerarsi quale interveniente tardivo, ciò significa che il "secondo" processo esecutivo non procede separatamente, bensì in una con il primo.

---

<sup>92</sup> La sussistenza di un titolo esecutivo, richiesta dall'art. 566 c.p.c. per provocare atti della espropriazione, è implicita, giacché il creditore ipotecario ha agito in esecuzione contro il proprio debitore.

<sup>93</sup> V. per tutti SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 2019, Milano, 1297.

Comunque sia, l'art. 561 c.p.c. si presenta come norma diretta a disciplinare il caso generale in cui non solo il bene, ma anche il diritto oggetto del secondo pignoramento coincida con quello del secondo pignoramento. A mio avviso, risulta invece del tutto preclusa l'applicabilità dell'art. 561 c.p.c. qualora l'oggetto dei processi esecutivi sia diverso, come peraltro accade proprio nel caso che qui interessa, ove il creditore ipotecario intende pignorare la piena proprietà del bene in pendenza di un processo esecutivo avente ad oggetto la nuda proprietà (o meglio, la proprietà gravata da un diritto reale parziario<sup>94</sup>) ovvero il diritto di usufrutto sulla cosa.

L'esatta e assoluta identità di oggetto è dunque presupposto necessario per l'operatività dell'art. 561 c.p.c.; e ciò è ben dimostrato dalle conseguenze inaccettabili cui si perverrebbe se si intendesse aderire, nel caso qui in esame, alla tesi della prosecuzione unitaria dell'esecuzione. Il processo dovrebbe infatti proseguire sulla piena proprietà del bene: in questo caso – visto il mutamento dell'oggetto dell'espropriazione – si dovrebbe però procedere ad una nuova stima del bene e alla modifica dell'avviso di vendita; il giudice dell'esecuzione sarebbe dunque tenuto a fissare (qualora già celebrata) una nuova udienza di autorizzazione alla vendita; e in conclusione si “vanificherebbe” il primo procedimento di esecuzione.

Ciò potrebbe pregiudicare la posizione del creditore primo procedente, soprattutto qualora il processo esecutivo sulla nuda proprietà fosse già arrivato ad una fase particolarmente avanzata; si pensi all'ipotesi in cui le procedure di individuazione dell'acquirente siano già concluse e il giudice dell'esecuzione debba solo “formalizzare” l'aggiudicazione tramite l'adozione del relativo provvedimento.

Pertanto, la prosecuzione unitaria dei processi esecutivi risulta preclusa: si avrà pertanto la contemporanea pendenza di un primo processo – avente ad oggetto la nuda proprietà ovvero l'usufrutto del bene – e di un secondo

---

<sup>94</sup> Salvo non ammettere – ma la ricostruzione non mi sembra convincente – che piena proprietà e nuda proprietà (o comunque la proprietà gravata da un diritto reale limitato) non sono diritti tra loro intrinsecamente diversi, bensì il medesimo diritto, in un caso semplicemente “compresso” nel suo libero godimento. In questo caso, e solo in questo, si potrebbe ammettere che i due processi esecutivi abbiano ad oggetto il medesimo diritto.

processo – avente ad oggetto la piena proprietà libera da diritti reali altrui – instaurato dal creditore ipotecario ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

È opportuno osservare che la separata pendenza di procedimenti esecutivi può comportare difficoltà di coordinamento, ma non pregiudica in alcun caso le ragioni del creditore ipotecario anche laddove il processo esecutivo avente ad oggetto la nuda proprietà o il diritto di usufrutto arrivasse per primo a vendita forzata<sup>95</sup>.

Bisogna infatti considerare che il pignoramento della nuda proprietà o dell’usufrutto, pur essendo anteriore al pignoramento eseguito ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c., è comunque successivo all’ipoteca iscritta sulla piena proprietà del bene. E bisogna altresì evidenziare che, ovviamente, la vendita forzata della nuda proprietà o dell’usufrutto non comporta (e non può comportare) anche la cancellazione dell’ipoteca iscritta sulla piena proprietà: in altre parole, il giudice dell’esecuzione, nel disporre l’eventuale trasferimento della nuda proprietà o dell’usufrutto, deve ordinare la cancellazione dei soli vincoli che a tali diritti si riferiscono, lasciando invece impregiudicata l’ipoteca iscritta (e il pignoramento *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c. trascritto) sulla piena proprietà.

Nemmeno si propongono particolari difficoltà in relazione alla posizione del terzo acquirente della nuda proprietà ovvero del diritto di usufrutto.

Qualora l’esecuzione introdotta *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c. giunga successivamente alla vendita forzata, l’acquirente (nel precedente processo esecutivo) della nuda proprietà soccomberà rispetto all’acquirente della piena proprietà: pur essendo l’acquisto della nuda proprietà trascritto anteriormente all’acquisto della piena proprietà, esso risulta infatti trascritto successivamente all’iscrizione dell’ipoteca sulla piena proprietà dell’immobile, nonché

---

<sup>95</sup> Sembra appena il caso di precisare che l’anteriorità del pignoramento non significa certo anteriorità anche della relativa vendita forzata: potrebbero ben sussistere ragioni economiche – ad esempio, il disinteresse dei potenziali acquirenti per un’offerta relativa alla mera nuda proprietà del bene, ciò anche in relazione alla durata del diritto di usufrutto – ovvero ragioni più prettamente giuridiche – si pensi all’estinzione del primo processo, ovvero all’accoglimento di un’eventuale opposizione che ne impedisca o quantomeno rallenti il proseguo – che consentono al processo esecutivo successivo di giungere “per primo” al trasferimento dell’immobile.

al pignoramento eseguito dal creditore ipotecario ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

In tal caso, il terzo acquirente – a fronte della “perdita” della nuda proprietà del bene – riceverà quanto residua del prezzo ricavato dalla vendita della piena proprietà, all'indomani della soddisfazione del creditore ipotecario (e degli altri creditori intervenuti).

Qualora invece la prima esecuzione forzata avesse ad oggetto il diritto di usufrutto sulla cosa, il terzo acquirente è in tutto parificato al terzo sacrificato ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c.: una volta disposta (nel secondo processo esecutivo) la vendita della piena proprietà dell'immobile, il diritto di usufrutto (trasferito nel primo processo esecutivo) si estingue; e il terzo acquirente in vendita forzata avrà dunque diritto a far valere le proprie ragioni in sede di distribuzione del ricavato.

***La tutela del creditore primo pignorante nell'ipotesi di successivo esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. da parte del creditore ipotecario***

Posto che la prosecuzione contestuale dei processi esecutivi non comporta particolari difficoltà applicative, il problema è semmai quello di offrire adeguata tutela al creditore procedente che abbia pignorato la nuda proprietà o l'usufrutto dell'immobile ipotecato.

Pur non impedendo la prosecuzione del primo processo esecutivo, è chiaro infatti che l'esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. interferisce con esso, svilendo sostanzialmente il valore della cosa espropriata.

È difficile sul punto offrire delle soluzioni di carattere generale, in quanto la tutela del creditore primo pignorante deve necessariamente essere individuata caso per caso. Nel limite del possibile, una classificazione dei diversi rimedi attribuiti al creditore primo procedente può essere tentata come segue.

È necessario distinguere l'ipotesi in cui il diritto oggetto del primo pignoramento sia il diritto di nuda proprietà da quella in cui il diritto oggetto del primo pignoramento sia il diritto di usufrutto<sup>96</sup>.

Nel primo caso (ossia, quello in cui il primo pignoramento abbia ad oggetto la nuda proprietà del bene ipotecato), a seguito dell'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., il creditore primo pignorante potrà (di regola) intervenire nella procedura apertasi successivamente, al fine di trovare soddisfazione alle proprie pretese<sup>97</sup>.

Le medesime considerazioni possono essere svolte anche in relazione alla diversa ipotesi in cui la proprietà del bene non sia rimasta in capo al debitore, ma questi l'abbia trasferita ad un terzo, riservando per sé il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù. In questo caso (lo si è chiarito in precedenza<sup>98</sup>) qualora l'atto di disposizione (con relativa riserva) sia stato trascritto successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, il creditore ipotecario può agire ai sensi dell'art. 602 c.p.c. contro il terzo proprietario, facendo *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c. "subastare" il bene libero dal diritto reale limitato riservato in capo al debitore originario.

Anteriormente all'esperimento dell'azione *ex art.* 602 c.p.c., tuttavia, la proprietà (gravata dal diritto reale limitato) potrebbe essere fatta oggetto di pignoramento da parte di uno dei creditori del terzo proprietario.

---

<sup>96</sup> Si escludono ovviamente le ipotesi relative ai diritti di abitazione, uso o servitù, trattandosi di diritti impignorabili.

<sup>97</sup> In questo secondo processo esecutivo, il creditore primo pignorante (e *in thesi* chirografario), pur trovandosi in una posizione peggiore rispetto al creditore ipotecario, può quantomeno trarre giovamento dalla circostanza che oggetto dell'esecuzione forzata non è, meramente, la nuda proprietà del bene, ma la proprietà libera da altri diritti reali parziari. La questione ha rilevanza soprattutto economica: il valore della piena proprietà non è necessariamente dato dalla somma del valore della nuda proprietà e del diritto di usufrutto. La proprietà libera da vincoli, infatti, può ben suscitare un interesse "di mercato" maggiore rispetto alla proprietà gravata da diritti altrui. Pertanto, il creditore chirografario – che rimarrebbe insoddisfatto nella procedura esecutiva sulla nuda proprietà qualora intervenisse il creditore ipotecario – potrebbe trovare ragioni di tutela sul prezzo ricavato dalla vendita forzata della piena proprietà: una volta soddisfatto il creditore ipotecario e le ragioni del terzo sacrificato, infatti, il maggior valore del diritto in parola rispetto al diritto di nuda proprietà potrebbe consentire la sussistenza di una somma residua su cui soddisfarsi.

<sup>98</sup> V. *supra* p. 55.

Ai fini della questione che qui interessa, il creditore del terzo – il quale abbia per primo pignorato la nuda proprietà del bene – può intervenire nell'esecuzione forzata introdotta *ex art. 602 c.p.c.* dal creditore ipotecario, al fine di partecipare alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata<sup>99</sup>. Anche in questa ipotesi, il creditore primo pignorante dispone di adeguata tutela.

Diversa è invece l'ipotesi in cui il primo pignoramento abbia ad oggetto il diritto di usufrutto del bene immobile ipotecato.

In questo caso, il creditore primo pignorante non può intervenire nel processo esecutivo introdotto ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: infatti, se l'usufrutto è stato costituito in capo ad un soggetto terzo, il creditore primo pignorante è creditore del soggetto terzo e non può agire o intervenire in esecuzione contro il debitore nudo proprietario, con il quale non ha rapporto alcuno.

Qualora invece il debitore si sia riservato a proprio favore il diritto di usufrutto, trasferendo la nuda proprietà del bene ad un terzo, tale atto dispositivo – che si suppone trascritto anteriormente alla trascrizione del primo pignoramento – è opponibile ai creditori chirografari del debitore usufruttuario.

Il creditore (chirografario) primo procedente – il quale abbia pignorato il diritto di usufrutto rimasto in capo al proprio debitore – non può quindi intervenire nell'esecuzione introdotta ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. dal creditore ipotecario contro il terzo nudo proprietario<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> In generale, l'intervento del creditore del terzo nell'esecuzione *ex art. 602 c.p.c.* è ammessa; mentre è escluso l'intervento dei creditori – diversi dall'ipotecario o comunque dai casi elencati nella stessa norma – del debitore principale, i quali non hanno alcun titolo per aggredire il bene del terzo. Per una specifica trattazione delle questioni in discorso, v. STORTO, *Sul problema dell'intervento dei creditori nel processo di espropriazione contro il terzo proprietario*, Riv. Esec. Forz., 2002, 163 ss.; v. anche SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1714.

<sup>100</sup> Può essere utile esemplificare il caso qui trattato: si supponga che Tizio e Caio siano creditori di Mevio. Tizio ha iscritto ipoteca su un immobile di proprietà di Mevio, mentre Caio è creditore chirografario. Mevio trasferisce la proprietà dell'immobile a Filano, riservando per sé il diritto di usufrutto. Caio pignora dunque l'usufrutto contro il proprio debitore Mevio, non potendo – in quanto mero chirografario – agire contro il terzo proprietario Filano (salvo non esperisca il rimedio di cui all'art. 2901 c.c., il che nel nostro caso non succede). Qualora peraltro Tizio, ai sensi dell'art. 602 c.p.c. e dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., pignori

Posto dunque che nell'ipotesi in esame è di regola preclusa ai creditori dell'usufruttuario la possibilità di intervenire nel processo esecutivo introdotto ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c., soccorre a mio avviso la disposizione di cui all'art. 511 c.p.c. in tema di sostituzione del creditore: tale norma prevede che i "creditori di un creditore" possono chiedere di essere a lui sostituiti nella distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Infatti, ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.p.c., l'usufruttuario acquista il diritto di essere soddisfatto delle proprie ragioni, partecipando alla distribuzione del prezzo: ad esso, pertanto, possono sostituirsi i suoi creditori e, in specie, il creditore pignorante l'usufrutto, secondo quanto previsto all'art. 511 c.p.c.

### ***La tutela del terzo: premessa***

Esaurita la trattazione delle problematiche relative all'esecuzione del pignoramento nelle forme previste dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., è necessario adesso esaminare la tutela accordata al terzo titolare del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

Si è specificato come, da un lato, l'art. 2812, co. 2, c.c. disponga espressamente che il terzo titolare del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù è "ammesso" a far valere le proprie ragioni in sede di distribuzione del ricavato; dall'altro, a questi è tuttavia precluso servirsi dei rimedi di cui agli artt. 2858 ss. c.c. (nonché agli artt. 2889 ss. c.c.)<sup>101</sup>.

Il terzo, pertanto, non ha alcuno strumento per evitare la (legittima) caducazione del diritto reale limitato costituito sull'immobile oggetto di garanzia, dovendo dunque subire gli effetti dell'espropriazione introdotta ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Resta ferma invece la possibilità – su cui a breve si tornerà più diffusamente – per il terzo titolare del diritto reale parziario di opporsi all'esercizio dell'azione esecutiva esercitata nei modi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. nel caso in cui l'iscrizione abbia perso efficacia (anche in corso di esecuzione) per

---

contro il terzo Filano la piena proprietà dell'immobile, Caio non può intervenire nel processo esecutivo così iniziato, in quanto non dispone di alcun titolo per agire contro il terzo proprietario. A Caio non resta, pertanto, che la tutela esposta nel testo.

<sup>101</sup> V. quanto esposto *supra*, p. 48, spec. nota 71.

perenzione ventennale ai sensi dell'art. 2847 c.c.; altrettanto, il terzo è ammesso a far valere l'eventuale estinzione della garanzia in ragione di uno dei fatti previsti dall'art. 2878 c.c.

Fuori di queste ipotesi "patologiche", tuttavia, il terzo titolare del diritto reale parziario non può in alcun modo opporsi alla vendita dell'immobile libero dai diritti e vincoli, ossia in altre parole alla caducazione del proprio diritto di usufrutto, abitazione, uso o servitù.

Acquista però il diritto ad essere soddisfatto per le proprie ragioni in sede di distribuzione del ricavato; e ciò in preferenza rispetto ai creditori ipotecari successivi.

Al terzo sacrificato viene dunque attribuita una ragione di credito, la quale tuttavia non ha rilevanza sostanziale e non risulta nemmeno formalizzata in alcun titolo esecutivo: la sua partecipazione alla distribuzione del prezzo è pertanto "anomala", non dipendendo dal riconoscimento da parte del debitore ai sensi dell'art. 499, co. 6, c.p.c. (anche sul punto si ritornerà più diffusamente *infra*).

Pur non trattandosi di un vero e proprio diritto di credito inteso in senso sostanziale, per semplicità espositiva adatterò ugualmente l'espressione "credito del terzo" in riferimento alla pretesa da questi avanzata.

### ***La posizione del terzo all'interno della procedura esecutiva instaurata ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.***

Alla luce di quanto esposto, sembra opportuno cominciare l'indagine delle tutele accordate al terzo sacrificato affrontando una questione preliminare – particolarmente rilevante per la ricostruzione dell'intera disciplina – ossia: la qualificazione giuridica della posizione assunta dal terzo nel processo esecutivo avente ad oggetto la piena proprietà dell'immobile.

Il terzo sacrificato, infatti, si trova nella peculiare situazione di "subire" l'espropriazione del proprio diritto senza tuttavia che questo sia fatto oggetto di pignoramento: si tratta di stabilire se, a seguito dell'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario, il terzo sacrificato – così come accade per il terzo proprietario nell'ipotesi di espropriazione *ex art. 602 c.p.c.*

– possa considerarsi “soggetto esecutato” nel processo iniziato ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

La soluzione affermativa, tuttavia, presupporrebbe quantomeno che il diritto reale parziario venisse fatto oggetto di pignoramento da parte del creditore ipotecario, il che è l’esatto contrario di quanto si verifica nel caso di esercizio dell’azione esecutiva ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Il pignoramento eseguito dal creditore ipotecario non riguarda infatti il diritto reale parziario, quanto la piena proprietà dell’immobile libera da diritti e vincoli. Non essendo l’atto costitutivo di diritto reale opponibile al creditore ipotecario, questi è legittimato ad agire nei riguardi del proprio debitore quale pieno proprietario. E ciò basterebbe, mi sembra, ad escludere la legittimazione passiva del terzo nel processo esecutivo introdotto *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c.

Ulteriore conferma deriva, *a contrariis*, dalla equiparazione del (solo) terzo superficiario o enfiteuta all’acquirente della piena proprietà, secondo quanto previsto dall’art. 2812, co. 3, c.c.: se il superficiario e l’enfiteuta in quanto equiparati al terzo proprietario – possono considerarsi soggetti esecutati in sede di espropriazione forzata, significa per converso che tanto non sono l’usufruttuario, l’usuario, l’*habitor* ovvero il proprietario del fondo dominante.

Si deve oltretutto considerare come i diritti di uso, abitazione e servitù non siano nemmeno suscettibili di pignoramento: appare dunque singolare ammettere che il terzo, pur titolare di un diritto che non può essere oggetto di esecuzione forzata, possa comunque considerarsi soggetto esecutato a seguito del pignoramento eseguito *ex art.* 2812, co. 1 e 2, c.c.

Se d’altro canto questo argomento è valido per i soli diritti sopra richiamati, esso deve essere esteso anche all’ipotesi di usufrutto, non potendosi ritenere che il pignoramento produca effetti diversi in ragione del diritto pignorato: sarebbe infatti assurdo ritenere che la posizione del terzo nel processo dipenda dal diritto reale limitato di cui il medesimo risulta titolare.

Per contro, l’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. attribuisce espressamente al terzo sacrificato una posizione assimilabile a quella di ogni altro creditore, consentendogli la partecipazione alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata. Il terzo sacrificato assume pertanto una posizione più simile a quella

del creditore titolato a soddisfarsi sul prezzo della vendita, che a quella di un vero e proprio “soggetto esecutato”.

Inoltre, un conclusivo argomento a favore della tesi qui sostenuta deriva dalla attribuzione al terzo sacrificato di un titolo di preferenza in sede di distribuzione del prezzo: a riguardo, è dato evidenziare una discrepanza tra la disciplina prevista in riferimento al terzo proprietario e quella invece dettata riguardo al terzo titolare dei diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

Il primo, infatti, ha diritto ad ottenere il versamento del prezzo residuo solo una volta soddisfatti il creditore precedente e i creditori intervenuti. Al contrario, il terzo sacrificato è posto in posizione preferenziale rispetto ai creditori ipotecari che abbiano iscritto garanzia successivamente alla trascrizione del diritto reale limitato<sup>102</sup> e, *a fortiori*, ai creditori chirografari.

Si può dunque concludere affermando che il terzo titolare del diritto reale caducato non è soggetto esecutato nel processo iniziato ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. A ciò consegue – come primo e rilevante risultato – che alla fattispecie in esame non si applicano, nemmeno parzialmente, le disposizioni previste in tema di espropriazione contro il terzo proprietario, soprattutto per quanto attiene la notifica del titolo esecutivo e del precetto di cui all’art. 603 c.p.c.<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Si potrebbe ritenere che la precisazione normativa sia superflua, avendo i creditori ipotecari iscritto la propria garanzia sulla sola nuda proprietà. Tuttavia, a norma 2814, co. 2, c.c., l’ipoteca iscritta sulla nuda proprietà si estende, a seguito dell’estinzione dell’usufrutto, alla piena proprietà del bene: sicché in mancanza del titolo di prelazione di cui all’art. 2812, co. 2, c.c., estintosi il diritto di usufrutto, i creditori ipotecari vedrebbero ampliata la propria garanzia sulla piena proprietà del bene e sarebbero dunque preferiti al terzo usufruttuario in sede di distribuzione del ricavato.

<sup>103</sup> La tesi esposta nel testo può ritenersi condivisa – esplicitamente o implicitamente – da quella parte della dottrina che estende il diritto a ricevere l’avviso di cui all’art. 498 c.p.c. anche a favore del terzo sacrificato (v. a riguardo la successiva nota 104). *Contra*, invece, una (invero non recente) giurisprudenza di legittimità, la quale ha invece ritenuto applicabile al caso di specie la disciplina di cui all’art. 603 c.p.c.: il creditore ipotecario, pertanto, sarebbe tenuto a notificare al terzo titolare dei diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù il titolo esecutivo ed il precetto (v. Cass., 27.3.1993, n. 3722, secondo cui “L’unico effetto sostanziale che ai titolari dei predetti diritti reali consegue, è quello di fare valere le rispettive ragioni sul ricavo residuo eventuale, una volta soddisfatto l’ipotecario prioritario. Dovendosi assicurare, comunque, ai predetti terzi una situazione di difesa, in via analogica è loro applicabile l’art. 603 c.p.c., con la notifica del precetto”). Parte della dottrina, mi sembra, aderisce

***La tutela del terzo nel processo esecutivo: il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.***

Quanto appena concluso introduce tuttavia un'ulteriore questione di particolare importanza, ossia l'individuazione del mezzo idoneo ad informare il terzo della pendenza del processo esecutivo.

Si è specificato come il creditore ipotecario – agendo ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. e non del diverso art. 602 c.p.c. – non sia onerato di notificare al terzo titolare del diritto reale (oltre al titolo esecutivo e al precetto) l'atto di pignoramento della piena proprietà; difetta quindi nel caso di specie lo strumento generalmente utilizzato dal legislatore al fine di portare la sussistenza di un fatto o il compimento di un atto a conoscenza dei soggetti interessati.

Non vi è però dubbio alcuno riguardo la necessità di informare il terzo sacrificato della pendenza del processo esecutivo, tanto affinché questi possa “far valere le proprie ragioni sul ricavato dalla vendita” quanto per consentirgli, già in un momento anteriore, l'eventuale esperimento dei rimedi di opposizione.

A riguardo, viene in soccorso il disposto dell'art. 498 c.p.c., secondo cui il creditore precedente è tenuto a notificare un avviso ai creditori che, sui beni pignorati, hanno un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri. Ed è

---

a tale impostazione: così, v. ORIANI, *Opposizione all'esecuzione* (voce), Dig., Milano, 1995, in cui l'Autore ravvisa nel terzo sacrificato un vero e proprio soggetto passivo dell'esecuzione, v. spec. nota 378: “*Se quindi si vuole, come del resto si deve, proteggere il titolare del diritto espropriato, portandogli a conoscenza l'esecuzione che coinvolge il suo bene, non si deve ravvisare in costui un creditore (da avvisare ai sensi dell'art. 498 c.p.c.), ma un soggetto passivo dell'esecuzione*”. Altra parte della dottrina (seppur in riferimento all'art. 2929 bis c.c., il quale fa espresso richiamo alla norma qui in esame) si è spinta perfino oltre: si è infatti sostenuto che anche nelle ipotesi di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., si dovrebbe comunque applicare integralmente la disciplina prevista in tema di espropriazione ai sensi dell'art. 602 c.p.c. Pertanto, si desume, il creditore ipotecario dovrebbe procedere a notificare al terzo non solo il titolo esecutivo e del precetto, ma addirittura del pignoramento: v. CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, Riv. Esec. Forz., 2016, 617. Si rinvia a quanto già esposto a *supra* a p. 54, spec. nota 76.

appena il caso di notare come, sebbene la norma risulti diretta a disciplinare ipotesi del tutto diverse, la disposizione si attagli perfettamente al caso che qui interessa<sup>104</sup>.

Infatti, come già esposto, il terzo sacrificato ha diritto a far valere le proprie ragioni sul ricavato dalla vendita forzata; questo diritto gode del titolo di preferenza accordatogli *ex lege* ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c.; e appare infine direttamente ricollegabile al diritto reale caducato, nel senso che proprio la caducazione di questo comporta il sorgere della pretesa.

È vero che a rigore l'art. 498 c.p.c. si riferisce ai soli creditori il cui "diritto di prelazione" risulta iscritto nei pubblici registri; ma se il terzo sacrificato non può vantare un diritto di prelazione iscritto, la concatenazione dei fatti costitutivi del credito vantato dal terzo – ossia l'iscrizione di ipoteca, la successiva trascrizione del diritto reale parziario, da ultimo la trascrizione del pignoramento della piena proprietà – emerge integralmente dalla consultazione dei registri immobiliari.

D'altro canto, la sussunzione del terzo entro la categoria dei creditori iscritti in pubblici registri appare confermata dalla funzione perseguita

---

<sup>104</sup> In senso favorevole alla necessità di avvisare ai sensi dell'art. 498 c.p.c. il terzo titolare del diritto di usufrutto, uso, abitazione, servitù (anche in ragione dell'esclusione della disciplina di cui agli artt. 602 ss. c.p.c.), v. VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), cit., 815; GASBARRINI, *Espropriazione forzata e diritto di abitazione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 21-2013/E, 6; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015, 269; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 719; ASTUNI, *Il trasferimento dell'immobile la stabilità dell'aggiudicazione e della vendita*, in Cardino, Romeo, *Il processo di esecuzione*, Padova, 2018, 829; TIZI, *Sospensione della provvisoria esecutività del titolo esecutivo del creditore intervenuto e i suoi effetti*, Riv. Esec. Forz., 2021, 673, spec. nota 33. La soluzione è ritenuta "preferibile" da LORENZETTO PESE-RICO, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Riv. Esec. Forz., 2017, 631. Sembra prudentemente favorevole alla tesi esposta anche MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998, 209 (cui si rinvia anche per gli ampi rinvii bibliografici); nonché MICCOLIS, *L'opposizione di terzo all'esecuzione e i terzi nel processo esecutivo*, Riv. Esec. Forz., 2014, 55. In giurisprudenza, Trib. Trieste, 18.10.2011, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it), il statuisce che "l'art. 2812 c.c. è chiaro nell'escludere l'opponibilità al creditore ipotecario dei diritti degli usufruttuari iscritti in data posteriore all'iscrizione dell'ipoteca, con conseguente diritto del primo di "substare la cosa come libera", salvo al più l'onere dell'avviso ex art. 498 c.p.c.". Vale osservare, tuttavia, che il Tribunale, nel pronunciare in tal senso, rinvia espressamente alla già citata sentenza Cass., 27.3.1993, n. 3722, la quale però ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 603 c.p.c.

dall'art. 498 c.p.c. (nonché dell'ulteriore art. 158 disp. att., il quale specularmente dispone in tema di sequestro). La norma, infatti, intende tutelare i creditori iscritti dal rischio di estinzione della garanzia a seguito dell'adozione dell'ordine di cancellazione previsto ex art. 586 c.p.c.: in mancanza di avviso, il creditore ipotecario – o altresì sequestrante – non avrebbe modo di conoscere la pendenza di un processo esecutivo avente ad oggetto il diritto ipotecato o la cosa sequestrata<sup>105</sup>.

Se dunque la funzione dell'avviso ex art. 498 c.p.c. consiste nel consentire l'esercizio di diritti altrimenti non più esercitabili a seguito dell'espropriazione, non si può negare che il terzo sacrificato si trovi nella medesima posizione ricoperta dal creditore ipotecario ovvero dal creditore sequestrante.

La vendita forzata del diritto di piena proprietà e la distribuzione del relativo ricavato in assenza del terzo sacrificato ne pregiudicherebbe infatti le ragioni. Non solo questi si ritroverebbe spogliato del diritto reale limitato sulla cosa, ma altresì non potrebbe agire in esecuzione per far valere il proprio credito, non disponendo di alcun titolo esecutivo.

Si può concludere dunque affermando che il terzo titolare del diritto reale parziario caducato ha diritto ad essere avvertito dell'espropriazione nei modi previsti all'art. 498 c.p.c.

### ***L'omesso avviso del terzo titolare del diritto reale caducato***

Assai problematica si presenta l'ipotesi in cui il creditore ipotecario ometta di avvisare il terzo sacrificato e il giudice dell'esecuzione – non avvedendosi – consenta la prosecuzione del processo. In particolare, il terzo risulta gravemente pregiudicato nell'ipotesi in cui la distribuzione del ricavato si svolga in sua assenza.

Bisogna preliminarmente valutare se, in questa ipotesi, il diritto reale limitato – il quale risulterebbe estinto ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c. – non possa considerarsi impregiudicato, come tale rivendicabile anche nei confronti dell'acquirente in vendita forzata. In altre parole, il terzo sacrificato, lamentando il mancato avviso da parte del creditore procedente circa la

---

<sup>105</sup> Sul punto, si tornerà nel successivo cap. III, p. 130 ss.

pendenza dell'espropriazione, potrebbe far salvo il proprio diritto, esigendo dall'acquirente in vendita forzata il rispetto dell'usufrutto, uso, abitazione o servitù.

La soluzione – per quanto idonea a tutelare in maniera particolarmente intensa la posizione del terzo – mi sembra tuttavia difficile da sostenere.

In primo luogo, alla luce del dettato dell'art. 2812, co. 2, c.c., l'estinzione del diritto reale parziario non risulta condizionata né all'avvenuto avviso del terzo (formalità che anzi nemmeno viene presa in considerazione dalla norma), né all'effettiva partecipazione di questi alla distribuzione del ricavato.

In secondo luogo, vale osservare come l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. persegue una funzione puramente informativa, essendo diretto a consentire l'intervento nella procedura dei terzi ai fini della partecipazione alla distribuzione del ricavato; mentre non svolge alcun ruolo in riferimento alla salvezza dei diritti reali dei soggetti espropriati o comunque incisi dalla procedura esecutiva.

Si dovrebbe quindi ammettere che il mancato avviso del terzo pregiudichi la validità o l'efficacia del pignoramento (e dunque dell'intera esecuzione forzata). Conclusione, tuttavia, che non trova alcun sostegno normativo.

Esclusa questa prima soluzione, non resta che interrogarsi in ordine all'esistenza di possibili tutele alternative.

Bisogna a riguardo ribadire, come poco sopra accennato, che il terzo sacrificato non dispone di alcun titolo esecutivo che gli consenta di agire in esecuzione contro il debitore (o contro qualsiasi altro soggetto) per la soddisfazione delle proprie ragioni. Sicché, una volta conclusa l'esecuzione (e in particolare la distribuzione del ricavato), il terzo altro non può fare che agire in sede di cognizione domandando l'accertamento del proprio diritto di credito e dunque la condanna al pagamento della somma dovutagli.

Qui, tuttavia, emergono difficoltà pressoché insormontabili; in primo luogo, riguardo all'individuazione del soggetto tenuto a corrispondere al terzo sacrificato la somma dovuta *ex art. 2812 c.c.*

Potrebbe ritenersi che tale pretesa debba gravare sull'eventuale residuo del prezzo attribuito al debitore esecutato, il quale tuttavia non può certo considerarsi responsabile per il mancato avviso del terzo sacrificato. Questo a

maggior ragione laddove il ricavato della vendita forzata sia stato interamente distribuito, seppur in parte a favore di creditori ipotecari successivi alla trascrizione dell'usufrutto ovvero chirografari: in tale ipotesi, il terzo sacrificato avrebbe sì avuto titolo per ricevere parte del prezzo in corrispondenza alle "proprie ragioni", ma il debitore esecutato, per converso, non ha ottenuto alcun vantaggio dalla sua mancata partecipazione alla distribuzione del ricavato.

Non potendo agire nei riguardi del debitore – quantomeno laddove il prezzo sia stato integralmente distribuito – il terzo sarebbe tenuto a rivolgere le proprie pretese contro i creditori soddisfatti in sede di distribuzione del prezzo.

Anche in questo caso vi sono tuttavia svariate difficoltà: il responsabile della mancata partecipazione del terzo all'esecuzione – ossia colui che sarebbe tenuto a dare avviso al terzo titolare del diritto reale parziario – è il creditore ipotecario precedente<sup>106</sup>; ma coloro che hanno tratto vantaggio dall'assenza del terzo sacrificato sono invece i creditori ipotecari successivi, nonché i creditori chirografari (eventualmente soddisfatti).

Quand'anche il terzo avesse preso parte alla distribuzione, infatti, il creditore ipotecario precedente sarebbe comunque stato soddisfatto con preferenza rispetto al terzo sacrificato; mentre quest'ultimo avrebbe potuto far valere le proprie ragioni anteriormente alla soddisfazione dei creditori ipotecari successivi e dei chirografari.

Mentre la tutela aquiliana risulta rimessa alla sussistenza dei presupposti previsti all'art. 2403 c.c. – in particolare, il terzo sacrificato sarebbe tenuto a provare che il creditore ipotecario abbia agito con dolo o colpa – la ripetizione delle somme versate a favore dei creditori ipotecari successivi e dei creditori chirografari potrebbe forse giustificarsi tramite un'interpretazione estensiva

---

<sup>106</sup> Ma anche, a seconda del caso concreto, il notaio incaricato di redigere la relazione ventennale, l'esperto stimatore, il professionista delegato o in ultima il giudice dell'esecuzione. Si veda quanto più diffusamente esposto in riferimento all'analogia ipotesi di mancato avviso del creditore ipotecario, cap. III, p. 158.

dell'art. 2921 c.c.; soluzione che tuttavia – come si avrà occasione di esporre più dettagliatamente *infra*<sup>107</sup> – appare difficile da sostenere.

La tutela del terzo non avvisato si presenta pertanto particolarmente incerta (si vedrà, peraltro, come simili considerazioni possano essere condotte anche in riferimento alla posizione del creditore ipotecario, non avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.).

### ***L'intervento del terzo in esecuzione forzata***

Bisogna adesso domandarsi, più precisamente, se il diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato, pur prescindendo dalla sussistenza di un titolo esecutivo, presupponga “l'ingresso” nel processo esecutivo da parte del terzo sacrificato. In altre parole, se quest'ultimo sia tenuto ad intervenire in esecuzione forzata al fine di “far valere” il (futuro ed eventuale) credito derivante dall'estinzione del diritto parziario di cui risulta titolare.

Il problema sconta la natura ambivalente del terzo sacrificato, qualificabile per certi aspetti come “creditore anomalo”, munito eccezionalmente del diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato, e per altri come soggetto inciso dall'esperienza dell'azione esecutiva.

Si potrebbe infatti supporre che il terzo sacrificato – in quanto soggetto spogliato del proprio diritto in conseguenza della vendita forzata – sia, sotto questo profilo, equiparabile al debitore esecutato: egli, pertanto, non solo non dovrebbe, ma nemmeno avrebbe titolo per intervenire in esecuzione, potendo ricevere la soddisfazione del proprio credito indipendentemente dalla partecipazione al processo esecutivo.

A mio avviso, tuttavia, appare preferibile ritenere che il terzo sacrificato sia tenuto ad intervenire nel processo esecutivo, secondo le modalità generalmente previste ai sensi dell'art. 499, co. 2, c.p.c.: il terzo sacrificato, di per sé, è soggetto estraneo alla procedura esecutiva e la partecipazione alla distribuzione del prezzo presuppone un atto di “ingresso” nel processo esecutivo.

---

<sup>107</sup> La questione sarà trattata nel successivo cap. III, p. 161, in riferimento all'omesso avviso del creditore ipotecario.

Tale “atto di ingresso” non può che essere individuato nell’atto di intervento, con la sola precisazione che il terzo sacrificato non soggiace alle limitazioni previste per gli “ordinari” creditori ai sensi dell’art. 499 c.p.c.<sup>108</sup>. Né risulta la propria ragione di credito condizionata – ai fini della partecipazione alla distribuzione del prezzo – al riconoscimento della pretesa da parte del debitore esecutato<sup>109</sup>.

Questa soluzione mi sembra coerente con quanto esposto in riferimento all’esclusione della qualità di soggetto esecutato in capo al terzo sacrificato, nonché con le conseguenti osservazioni inerenti al diritto di ricevere l’avviso di cui all’art. 498 c.p.c.: funzione propria dell’avviso è infatti quella di informare i creditori con titolo di prelazione iscritto nei pubblici registri – nonché i creditori sequestranti, ai sensi dell’art. 158 disp. att. c.p.c. – della pendenza dell’espropriazione forzata, al fine di consentire loro l’intervento della procedura e la partecipazione alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Peraltro, l’impostazione proposta trova ragione nel tenore letterale dell’art. 2812, co. 2, c.c.: la disposizione, infatti, non attribuisce automaticamente al terzo il diritto a percepire una determinata somma a fronte della caducazione del proprio diritto, bensì lo ammette “a far valere” le proprie ragioni sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Ciò presuppone, mi sembra, l’esercizio (attivo) di un diritto da parte del terzo sacrificato, non invece il sorgere *ex lege* di una pretesa automaticamente riconosciuta, anche a prescindere dal compimento di qualsiasi attività da parte di questi.

---

<sup>108</sup> Sostanzialmente in questo senso, CAPPONI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, cit., 276, ove si chiarisce che le limitazioni in tema di intervento per i creditori privi di titolo esecutivo non si riferiscono giocoforza ai terzi sacrificati *ex art.* 2812, co. 2, c.c.; v. anche CAPPONI, *L’intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV Legislatura (dalla competitività alla Kessler, passando per gli interventi correttivi: leggi 14-5-2005, n. 80; 28-12-2005, n. 263; 24-2-2006, n. 52)*, Riv. Esec. Forz., 2006, 22; D’AQUINO, *L’intervento dei creditori*, Riv. Esec. Forz., 2006, 773.

<sup>109</sup> CAPPONI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, cit., 280, secondo cui sono esonerati dal riconoscimento del credito da parte del debitore “*coloro che vantano i diritti di cui all’art. 2812 c.c., non suscettibili di essere contestati e così di degradare a semplice aspettativa per effetto d’una mera dichiarazione del debitore*”.

Oltretutto, la partecipazione del terzo alla distribuzione del ricavato è assistita da un titolo di prelazione, in quanto egli ha diritto di far valere le proprie ragioni sul prezzo in preferenza rispetto ai creditori ipotecari successivi e ai creditori chirografari: ciò conferma, mi sembra, che la posizione del terzo sacrificato, osservata in questa prospettiva, sia del tutto assimilabile a quella di un ordinario creditore, la cui pretesa viene ad essere “graduata” in sede di distribuzione del ricavato secondo il titolo di prelazione vantato.

Ciò d’altro canto presuppone che, al fine di partecipare alla distribuzione, il terzo debba quantomeno intervenire nell’esecuzione forzata, una volta ricevuto l’avviso di cui all’art. 498 c.p.c. Vale semmai osservare – come già accennato in diverse occasioni – che l’intervento del terzo in esecuzione assuma caratteri particolarmente “anomali”.

L’intervento risulta infatti consentito pur in assenza dei presupposti previsti dall’art. 499 c.p.c.: sul punto, è tuttavia possibile sottolineare come la norma in discorso ammetta l’intervento dei creditori muniti di prelazione iscritta nei pubblici registri, cui il terzo sacrificato è in qualche modo equiparabile. E tuttavia in questo caso l’anomalia risiede nella circostanza che la partecipazione alla distribuzione del ricavato non presuppone comunque il riconoscimento del credito da parte del debitore, come invece avviene qualora il creditore intervenuto non dispone di titolo esecutivo.

D’altro canto – e ciò costituisce un’ulteriore “anomalia” – il terzo sacrificato interviene in esecuzione quando il proprio credito nemmeno è venuto ad esistere. È opportuno evidenziare come la pretesa del creditore con titolo di prelazione iscritto nei pubblici registri, pur non essendo formalizzata in alcun titolo esecutivo, esista in astratto già al momento dell’atto di intervento; al contrario, il credito fatto valere dal terzo sacrificato sorge soltanto con l’estinzione del diritto reale limitato costituito sul bene, ossia una volta adottato il decreto di trasferimento di cui all’art. 586 c.p.c.

### *(segue) La disciplina applicabile in tema di intervento*

Chiarito che il terzo può (e deve) intervenire in esecuzione forzata al fine di partecipare alla distribuzione del ricavato, è necessario domandarsi se in tal caso si applichi la generale disciplina dettata dagli artt. 564 e 565 c.p.c.,

ovvero la disciplina prevista per i creditori iscritti e privilegiati ai sensi dell'art. 566 c.p.c.

La distinzione assume notevole rilevanza, atteso che nella prima ipotesi il terzo intervenuto tardivamente – ossia oltre la prima udienza per l'autorizzazione alla vendita – perderebbe il diritto ad essere soddisfatto con preferenza rispetto ai creditori ipotecari successivi e ai creditori chirografari; mentre applicando l'art. 566 c.p.c. tale titolo di preferenza sarebbe comunque fatto salvo, essendo consentito al terzo sacrificato intervenire in esecuzione fino all'udienza di distribuzione del ricavato.

La soluzione preferibile mi sembra appunto quella di riconoscere, nel caso di specie, l'applicabilità dell'art. 566 c.p.c., riconoscendo dunque il diritto del terzo di essere soddisfatto con preferenza sul ricavato anche qualora egli sia intervenuto oltre l'udienza di autorizzazione alla vendita forzata.

La soluzione è confermata dal fatto che – come si è visto trattando poco sopra il tema dell'avviso *ex art.* 498 c.p.c. – la posizione del terzo sacrificato è per certi versi assimilabile a quella del creditore munito di titolo di prelazione iscritto nei pubblici registri. D'altro canto, l'art. 2812, co. 2, c.c., non pone alcuna particolare preclusione all'esercizio del diritto di essere soddisfatto in preferenza espressamente riconosciuto al terzo sacrificato: sicché appare coerente ammettere, per interpretazione estensiva, l'applicabilità al caso di specie della più favorevole disciplina prevista ai sensi dell'art. 566 c.p.c.

Infine, stabilito che il terzo può intervenire in esecuzione forzata per far valere le proprie ragioni fino all'udienza di distribuzione, è possibile adesso dar conto di cosa accade qualora questi (regolarmente avvisato) non intervenga nel processo esecutivo.

Ciò comporta, pacificamente, l'esclusione del terzo dalla distribuzione del ricavato dalla vendita forzata: egli, pertanto, perde il diritto di far valere (oltretutto in preferenza) le proprie ragioni sul prezzo.

Resta da domandarsi se il terzo sacrificato – che pur informato non abbia preso parte alla distribuzione del prezzo ricavato – possa agire in sede di cognizione, dunque fuori dall'esecuzione forzata, per ottenere l'accertamento del proprio diritto di credito e la seguente condanna al pagamento di quanto dovuto.

Ferme le medesime perplessità già osservate poco sopra (in riferimento soprattutto all'individuazione del legittimato passivo nel giudizio di cognizione così instaurato), nel caso da ultimo esaminato si presentano difficoltà ancora più stringenti.

Infatti, la mancata partecipazione del terzo sacrificato alla distribuzione del ricavato dipende esclusivamente da una scelta discrezionale del terzo medesimo: egli non può dunque lamentare un pregiudizio delle proprie ragioni, né verso il debitore esecutato né verso i creditori soddisfatti in sede di distribuzione.

In conclusione, è possibile evidenziare come la tutela del terzo sacrificato appaia strettamente legata al processo esecutivo, nel senso che egli ha diritto a fa valere le proprie ragioni sul prezzo ricavato dalla vendita forzata ma, qualora decida di non intervenire in esecuzione, risulta preclusa la possibilità di agire verso il debitore o verso i creditori soddisfatti per ottenere la condanna al pagamento di quanto avrebbe potuto ricevere in sede di distribuzione.

***(segue) I rimedi del terzo avverso l'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario***

Ricevuto l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. – ma ovviamente anche nel caso in cui il creditore abbia ommesso di adempiere a tale onere – il terzo potrebbe avere interesse ad opporsi all'esercizio dell'azione esecutiva, per far valere ad esempio l'estinzione dell'ipoteca o l'inefficacia dell'iscrizione (e dunque l'illegittimità dell'azione esecutiva esercitata ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.).

A riguardo, questione di non poca rilevanza concerne l'individuazione del rimedio con cui il terzo sacrificato può contestare il diritto del creditore ipotecario a procedere ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Potrebbe ritenersi che, producendo l'esercizio dell'azione esecutiva effetti sostanzialmente espropriativi anche rispetto al terzo, questi sia comunque legittimato ad esperire l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*: questa conclusione troverebbe una possibile conferma nella sostanziale

assimilazione tra la posizione del terzo sacrificato *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* e il terzo proprietario espropriato ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Ma la conclusione non convince, anche solo in ragione del fatto che soggetto esecutato nell'espropriazione iniziata *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* non è il terzo titolare del diritto reale parziario, ma esclusivamente il debitore proprietario del bene<sup>110</sup>.

Sicché, in questo senso, il terzo sacrificato non risulta (nemmeno in astratto) assimilabile al terzo proprietario esecutato ai sensi dell'art. 602 c.p.c.; e nemmeno può considerarsi come soggetto espropriato “per debito altrui”. A ben vedere, il titolare dei diritti reali caducati “subisce” gli effetti dell'esecuzione forzata mantenendo tuttavia una posizione di completa terzietà alla procedura, terzietà che risulta confermata, per esempio, dall'onere di intervenire in esecuzione qualora egli intenda far valere le proprie ragioni sul prezzo ricavato dalla vendita forzata<sup>111</sup>.

La diversità della tutela offerta al terzo proprietario pignorato *ex art. 602 c.p.c.* rispetto a quella concessa al terzo sacrificato *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* è d'altro canto confermata qualora, prescindendo dall'esperibilità dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, si consideri i diversi rimedi “sostanziali” a disposizioni dei suddetti soggetti.

È opportuno osservare come, nel caso di esecuzione introdotta ai sensi dell'art. 602 c.p.c., il terzo proprietario abbia accesso ai rimedi previsti dagli artt. 2858 ss. e 2889 ss. c.c., i quali producono effetti sostanzialmente estintivi dell'obbligazione per cui il creditore agisce in esecuzione. Al contrario, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., come più volte rammentato, esclude (implicitamente) in capo al terzo sacrificato la facoltà di rilasciare il bene oggetto di garanzia nonché di avvalersi del procedimento di liberazione previsto agli artt. 2889 ss. c.c.<sup>112</sup>.

Questi si presenta davvero come soggetto “terzo”, del tutto estraneo alle vicende del rapporto tra creditore procedente e debitore pignorato;

---

<sup>110</sup> Si veda quanto già esposto *supra*, p. 84 ss.

<sup>111</sup> Come visto poco sopra, p. 92 ss.

<sup>112</sup> V. *supra* p. 48, spec. nota 71.

circostanza che sembra escludere, in ultima, la legittimazione ad esperire l'opposizione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.<sup>113</sup>.

Pertanto, l'unico rimedio idoneo al fine di garantire al terzo la tutela delle sue ragioni nei riguardi del creditore precedente è, a mio avviso, l'opposizione di terzo all'esecuzione di cui all'art. 619 c.p.c.

Vale osservare come parte della dottrina escluda tuttavia anche quest'ultima forma di tutela, ritenendo in conclusione che il terzo non abbia diritto ad esperire né l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. né quella disciplinata all'art. 619 c.p.c.: questa "assenza di rimedi" sarebbe da ritenersi compensata con la possibilità in capo al terzo sacrificato di far valere le proprie ragioni in sede di distribuzione del prezzo<sup>114</sup>.

Sicché, pur di fronte alla carenza dei presupposti necessari ad esperire l'azione esecutiva nelle forme dell'art. 2812 c.c. (ad esempio per perenzione dell'ipoteca iscritta), il terzo non potrebbe opporsi alla caducazione del proprio diritto; ma potrebbe al più far valere le proprie ragioni in sede di distribuzione del ricavato.

Sembra tuttavia appena il caso di precisare che nemmeno questa forma di tutela (già di per sé svilita) garantisce la piena protezione del terzo: questi, infatti – come qualsiasi altro creditore concorrente sul prezzo – può sì contestare il diritto del creditore ipotecario ad essere soddisfatto in preferenza; ma la vittoriosa contestazione potrebbe non risultare sufficiente a consentire la soddisfazione delle sue ragioni.

Il terzo, infatti, rimane del tutto insoddisfatto ogni qual volta partecipino alla distribuzione creditori ad esso preferiti (ad esempio, i creditori assistiti da privilegio generale o speciale su immobili), le cui pretese "assorbono" interamente il prezzo ricavato dalla vendita forzata.

In questa ipotesi, il terzo si ritroverebbe (illegittimamente) espropriato; insoddisfatto in sede di distribuzione; e infine privo di titolo esecutivo per far valere le proprie ragioni in altro processo esecutivo.

---

<sup>113</sup> In senso contrario a quanto esposto nel testo – e dunque a favore dell'esperibilità dell'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. – v. MICCOLIS, *Espropriazione forzata per debito altrui*, cit., 210, spec. nota 64.

<sup>114</sup> SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 571, per le ragioni esposte nel testo. Nonché, VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), cit., 815.

Quanto esposto, pertanto, non solo mi sembra imporre il riconoscimento a favore del terzo del diritto di opporsi ai sensi dell'art. 619 c.p.c. avverso l'illegittimo esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario; ma anche induce a ritenere la diversa soluzione, pur sostenuta in dottrina, contraria al disposto dell'art. 24 Cost.

D'altro canto, il riconoscimento al terzo sacrificato del diritto di opporsi ex art. 619 c.p.c. all'esecuzione forzata non pone particolari difficoltà sistematiche: egli, infatti, è effettivamente titolare di un diritto reale sulla cosa oggetto di esecuzione; diritto che può sì essere caducato dal creditore ipotecario per effetto dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., ma solo qualora quest'ultimo possa vantare l'esistenza attuale della propria garanzia, in forza di iscrizione eseguita anteriormente alla trascrizione del diritto reale limitato ed ancora efficace al tempo dell'esecuzione (e fino al momento dell'adozione del decreto di trasferimento).

### ***Conseguenze dell'accoglimento dell'opposizione ex art. 619 c.p.c. proposta dal terzo titolare del diritto reale caducato***

Qualora si riconoscesse – come mi sembra pacificamente preferibile – l'esperibilità da parte del terzo dell'opposizione ex art. 619 c.p.c., è necessario domandarsi<sup>115</sup> se l'eventuale accoglimento di tale opposizione comporti il

---

<sup>115</sup> La questione di seguito proposta nel testo ha in realtà carattere generale, nel senso che si presenta ogni qual volta il creditore procedente pignori la piena proprietà di un bene su cui risulta in realtà costituito (o comunque esistente) un diritto reale limitato a favore di un terzo. L'accoglimento dell'opposizione ex art. 619 c.p.c. conduce alla medesima situazione rappresentata nel testo, con conseguenti identici dubbi. A riguardo, potrebbero forse richiamarsi le considerazioni svolte in dottrina circa la diversa ipotesi di erronea identificazione del bene pignorato, su cui v. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1266: l'Autore prima afferma che l'esecuzione può “*proseguire quando si sia pignorata la piena proprietà ed il debitore sia titolare esclusivamente della nuda proprietà*”, ma subito dopo distingue a seconda del caso che l'erronea identificazione del diritto espropriato sia contenuta nell'atto di pignoramento ovvero nella nota di trascrizione. Nella prima ipotesi, “*il pignoramento è invalido e deve essere del tutto rinnovato*”, il che costituisce “*atto di esercizio dell'azione esecutiva*” e “*presuppone la notificazione del precetto*”. Si potrebbe dunque ipotizzare che, tradotte tali riflessioni nel diverso ambito dell'opposizione ex art. 619 c.p.c., una volta accolta la contestazione del terzo, l'esecuzione forzata venga effettivamente travolta e il creditore procedente sia tenuto a notificare un nuovo atto di pignoramento. In ogni caso, in

travolgimento dell'intero processo esecutivo ovvero se consenta la prosecuzione del medesimo sulla sola proprietà gravata dal diritto reale parziario <sup>116</sup>.

Qualora si aderisca alla prima tesi, il travolgimento dell'intera procedura esecutiva comporterebbe la necessità, in capo al creditore procedente, di agire nuovamente in esecuzione, notificando e trascrivendo un atto di pignoramento avente ad oggetto non la piena proprietà del bene, bensì la proprietà gravata dal diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù riconosciuto in capo al terzo opponente.

E peraltro, qualora si ritenga preferibile la diversa tesi della prosecuzione della procedura esecutiva – posto che l'accoglimento dell'opposizione *ex art.* 619 c.p.c. comporta la sottrazione del diritto reale parziario all'esecuzione forzata – si renderebbe comunque necessario “modificare” l'oggetto dell'esecuzione forzata, limitandola alla sola proprietà gravata dal diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

Posto che il giudice dell'esecuzione non dispone di alcun potere di modifica in ordine al pignoramento già eseguito e soprattutto in riferimento alla relativa trascrizione, si dovrebbe procedere alla cancellazione del pignoramento originariamente trascritto, quindi alla notifica e trascrizione di un nuovo pignoramento avente ad oggetto la proprietà gravata dal diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

---

riferimento all'erronea identificazione nella nota di trascrizione del diritto oggetto di pignoramento, l'Autore evidenzia altresì come ciò comporti la necessità di “*rinnovare la trascrizione*” (ma forse, più correttamente, di procedere ad una nuova trascrizione), onde per cui “*il pignoramento sarà idoneo a produrre i suoi effetti nei confronti dei terzi a decorrere dalla trascrizione corretta talché le iscrizioni e le trascrizioni nel frattempo compiute sono inopponibili ai creditori*” (*ibidem*, 1267).

<sup>116</sup> Le problematiche esposte nel testo prescindono dall'ulteriore e complessa questione inerente agli effetti della sentenza pronunciata in sede di opposizione *ex art.* 619 c.p.c. Secondo un primo orientamento (v. MANDRIOLI, *Opposizione alla esecuzione* (voce), Enc. Dir., XXX, 1980, 477; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2392; nonché, alla luce di approfondita analisi con ampi richiami in giurisprudenza e dottrina, DURELLO, *Sull'oggetto del giudizio di opposizione di terzo all'esecuzione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2012, 1377) questa avrebbe efficacia meramente endo-procedimentale, nel senso che il giudice di cognizione potrebbe decidere solo e soltanto sulla assoggettabilità o meno del diritto ad esecuzione forzata. Altri (v. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 373 ss.; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione* (voce), Dig., Milano, 1995) ritengono invece che la sentenza sia idonea a far stato anche riguardo alla titolarità del diritto reale controverso.

Ciò appare tanto più indispensabile qualora si tenga conto che l'opposizione *ex art. 619 c.p.c.* non è soggetta a trascrizione<sup>117</sup>, sicché la contestazione sollevata dal terzo, quand'anche accolta, non può emergere in alcun modo dalla consultazione dei registri immobiliari.

A questo consegue, fra l'altro, che le eventuali formalità trascritte o iscritte *medio tempore* risultano opponibili al creditore precedente e in generale alla procedura esecutiva. Sicché si ricadrebbe, in buona sostanza, nella stessa situazione cui si perviene aderendo all'ipotesi del travolgimento dell'intero processo esecutivo.

Ciò chiarito, appare a mio avviso preferibile la tesi secondo cui l'accoglimento dell'opposizione *ex art. 619 c.p.c.* comporta il radicale travolgimento dell'intera esecuzione forzata. Essa d'altro canto trova fondamento nell'assunto per cui la piena proprietà del bene non rappresenta un diritto "più ampio" rispetto alla proprietà gravata dal diritto reale parziario, bensì (quantomeno a fini esecutivi) un diritto radicalmente diverso: la difformità tra oggetto dell'atto di pignoramento e oggetto del processo esecutivo – venutasi a creare conseguentemente all'accoglimento dell'opposizione *ex art. 619 c.p.c.* – comporta l'integrale venir meno del processo esecutivo.

### ***La stima delle ragioni del terzo da far valere in sede di distribuzione del ricavato***

Si è visto dunque quale rimedio abbia il terzo per opporsi al processo di esecuzione introdotto ai sensi dell'art. 2812 c.c.

Ora è necessario invece esaminare che cosa accada qualora il terzo sacrificato intenda prendere parte all'esecuzione per poter far valere le sue ragioni in sede di distribuzione del ricavato.

Si è già illustrato come la posizione del terzo sacrificato sia piuttosto peculiare, in quanto egli è ammesso a partecipare alla distribuzione del ricavato pur essendo privo di un titolo esecutivo. Si pone adesso il problema di stimare

---

<sup>117</sup> Possono essere in parte richiamati (con i dovuti adattamenti) gli argomenti elaborati in dottrina per smentire la trascrivibilità dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il decreto di trasferimento (v. LORENZETTO PESERICO, *Il decreto di trasferimento come titolo di provenienza*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 18-2011/E, 13 ss.).

le “ragioni” che il terzo può far valere in sede di distribuzione del ricavato; ossia, come stabilire in concreto il valore del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù e su chi gravi l’onere di provarne l’ammontare.

Si potrebbe infatti ritenere che sia onere del terzo medesimo indicare, nell’atto di intervento, la somma pretesa a soddisfazione del proprio credito, provandone anche l’esattezza. Ma si potrebbe invece ritenere, al contrario, che spetti al giudice dell’esecuzione ordinare al perito – già incaricato della stima dei diritti eseguiti – la valutazione del diritto reale caducato con l’espropriazione.

Questa soluzione appare certamente preferibile, nonché giustificata alla luce del fatto che il terzo, pur non essendo legittimato passivo dell’espropriazione, è comunque inciso dall’esercizio dell’azione esecutiva, venendo privato dal proprio diritto reale parziario. Sicché, se è vero che la stima del perito riguarda di regola il valore dei beni espropriati, nulla impedisce, né dal punto di vista logico, né da quello giuridico, che in essa venga ricompresa anche il valore del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

D’altro canto, non si vede in quale altro momento della procedura possa essere effettuata la stima delle ragioni del terzo sacrificato: appare inidonea a tal scopo l’udienza di distribuzione del ricavato, ove il giudice dell’esecuzione risolve le eventuali contestazioni sollevate dai creditori. Ed anzi, la predisposizione di un piano di distribuzione da parte del giudice dell’esecuzione presuppone che la determinazione del valore del credito vantato dal terzo sacrificato sia già stata eseguita anteriormente alla celebrazione di tale udienza.

Resta il problema di stabilire se le eventuali contestazioni alla determinazione del valore del diritto reale parziario debbano essere sollevate all’udienza di autorizzazione alla vendita, previo deposito di note alla relazione del perito, secondo la disciplina indicata all’art. 173 *ter*, ult. co., disp. att. c.p.c.: in effetti, tale soluzione sembrerebbe preferibile quantomeno laddove si intendesse contestare la stima eseguita dal perito.

Al contrario, le eventuali contestazioni relative al titolo in forza del quale il terzo pretende di partecipare alla distribuzione del ricavato – ossia, in buona sostanza, l’inesistenza del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù – dovranno essere risolte dal giudice dell’esecuzione ai sensi dell’art. 512 c.p.c.

### ***Il diritto di preferenza del terzo in sede di distribuzione del ricavato***

Ciò precisato in ordine alla determinazione del valore delle ragioni del terzo sacrificato, è necessario esaminare quale posizione questi acquisisca in sede di distribuzione del ricavato.

Il punto merita alcune precisazioni.

Si è detto che il terzo titolare del diritto caducato è ammesso alla distribuzione del prezzo; ed è ammesso con preferenza rispetto ai creditori ipotecari che abbiano iscritto la garanzia successivamente alla trascrizione del diritto reale limitato. Il terzo sacrificato, pertanto, acquista nel processo esecutivo il diritto ad essere soddisfatto in grado deteriore rispetto (solo) al creditore ipotecario precedente (e agli eventuali creditori ipotecari che abbiano iscritto la garanzia anteriormente alla trascrizione del diritto reale limitato). Mentre ha diritto ad essere soddisfatto con preferenza rispetto ai creditori ipotecari successivi, nonché giocoforza anche ai creditori chirografari.

Riprendendo una questione già accennata in precedenza<sup>118</sup>, vi è da chiedersi se i creditori del terzo sacrificato abbiano diritto a soddisfarsi sulla somma attribuita in distribuzione al loro debitore. Di regola, questi non possono intervenire nel processo esecutivo – in quanto esso non ha ad oggetto il diritto reale parziario di cui il terzo, loro debitore, è titolare – e non possono di conseguenza prendere parte alla distribuzione del prezzo ricavato.

È tuttavia possibile applicare, al caso di specie, la disciplina dell'art. 511 c.p.c., il quale consente ai “creditori di un creditore” di essere a lui sostituiti, proponendo domanda nelle forme previste per l'intervento nel processo esecutivo. E non mi sembra certo di ostacolo all'applicazione della norma la circostanza che il terzo non possa essere considerato un creditore in senso stretto (si è visto infatti che la sua partecipazione all'esecuzione è del tutto “anomala”): il terzo prende comunque parte alla distribuzione del prezzo ricavato e, a mio avviso, tanto si dimostra sufficiente ai fini della domanda di sostituzione.

Il problema, semmai, è chiedersi se la sostituzione *ex art. 511 c.p.c.* operi anche in quei casi in cui il creditore – in mancanza di esercizio dell'azione

---

<sup>118</sup> V. *supra* p. 64 nonché p. 83.

esecutiva *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*, da parte del creditore ipotecario – non avrebbe comunque potuto autonomamente soddisfarsi sui diritti in titolarità del terzo.

Infatti, mentre il diritto di usufrutto è suscettibile di espropriazione da parte dei creditori del terzo, altrettanto non si può dire per i diritti di abitazione, uso e servitù: in queste ipotesi, qualora il creditore ipotecario non avesse esercitato l'azione ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., il creditore del terzo sacrificato non avrebbe in alcun caso potuto assoggettare ad esecuzione tali diritti reali.

Si potrebbe dunque ritenere che, nella fattispecie in discorso, venga meno la *ratio* giustificativa dell'istituto di cui all'art. 511 c.p.c., il quale risulta rivolto sì a tutelare le ragioni del "creditore di un creditore", ma nei limiti in cui tali ragioni avrebbero comunque potuto essere fatte valere in sede di esecuzione forzata.

Se quanto esposto ha effettivamente una sua logica, non mi sembra tuttavia che essa consenta di superare un più elementare argomento, ossia che in questo caso la pignorabilità o meno dei diritti di abitazione, uso e servitù non viene nemmeno astrattamente in rilievo: ciò per la semplice ragione che la soddisfazione del terzo trova la propria giustificazione proprio nel fatto che tali diritti vengono caducati dall'espropriazione *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*

L'esecuzione forzata ha in questo caso ad oggetto la piena ed esclusiva proprietà del bene immobile e il terzo ha diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato non in quanto attuale titolare di un diritto reale parziario bensì in forza della caducazione di tale diritto. La circostanza che tale diritto, quando ancora esistente, fosse impignorabile resta invece una questione irrilevante ai fini dell'applicabilità della sostituzione *ex art. 511 c.p.c.*

### ***L'estinzione del processo esecutivo e la tutela accordata al terzo***

L'esame della tutela del terzo impone, infine, alcune precisazioni in riferimento alla sorte del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù nel caso di estinzione del processo esecutivo.

Il problema è in realtà già stato trattato in diverse occasioni, anche esaurientemente; giova però riassumere i risultati già esposti altrove<sup>119</sup>.

Si è più volte precisato come il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù si estingua non a seguito del pignoramento *ex art. 2812 c.c.* ma solo al momento del trasferimento della piena proprietà; e questo, come si è visto<sup>120</sup>, proprio a tutela del terzo titolare del diritto reale nell'ipotesi in cui venga meno il processo esecutivo. Qualora dunque l'esecuzione si estingua anteriormente (quantomeno) all'aggiudicazione del bene oggetto di espropriazione, il terzo appare adeguatamente tutelato: egli riacquista la piena e libera disponibilità del diritto reale parziario non ancora caducato.

Il problema semmai si pone laddove il processo esecutivo si estingua successivamente all'aggiudicazione del bene oggetto di espropriazione forzata.

Se l'estinzione del processo di esecuzione avviene dopo l'aggiudicazione, il giudice dell'esecuzione dispone ugualmente il trasferimento del bene *ex art. 586 c.p.c.* e, in conseguenza, il diritto reale parziario viene definitivamente caducato. D'altro canto, a norma dell'art. 632, co. 2, c.p.c., il prezzo ricavato dalla vendita forzata viene consegnato, in tale ipotesi, al debitore esecutato.

Il terzo sembrerebbe dunque “doppiamente” pregiudicato, in quanto non solo viene spogliato del proprio diritto reale ma altresì perde la facoltà di “far valere le proprie ragioni” in sede di distribuzione del ricavato.

Il riferimento dell'art. 632, co 2, c.p.c. al “debitore” è tuttavia interpretato in maniera pacificamente estensiva, riconoscendo il diritto di ricevere il prezzo ricavato dalla vendita forzata a tutti coloro che risultano pregiudicati dalla espropriazione e in particolare al terzo esecutato ai sensi dell'art. 602 c.p.c.<sup>121</sup>.

Se la *ratio* è dunque quella di ampliare la tutela dell'art. 632, co. 2, c.p.c. a favore di chi, in conseguenza dell'esecuzione forzata, ha “perduto” un

---

<sup>119</sup> In particolare, v. *supra* p. 56 ss.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Ma anche, per esempio, a favore del terzo acquirente nel caso in cui l'atto traslativo sia stato trascritto successivamente alla trascrizione del pignoramento. V. per tutti CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., 466; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2511.

proprio diritto, mi sembra che non vi siano dubbi circa l'applicabilità della norma in parola anche all'ipotesi del terzo sacrificato *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.*

La soluzione (obbligata) è dunque questa: in caso di estinzione dell'esecuzione all'indomani dell'aggiudicazione del bene pignorato, il giudice dell'esecuzione attribuisce il prezzo della vendita in parte al debitore esecutato, in parte al terzo sacrificato per la somma ad esso spettante ai sensi dell'art. 2812, co. 2, c.c.

Un'unica perplessità potrebbe tuttavia essere sollevata in riferimento all'ipotesi di estinzione del processo esecutivo per inattività delle parti ovvero mancata comparizione all'udienza di distribuzione del ricavato, fattispecie disciplinate rispettivamente agli artt. 630 e 631 c.p.c.

In questo caso, l'estinzione presuppone l'inerzia o l'espressa volontà del terzo titolare del diritto reale: questi, infatti, "partecipa" alla caducazione del processo non comparendo all'udienza di distribuzione ovvero non suscitando gli atti richiesti per la prosecuzione dell'espropriazione.

Si potrebbe dunque concludere ritenendo che il terzo non possa richiedere *ex art. 632, co. 2, c.p.c.* l'attribuzione di quanto ad esso spettante in sede di distribuzione del ricavato, avendo contribuito con la propria condotta (attiva o omissiva) all'estinzione del processo esecutivo.

Tuttavia, la questione in esame impone di chiedersi, preliminarmente, se al terzo titolare del diritto reale parziario siano attribuiti poteri (e doveri) di impulso della procedura esecutiva.

Si è già detto come la posizione del terzo nell'esecuzione forzata appaia ambivalente, in quanto egli si presenta in parte creditore anomalo (eccezionalmente ammesso alla distribuzione del ricavato) e in parte soggetto pregiudicato dall'esperimento dell'azione esecutiva. Così, se si intendesse enfatizzare il primo aspetto, si dovrebbe ritenere che il terzo sacrificato, come ogni creditore, sia tenuto a proseguire o riassumere il processo esecutivo, nei casi previsti dall'art. 630 c.p.c., al fine di evitare l'estinzione della procedura; e a comparire all'udienza (in particolare all'udienza di distribuzione) per non incorrere nelle conseguenze di cui all'art. 631 c.p.c.

Viceversa, si potrebbe enfatizzare il secondo aspetto, riconoscendo al terzo sacrificato una posizione del tutto paragonabile a quella del debitore

esecutato: sicché, egli altro non dovrebbe fare se non “attendere” la corresponsione della somma cui ha diritto in sede di distribuzione, senza alcun obbligo di attivarsi qualora si versi nelle ipotesi di cui all’art. 630 e 631 c.p.c.

Entrambe queste soluzioni possono essere sostenute, ma a mio avviso la prima impostazione trova ragione nel tenore letterale dell’art. 2812, co. 2, c.c., laddove tale norma prevede che il terzo è ammesso “a far valere” le proprie ragioni sul prezzo ricavato dalla vendita forzata. Sicché, il terzo appare come “parte attiva” dell’esecuzione forzata, essendo la sua pretesa rimessa all’esercizio delle “proprie ragioni”.

D’altro canto, la soluzione proposta mi sembra maggiormente conforme a quanto già argomentato in precedenza, in riferimento soprattutto alla necessità per il terzo sacrificato di intervenire nell’esecuzione forzata al fine di partecipare alla distribuzione del ricavato<sup>122</sup>.

Coerentemente, deve essere peraltro applicata a favore del terzo sacrificato la disposizione di cui all’art. 629 c.p.c., in tema di rinuncia: essa implicitamente presuppone che l’esecuzione forzata possa estinguersi per rinuncia solo ove consti l’assenso di tutti i creditori partecipanti all’espropriazione.

Il terzo sacrificato non ha alcun interesse ad opporsi all’estinzione anteriormente alla pronuncia del decreto di trasferimento *ex art.* 586 c.p.c.; tuttavia, una volta trasferito il bene espropriato, nella (per quanto remota) ipotesi in cui il creditore precedente decida di rinunciare all’esecuzione (ossia alla distribuzione del prezzo), la procedura esecutiva si estingue solo laddove consti il consenso anche del terzo sacrificato; ciò proprio in conseguenza del fatto che egli ha diritto a soddisfarsi delle proprie ragioni in sede di distribuzione del ricavato.

### ***La tutela del terzo ai sensi dell’art. 2812, co. 2, c.c. fuori dall’ambito della garanzia ipotecaria***

Per completezza d’indagine, appare opportuno interrogarsi circa l’estensione dell’art. 2812, co. 2, c.c., in relazione alla tutela del terzo titolare del

---

<sup>122</sup> V. *supra* p. 92 ss.

diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù fuori dall'ipotesi in cui l'azione esecutiva sia stata esercitata dal creditore ipotecario.

Più precisamente, conviene osservare come vi siano ipotesi in cui la costituzione dei diritti reali in parola (o meglio, la trascrizione dell'atto costitutivo) sia anteriore al pignoramento del bene oggetto di esecuzione, ma risulti comunque inopponibile al creditore procedente per ragioni diverse dalla sussistenza di una precedente iscrizione ipotecaria.

Tanto accade qualora il creditore (chirografario) abbia ottenuto e trascritto un sequestro conservativo sul bene e, successivamente, il debitore proprietario abbia costituito a favore di un terzo uno dei suddetti diritti reali parziari; ovvero, qualora il creditore (sempre chirografario) abbia trascritto domanda revocatoria per far pronunciare l'inefficacia di un atto dispositivo della piena proprietà del bene e, successivamente, il terzo proprietario abbia costituito a favore di un (ulteriore) terzo un diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù.

In riferimento alla prima ipotesi, l'art. 2906 c.c. precisa che non hanno effetto in pregiudizio del creditore sequestrante gli atti dispositivi della cosa, richiamando a riguardo le norme previste in tema di pignoramento; in particolare, gli atti costitutivi di diritti reali limitati, trascritti successivamente alla trascrizione del sequestro conservativo, risultano inefficaci rispetto al creditore sequestrante.

Ai sensi degli artt. 686 c.p.c. e 156, disp. att. c.p.c., l'accoglimento dell'azione di condanna esercitata nei riguardi del debitore sequestrato comporta – previo deposito della sentenza nella cancelleria del giudice dell'esecuzione e domanda di annotazione a margine della trascrizione del sequestro – la conversione del sequestro conservativo in pignoramento. Oggetto di tale atto di pignoramento è pertanto il diritto *ab origine* sequestrato, ossia nel nostro caso la piena proprietà dell'immobile libera da diritti e vincoli a favore di terzi.

Quanto alla seconda ipotesi, la tutela del creditore vittorioso in revocatoria presuppone che la domanda pauliana sia stata trascritta anteriormente alla trascrizione dell'atto costitutivo del diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù sulla cosa oggetto di successiva espropriazione. Ciò quantomeno laddove, in forza del disposto di cui all'art. 2652, co. 1, n. 5, c.c., i diritti in

discorso siano stati acquistati dal terzo in buona fede e a titolo oneroso (ma le conclusioni raggiunte sono estensibili, con i dovuti adattamenti anche all'ipotesi in cui il diritto reale parziario sia stato acquistato dal terzo in mala fede ovvero in forza di un atto a titolo gratuito).

Una volta accolta la domanda revocatoria, il creditore può agire nei riguardi del terzo proprietario ai sensi dell'art. 602 c.p.c., pignorando il bene nella situazione giuridica in cui esso si presentava al momento della trascrizione della domanda.

Così, qualora il terzo proprietario abbia a sua volta costituito (e trascritto) successivamente alla trascrizione della domanda revocatoria, a favore di un (ulteriore) terzo, un diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù, il creditore vittorioso in revocatoria potrà agire *ex art. 602 c.p.c.* espropriando la piena proprietà libera da tali diritti reali parziari<sup>123</sup>.

Il creditore sequestrante e il creditore vittorioso in revocatoria, pertanto, non hanno necessità di avvalersi dell'art. 2812, co. 1, c.c., in quanto la loro posizione risulta già adeguatamente tutelata: entrambi, infatti, possono pignorare la proprietà del bene "come libera" in forza delle sole specifiche disposizioni dettate in loro favore dagli artt. 2906 e 2901 c.c.

Resta tuttavia da interrogarsi sulla tutela accordata al terzo sacrificato nelle ipotesi appena descritte: egli, infatti, proprio come accade nella fattispecie prevista dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., perde il proprio diritto reale parziario per effetto dell'espropriazione instaurata dal creditore sequestrante o dal creditore vittorioso in revocatoria.

L'identica posizione in cui il terzo sacrificato si trova dovrebbe indurre a ritenere analogicamente applicabile il disposto di cui all'art. 2812, co. 2, c.c. (o quantomeno la previsione di cui all'art. 498 c.p.c.): non si spiega infatti perché il titolare sacrificato debba essere trattato in maniera diversa a seconda della formalità – iscrizione ipotecaria, trascrizione del sequestro, trascrizione

---

<sup>123</sup> Parte della dottrina ritiene invece che l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. trovi applicazione anche nel caso di specie, sul presupposto, ritengo, che la tutela offerta dalla trascrizione della domanda revocatoria non sia sufficiente, per il creditore vittorioso, a "far subastare il bene come libero" (v. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, cit., 131). In realtà, la tesi proposta nel testo e la diversa interpretazione appena esposta arrivano comunque alle medesime conclusioni, soprattutto in riferimento alla tutela del terzo sacrificato.

della domanda revocatoria – da cui deriva l’inopponibilità del proprio diritto reale parziario rispetto al creditore precedente. In tutti e tre i casi, l’esito conclusivo, dal punto di vista del terzo sacrificato, è infatti il medesimo.

L’interpretazione appena proposta potrebbe dunque essere sostenuta tanto alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2812, co. 2, c.c. (avuto riguardo in specie al principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.), quanto tramite l’applicazione analogica di tale disposizione ai sensi dell’art. 12, co. 2, disp. prel.

### ***L'estensione oggettiva dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.***

Esaminata, dunque, la disciplina dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. con particolare attenzione al potere riconosciuto al creditore ipotecario e alla tutela del terzo titolare del diritto reale caducato, è opportuno concludere analizzando l’ambito di applicazione della norma. E ciò, per così dire, soprattutto dal punto di vista “oggettivo”.

Il creditore ipotecario, ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c., può agire contro il debitore proprietario del bene – senza necessità di aggredire il diritto costituito successivamente a favore del terzo – nel caso in cui l’immobile risulti gravato da diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù trascritti successivamente all’iscrizione dell’ipoteca. Ma è evidente come le ipotesi disciplinate non esauriscano l’intero ambito del possibile.

Si pensi all’ipotesi in cui il debitore abbia costituito a favore di un terzo diritti di godimento di natura personale (e non reale), concedendo il bene ipotecato in locazione (magari ultra-novennale, trascritta successivamente all’iscrizione ipotecaria); ovvero al diverso caso in cui l’immobile sia stato destinato alla tutela di uno specifico interesse, tramite la costituzione di un fondo patrimoniale ovvero di un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter*.

In tutti questi casi, si pone il problema di stabilire se l’atto trascritto successivamente all’iscrizione dell’ipoteca – ma anteriormente al pignoramento dell’immobile – possa essere opposto al creditore ipotecario, ovvero se egli abbia comunque il potere di far subastare il bene immobile come libero.

A riguardo, in via del tutto generale, la *ratio* della disciplina dettata in materia di ipoteca imporrebbe di ritenere che qualsiasi atto pregiudizievole

trascritto o iscritto successivamente all'iscrizione ipotecaria non possa andare a detrimento del creditore ipotecario.

Appare infatti piuttosto contraddittorio che il creditore ipotecario possa agire nei riguardi del terzo proprietario ai sensi dell'art. 602 c.p.c.; abbia diritto a far subastare il bene come libero qualora il medesimo sia gravato da usufrutto, uso, abitazione o servitù; ma risulti sprovvisto di tutela alcuna qualora il debitore abbia meramente concesso in locazione il bene a terzi ovvero l'abbia costituito in fondo patrimoniale.

Se la proprietà e i diritti reali parziari "soccombono" qualora trascritti successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, non si vede come possano invece "resistere" i "meri" diritti personali vantati da terzi ovvero i vincoli di destinazione trascritti sul bene.

Ciò che tuttavia appare problematico è offrire a tale "suggerione" un effettivo fondamento normativo.

Si potrebbe tentare di estendere all'iscrizione ipotecaria tutti gli effetti prodotti dalla trascrizione del pignoramento e in particolare quelli previsti ai sensi dell'art. 2915 c.c., laddove si prevede l'inopponibilità al creditore procedente dei diritti e dei vincoli successivamente costituiti sulla cosa.

A voler seguire tale impostazione, si finirebbe tuttavia per attribuire al creditore ipotecario una tutela particolarmente ampia e generale che non trova riscontro nel dato normativo: lo stesso art. 2812, co. 1 e 2, c.c. perderebbe sostanzialmente significato, giacché il creditore ipotecario potrebbe pignorare la cosa libera da qualsivoglia diritto reale parziario già in forza dell'art. 2915 c.c.

D'altro canto, tale interpretazione estensiva risulta difficile da condurre sul piano positivo, giusta l'art. 2808 c.c. il quale si limita ad affermare che il creditore ipotecario può agire in esecuzione contro il terzo acquirente; la norma in discorso, dunque, non solo non riproduce la disposizione di cui all'art. 2915 c.c., ma nemmeno vi rinvia o vi fa riferimento, anche solo implicitamente.

Un secondo tentativo potrebbe essere svolto nel senso di applicare analogicamente al caso di specie il disposto dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., in quanto norma diretta a garantire che quanto trascritto o iscritto

successivamente all'iscrizione dell'ipoteca non pregiudichi la posizione del creditore ipotecario.

A mio avviso, tuttavia, si deve escludere la possibilità di applicare estensivamente l'art. 2812 c.c. alle fattispecie sopra richiamate. A sostegno dell'esclusione, non mi sembra utile soffermarsi sulla distinzione tra diritti reali e diritti personali, né tantomeno sulla ricostruzione della natura dei vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, trattandosi di questioni che non appaiono pacifiche nemmeno sul piano generale.

Più proficua si presenta invece l'osservazione del dato positivo: come più volte ribadito, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. prevede una peculiare forma di tutela del terzo, disponendo *ex lege* la conversione del diritto reale (di usufrutto, uso, abitazione o servitù) in un diritto di credito, da far valere in sede di distribuzione del ricavato. Tramite la norma in discorso, pertanto, si consente a determinati soggetti di partecipare alla distribuzione del ricavato, in deroga alle previsioni di cui all'art. 499 c.p.c.

La circostanza che si tratti di una precisa scelta di politica legislativa, specificamente rivolta a favore dei titolari dei diritti di usufrutto, uso, abitazione e servitù, è confermata dal fatto che il medesimo trattamento è precluso rispetto a coloro che vantino un diritto di proprietà, superficie o enfiteusi sulla cosa ipotecata.

In altre parole, il legislatore non sembra dettare una norma generale, elastica, volta a favorire – non qualsiasi terzo pregiudicato dall'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario, bensì – solo quei particolari terzi titolari dei diritti individuati all'art. 2812, co. 1, c.c.

Sotto questo profilo, l'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., si presenta come norma di natura del tutto eccezionale: di regola, infatti, non è riconosciuto ai terzi titolari di diritti pregiudicati dalla espropriazione il potere di soddisfare le proprie ragioni (addirittura) in preferenza rispetto al ceto creditorio; e questa forma di tutela, d'altro canto, viene a gravare sui creditori ipotecari successivi e sui creditori chirografari, nonché sul debitore esecutato, il quale ha pur sempre diritto di ricevere quanto residua del prezzo all'indomani della distribuzione del ricavato (e, pertanto, della soddisfazione del terzo titolare del diritto reale).

Trattandosi dunque di una disposizione che ha profonda incidenza sulla tutela della *par condicio creditorum*, appare preferibile, nel silenzio della norma, escludere la possibilità di estendere il rimedio della “conversione” a fattispecie diverse da quelle contemplate all’art. 2812, co. 1, c.c.

Escluso dunque che l’art. 2915 c.c. possa trovare applicazione anche riguardo all’iscrizione ipotecaria; ed escluso altresì che l’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. sia suscettibile di applicazione estensiva o analogica, anche fuori dalle ipotesi ivi tassativamente individuate, si deve ritenere che il conflitto tra iscrizione ipotecaria e atti di disposizione (ovviamente diversi da quelli previsti *ex art.* 2812, co. 1, c.c.) successivamente compiuti sia da risolvere alla luce delle singole ipotesi concrete.

È impossibile dar conto ovviamente di una casistica esauriente; mi limiterò dunque all’esame di alcune ipotesi di rilievo.

### ***(segue) Ipoteca e diritti personali sorti successivamente all’iscrizione della garanzia***

Iniziamo affrontando la problematica relativa ai diritti di godimento con natura personale e non reale. L’esame sarà condotto con particolare riguardo alla locazione.

Ovviamente, la questione si propone solo nell’ipotesi in cui il contratto di locazione sia opponibile al ceto creditorio nonché all’acquirente in vendita forzata: a riguardo, l’art. 2923 c.c. prevede che la locazione di un bene immobile “consentita” dal debitore esecutato è opponibile al creditore procedente e all’acquirente in vendita forzata se dispone di “data certa” anteriore alla trascrizione del pignoramento<sup>124</sup>. Non solo: l’art. 2923, comma 4, c.c., prevede addirittura che il contratto di locazione, pur privo di “data certa”, possa essere comunque opposto ai creditori e all’acquirente in vendita forzata qualora “la detenzione del conduttore è anteriore al pignoramento del bene”.

---

<sup>124</sup> Solitamente, la data certa del contratto di locazione è fornita dalla registrazione del contratto presso l’Agenzia del territorio, ai sensi dell’art. 18, d.p.r., 26 aprile 1986, n. 131 (cd. Testo unico dell’imposta di bollo).

In deroga a quanto appena esposto, la locazione di immobile di durata superiore ai nove anni – soggetta alla disciplina di cui all’art. 2643, n. 8, c.c. – è opponibile a terzi solo se trascritta nei pubblici registri.

Si vede pertanto come il diritto personale derivante dal contratto di locazione – salvo il giudice non provveda alla liberazione dell’immobile in forza dell’art. 560 c.p.c. – ben possa gravare sul bene immobile pignorato ed essere altresì opposto a terzi, qualora ricorrano i presupposti di cui all’art. 2923 c.c.

Qualora il contratto di locazione sia privo di data certa anteriore (ovvero, se ultra-novennale, risulti trascritto successivamente) all’iscrizione dell’ipoteca, è necessario, tuttavia, domandarsi quale tutela possa essere offerta al creditore ipotecario. Si è detto come non siano applicabili al caso di specie né l’art. 2915 c.c., né l’art. 2812, co 1 e 2, c.c., per le ragioni già indicate poco sopra: sicché, a rigore, essendo il contratto locatizio pienamente opponibile al creditore ipotecario, il bene concesso in locazione non potrebbe essere venduto “come libero”.

Ciò, tuttavia, non pregiudica in maniera particolarmente intensa il creditore ipotecario, quantomeno nell’ipotesi di locazione infra-novennale: infatti, il terzo acquirente, unitamente alla proprietà del bene, succede altresì nella titolarità del contratto di locazione, in forza della generale previsione prevista ai sensi dell’art. 1602 c.c. (senza peraltro essere tenuto a rispettare la convenzione qualora il canone pattuito sia inferiore di un terzo al giusto prezzo, ex art. 2923, co. 3, c.c.). Sicché, la parziale perdita di valore dell’immobile viene comunque “compensata” (o quantomeno attenuata) dalla redditività dello stesso<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> La giurisprudenza di legittimità propone considerazioni simili a quelle svolte nel testo; tuttavia, per giustificare il subentro del terzo acquirente nella titolarità del contratto di locazione, anziché muovere dall’art. 1602 c.c., la Corte di cassazione si cimenta in un difficoltoso ragionamento circa la portata dell’art. 2811 c.c.; v. Cass. 20.4.2016, n. 7776, secondo cui “*Non tutti i diritti personali di godimento resistono dinanzi al prevalente diritto del creditore ipotecario, anzi, di regola vale il contrario (come è per il diritto del comodatario). Vi resiste la locazione, perchè l'ordinamento consente che l'ipoteca si estenda ai frutti del bene, compresi i canoni di locazione (arg. ex art. 2811 c.c.), che quindi sono soggetti ad espropriazione ai sensi dell'art. 2808 c.c.. Pertanto, il contratto di locazione sopravvenuto all'iscrizione d'ipoteca non pregiudica il creditore ipotecario poichè non priva il bene del valore d'uso e ne consente la vendita come bene produttivo di reddito*”.

In conclusione, nel caso in esame, il creditore ipotecario può pignorare contro il proprio debitore il diritto di proprietà sull'immobile "gravato" dal contratto di locazione (senza peraltro dover notificare l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. al terzo conduttore); l'acquirente in vendita forzata, dal canto, subentra nel rapporto locatizio e in particolare nel diritto ad ottenere dal conduttore il pagamento dei canoni pattuiti.

*(segue) Ipoteca, fondo patrimoniale e vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*

Il bene gravato da ipoteca può, successivamente all'iscrizione della garanzia, essere altresì oggetto di un vincolo di destinazione, tramite per esempio la costituzione di un fondo patrimoniale diretto a soddisfare i bisogni della famiglia ovvero di un atto di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex art. 2645 ter c.c.*

In questo caso, la questione relativa all'opponibilità di tali vincoli rispetto al creditore ipotecario precedente è resa ben più complessa dalla diversa natura dei vincoli di destinazione: in taluni casi, questi comportano il trasferimento a favore di un terzo della titolarità sul bene vincolato (cd. vincoli dinamici); in altri, invece, la proprietà resta esclusivamente in capo al costituente (cd. vincoli statici)<sup>126</sup>.

Nel primo caso – ossia: costituzione del vincolo con trasferimento della proprietà – si pone innanzitutto il problema di stabilire secondo quali modalità il creditore possa e debba agire in sede di esecuzione per la soddisfazione della propria pretesa.

La questione attiene, in particolare, alla costituzione di fondo patrimoniale da parte di un terzo estraneo alla famiglia, il quale non si riservi la proprietà della cosa ma la trasferisca a favore dei coniugi<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Per un inquadramento generale, v. C. ROMANO, *Riflessioni sul vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) Bianza e De Donato, Quaderni del Notariato, II, 2013.

<sup>127</sup> Sulle problematiche inerenti al rapporto tra ipoteca e fondo patrimoniale, v. dettagliatamente LORENZETTO PESERICO, *Il fondo patrimoniale tra esecuzione forzata e fallimento*, Riv. Esec. Forz., 2013, 497.

In questa ipotesi, la costituzione del bene in fondo patrimoniale comporta il trasferimento della piena proprietà a favore di terzi (i coniugi appunto), risultando dunque pacificamente esperibile nei loro confronti l'azione esecutiva ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Il problema si presenta invece del tutto diverso qualora (sempre si ammetta questa possibilità) il vincolo di destinazione non comporti trasferimento della proprietà del bene. Ciò si verifica, per esempio, nell'ipotesi in cui il terzo abbia costituito l'immobile in fondo patrimoniale riservando a sé la proprietà del medesimo. Ovvero, nell'ipotesi in cui, successivamente all'iscrizione dell'ipoteca, venga costituito sul bene oggetto di garanzia un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.*, per cui il bene risulta appunto destinato al soddisfacimento di un "interesse meritevole di tutela".

In queste ipotesi – ossia qualora la costituzione del fondo patrimoniale o del vincolo di destinazione non comporta il trasferimento della titolarità del bene – il creditore ipotecario non deve (e non può) agire contro colui (o coloro) a favore del quale il vincolo è stato costituito e deve invece agire contro il proprio debitore pignorando la proprietà del bene ipotecato.

Se in questo caso si esclude l'applicabilità dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – per le generali ragioni esposte poco sopra – si dovrebbe concludere ritenendo che la vendita forzata avrà ad oggetto la proprietà del bene ipotecato gravata dal vincolo di destinazione, per quanto esso sia stato trascritto (e nel caso di fondo patrimoniale annotato a margine dell'atto di matrimonio) successivamente all'iscrizione della garanzia ipotecaria.

Qualora l'atto costitutivo del vincolo di destinazione pregiudichi le ragioni del creditore ipotecario, egli potrà al più trovare tutela delle proprie ragioni per mezzo degli ordinari strumenti a protezione dei creditori e, in specie, tramite l'esperimento dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. (o al più, qualora ne ricorrano i presupposti, agendo in esecuzione ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c.).

### ***(segue) Il rapporto tra ipoteca e cessione di cubatura***

Meritevole di particolare attenzione è il rapporto tra l'art. 2812 c.c. e la fattispecie della cd. cessione di cubatura o di volumetria, ossia l'atto con cui

il proprietario di un fondo trasferisce a favore del proprietario di altro fondo i diritti edificatori relativi al proprio terreno<sup>128</sup>.

La cessione di cubatura può diversamente atteggiarsi a seconda del tipo di atto posto in essere dalle parti. Il diritto edificatorio può infatti essere trasferito con effetto immediato dal fondo “di partenza” al fondo “di arrivo”: la perdita del diritto di edificare in capo al proprietario del fondo cedente si contrappone al subitaneo acquisto della rispettiva volumetria in capo al cessionario (fermo restando, ovviamente, la necessità dei relativi adempimenti amministrativi).

Potrebbe tuttavia anche darsi l'ipotesi in cui la volumetria non venga trasferita a vantaggio direttamente di un dato fondo, bensì meramente a favore del cessionario, il quale diventa dunque titolare di un generale diritto di edificare per una determinata volumetria (cd. cessione di volumetria “in volo”).

È impossibile ripercorrere in questa sede il dibattito relativo alla natura giuridica e alle difficoltà applicative generalmente connesse alla figura in discorso: basti qui considerare che, a seguito dell'introduzione dell'art. 2643, co. 1, n. 2 *bis*, c.c., la cessione di diritti edificatori deve (può) essere trascritta nei registri immobiliari, al fine dell'opponibilità verso terzi.

Ai fini del presente lavoro, è interessante approfondire il rapporto tra cessione di cubatura e ipoteca iscritta sul fondo “di partenza”.

Il problema è appunto considerare come le due formalità interagiscano tra loro; ovviamente, nell'ipotesi in cui il diritto edificatorio sia stato trasferito – e il trasferimento sia stato regolarmente trascritto – anteriormente alla iscrizione dell'ipoteca, non si pongono particolari questioni: il terzo titolare del diritto edificatorio ha infatti titolo per opporre il proprio acquisto rispetto al creditore ipotecario, il quale gode della garanzia solo in riferimento alla “nuda” proprietà (o più precisamente alla proprietà spogliata del diritto a costruire per la volumetria ceduta).

Assai più complesso il caso in cui l'ipoteca sia stata iscritta anteriormente alla trascrizione della cessione del diritto edificatorio. A riguardo, le soluzioni ipotizzabili sono le seguenti.

---

<sup>128</sup> In generale, sulla cd. cessione di cubatura, v. TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 671-2009/C.

Innanzitutto, si potrebbe ritenere che l'ipoteca iscritta sulla proprietà del terreno impedisca la cessione dei diritti edificatori ad esso relativi. Questa tesi muove dal fatto che l'art. 2810 c.c. non annovera, tra i diritti suscettibili di ipoteca, anche i diritti edificatori di cubatura. Se ne deduce che l'ipoteca non potrebbe "seguire" i diritti edificatori trasferiti con la cessione di cubatura e, pertanto, il creditore ipotecario si troverebbe spogliato della piena tutela accordata dall'iscrizione della garanzia. E l'unica soluzione per ovviare a tale problema sarebbe appunto quella di ritenere inalienabile la cubatura relativa ad un terreno oggetto di ipoteca.

La tesi mi sembra francamente errata: in primo luogo perché attribuisce all'ipoteca conseguenze che non le sono proprie – ossia la creazione di un vincolo di indisponibilità sul bene ipotecato – e in secondo luogo perché trascurava completamente il rimedio altrimenti previsto dall'art. 2812 c.c.

Il vero problema inerente alla cessione di volumetria relativa a un terreno ipotecato è infatti la possibilità o meno di ricondurre i diritti edificatori entro il novero dell'art. 2812 c.c. e individuare a quale categoria, tra le fattispecie ivi previste, esso appartenga.

In particolare, la questione può essere così sintetizzata: se il creditore ipotecario sia legittimato ad agire ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., dunque pignorando la piena proprietà del bene (con conseguente diritto del terzo acquirente di soddisfarsi in sede di distribuzione del ricavato per la perdita della volumetria); ovvero se il diritto edificatorio non rientri piuttosto nel novero dei diritti esclusi dall'applicazione dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., imponendo al creditore ipotecario di agire nei riguardi tanto del proprio debitore (per l'espropriazione della proprietà "spogliata" della volumetria) quanto del terzo acquirente ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

### ***(segue) Applicabilità dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. alla cessione di cubatura***

Un primo tentativo di risolvere la questione può tener conto del dibattito sorto in dottrina in ordine alla qualificazione dei diritti edificatori.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 2643, co. 1, n. 2 *bis* c.c., il diritto in questione avrebbe potuto essere ricostruito alla stregua di una servitù (avente

ad oggetto un non fare, ossia l'obbligo di astenersi dall'edificare posto in capo al proprietario del fondo servente e a favore del fondo dominante), ovvero di un diritto di superficie improprio (ossia avente ad oggetto non il diritto di costruire su fondo altrui, ma il diritto di costruire su fondo proprio per mezzo di cubatura altrui).

Aderendo alla prima tesi – il diritto edificatorio come servitù prediale – si ricadrebbe nell'ipotesi di cui all'art. 2812, co. 1, c.c.: il creditore ipotecario potrebbe dunque pignorare la proprietà del terreno come libera, ossia come se fosse ancora pienamente munita dei diritti edificatori ceduti.

Al contrario, se si propendesse per la tesi opposta – il diritto edificatorio come diritto di superficie – si dovrebbe applicare l'art. 2812, co. 3, c.c.: il creditore ipotecario sarebbe quindi tenuto a pignorare la proprietà del terreno contro il proprio debitore e ad agire altresì contro il terzo titolare dei diritti edificatori ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

La questione è ora in parte superata dall'introduzione dell'art. 2643, co. 1, n. 2 *bis*, c.c., il quale prevede espressamente la trascrivibilità dell'atto con cui viene trasferita la cubatura: a seguito dell'innovazione legislativa, sembra potersi ritenere che il diritto edificatorio costituisca un diritto reale tipico e distinto tanto dalla servitù quanto dalla superficie<sup>129</sup>.

Peraltro, al di là di qualsivoglia considerazione in ordine alla loro natura giuridica, è importante rilevare come appaia quantomeno dubbio che i diritti edificatori possano essere ad oggi considerati suscettibili di pignoramento<sup>130</sup>. E ciò non solo in quanto l'esercizio di tali diritti risulta sempre rimesso al previo rilascio delle necessarie autorizzazioni da parte della pubblica

---

<sup>129</sup> La giurisprudenza di legittimità concorda sull'autonomia dei diritti edificatori, i quali sarebbero appunto distinti tanto dal diritto di servitù quanto dal diritto di superficie. E tuttavia, esclude allo stato che i suddetti diritti edificatori abbiano natura reale. Come recentemente statuito dalla Sezioni Unite della Corte di cassazione, *“la cessione di cubatura, con la quale il proprietario di un fondo distacca in tutto o in parte la facoltà inerente al suo diritto dominicale di costruire nei limiti della cubatura assentita dal piano regolatore e, formandone un diritto a sè stante, lo trasferisce a titolo oneroso al proprietario di altro fondo urbanisticamente omogeneo, è atto: - immediatamente traslativo di un diritto edificatorio di natura non reale a contenuto patrimoniale; - non richiedente la forma scritta ad substantiam ex art. 1350 c.c.; - trascrivibile ex art. 2643 c.c., n. 2 bis”* (Cass. SS.UU., 9.6.2021, n. 16080).

<sup>130</sup> V. GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, in *Judicium*, 2011, 13 ss.

amministrazione competente (problema in fondo superabile<sup>131</sup>). E nemmeno per il carattere immateriale del diritto che si intende espropriare (elemento che costituisce tuttavia difficoltà teorica di non poco conto) Ma soprattutto per una ulteriore e ben più problematica ragione, ossia che i diritti edificatori, una volta esercitati, si confondono completamente con il diritto di proprietà: in altre parole, l'esercizio del diritto edificatorio implica che la cubatura (bene immateriale) venga "tramutata" in un immobile (bene materiale) da cui risulta d'ora innanzi del tutto inseparabile.

Appare difficile, nel caso da ultimo proposto, immaginare come il creditore ipotecario possa allora pignorare contro il terzo il diritto edificatorio già esercitato al momento dell'esperimento dell'azione esecutiva: mi sembra quantomeno discutibile, in una simile ipotesi, che il creditore ipotecario possa pignorare il diritto di edificare in sé, atteso che tale diritto non esiste più.

Più coerente sembrerebbe invece ammettere che il creditore ipotecario pignori la proprietà del bene come previsto dall'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.: in questo modo, infatti, egli aggredisce il bene nella medesima situazione di diritto in cui esso si trova al momento dell'iscrizione della garanzia, capiente dunque della sua piena capacità edificatoria.

### *(segue) Criticità*

Vale peraltro precisare come l'ipotesi sopra accennata, in cui la cubatura ceduta sia già stata utilizzata da parte del cessionario, può dar luogo a problematiche non trascurabili.

Innanzitutto, sorge il problema di stabilire come il pignoramento eseguito nelle forme dell'art. 2812, co. 2, c.c. incida sul diritto del terzo al mantenimento dell'immobile edificato per mezzo della volumetria ceduta.

In altre parole, se a seguito del pignoramento il terreno "di partenza" riacquista piena capacità edificatoria (e come tale viene destinato alla vendita forzata), è chiaro che il fabbricato costruito dal cessionario diviene (in tutto o in parte) abusivo, in quanto edificato oltre il limite volumetrico di cui il terreno

---

<sup>131</sup> Una volta offerta adeguata informazione in sede di vendita forzata, l'acquirente può decidere di accettare il rischio relativo alla mancata autorizzazione da parte della pubblica amministrazione ad edificare la cubatura acquistata in vendita forzata.

dispone. E a tale abusività “sopravvenuta” non può che conseguire l’obbligo di demolizione del fabbricato.

Questo, tuttavia, è un rischio di cui il cessionario può comunque avvedersi, giacché sul fondo “di partenza”, al momento della cessione di cubatura, era pur sempre iscritta ipoteca<sup>132</sup>.

Assai più rischiosa è invece l’ipotesi in cui il cessionario, a seguito dell’utilizzo della cubatura, abbia trasferito a terzi la proprietà del fabbricato così realizzato (ipotesi, peraltro, non rara nella pratica, atteso che l’acquisto di volumetria è spesso perfezionato a fini di imprenditoria edile).

Infatti, l’acquirente del fabbricato (o di unità immobiliare sito in esso), per mezzo delle opportune visure eseguite in relazione al terreno su cui l’immobile è sito (terreno “di arrivo”), può avvedersi della trascrizione della cessione di cubatura, ma non può sapere che sul terreno “di partenza” era stata anteriormente iscritta ipoteca. Anche qualora il terzo sia in perfetta buona fede, l’acquisto così perfezionato non può certo ritenersi salvo: con il pignoramento *ex art. 2812, co. 2, c.c.* da parte del creditore ipotecario, infatti, i diritti edificatori vengono riacquistati dal fondo “di partenza”, a danno del terreno “di arrivo”. Di conseguenza, il fabbricato – ancorché venduto a terzi – diviene in tutto o in parte abusivo in quanto edificato oltre il limite volumetrico consentito.

D’altro canto – e in ciò consiste il terzo e conclusivo problema proposto dalla fattispecie in esame – è opportuno domandarsi, nell’ipotesi appena descritta, chi sia il terzo spogliato del proprio diritto che ha titolo per soddisfarsi *ex art. 2812 c.c.* in sede di distribuzione del ricavato.

Si potrebbe infatti ritenere che non si tratti del cessionario di cubatura, bensì dell’avente causa che abbia acquistato la proprietà di tutto o parte il fabbricato abusivo. Ma a ben vedere, se il diritto caducato per mezzo del pignoramento è davvero il diritto reale edificatorio, il predetto avente causa non risulta affatto titolare di tale diritto: egli, infatti, è “solo” proprietario del

---

<sup>132</sup> Il problema semmai si pone con maggiore drammaticità nel caso in cui la cessione di cubatura venga revocata *ex art. 2901 c.c.* successivamente all’utilizzo della volumetria trasferita. Il cessionario, in questo caso, pur in buona fede, sarebbe comunque costretto a demolire il fabbricato così realizzato.

fabbricato (o dell'unità immobiliare sita in esso) acquistata dal cessionario di cubatura.

Quest'ultimo, d'altro canto, era titolare del diritto edificatorio acquistato dal terreno "di partenza", ma ormai tale diritto è stato esercitato e non mi sembra possa ritenersi ancora esistente. Sicché nemmeno in suo favore potrebbe riconoscersi il diritto ad essere soddisfatto *ex art. 2812 c.c.* in sede di distribuzione del ricavato.

Il problema riverbera peraltro anche rispetto al creditore ipotecario, il quale deve decidere a chi comunicare l'avvenuto pignoramento del terreno "di partenza", secondo quanto previsto all'art. 498 c.p.c.

L'unica soluzione accettabile mi sembra quella di supporre che, una volta esercitato, il diritto edificatorio si traduca nel diritto a mantenere il fabbricato costruito oltre il limite volumetrico del terreno: pignorato il fondo "di partenza" *ex art. 2812 c.c.*, tale diritto al mantenimento della costruzione viene meno e, pertanto, il terzo pregiudicato ai sensi della norma in discorso dovrebbe essere individuato nell'eventuale avente causa del costruttore cessionario di cubatura.

Ciò non esclude comunque che lo spoglio della proprietà così acquistata da parte del terzo possa avvenire anche qualora questi sia in perfetta buona fede, per le ragioni già evidenziate in precedenza.

A tale problema non esiste rimedio, se non quello "preventivo" di eseguire – in riferimento al fabbricato edificato su terreno favorito da cessione di cubatura – le relative visure ipotecarie non solo con riguardo al terreno "di arrivo", bensì anche in riferimento al terreno "di partenza".

Solo in questo modo è possibile evidenziare l'esistenza dell'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione della cessione di cubatura e tutelare, pertanto, la posizione del terzo interessato all'acquisto del fabbricato o di unità immobiliare parte di esso.

In conclusione, qualora si ammettesse nel caso di specie la possibilità del creditore ipotecario di pignorare *ex art. 2812, co. 1 e 2, c.c.* la proprietà ancora fornita della relativa volumetria, l'esercizio dell'azione esecutiva potrebbe dar luogo a difficoltà di non poco conto, se non addirittura insuperabili.

## ***Conclusioni***

Le considerazioni svolte – soprattutto in riferimento all’esercizio dell’azione esecutiva ai sensi dell’art. 2812, co. 1 e 2, c.c. – consentono infine di riesaminare l’intera problematica oggetto del presente capitolo, ossia in cosa consista esattamente il “diritto di seguito” che il creditore ipotecario otterrebbe in forza della iscrizione della garanzia.

Si è visto come questo non coincida con il potere di agire in esecuzione contro il terzo, poiché il potere di agire in esecuzione non dipende dall’iscrizione ipotecaria, ma dalla sussistenza di uno dei titoli esecutivi previsti dall’art. 474 c.p.c.

Ma si è osservato d’altro canto come il diritto di seguito non possa nemmeno spiegarsi alla luce della categoria della cd. inefficacia relativa.

In riferimento all’ipotesi di trasferimento del diritto oggetto di ipoteca ad un terzo, il creditore deve infatti agire nelle forme previste dall’art. 602 c.p.c.; e ciò dimostra come l’atto dispositivo non sia affatto inefficace nei suoi riguardi.

Nell’ipotesi invece di costituzione di diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù sulla cosa ipotecata, l’inefficacia relativa dell’atto non è che un singolo aspetto della disciplina inerente alla tutela conferita al creditore ipotecario: si è visto in particolare come l’art. 2812 c.c. appresti anche una peculiare protezione delle ragioni del terzo, nonché si ponga come norma favorevole (seppur indirettamente) all’intero ceto creditorio.

In sostanza, si può allora evidenziare come questi due rimedi – il potere di agire contro il terzo e quello di “far subastare il bene come libero” – non si esauriscano nel semplice ampliamento della tutela ordinaria, tramite l’attribuzione al creditore ipotecario di un potere più intenso rispetto al creditore chirografario; e non possano nemmeno spiegarsi alla luce della mera fattispecie dell’inefficacia relativa.

Essi, infatti, producono effetti ben più complessi, onerando le parti di compiere determinati atti e attribuendo ai terzi pregiudicati dall’esecuzione differenti forme di tutela.

Se dunque l’ipoteca non attribuisce direttamente il diritto di agire nei confronti (o comunque in pregiudizio dei diritti) del terzo; e se d’altro canto

l'iscrizione non può ridursi a formalità comportante l'inefficacia degli atti dispositivi successivi; l'unica possibile alternativa mi sembra quella (come già accennato in precedenza) di qualificare l'iscrizione ipotecaria come situazione processuale che consente al creditore il diritto di esercitare le diverse forme di tutela previste agli artt. 602 c.p.c. e 2812, co. 1 e 2, c.c.

In altre parole, l'iscrizione ipotecaria non è – ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva – né una formalità costitutiva di diritti (sostanziali o processuali che siano); né un rimedio idoneo a privare di efficacia gli atti di disposizione trascritti dal debitore successivamente alla garanzia.

Al contrario, essa si atteggia a presupposto necessario ai fini dell'espropriazione, in mancanza del quale il creditore – pur essendo titolato ad agire ai sensi dell'art. 474 c.p.c. – non ha diritto ad esercitare la particolare tipologia di azione individuata dall'art. 602 c.p.c. ovvero l'altrettanto peculiare azione di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

In ultima analisi, la qualificazione dell'ipoteca quale situazione processuale consente di superare le contraddizioni in cui sfocia la tesi dell'inefficacia e al tempo stesso di eludere interpretazioni riduttive o erronee che presupporrebbero di ricondurre all'iscrizione ipotecaria (e non alla sussistenza del titolo esecutivo) il potere del creditore garantito di agire esecutivamente contro terzi.

## CAPITOLO III

### **Il diritto di essere avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.**

#### **e l'intervento del creditore ipotecario nel processo esecutivo**

**Sommario:** Premessa – L'avviso *ex art. 498 c.p.c.*: disciplina ed interpretazioni giurisprudenziali – Disciplina in materia di intervento del creditore ipotecario – Funzione della disciplina dettata in materia di avviso e di intervento – Il problema del mancato avviso del creditore ipotecario: l'ipotesi in cui il creditore ipotecario interviene ugualmente in esecuzione forzata – L'ipotesi in cui il creditore ipotecario non avvisato abbia conoscenza dell'esecuzione pendente solo successivamente all'udienza di distribuzione del ricavato – L'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il provvedimento con cui viene ordinata la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata: l'ipotesi in cui la distribuzione non sia ancora cominciata ovvero, se cominciata, i creditori già soddisfatti dispongano comunque di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato ... – ... e l'ipotesi in cui il creditore già soddisfatto in sede di distribuzione del prezzo non disponga di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato della pendenza del processo esecutivo – (segue) Rimedi esperibili dal creditore ipotecario nell'ipotesi in cui il prezzo ricavato dalla vendita forzata e non ancora distribuito risulti insufficiente a soddisfare le sue ragioni – L'accantonamento del prezzo *ex art. 510 c.p.c.* e la tutela del creditore ipotecario non avvisato – Ulteriori tutele astrattamente esperibili: la sopravvivenza della garanzia ipotecaria oltre la conclusione dell'esecuzione forzata – Eventuali rimedi processuali a tutela della posizione del creditore ipotecario non avvisato: l'opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.* avverso il provvedimento di distribuzione ... – ... e il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost. – Eventuale tutela risarcitoria del creditore ipotecario non avvisato – Tutela restitutoria o da indebito arricchimento in conseguenza della mancata partecipazione del creditore ipotecario alla distribuzione del prezzo

### ***Premessa***

Nel capitolo precedente si è evidenziato come l'iscrizione ipotecaria assuma rilevanza (o meglio possa assumere rilevanza) al momento dell'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario.

Ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva, il creditore, infatti, può servirsi della garanzia iscritta qualora la proprietà del bene gravato da ipoteca sia stata trasferita a terzi ovvero sul medesimo sia stato costituito un diritto reale parziario (o meglio, qualora i relativi atti dispositivi o costitutivi siano stati trascritti successivamente all'iscrizione della garanzia).

È opportuno adesso soffermarsi sugli ulteriori effetti prodotti dall'ipoteca nell'ipotesi in cui l'azione esecutiva sia stata esercitata non dal creditore ipotecario, bensì da un altro creditore. Il creditore ipotecario, in questo caso, risulta inizialmente “terzo” rispetto all'esecuzione forzata.

Vengono dunque in rilievo – e al loro esame è dedicato il presente capitolo – le fattispecie disciplinate in particolare dagli artt. 498 e 499 c.p.c.: da un lato, il diritto del creditore ipotecario di essere avvisato del pignoramento eseguito da un diverso creditore sul bene oggetto di garanzia; dall'altro, il diritto di intervenire in esecuzione.

I diritti menzionati risultano evidentemente collegati: in particolare, l'avviso disciplinato all'art. 498 c.p.c. si configura quale strumento diretto a far conoscere al creditore ipotecario la pendenza del processo esecutivo e a consentirgli, pertanto, di esercitare il diritto di intervento.

### ***L'avviso ex art. 498 c.p.c.: disciplina ed interpretazioni giurisprudenziali***

Dispone innanzitutto l'art. 498 c.p.c. che devono essere avvertiti dell'espropriazione i creditori muniti di un “diritto di prelazione” sul bene pignorato, “risultante da pubblici registri”. Tra questi, rientra pacificamente – ed anzi si presenta quale ipotesi di maggior rilievo – il creditore che abbia iscritto ipoteca sul bene oggetto di pignoramento.

La tutela del creditore ipotecario è rafforzata dal diritto di ricevere un ulteriore avviso, anch'esso notificato ai sensi dell'art. 498 c.p.c.: prevede

infatti l'art. 596, ult. co. c.p.c., che il giudice dell'esecuzione – con la medesima ordinanza con cui dispone la vendita del bene pignorato – fissa il termine entro il quale la stessa deve essere notificata, a cura del creditore istante, ai creditori con diritto di prelazione iscritto in pubblici registri che ancora non siano intervenuti in esecuzione.

I diritti derivanti dalle disposizioni di cui agli artt. 498 e 596, ult. co., c.p.c. non possono considerarsi fattispecie distintive e peculiari della garanzia ipotecaria, in quanto comuni anche ad altre categorie di creditori: il creditore procedente è infatti tenuto ad avvisare nelle forme previste dall'art. 498 c.p.c. (quantomeno) il creditore sequestrante, secondo il disposto dell'art. 158 disp. att. nonché dell'art. 547, co. 3, c.p.c.

Si è già esposto<sup>133</sup> come il diritto di essere avvisati della pendenza dell'esecuzione spetti anche ai terzi titolari di diritti di usufrutto, uso, abitazione o servitù sulla cosa pignorata nel caso in cui il creditore ipotecario eserciti l'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.

Inoltre, l'art. 498 c.p.c. prevede espressamente che l'avviso debba essere notificato al creditore iscritto, a cura del creditore procedente, entro cinque giorni dal pignoramento; esso deve contenere le generalità del creditore pignorante, l'individuazione del credito in forza del quale si procede, del titolo e infine dei beni (o meglio dei diritti) sottoposti a pignoramento.

Qualora il creditore procedente ometta di avvisare *ex art.* 498 c.p.c. il creditore iscritto, il giudice dell'esecuzione non può provvedere sull'istanza di vendita o di assegnazione. Il tenore della norma potrebbe essere inteso in senso particolarmente rigoroso, come se in mancanza di avviso l'esecuzione forzata divenisse radicalmente improcedibile. Ma l'esclusione del carattere perentorio del termine ivi previsto – pacificamente accolta in dottrina<sup>134</sup> – conduce a preferire un'interpretazione più elastica dell'art. 498 c.p.c.

---

<sup>133</sup> Si veda *supra*, cap. II, p 87 ss.

<sup>134</sup> In tal senso, SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2019, 622; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2014, 107. Si è tuttavia sostenuto che il creditore procedente sarebbe comunque tenuto a fornire, entro quarantacinque giorni dal pignoramento, la prova della notifica dell'avviso *ex art.* 498 c.p.c., v. ANDRIOLI, *Intervento dei creditori*, Enc. Dir., XXII, Milano, 1972, 488; *contra*, SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 623, in cui si evidenzia in particolare come la tesi non possa oggi ritenersi condivisibile alla luce dell'attuale formulazione dell'art. 567 c.p.c.

A mio avviso, si dovrebbe ritenere che il giudice dell'esecuzione, riscontrato il difetto della notifica richiesta dalla norma in discorso, fissi un termine entro cui provvedere a dare avviso dell'esecuzione al creditore iscritto<sup>135</sup>. La mancata notifica dell'avviso entro il termine fissato dal giudice dell'esecuzione dovrebbe poi dar luogo, a rigore, ad un'ipotesi di estinzione del processo esecutivo<sup>136</sup>, secondo quanto disposto dall'art. 630 c.p.c.

In ogni caso, è pacifico che, in mancanza di avviso – e in particolare in mancanza della prova dell'avvenuta notifica dell'avviso – il giudice dell'esecuzione non possa provvedere sull'istanza di vendita e di assegnazione, come espressamente disposto dalla norma in discorso. Ciò, ovviamente, qualora il giudice dell'esecuzione si avveda dell'esistenza di un creditore iscritto non avvisato della pendenza del processo esecutivo.

Diverso è il caso in cui il giudice dell'esecuzione – non riscontrando la mancata notifica dell'avviso ai sensi dell'art. 498 c.p.c. – provveda ugualmente sull'istanza di vendita e di assegnazione del bene pignorato. La questione più rilevante, ai fini della presente indagine, riguarda appunto l'individuazione della tutela da accordare al creditore ipotecario “pretermesso” nell'ipotesi in cui l'esecuzione forzata proceda in sua assenza, fino al trasferimento del bene oggetto di garanzia e altresì, in ultima analisi, fino alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

La trattazione del problema presuppone alcuni chiarimenti preliminari circa l'esatta funzione della disciplina dell'avviso. Chiarimenti che a loro volta presuppongono l'esame della normativa dettata dagli artt. 499 e 566 c.p.c. in tema di intervento del creditore ipotecario nel processo esecutivo pendente.

---

<sup>135</sup> In realtà, l'opinione espressa nel testo non sembra condivisa dalla dottrina. Si è a riguardo evidenziato che (quantomeno nell'ambito dell'espropriazione immobiliare) il giudice dell'esecuzione disporrebbe di autonomi poteri di convocazione dei creditori non intervenuti, ciò soprattutto alla luce del disposto dell'art. 485 c.p.c.: sicché, non avendovi provveduto il creditore precedente, sarebbe il giudice dell'esecuzione a dover dare avviso al creditore iscritto (così ANDRIOLI, *Intervento dei creditori*, cit., 487).

<sup>136</sup> Si potrebbe diversamente ritenere, qualora si escludesse l'applicazione dell'art. 630 c.p.c., che la mancata notifica dell'avviso entro il termine fissato dal giudice dell'esecuzione comporti l'inefficacia del pignoramento; soluzione che tuttavia non mi sembra condivisibile.

### ***Disciplina in materia di intervento del creditore ipotecario***

A riguardo, l'art. 499 c.p.c. riconosce innanzitutto il diritto di intervenire in esecuzione ad ogni creditore – chirografario o ipotecario che sia – munito di titolo esecutivo<sup>137</sup>; in secondo luogo, la medesima norma, in alcune ipotesi tassativamente previste, attribuisce la legittimazione ad intervenire nel processo esecutivo anche a creditori che di tale titolo siano sprovvisti<sup>138</sup>.

In questo caso, il creditore interveniente ha diritto a prendere parte alla distribuzione del ricavato qualora la propria pretesa sia espressamente riconosciuta dal creditore; in caso contrario, può comunque domandare l'accantonamento delle somme ad esso asseritamente spettanti secondo le modalità previste all'art. 510 c.p.c.

In generale, il creditore ipotecario – sia o meno munito di titolo esecutivo – ha diritto ad intervenire “tardivamente” nel processo esecutivo entro l'udienza di cui all'art. 596 c.p.c., preservando comunque il diritto di essere soddisfatto con preferenza in sede di distribuzione del ricavato. Ai sensi dell'art. 566 c.p.c., infatti, i creditori iscritti e i creditori privilegiati che intervengono successivamente all'udienza di cui all'art. 564 c.p.c. ma anteriormente a quella prevista ai sensi dell'art. 596 c.p.c., “concorrono alla distribuzione della somma ricavata in ragione dei loro diritti di prelazione”. In altre parole, il creditore ipotecario – a differenza del creditore chirografario – non incorre in alcuna preclusione o decadenza nell'ipotesi di cd. “intervento

---

<sup>137</sup> È interessante evidenziare come, anche in assenza di intervento, la posizione dei creditori iscritti assuma comunque rilievo ai fini del processo esecutivo: così, l'art. 572, co. 1, c.p.c., in cui si prevede che sull'offerta d'acquisto il giudice dell'esecuzione senta le parti e i creditori iscritti che non siano intervenuti in esecuzione.

<sup>138</sup> Come noto, il diritto di intervenire anche in assenza di un titolo esecutivo viene innanzitutto riconosciuto ai creditori con diritto di prelazione iscritto nei pubblici registri. Non si tratta, tuttavia, di un potere rimesso esclusivamente ai creditori ipotecari o in generale ai creditori con garanzia iscritta: l'art. 499 c.p.c. infatti consente ad alcune categorie di creditori chirografari, pur sprovvisti di titolo esecutivo, di intervenire ugualmente nella procedura esecutiva pendente; legittimati in tal senso sono, in particolare, i creditori che abbiano trascritto sul bene sequestro conservativo nonché i creditori (anche chirografari) le cui ragioni risultino da scritture contabili tenute dal debitore ai sensi dell'art. 2214 c.c.

tardivo”, ossia esercitato successivamente all’udienza di autorizzazione della vendita forzata<sup>139</sup>.

Il titolo di preferenza “originato” dall’iscrizione ipotecaria non risente dunque del momento in cui il creditore ipotecario interviene nella procedura esecutiva: mentre la tardività dell’intervento incide sulla tutela del creditore chirografario, così non è per il creditore ipotecario fino all’udienza di distribuzione del ricavato disciplinata all’art. 596 c.p.c.

Conclusivamente, il diritto di avviso, il potere di intervenire in esecuzione successivamente all’udienza di autorizzazione e infine il diritto di chiedere l’accantonamento del prezzo rappresentano tutele applicabili non solo al creditore ipotecario ma anche a particolari categorie di creditori chirografari.

Piuttosto, l’aspetto peculiare della garanzia ipotecaria può ravvisarsi nella possibilità per il creditore di esercitare il proprio titolo di prelazione anche qualora egli sia intervenuto in esecuzione “tardivamente”: il creditore ipotecario, infatti, non incorre negli effetti preclusivi di cui agli artt. 564 e 565 c.p.c. ordinariamente previsti per i creditori chirografari.

### ***Funzione della disciplina dettata in materia di avviso e di intervento***

Quanto esposto consente dunque di affrontare la questione relativa alla funzione perseguita dalle disposizioni di cui agli artt. 498 e 499 c.p.c.

Si deve infatti rilevare, in primo luogo, come l’avviso possa ritenersi strumentalmente diretto a informare il creditore della pendenza del processo esecutivo. Ciò è senz’altro corretto, ma si dimostra affermazione tanto generale da apparire insufficiente alla ricostruzione della fattispecie.

Se infatti lo scopo perseguito dalla disciplina in tema di avviso fosse meramente quello di informare il creditore ipotecario, non si vede per quale

---

<sup>139</sup> La disciplina descritta consente peraltro di far emergere una caratteristica peculiare della garanzia ipotecaria: al creditore ipotecario viene infatti riconosciuto il diritto di preferenza in sede di distribuzione anche nell’ipotesi in cui questi sia intervenuto nel processo esecutivo successivamente all’adozione del decreto *ex art.* 586 c.p.c.; ossia, in un momento in cui l’iscrizione ipotecaria risulta essere già stata cancellata dai registri immobiliari. Questo aspetto verrà trattato diffusamente nel successivo capitolo, inerente appunto all’esame del diritto di essere soddisfatto in preferenza accordato al creditore ipotecario.

ragione il diritto di essere avvisato della pendenza dell'esecuzione non possa essere esteso a favore di ogni creditore, ipotecario e chirografario che sia.

Atteso che, ai sensi dell'art. 2740 c.c. il debitore risponde delle proprie obbligazioni con l'intero patrimonio; e considerato anche che il successivo art. 2741 c.c. riconosce ai creditori il diritto di soddisfarsi sui beni del debitore, pur nel rispetto della *par condicio creditorum*; si potrebbe ritenere che ogni creditore abbia diritto di essere informato del pignoramento avente ad oggetto un bene del proprio debitore, in modo da essere posto nella condizione di intervenire e partecipare all'espropriazione forzata.

L'art. 498 c.p.c., come già esposto, limita però il diritto di avviso ai soli creditori con diritto di prelazione risultante dai pubblici registri: ciò significa dunque che lo scopo perseguito non può essere, meramente, quello di informare coloro che vantano un credito nei riguardi del debitore pignorato circa la pendenza dell'esecuzione.

Si potrebbe ritenere, semplicemente, che l'art. 498 c.p.c. risponda ad esigenze di carattere pratico: il creditore procedente, infatti, non potrebbe essere onerato di ricercare ogni singolo creditore del debitore esecutato, trattandosi di una ricerca per certo eccessivamente gravosa. Pertanto, il legislatore attribuirebbe al creditore procedente il solo compito di informare i creditori di più facile e pronta individuazione.

Può quindi ritenersi condivisibile che la *ratio* della disciplina dettata dall'art. 498 c.p.c. risponda a mere esigenze concrete – la procedura deve garantire la massima soddisfazione dei creditori, ma non è possibile gravare il creditore procedente della ricerca e avviso di ciascuno di loro – e tuttavia ciò non sembra esaurire integralmente la funzione della norma in parola.

In via principale, infatti, l'art. 498 c.p.c. – interpretato in una con il successivo art. 499 c.p.c. nonché con l'art. 566 c.p.c. – risulta diretto ad assicurare la piena tutela del titolo di preferenza attribuito al creditore ipotecario in forza dell'iscrizione della garanzia reale.

Infatti, qualora il creditore ipotecario non venisse regolarmente avvisato e dunque non intervenisse nella procedura esecutiva, il bene oggetto di ipoteca verrebbe sottoposto a vendita forzata e infine trasferito a terzi tramite adozione del decreto di cui all'art. 586 c.p.c. E in una con il decreto di

trasferimento il giudice dell'esecuzione ordinerebbe la cancellazione delle ipoteche iscritte sul medesimo.

In conclusione, il creditore ipotecario si troverebbe spogliato di un proprio diritto – il diritto ad essere soddisfatto in preferenza sui creditori ipotecari di grado successivo nonché sui creditori chirografari – senza aver nemmeno goduto della possibilità di farlo valere in sede di distribuzione del ricavato<sup>140</sup>.

L'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. non è pertanto diretto, meramente, ad informare il creditore ipotecario della pendenza della procedura, quanto più precisamente ad onerarolo di intervenire entro e non oltre l'udienza di cui all'art. 596 c.p.c., al fine di far valere il proprio diritto di preferenza in sede di distribuzione del ricavato (o meglio: di quel ricavato).

Vale precisare che all'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. possono riconoscersi anche eventuali funzioni accessorie, tutte comunque riconducibili alla primaria funzione di "preservazione" del diritto del creditore ipotecario di essere soddisfatto in preferenza sul ricavato. Si pensi, ad esempio, all'avviso notificato dal creditore che abbia pignorato la nuda proprietà del bene al creditore che abbia iscritto ipoteca anteriormente alla trascrizione dell'atto costitutivo del diritto di usufrutto a favore del terzo: così informato, il creditore ipotecario<sup>141</sup> può procedere ad esercitare l'azione esecutiva nelle forme di cui all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c. (non essendo peraltro legittimato, in mancanza di previo pignoramento ad intervenire nell'esecuzione relativa alla sola nuda proprietà, stante il divieto di cui all'art. 2911 c.c.<sup>142</sup>).

---

<sup>140</sup> A. ROMANO, *Intervento dei creditori* (voce), Dig., 2007, spec. nota 47; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 718; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, cit., 107; Peraltro, è stato osservato come l'avviso risulti funzionale non solo alla salvaguardia del titolo di prelazione, rispondendo altresì alla "esigenza di provocare la partecipazione dei creditori iscritti all'udienza, in cui si provvede su tali istanze [di vendita e di assegnazione, n.d.r.]" (così ANDRIOLI, *L'intervento dei creditori*, cit., 487).

<sup>141</sup> Si evidenzia come, nell'ipotesi di specie, qualora il creditore ipotecario, avvisato ex art. 498 c.p.c., pignori la piena proprietà dell'immobile ai sensi dell'art. 2812, co. 1 e 2, c.c., egli dovrà a sua volta dare avviso dell'esecuzione al terzo titolare del diritto parziale caducato, quantomeno secondo l'interpretazione ritenuta preferibile e sostenuta nel precedente cap. II, p. 87 ss.

<sup>142</sup> Per un più dettagliata analisi, v. *supra* p. 74 ss.

***Il problema del mancato avviso del creditore ipotecario: l'ipotesi in cui il creditore ipotecario interviene ugualmente in esecuzione forzata***

Il creditore ipotecario ha dunque diritto di ricevere l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c. e il diritto in discorso si presenta come essenziale ai fini di assicurare il pieno esercizio della garanzia ipotecaria in sede di distribuzione del prezzo. Il problema che a questo punto si pone è allora quello di stabilire quale sia la tutela del creditore ipotecario nel caso in cui il creditore procedente ometta di notificare l'avviso di cui all'art. 498 c.p.c.

Prima di esaminare se e come il creditore ipotecario abbia diritto a far valere la violazione dell'art. 498 c.p.c., è opportuno verificare se esista e in cosa consista il pregiudizio da questi effettivamente patito per la mancata notifica dell'avviso.

In primo luogo, è il caso di evidenziare come il creditore ipotecario, regolarmente avvisato e tempestivamente intervenuto in esecuzione forzata, avrebbe potuto, ad esempio, opporsi alla stima del prezzo qualora giudicata eccessivamente svilita, contestare l'aggiudicazione del bene a un terzo potenziale acquirente rilevando l'inadeguatezza dell'offerta da questi proposta, domandare l'assegnazione del bene pignorato (ovviamente in presenza dei presupposti previsti dalla legge<sup>143</sup>), e così via. Più in generale, come già accennato in precedenza, il creditore ipotecario, se munito di titolo esecutivo, avrebbe potuto compiere ai sensi dell'art. 566 c.p.c. qualsiasi atto dell'espropriazione forzata.

Pertanto, l'omessa notifica dell'avviso da parte del creditore procedente rischia di pregiudicare il creditore ipotecario non solo in riferimento alla (potenziale) perdita del titolo di prelazione sul prezzo ricavato dalla vendita forzata, ma anche con riguardo ad una serie di ulteriori diritti e facoltà che egli,

---

<sup>143</sup> A norma dell'art. 588 c.p.c., il creditore (procedente o intervenuto) può presentare istanza di assegnazione del bene nel termine di dieci giorni anteriori all'udienza fissata per la vendita. Ovviamente, la questione si pone laddove il termine di cui all'art. 588 c.p.c. sia qualificato come termine perentorio e non meramente ordinatorio. A favore di questa seconda soluzione, v. Cass. n. 18.4.2011, n. 8857; tuttavia, nel senso della perentorietà del termine, v. Trib. Palermo, 25.1.2019 (ord.), Riv. Esec. Forz., 2019, 938, con nota adesiva di Russo, *La natura del termine per la presentazione dell'istanza di assegnazione ex art. 588 c.p.c. e le esigenze di conoscibilità da parte degli offerenti esterni*, *ibidem*, 940.

qualora regolarmente avvisato e tempestivamente intervenuto, avrebbe potuto esercitare o far valere.

La tutela del creditore ipotecario – il quale abbia avuto comunque conoscenza della pendenza del processo esecutivo – risiede in questo caso nella possibilità di proporre opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. contro il provvedimento che ha disposto la vendita del bene ipotecato, in quanto pronunciato in violazione dell'art. 498, co. 3, c.p.c.

In riferimento all'individuazione del relativo *dies a quo*, l'art. 617 c.p.c. dispone che l'opposizione agli atti esecutivi deve essere proposta entro e non oltre venti giorni dal momento in cui è compiuto l'atto viziato; è chiaro, tuttavia, che il creditore ipotecario, intervenuto incolpevolmente oltre detto termine, risulterebbe pregiudicato dalla decadenza in cui è incorso per l'omessa notifica dell'avviso di cui all'art. 498 c.p.c.

La questione, in realtà, presuppone di affrontare un problema di ordine generale, ossia se il termine di venti giorni previsto dall'art. 617 c.p.c. decorra effettivamente dal compimento dell'atto viziato<sup>144</sup> ovvero se il relativo *dies a quo* debba essere individuato nel momento in cui l'atto viziato sia divenuto conoscibile da parte del soggetto interessato a rilevarne la nullità<sup>145</sup>.

A voler seguire la tesi a mio avviso preferibile – secondo cui il termine previsto all'art. 617 c.p.c. decorre solamente dal momento in cui il creditore ipotecario ha avuto (o avrebbe dovuto avere) effettiva conoscenza del vizio – è possibile riconoscere l'esperibilità dell'opposizione agli atti esecutivi anche

---

<sup>144</sup> Opinione che non mi sembra condivisibile né peraltro condivisa in dottrina: v. ORIANI, *Opposizione all'esecuzione* (voce), Dig., Milano, 1995, secondo cui il termine previsto ai sensi dell'art. 617 c.p.c. “*comincia a decorrere non dal compimento dell'atto opposto, ma dalla sua conoscenza, interpretandosi generalmente l'art. 617 secondo il suggerimento fornito dall'art. 157, 2° co.*”. In maniera più approfondita, ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 404 ss. Egualmente, più di recente, SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2252.

<sup>145</sup> E, qualora si ritenga di aderire a questo secondo orientamento, se si debba aver riguardo alla conoscenza “legale” dell'atto da parte del soggetto interessato a proporre opposizione ex art. 617 c.p.c. (v. Cass., 16.4.2009, n. 9018; Cass., 19.7.2005 n. 15222 (nonché in dottrina, a favore di tale orientamento, SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2252), ovvero sia necessario riferirsi alla conoscenza “di fatto” del provvedimento viziato (V. Cass., 12.6.2018, n. 15193; Cass. 24.5.2018, n. 13043; Cass., 13.2.2018, n. 3430; Cass., 7.11.2012, n. 19277; Cass., 13.5.2010, n. 11597).

oltre il termine di venti giorni dal compimento dell'atto: in questo caso, l'eventuale accoglimento della opposizione *ex art. 617 c.p.c.* comporterebbe la "regressione" del processo esecutivo fino all'udienza di autorizzazione della vendita<sup>146</sup>, con conseguente caducazione di ogni atto compiuto in assenza del creditore ipotecario<sup>147</sup>.

Il problema consiste semmai nel determinare quale sia il termine ultimo entro cui tale tutela risulta esperibile, ossia in quale momento dell'esecuzione forzata il mancato avviso del creditore ipotecario non influisce più sulla validità degli atti della processo esecutivo.

In particolare, è necessario esaminare se il creditore ipotecario possa far valere l'invalidità del provvedimento con cui è disposta la vendita forzata qualora la procedura esecutiva sia già giunta all'aggiudicazione del bene espropriato o, addirittura, laddove il giudice dell'esecuzione abbia pronunciato il decreto di trasferimento di cui all'art. 586 c.p.c.

Una simile tutela non mi sembra tuttavia esperibile, giacché essa solleverebbe diverse criticità, soprattutto alla luce dell'art. 2929 c.c., secondo cui la nullità degli atti esecutivi "che hanno preceduto la vendita" non può essere opposta all'acquirente in vendita forzata.

Si propone a riguardo la seguente alternativa: o il creditore ipotecario può addirittura contestare la validità della vendita, opponendosi *ex art. 617 c.p.c.* al decreto di trasferimento; oppure il potere di caducare l'intera procedura esecutiva trova un sicuro limite nell'adozione del decreto *ex art. 586 c.p.c.*

Per cercare di sostenere la prima soluzione, sarebbe necessario qualificare il diritto del creditore ipotecario di "prendere parte all'espropriazione"

---

<sup>146</sup> La giurisprudenza di legittimità appare tuttavia orientata nel senso contrario: v. Cass., 22.3.1993, n. 3379 secondo cui "*L'omissione dell'avviso ai creditori iscritti (art. 498 c.p.c.) genera una irregolarità che non affetta le strutture essenziali della procedura esecutiva, quelle che giuridicamente ne consentono l'identificazione e la funzionalità*". La Corte evidenzia come il mancato avviso pregiudichi (o rischi di pregiudicare) il creditore ipotecario, ma non riconosce per ciò solo alcun diritto di questi ad ottenere la "regressione" della procedura esecutiva fino al momento dell'udienza autorizzazione della vendita. In senso sostanzialmente conforme, v. Cass., 2.5.1975, n. 1691; Cass., 3.10. 1967, n. 2252.

<sup>147</sup> Per semplicità espositiva, ai fini del presente esame si utilizzerà il termine "travolgimento" per indicare appunto la caducazione degli atti compiuti in assenza del creditore ipotecario e la regressione del processo esecutivo all'udienza di autorizzazione della vendita.

come una sorta di “diritto “assoluto”, tutelato dall’ordinamento a tal punto da travolgere (nel senso sopra precisato) l’intera esecuzione celebrata in difetto dell’avviso di cui all’art. 498 c.p.c. anche qualora sia già stato pronunciato il decreto di trasferimento del bene pignorato e dunque perfino in pregiudizio del terzo acquirente in vendita forzata.

Ma tale natura “assoluta” del diritto a prendere parte all’espropriazione risulta a mio avviso smentita alla luce degli argomenti già evidenziati in riferimento alla funzione del diritto di avviso: si è detto, in particolare, che l’avviso è primariamente diretto ad assicurare al creditore ipotecario l’esercizio del diritto di preferenza in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata.

La funzione dell’art. 498 c.p.c. – e la disciplina ad esso accessoria e conseguente – si rivolge pertanto e soprattutto alla tutela del titolo di preferenza, come peraltro implicitamente confermato dal successivo art. 566 c.p.c. in tema di intervento dei creditori muniti di prelazione.

Sicché il diritto del creditore ipotecario di prendere parte all’esecuzione è tutelato sì dall’ordinamento, ma soprattutto al fine di consentire a questi la partecipazione alla distribuzione del ricavato in vendita forzata, non invece per tutelare le ulteriori ragioni che il medesimo avrebbe comunque potuto far valere nel corso dell’intera espropriazione.

A ciò consegue che la tutela offerta dall’art. 498, co. 3, c.p.c. non possa essere considerata tanto “intensa” da derogare al principio positivizzato all’art. 2929 c.c., facendo prevalere le ragioni del creditore ipotecario su quelle dell’acquirente in vendita forzata.

In conclusione, il mancato avviso del creditore ipotecario vizia il provvedimento con cui il giudice dell’esecuzione dispone la vendita forzata del bene espropriato, ma la conseguente nullità di tale provvedimento può essere fatta valere, tramite l’opposizione *ex art. 617 c.p.c.* solo fino a quando la proprietà del bene non è stata trasferita al terzo acquirente ai sensi dell’art. 586 c.p.c.<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> La recente giurisprudenza di legittimità condivide la soluzione esposta nel testo, seppur alla luce di diverso *iter* argomentativo, ritenendo che il mancato avviso del creditore ipotecario non incide in alcun modo sulla validità della vendita forzata. Con riguardo all’avviso di cui all’art. 569, ult. co., c.p.c.: “*L’omessa notifica dell’ordinanza di fissazione delle*

***L'ipotesi in cui il creditore ipotecario non avisato abbia conoscenza dell'esecuzione pendente solo successivamente all'udienza di distribuzione del ricavato***

Se il creditore ipotecario “pretermessso” non può proporre opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il decreto di trasferimento lamentando la (precedente) violazione dell'*art. 498, co. 3, c.p.c.*, egli – qualora ovviamente sia munito di titolo esecutivo – può comunque partecipare con preferenza alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

In questa ipotesi, pertanto, la tutela del creditore ipotecario viene incisa solo in parte, mentre l'aspetto maggiormente significativo della garanzia – il titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato – rimane impregiudicato.

Ma ciò vale, all'evidenza, solo qualora il creditore ipotecario – pur non avisato – intervenga ugualmente nella procedura esecutiva entro l'udienza di distribuzione del ricavato. Questione diversa riguarda invece l'ipotesi in cui il creditore ipotecario conosca la pendenza dell'esecuzione forzata solo successivamente all'udienza richiamata.

In questo caso, l'*art. 566 c.p.c.* sembrerebbe escludere perfino la legittimazione del creditore ipotecario ad intervenire nel processo esecutivo. Dispone infatti la norma in parola che il creditore con diritto di prelazione risultante da pubblici registri ha diritto ad intervenire in esecuzione, facendo salvo il proprio titolo di preferenza, entro l'udienza di cui all'*art. 596 c.p.c.* È chiaro, dunque, che l'omessa notifica dell'avviso produrrebbe in questo caso conseguenze irreparabili per il creditore ipotecario: questi si troverebbe non solo spogliato del diritto di essere soddisfatto in preferenza, ma addirittura del

---

*modalità della vendita ex art. 569, ult. comma, cod. proc. civ. ai creditori iscritti ex art. 498 cod. proc. civ. che non siano comparsi all'udienza non comporta alcuna nullità qualora l'assegnazione o la vendita avvengano egualmente pur in difetto di tali adempimenti, ma solo la responsabilità, ex art. 2043 cod. civ., del creditore procedente per le conseguenze dannose subite dagli stessi a seguito del provvedimento di vendita o di assegnazione emesso illegittimamente”* (v. così Cass. 27.8.2014, n. 18336; in senso conforme, Cass. 11.6.2003, n. 9394; Cass., 1.3.1994, n. 2023; Cass., 24.6.1993, n. 6999). *Contra*, v. Cass., 22.3.1993, n. 3379. Sulle tesi in discorso, v. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 623.

potere di intervenire in esecuzione prendendo parte alla distribuzione del ricavato.

Si potrebbe ritenere che ulteriore conferma a favore della tesi esposta derivi dalla disciplina della cancellazione delle formalità iscritte sul bene, ordinata dal giudice ai sensi dell'art. 586 c.p.c.: posto che la cancellazione estingue la garanzia ipotecaria in un momento (quantomeno di regola) anteriore all'udienza di distribuzione del ricavato, il creditore ipotecario non potrebbe più pretendere la soddisfazione del proprio credito in preferenza.

Entrambi gli argomenti esposti sono tuttavia superabili.

Quanto al tenore dell'art. 566 c.p.c., si è già chiarito come il diritto di essere avvisato e il diritto di intervenire in esecuzione si presentino profondamente collegati tra loro: il primo, infatti, è funzionale al secondo ed entrambi sono diretti, in ultima analisi, all'esercizio del diritto di preferenza del creditore ipotecario in sede di distribuzione del ricavato.

Se l'art. 566 c.p.c. dispone che il creditore ipotecario può intervenire tardivamente in esecuzione, ma pur sempre anteriormente alla udienza di distribuzione del ricavato, non sembra potersi dubitare che la norma si riferisca alla sola ipotesi in cui il creditore ipotecario sia stato regolarmente avvisato della pendenza della procedura esecutiva. Infatti, fintanto che il creditore ipotecario non viene a conoscenza della pendenza della procedura, nemmeno può ritenersi onerato di proporre intervento al fine di esercitare in distribuzione il proprio titolo di preferenza<sup>149</sup>.

Nemmeno il rilievo secondo cui l'ipoteca risulta ormai cancellata – al momento della distribuzione del ricavato – appare sufficiente a smentire quanto esposto; ciò in ragione del fatto che lo stesso art. 566 c.p.c. ammette l'intervento del creditore ipotecario nel processo esecutivo – con relativo diritto di essere soddisfatto in preferenza – anche successivamente all'adozione del decreto di trasferimento e dell'ordine di cancellazione *ex art. 586 c.p.c.*

---

<sup>149</sup> Si potrebbe ritenere che la conoscenza della pendenza dell'esecuzione forzata possa derivare al creditore ipotecario non avvisato dalla trascrizione del decreto di trasferimento pronunciato dal giudice ai sensi dell'art. 586 c.p.c. Mi sembrerebbe tuttavia una tesi piuttosto ardita, in quanto presupporrebbe di ritenere che la trascrizione del decreto *ex art. 586 c.p.c.* possa considerarsi atto "equipollente" ai fini dell'informazione del creditore iscritto rispetto alla notifica dell'avviso *ex art. 498 c.p.c.*

Pertanto, il diritto di essere soddisfatto in preferenza si dimostra indipendente dalla sussistenza dell'iscrizione ipotecaria al momento della distribuzione del ricavato<sup>150</sup>; e non può in definitiva escludersi il potere del creditore ipotecario di intervenire nel processo esecutivo anche qualora la garanzia risulti già essere stata cancellata dai registri immobiliari.

Nemmeno può porsi in dubbio che l'intervento del creditore ipotecario risulti impedito dal fatto che la fase di distribuzione (in senso stretto) del prezzo non può considerarsi parte del processo esecutivo. La fondatezza di una simile ricostruzione pare da escludere, anche solo in ragione della circostanza che, se il processo esecutivo è davvero il rimedio con cui il creditore ottiene la soddisfazione coattiva della propria pretesa, appare quantomeno ragionevole, prima di ritenere conclusa l'esecuzione, attendere quantomeno l'effettivo versamento della somma destinatagli<sup>151</sup>.

Da quanto sopra esposto consegue che il creditore ipotecario, qualora non correttamente avvisato, ha diritto ad intervenire anche oltre i termini previsti dall'art. 566 c.p.c. e ad opporsi *ex art. 617 c.p.c.* al provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione ha disposto la distribuzione del ricavato, al fine di ottenerne la caducazione.

La questione, così generalmente ricostruita, appare tuttavia ben più complessa.

In particolare, il problema di maggior rilevanza è quello di stabilire se ed entro quale termine il creditore ipotecario sia legittimato ad esperire il rimedio dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il provvedimento con cui è ordinata la distribuzione.

Si potrebbe infatti negare il diritto del creditore ipotecario ad opporsi *ex art. 617 c.p.c.* al provvedimento con cui si dispone la distribuzione del ricavato: ai sensi dell'art. 596 c.p.c., infatti, ogni contestazione avverso il progetto

---

<sup>150</sup> V. LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Riv. Esec. Forz., 2017, spec. 633.

<sup>151</sup> Seppur in riferimento ad una questione di ambito fallimentare: "*L'ordinanza di distribuzione definisce la fase espropriativa vera e propria ma non anche il processo esecutivo, da ritenersi in corso fintanto che non sia eseguito il pagamento, a favore del creditore assegnatario, della somma ricavata dalla vendita*" (così Cass., 17.12.2004, n. 23572; in senso conforme Cass., 22.4.1998, n. 4078; Cass., 8.4.1998, n. 3663).

di distribuzione dovrebbe essere esperita nella relativa udienza e risolta dal giudice dell'esecuzione con ordinanza ai sensi dell'art. 512 c.p.c.

Ma anche in questo caso, sembra doversi ritenere che la preclusione operi soltanto nei riguardi dei creditori ipotecari regolarmente informati ai sensi dell'art. 498 c.p.c.: nell'ipotesi di mancato e regolare avviso da parte del creditore precedente, il creditore ipotecario non patisce infatti le decadenze e le preclusioni ordinariamente previste per i creditori che hanno preso parte all'esecuzione forzata.

Se si aderisce a quanto appena esposto, è agevole dunque ammettere la legittimazione del creditore ipotecario ad esperire l'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. contro il provvedimento con cui viene ordinata la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata, quantomeno entro il termine di venti giorni dall'adozione del medesimo.

***L'opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso il provvedimento con cui viene ordinata la distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata: l'ipotesi in cui la distribuzione non sia ancora cominciata ovvero, se cominciata, i creditori già soddisfatti dispongano comunque di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato ...***

Il problema è tuttavia stabilire se il creditore ipotecario sia legittimato ad agire con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. anche oltre il termine di venti giorni dall'adozione del provvedimento e in quale momento debba individuarsi il termine ultimo al fine dell'esperimento del rimedio in discorso.

Al fine della soluzione del problema rileva un importante fattore, ossia lo stato in cui versa la concreta distribuzione del prezzo ricavato.

Bisogna infatti distinguere a seconda che, all'indomani dell'adozione del provvedimento del giudice dell'esecuzione, la cancelleria abbia o meno iniziato a distribuire ai creditori il prezzo della vendita, secondo il grado delle rispettive pretese.

Qualora la distribuzione non sia ancora iniziata, sembra preferibile riconoscere al creditore ipotecario il diritto di agire comunque in opposizione per la caducazione del provvedimento con cui è ordinata la distribuzione. In contrario, non può invocarsi l'inaammissibilità dell'opposizione ex art. 617 c.p.c.

per decorso del termine di venti giorni, salvo non si riconosca a detto termine natura tassativa e si ritenga dunque irrilevante la circostanza che l'opponente avesse o meno conoscenza dell'atto viziato.

Se si intende aderire alla tesi – personalmente ritenuta preferibile – dell'esperibilità dell'opposizione anche successivamente al termine di venti giorni – facendo coincidere il *dies a quo* per la proposizione del rimedio con la conoscenza del provvedimento – il creditore ipotecario può dunque intervenire in esecuzione, contestando la validità del provvedimento con cui è ordinata la distribuzione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. in quanto pregiudizievole del proprio diritto di essere soddisfatto in preferenza<sup>152</sup>.

L'eventuale accoglimento dell'opposizione comporta la caducazione del provvedimento di distribuzione; la fissazione di una nuova udienza di distribuzione da parte del giudice dell'esecuzione, a cui è ammesso a partecipare anche il creditore ipotecario non avvisato; nonché la predisposizione di un nuovo progetto di distribuzione, il quale tenga conto del titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario.

Diverso il caso in cui la cancelleria abbia già cominciato a distribuire il prezzo depositato, soddisfacendo alcune – ma non tutte – le pretese del ceto creditorio. Ovviamente, questa ipotesi è concretizzabile nella sola eventualità in cui, oltre al creditore procedente, sia successivamente intervenuto in esecuzione quantomeno un ulteriore creditore.

La problematica da ultimo rappresentata deve tener conto di un'ulteriore distinzione. Il creditore già soddisfatto, infatti, potrebbe o meno godere del

---

<sup>152</sup> Si suppone che il creditore ipotecario possa esperire l'opposizione *ex art.* 617 c.p.c. anche oltre i venti giorni dall'adozione del provvedimento con cui è ordinata la distribuzione, in quanto il termine non può che decorrere dal giorno in cui il creditore ipotecario ha avuto contezza del provvedimento. Qualora non si concordasse con l'assunto proposto, il decorso del termine di venti giorni comporterebbe l'intangibilità del provvedimento di distribuzione; l'eventuale intervento del creditore ipotecario oltre detto termine risulterebbe dunque superfluo, non potendo in ogni caso richiedersi la modifica del provvedimento pregiudizievole. Il creditore ipotecario si troverebbe dunque completamente estromesso dalla procedura di distribuzione. La situazione è chiaramente analoga a quella esaminata oltre, in cui il creditore viene a conoscenza dell'esecuzione una volta terminata la distribuzione del ricavato, non potendo dunque né intervenire nel processo né contestare il provvedimento del giudice dell'esecuzione. Si rinvia a quanto esposto nel testo in riferimento alla tutela da accordare in questo caso al creditore ipotecario.

diritto di essere comunque preferito, in sede di distribuzione del ricavato, al creditore ipotecario intervenuto tardivamente: si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui il creditore soddisfatto sia assistito da privilegio, o vanti ipoteca iscritta anteriormente a quella del creditore ipotecario intervenuto dopo l'udienza di distribuzione.

Nel primo caso – ossia quello in cui il creditore già soddisfatto disponga comunque di un titolo di prelazione – la parziale distribuzione del prezzo appare legittima, in quanto non pregiudica le ragioni del creditore ipotecario e nemmeno verrebbe pregiudicata nell'ipotesi in cui si celebrasse nuovamente l'udienza prevista *ex art. 596 c.p.c.*

Il creditore ipotecario, pertanto, potrebbe agire ai sensi dell'art. 617 c.p.c. opponendosi al provvedimento con cui è ordinata la distribuzione, al fine di ottenere che nel “nuovo” provvedimento di distribuzione si tenga conto del proprio titolo di prelazione, anteriormente negato.

***... e l'ipotesi in cui il creditore già soddisfatto in sede di distribuzione del prezzo non disponga di un titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario non avvisato della pendenza del processo esecutivo***

Diversa e ben più complessa è l'ipotesi in cui la distribuzione sia già cominciata, ma il creditore soddisfatto non disponga di alcun titolo di preferenza rispetto al creditore ipotecario.

Il creditore ipotecario potrebbe agire ai sensi dell'art. 617 c.p.c. avverso il provvedimento con cui è ordinata la distribuzione, al fine di chiedere la caducazione del progetto; il giudice dell'opposizione dovrebbe a questo punto accogliere (ovviamente se fondate) le contestazioni del creditore ipotecario; caducare il provvedimento di distribuzione del prezzo ricavato.

Di conseguenza, venuto meno il provvedimento di distribuzione del prezzo, si potrebbe ritenere che il creditore già soddisfatto – venuto meno il titolo giustificativo del versamento eseguito a suo favore – sia tenuto a restituire alla procedura esecutiva la somma in precedenza percepita, affinché la medesima venga distribuita (anche) tenendo conto del titolo di prelazione del creditore ipotecario. Il problema, tuttavia, consiste proprio

nell'individuazione di uno strumento processuale idoneo ad ottenere la restituzione da parte del creditore già soddisfatto della somma versata a suo favore.

La questione potrebbe essere parzialmente elusa nell'ipotesi in cui il prezzo residuo all'indomani della soddisfazione del primo creditore sia sufficiente ad estinguere la pretesa del creditore ipotecario.

Si consideri infatti che il creditore ipotecario non ha diritto di pretendere il denaro concretamente versato al creditore già soddisfatto; ma solo il pagamento di una somma di denaro pari al credito da lui preteso. Il giudice dell'opposizione, nell'accogliere le doglianze del creditore ipotecario, dovrebbe dunque non tanto caducare, bensì "modificare" il provvedimento con cui è ordinata la distribuzione, attribuendo all'opponente il diritto di soddisfarsi sul residuo. Il creditore già soddisfatto resta dunque estraneo al provvedimento assunto, potendo trattenere per sé le somme versate in proprio favore.

È pur vero che, in linea puramente astratta, il rimedio così individuato non risulta pienamente coerente alla realtà giuridica: il primo creditore soddisfatto, a rigore, dovrebbe ripetere il prezzo ottenuto; quindi, la somma così restituita alla procedura andrebbe versata al creditore ipotecario; infine, si dovrebbe procedere con il pagamento dei creditori ulteriori, in primo luogo a favore del creditore precedentemente soddisfatto.

Ma il vero problema è che la soluzione, come accennato, presupporrebbe di ammettere, in capo al giudice dell'esecuzione il potere non solo di caducare l'atto oggetto di opposizione, ma anche di modificarne il contenuto. A ben vedere, tale potere non risulta giustificabile alla luce dell'attuale normativa, essendo che il giudice dell'opposizione è solamente investito della questione relativa alla validità o meno dell'atto oggetto di giudizio.

Alternativamente, si dovrebbe ritenere che il giudice dell'opposizione, accolta la domanda del creditore ipotecario, pronunci l'invalidità del provvedimento di distribuzione nella sola parte relativa alla somma non ancora versata ai creditori di grado successivo rispetto al creditore ipotecario. Si dovrebbe quindi provvedere a fissare una nuova udienza di distribuzione a cui parteciperebbero soltanto i creditori non ancora soddisfatti e, ovviamente, il creditore ipotecario opponente.

Questa soluzione – per quanto ponga diverse complicazioni, soprattutto riguardo alla possibilità per il giudice dell’opposizione di pronunciare l’invalidità parziale del provvedimento di distribuzione<sup>153</sup> – si presenta quantomeno idonea a tutelare le ragioni del creditore ipotecario non avvisato.

Resta il fatto che essa, tuttavia, risulta applicabile solo nella “fortunata” ipotesi in cui – oltre a residuare una somma sufficiente alla soddisfazione del creditore ipotecario – la distribuzione parziale del prezzo sia avvenuta solo in favore di creditori comunque preferiti al creditore ipotecario non avvisato e a tutti i creditori partecipanti alla distribuzione ma non ancora soddisfatti. Qualora così non fosse, infatti, risulterebbe impossibile procedere all’attribuzione del prezzo residuo a favore del creditore ipotecario senza con ciò “stravolgere” l’ordine di preferenza originariamente previsto per la distribuzione: sarebbe necessario procedere ad una nuova graduazione dei creditori e si ricadrebbe, in buona sostanza, nelle medesime problematiche di cui si darà conto subito *infra*.

***(segue) Rimedi esperibili dal creditore ipotecario nell’ipotesi in cui il prezzo ricavato dalla vendita forzata e non ancora integralmente distribuito risulti insufficiente a soddisfare le sue ragioni***

Anche a voler ammettere una delle soluzioni appena esposte, resta tuttavia il problema di stabilire quale sia il rimedio da adottare nella diversa ipotesi in cui il prezzo “residuo” (o meglio: parzialmente non distribuito) risulti insufficiente a soddisfare le pretese del creditore ipotecario.

In questo caso, infatti, non è sufficiente procedere alla distribuzione del ricavato semplicemente tenendo conto del titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario, in precedenza escluso. È necessario invece che i creditori già soddisfatti restituiscano alla procedura la somma versata a loro favore; e a tal scopo si dovrebbe dunque supporre che, una volta caducato il provvedimento di distribuzione, il giudice dell’esecuzione possa “condannare” il

---

<sup>153</sup> Tale potere potrebbe forse essere giustificato alla luce del disposto dell’art. 159 c.p.c.; la soluzione non appare tuttavia convincente, poiché in questo caso il provvedimento di distribuzione è interamente (e non parzialmente) viziato, in quanto adottato pur a fronte della mancata partecipazione del creditore ipotecario all’udienza di cui all’art. 591 c.p.c.

creditore già soddisfatto alla restituzione delle somme ricevute. Soluzione che risulta evidentemente impossibile da sostenere.

Escluso un simile potere in capo al giudice dell'esecuzione, è tuttavia lecito domandarsi se il giudice dell'opposizione, nell'accogliere la doglianza proposta dal creditore ipotecario, possa assicurarne la piena tutela "condannando" il creditore già soddisfatto alla restituzione, totale o parziale, delle somme ricevute in sede di distribuzione.

A tal fine, bisogna tuttavia affrontare diverse questioni.

Innanzitutto, è necessario stabilire se il giudice dell'opposizione disponga del potere di condannare il creditore soddisfatto alla restituzione delle somme pagate: l'art. 617 c.p.c., infatti, si presenta come rimedio diretto a far valere la nullità di determinati atti del processo, in quanto viziati; non, invece, a portare avanti al giudice di merito questioni proprie del giudizio di cognizione, quale l'accertamento di un diritto o la domanda di condanna al pagamento di una somma di denaro.

È vero, peraltro, che la restituzione del prezzo, da un lato, appare quale logica e naturale conseguenza della caducazione del provvedimento di distribuzione e, dall'altro, risulta funzionale all'apertura di una "nuova" distribuzione del prezzo. Si potrebbe pertanto sostenere che il potere di condannare il creditore soddisfatto alla restituzione di quanto ottenuto rientri nell'ambito dei poteri riconosciuti al giudice dell'opposizione – che è pur sempre giudice della cognizione – in quanto idoneo (ed anzi essenziale) a ristabilire il corretto ordine di preferenza tra i creditori e a consentire l'attuazione della distribuzione come modificata a seguito delle contestazioni proposte dal creditore ipotecario.

Ma anche così ricostruita, la fattispecie non sembra estranea da ulteriori complicazioni.

Il giudice, accogliendo l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, dovrebbe condannare il creditore già soddisfatto a restituire quanto ingiustamente ottenuto; si tratterebbe dunque di una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro determinata. Il problema consiste nel determinare il soggetto (o la "procedura") a favore del quale il creditore già soddisfatto dovrebbe restituire la somma ottenuta in distribuzione.

Infatti, il prezzo depositato presso la cancelleria rientra nel patrimonio del debitore, pur essendo a questi precluso ogni atto dispositivo o di godimento della somma. L'indebito pagamento, peraltro, è stato disposto dal giudice dell'esecuzione ed eseguito dal cancelliere stesso.

Il giudice dell'opposizione, pertanto, dovrebbe condannare il creditore a versare al debitore esecutato la somma indebitamente ricevuta, depositando la stessa presso la cancelleria del giudice dell'esecuzione.

Ciò al fine di ricreare, in buona sostanza, la medesima situazione di fatto anteriore all'esecuzione del provvedimento con cui è ordinata la distribuzione.

Il problema che tuttavia si pone con estrema evidenza è la sostanziale inesistenza di un vero e proprio soggetto legittimato a chiedere l'adempimento dell'obbligo di distribuzione. Il debitore, infatti, non ha la disponibilità (né giuridica né materiale) del prezzo versato dal terzo acquirente in cancelleria; nemmeno potrebbe, pertanto, domandare la restituzione delle somme versate al creditore soddisfatto in pregiudizio del creditore ipotecario.

Il cancelliere, dal canto suo, non è che un mero depositario del prezzo e non risulta legittimato ad agire nei confronti del creditore soddisfatto per ottenere il pagamento delle somme da questi indebitamente ricevute.

La criticità della questione si manifesta – è evidente – qualora il creditore soddisfatto non restituisca spontaneamente quanto ricevuto: in questo caso, si renderebbe infatti necessario agire in esecuzione per il recupero della somma. Ma legittimato ad agire non potrebbe essere né il debitore esecutato – il quale come precisato non ha il potere di disporre della somma e di far valere i diritti a questa inerenti – né tantomeno “la procedura esecutiva” in persona del cancelliere del tribunale.

In ragione di quanto esposto, si potrebbe allora ritenere che il giudice dell'opposizione, accolta la domanda del creditore ipotecario opponente e caducato il provvedimento di distribuzione, sia tenuto a condannare il creditore soddisfatto a versare quanto ottenuto non a favore del debitore o della “procedura esecutiva”, bensì direttamente allo stesso creditore ipotecario.

Anche questa soluzione non sembra tuttavia condivisibile.

In contrario, può innanzitutto essere rilevato che il creditore soddisfatto e il creditore ipotecario non sono vincolati da alcun rapporto obbligatorio: il

primo, infatti, non è tenuto a pagare alcunché al secondo, essendo le rispettive ragioni di credito unicamente riferite al debitore esecutato.

Oltretutto, la soluzione in discorso indebolisce il preteso “collegamento” tra potere condannatorio *in thesi* riconosciuto al giudice dell’opposizione e caducazione del provvedimento di distribuzione: il giudice, infatti, non si limiterebbe più a disporre la restituzione a favore della procedura di somme da questa indebitamente versate, ma accerterebbe invece il diritto, in capo al creditore ipotecario, di pretendere dal creditore già soddisfatto il pagamento di quanto corrisposto in suo favore.

Il rilievo da ultimo sollevato non può ritenersi puramente formale: se il rapporto oggetto del giudizio di opposizione non è più quello – per così dire – tra procedura esecutiva e creditore soddisfatto, bensì quello tra creditore soddisfatto e creditore ipotecario, ciò significa, a parer mio, che il primo ben potrebbe contestare la pretesa del secondo, sollevando eccezioni fondate su un rapporto tra loro intercorrente (si pensi ad esempio all’eccezione di compensazione della pretesa avanzata dal creditore ipotecario con un contro-credito vantato nei suoi confronti).

In generale, il giudizio di opposizione si tramuterebbe – da giudizio sulla regolarità dell’atto della procedura esecutiva – in giudizio di cognizione piena avente ad oggetto il diritto del creditore ipotecario a pretendere la ripetizione delle somme distribuite al creditore indebitamente soddisfatto, nonché ogni altro diritto vantato dalle parti nei rispettivi confronti.

Ciò, tuttavia, esorbita evidentemente dall’ambito applicativo dell’opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Le difficoltà sopra esposte conducono dunque ad escludere che il creditore ipotecario, con il rimedio di cui all’art. 617 c.p.c., possa richiedere non solo la caducazione del provvedimento con cui si dispone la distribuzione del ricavato; ma altresì la condanna del creditore già soddisfatto alla restituzione, totale o parziale, delle somme da questi ottenute.

Ciò induce altresì a domandarsi se il creditore ipotecario abbia interesse ad agire *ex art. 617 c.p.c.* per la mera caducazione del provvedimento di distribuzione, atteso che la sentenza di accoglimento pronunciata dal giudice dell’opposizione si presenta comunque inidonea a ristabilire la situazione di fatto anteriore al pagamento del creditore indebitamente soddisfatto.

La risposta sembra essere negativa: il creditore ipotecario, infatti, anche qualora ottenesse la caducazione del provvedimento, potrebbe pretendere il versamento della somma di prezzo residua, senza tuttavia disporre di alcun titolo per agire nei riguardi del creditore indebitamente soddisfatto. Ciò peraltro comporta, in definitiva, l'esclusione per il creditore ipotecario del diritto di opporsi *ex art. 617 c.p.c.* al provvedimento di distribuzione una volta iniziata la procedura di pagamento dei creditori.

Vale infine osservare come la situazione da ultimo prospettata – ossia l'ipotesi in cui il creditore ipotecario abbia contezza della pendenza del processo esecutivo solo una volta iniziata la distribuzione del ricavato – è del tutto analoga all'ulteriore ipotesi in cui il creditore ipotecario venga a conoscenza dell'esecuzione forzata solo successivamente alla conclusione del processo esecutivo.

In un caso come nell'altro, la posizione del creditore ipotecario risulta gravemente compromessa dalla mancata notifica dell'avviso previsto all'*art. 498 c.p.c.*: la conclusione della procedura esecutiva impedisce infatti l'esercizio dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*; e anche qualora si ritenesse l'opposizione in discorso esperibile pur successivamente alla conclusione del processo esecutivo, l'esperibilità del rimedio andrebbe comunque esclusa per le ragioni già esposte in precedenza.

### ***L'accantonamento del prezzo ex art. 510 c.p.c. e la tutela del creditore ipotecario non avvisato***

Quanto sin qui esposto vale integralmente anche nell'ipotesi in cui parte del prezzo non sia stato distribuito, bensì accantonato ai sensi dell'*art. 510 c.p.c.* e il creditore ipotecario (non avvisato) risulti preferito al creditore che ha diritto alle somme accantonate.

Il problema è se in questo caso – in cui l'ordine di pagamento non ha ancora esaurito i propri effetti – il creditore ipotecario abbia diritto ad agire per l'attribuzione in proprio favore delle somme accantonate.

Si è detto precedentemente che il creditore ipotecario può intervenire se regolarmente avvisato entro e non oltre l'udienza di distribuzione del ricavato; si è peraltro precisato che questa preclusione non può essere applicata

all'ipotesi di mancato avviso ai sensi dell'art. 498 c.p.c.: in quest'ultimo caso, infatti, il creditore ipotecario ha diritto ad intervenire in esecuzione e proporre opposizione agli atti esecutivi entro venti giorni dal provvedimento con cui si dispone la distribuzione (o al più fino all'inizio dell'effettiva distribuzione del ricavato).

La ragione di questa limitazione è stata ravvisata in questioni puramente tecniche, ossia nell'impossibilità, una volta iniziata la distribuzione del ricavato, di riconoscere al creditore ipotecario un rimedio idoneo sia a caducare il provvedimento di distribuzione quanto a ripristinare la situazione di fatto antecedente all'inizio della distribuzione (ossia a condannare il creditore già indebitamente soddisfatto alla restituzione delle somme ricevute).

Ciò che si impone, pertanto, è stabilire se le medesime ragioni possano essere invocate anche nel caso in cui il giudice dell'esecuzione abbia disposto l'accantonamento di parte del prezzo e, al momento in cui il creditore ipotecario ha conoscenza dell'esecuzione, il prezzo accantonato non sia ancora stato distribuito.

È agevole constatare come, in tale ipotesi, il creditore ipotecario potrebbe intervenire e partecipare all'udienza di cui all'art. 510 c.p.c., insieme con i creditori non ancora soddisfatti e il debitore esecutato.

In questa sede il creditore ipotecario – previo esperimento dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. avverso il provvedimento con cui si dispone la distribuzione – potrebbe quindi far valere il proprio titolo di preferenza, al fine di vedersi attribuite le somme precedentemente accantonate a favore di un terzo. Ovviamente, il creditore ipotecario potrebbe essere soddisfatto solo in ragione delle somme accantonate e qualora queste fossero inferiori al credito vantato resterebbe preclusa comunque la possibilità di agire per il residuo, in forza di quanto esposto precedentemente.

La fattispecie così ricostruita sembra apparentemente estranea alle difficoltà sopra rappresentate: il creditore ipotecario non domanda infatti la restituzione del prezzo già pagato a favore dei creditori di grado successivo; e non si pone quindi il problema di individuare un mezzo idoneo a ripristinare la situazione di fatto anteriore all'inizio della distribuzione.

Tuttavia, è facile avvedersi di come la questione non sia stata così risolta, ma semplicemente elusa.

Quanto appena esposto, infatti, si dimostra funzionale alla tutela del creditore ipotecario, ma non dell'intero ceto creditorio: la soluzione, infatti, si dimostra soddisfacente in un'unica ipotesi, ossia qualora il creditore accantonato ricopra l'ultimo grado del progetto di distribuzione, non potendo vantare alcun titolo di preferenza rispetto agli altri creditori che hanno preso parte all'esecuzione.

Solo in questa ipotesi l'attribuzione della somma accantonata a favore del creditore ipotecario non pregiudica il creditore a favore del quale era stato disposto l'accantonamento: questi, infatti, se il creditore ipotecario fosse stato correttamente avvisato, non avrebbe comunque avuto diritto a ricevere alcunché in sede di distribuzione del ricavato.

Qualora invece il creditore accantonato non risulti ultimo in grado, potendo vantare verso altri creditori un titolo di prelazione, il problema della restituzione delle somme già distribuite non viene risolto, ma solo trasferito dal creditore ipotecario a carico del creditore accantonato. Sarà onere di quest'ultimo, infatti, sopportare il pregiudizio conseguente all'impossibilità di ripetere presso i creditori soddisfatti le somme da questi indebitamente percepite.

L'ammissibilità dell'intervento e opposizione *ex art. 617 c.p.c.* del creditore ipotecario in esecuzione nell'ipotesi in cui il prezzo non risulti essere stato interamente distribuito in quanto parzialmente accantonato comporterebbe dunque – salvo il caso eccezionale sopra descritto – un pregiudizio per il creditore accantonato (e sicuramente incolpevole, posto che, essendo questi privo di titolo esecutivo, non riveste per certo il ruolo di creditore precedente ed è esente dunque dall'onere di cui all'*art. 498 c.p.c.*).

Si impone dunque un'alternativa, ossia: gravare il creditore ipotecario della perdita del proprio diritto di preferenza; ovvero pregiudicare il creditore accantonato, escludendo l'attribuzione a suo favore del prezzo riservato, con ciò che ne consegue.

A sostegno della prima soluzione, si potrebbe osservare come – qualora non sia previsto alcun accantonamento – il creditore ipotecario non possa intervenire in esecuzione (e proporre opposizione) una volta cominciata la distribuzione del ricavato dalla vendita forzata, per le ragioni diffusamente esposte in precedenza.

Si dovrebbe dunque ammettere che, in deroga a tale conclusione, il creditore ipotecario conservi il potere di intervento oltre il termine riferito qualora il giudice dell'esecuzione abbia disposto l'accantonamento del prezzo ai sensi dell'art. 510 c.p.c.: si verrebbe così a creare una "discrasia" difficilmente giustificabile.

Per contro, a mio avviso, è necessario evidenziare come, in realtà, l'esclusione del diritto di intervenire in esecuzione, successivamente all'inizio della distribuzione del ricavato, muova dalla constatazione che, in tale ipotesi, il creditore ipotecario non potrebbe comunque veder soddisfatte le proprie ragioni in sede di processo esecutivo.

Qualora tuttavia una simile possibilità sussista – proprio come nel caso in cui il giudice dell'esecuzione abbia disposto l'accantonamento di parte del prezzo ricavato – la *ratio* sottesa al ragionamento condotto in precedenza viene inesorabilmente meno.

D'altro canto, a ulteriore sostegno di questo argomento potrebbe invocarsi la circostanza che il prezzo accantonato è destinato alla soddisfazione di un credito attualmente non esigibile: più che il grado di preferenza del creditore ipotecario rispetto al creditore accantonato, potrebbe allora rilevare il fatto che soltanto il primo vanta una pretesa effettivamente attuale nei riguardi del debitore; e questa pretesa può e deve trovare immediata soddisfazione in sede di distribuzione del ricavato.

Si potrebbe dunque ritenere ammissibile, in questa ipotesi eccezionale l'intervento del creditore ipotecario non avvisato, al fine di proporre opposizione avverso il provvedimento di distribuzione ed ottenere successivamente l'attribuzione della somma accantonata.

Qualora peraltro la somma accantonata non risulti comunque sufficiente a soddisfare il credito vantato dal creditore ipotecario, si ripropongono le medesime problematiche poco sopra osservate: quest'ultimo, infatti, non dispone di alcun rimedio idoneo a travolgere i pagamenti già effettuati, al fine di "riaprire" la fase di distribuzione del ricavato ed essere soddisfatto secondo il proprio grado di preferenza.

***Ulteriori tutele astrattamente esperibili: la sopravvivenza della garanzia ipotecaria oltre la conclusione dell'esecuzione forzata***

Si è visto come il creditore ipotecario non avvisato possa disporre di una qualche tutela anche successivamente all'udienza di distribuzione, ma solo fintantoché il prezzo ricavato dalla vendita forzata non sia stato (anche solo in parte) versato ai creditori concorrenti in sede di riparto.

Nell'ipotesi appena prospettata, il creditore ipotecario, a fronte del mancato avviso *ex art. 498 c.p.c.*, perde dunque il diritto di soddisfarsi sul ricavato secondo il proprio titolo di preferenza.

È necessario domandarsi se in tal caso possa essere individuata una qualche forma di tutela a favore del creditore ipotecario così pregiudicato.

Una prima soluzione potrebbe consistere nel ritenere, in questa particolare ipotesi, ancora esistente e produttiva di effetti la garanzia ipotecaria vantata dal creditore non avvisato. In altre parole, si potrebbe ritenere che quest'ultimo, non avendo avuto la possibilità di esercitare il proprio diritto di preferenza in sede di distribuzione del ricavato, conservi la garanzia sul bene oggetto di esecuzione e di vendita forzata. Conseguenza sarebbe che il creditore ipotecario potrebbe agire in esecuzione contro l'acquirente in vendita forzata, espropriando *ex art. 602 c.p.c.* la piena proprietà del bene (ancora) oggetto di garanzia.

È tuttavia d'ostacolo a questa soluzione il disposto di cui all'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c., il quale prevede che la garanzia si estingue con l'ordine di cancellazione pronunciato dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

E anche qualora si ritenga inapplicabile tale disposizione – invocando ad esempio l'invalidità dell'ordine di cancellazione adottato in assenza del creditore ipotecario non avvisato – resta il fatto che l'art. 2878, co. 1, n. 1, c.c. prevede comunque l'estinzione della garanzia in conseguenza della sua cancellazione (anche qualora tale cancellazione sia avvenuta illegittimamente o addirittura per errore).

In conclusione, si deve escludere che l'ipoteca – anche qualora il creditore ipotecario non sia stato regolarmente avvisato – possa “sopravvivere” oltre la conclusione del processo esecutivo (*rectius*, oltre la cancellazione

dell'iscrizione dai registri immobiliari in esecuzione dell'ordine adottato dal giudice ai sensi dell'art. 586 c.p.c.).

Ciò chiarito, si deve dunque valutare se il creditore ipotecario disponga di qualche strumento di tutela idoneo ad ottenere quanto egli avrebbe potuto conseguire in sede di distribuzione, qualora fosse stato regolarmente avvisato della pendenza della procedura esecutiva.

Sulla questione, si confrontano diverse problematiche: la prima consiste nel valutare se il creditore ipotecario abbia a disposizione un rimedio di natura puramente processuale, diretto a caducare l'ordine di distribuzione e a reintegrare la situazione di fatto antecedente alla distribuzione del ricavato.

Qualora si escluda – come effettivamente si escluderà, come esposto subito *infra* – questa soluzione, il secondo problema è stabilire quale sia il soggetto tenuto a risarcire (o quantomeno indennizzare) il creditore ipotecario dalla perdita subita. E infine, in stretta correlazione con la questione da ultimo esposta, individuare il mezzo di tutela esperibile.

***Eventuali rimedi processuali a tutela della posizione del creditore ipotecario non avvisato: l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. avverso il provvedimento di distribuzione ...***

È opportuno soffermarsi sul primo aspetto sollevato: la verifica dell'esistenza di un eventuale strumento processuale diretto a far venir meno gli effetti del provvedimento con cui è ordinata la distribuzione, imponendo ai creditori soddisfatti di restituire alla procedura esecutiva le somme loro versate.

Si è già esposto che il rimedio in discorso non può essere individuato nell'opposizione di cui all'art. 617 c.p.c.: ciò in quanto da un lato l'esecuzione forzata è già conclusa; dall'altro, in quanto il rimedio in discorso è idoneo al più a caducare il provvedimento di distribuzione, ma non attribuisce al giudice il potere di condannare il creditore soddisfatto in luogo dell'opponente alla restituzione di quanto ottenuto.

L'esclusione dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. impone di esaminare se il provvedimento di distribuzione possa essere fatto oggetto di contestazione tramite diversi rimedi processuali. È in particolare necessario verificare, innanzitutto, l'esperibilità avverso il provvedimento in discorso

dell'opposizione di terzo prevista ai sensi dell'art. 404, co. 1, c.p.c., secondo cui il terzo pregiudicato nei propri diritti può agire in opposizione contro la sentenza passata in giudicato (o comunque esecutiva) pronunciata tra altre parti.

Già il tenore letterale della disposizione sembra tuttavia escludere, nel caso in esame, l'esperibilità del rimedio: se è vero che il provvedimento di distribuzione pregiudica il creditore ipotecario nei propri diritti, resta il fatto che esso non ha forma di sentenza e non risulta pertanto nemmeno astrattamente idoneo a produrre effetti di giudicato tra le parti dell'esecuzione forzata.

È vero che, d'altro canto, la Corte costituzionale è intervenuta in più occasioni per stemperare il rigore dell'art. 404 c.p.c., con riferimento ad alcune precise ipotesi di provvedimento avente forma diversa dalla sentenza. In particolare, la Corte ha statuito l'incostituzionalità della norma in parola laddove non assoggetta ad opposizione di terzo anche l'ordinanza di convalida di sfratto, l'ordinanza di rilascio prevista ai sensi dell'art. 30, L. 27.07.1978, n. 392, l'ordinanza di sfratto per morosità<sup>154</sup>; nonché l'ordinanza di sfratto per finita locazione<sup>155</sup>. Peraltro, il rimedio previsto sembra potersi estendere anche rispetto a provvedimenti ancora diversi, quale ad esempio il decreto adottato ai sensi dell'art. 28, L. 20.05.1970, n. 300<sup>156</sup>.

L'interpretazione maggioritaria dell'art. 404 c.p.c. appare come si vede orientata verso l'estensione del rimedio anche a provvedimenti adottati in forma diversa dalla sentenza, estranei peraltro a profili di vero e proprio accertamento, ma idonei comunque ad incidere sui diritti dei soggetti di volta in volta interessati.

Si potrebbe dunque ritenere, adottando una lettura particolarmente estensiva della norma in esame, che il creditore ipotecario non avvisato ai sensi dell'art. 498 c.p.c. sia astrattamente legittimato ad impugnare il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione dispone la distribuzione.

A sostegno della ricostruzione potrebbe altresì invocarsi la tesi secondo cui l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 512 c.p.c. – con cui il giudice

---

<sup>154</sup> Si veda Corte cost. 7.06.1984, n. 167; Corte cost. 25.10.1985, n. 237.

<sup>155</sup> Si veda Corte cost. 26.05.1995, n. 192.

<sup>156</sup> Si veda Cass. 23.11.1989, n. 5039.

dell'esecuzione risolve le contestazioni sollevate dai creditori in sede di udienza di distribuzione – abbia portata di vero e proprio accertamento delle pretese avanzate dai creditori verso il debitore, anche (ma non solo) ai fini della graduazione delle stesse.

Per quanto ritenga discutibile la ricostruzione in discorso<sup>157</sup>, essa potrebbe offrire un argomento in più al fine di riconoscere l'esperibilità dell'opposizione *ex art. 404 c.p.c.* avverso il provvedimento di distribuzione del ricavato: se infatti l'ordinanza di cui all'*art. 512 c.p.c.* avesse efficacia di accertamento dei crediti contestati, il medesimo carattere potrebbe essere riconosciuto anche al provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione dispone la distribuzione del prezzo a favore dei creditori che hanno preso parte all'espropriazione.

In ogni caso, anche a voler prescindere dalle argomentazioni esposte, il provvedimento di distribuzione, in quanto diretto appunto a distribuire il prezzo ricavato dalla vendita forzata tra il creditore procedente e i creditori intervenuti, potrebbe qualificarsi come atto idoneo ad incidere sulle ragioni del ceto creditorio. E si potrebbe infine confermare il diritto del creditore ipotecario ad opporsi *ex art. 404 c.p.c.* al provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione ordina la distribuzione del ricavato in pregiudizio alle sue ragioni.

Ma anche così argomentando, restano comunque fermi i problemi già rilevati in riferimento all'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

In altre parole, se l'opposizione di terzo consentisse di caducare il provvedimento di distribuzione, il medesimo rimedio non potrebbe tuttavia incidere sull'avvenuto versamento del prezzo a favore dei creditori intervenuti nel processo esecutivo.

Sul punto possono essere richiamati gli argomenti già esposti in precedenza in riferimento al soggetto legittimato a ricevere il pagamento in restituzione: questi non può certo essere individuato nel debitore esecutato, per ovvie ragioni; e nemmeno nella “procedura esecutiva”, posto che – anche a

---

<sup>157</sup> Sul problema dell'oggetto del provvedimento che risolve una controversia ai sensi dell'*art. 512 c.p.c.* in relazione alla sussistenza di un titolo di prelazione, si rinvia a quanto esposto al cap. IV, p. 184 ss.

prescindere dall'impossibilità di riconoscere all'esecuzione una qualche soggettività – essa si è già conclusa.

Resterebbe, anche in questo caso, l'ultima ipotesi, ossia: la condanna del creditore soddisfatto a pagare quanto ricevuto direttamente a favore del creditore ipotecario. Tuttavia, i rilievi già svolti in precedenza diventano ancor più stringenti, non appena si tenga conto che l'opposizione *ex art. 404 c.p.c.* andrebbe proposta “allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza”: il rimedio, pertanto, andrebbe esperito avanti il giudice dell'esecuzione, il quale però non dispone – e ciò è pacifico – di alcun potere di accertare e condannare il creditore già soddisfatto alla restituzione delle somme a lui versate in sede di distribuzione del ricavato.

In definitiva, pertanto, il creditore ipotecario non può avvalersi nemmeno dell'opposizione di terzo prevista *ex art. 404 c.p.c.* al fine di contestare la validità del provvedimento di distribuzione e domandare così il pagamento in proprio favore delle somme a lui spettanti in preferenza.

***... e il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.***

Esclusa, dunque, l'esperibilità dell'opposizione *ex art. 404 c.p.c.* avverso il provvedimento di distribuzione, rimane solo da verificare l'utilizzabilità del ricorso straordinario in cassazione previsto dall'art. 111, co. 7, Cost.

Anche in questa ipotesi, si ripropone il problema interpretativo legato al tenore letterale della disposizione: la norma limita infatti la proponibilità del ricorso straordinario alla sola sentenza. Per poter ragionare intorno all'esperibilità del rimedio di cui all'art. 111, co. 7, Cost., è pure in questo caso necessario adottare un'interpretazione estensiva della disposizione.

Sul punto, una tesi (ormai largamente maggioritaria)<sup>158</sup> ha voluto riconoscere suscettibili di ricorso straordinario non le sole sentenze, ma in

---

<sup>158</sup> L'orientamento è stato inaugurato da Cass. SS.UU., 30.7.1953, n. 2593 e pacificamente accolto dalla giurisprudenza successiva (v. anche nota seguente). In dottrina, v. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile* (voce), Digesto, 1998; nonché MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, 1 ss.

generale tutti i provvedimenti definitivi a contenuto decisorio, idonei ad incidere su diritti soggettivi<sup>159</sup>.

Pur così interpretato, tuttavia, il rimedio previsto all'art. 111, co. 7, Cost., sembra difficilmente applicabile all'ipotesi di contestazione del provvedimento di distribuzione del ricavato, anche solo in considerazione del fatto che il provvedimento in discorso è, secondo l'opinione maggioritaria, privo di contenuto decisorio<sup>160</sup>.

In ogni caso, ancora una volta, a smentire l'utilità del ricorso straordinario in cassazione può invocarsi l'inidoneità dell'eventuale sentenza di accoglimento a ripristinare la situazione di fatto anteriore alla distribuzione, così da consentire il soddisfacimento delle pretese del creditore ipotecario.

La Corte di cassazione, accogliendo il ricorso, potrebbe infatti ritenere illegittimo lo stato di graduazione dei crediti; e a questo punto dovrebbe rimettere al giudice dell'esecuzione la formulazione del nuovo progetto di distribuzione. Questa rimessione – già di per sé ardua da ammettere, essendosi ormai conclusa la procedura esecutiva – non risolve comunque il problema della restituzione della somma versata (in pregiudizio delle ragioni del creditore ipotecario) da parte dei creditori che hanno preso parte all'espropriazione.

Anche in questa ipotesi, pertanto, il rimedio individuato non consentirebbe al creditore ipotecario di recuperare concretamente la somma a lui spettante, potendo al più contribuire alla caducazione e alla modifica del provvedimento di distribuzione; e si presenta in conclusione come soluzione inidonea a tutelare le ragioni del creditore ipotecario.

Quanto esposto conduce, in definitiva, ad escludere la sussistenza di un rimedio esperibile in ottica puramente processuale idoneo ad offrire al creditore ipotecario una qualche forma di tutela nell'ipotesi in cui egli abbia conoscenza dell'esecuzione forzata solo una volta cominciata (o già conclusa) la fase di distribuzione del prezzo ricavato.

---

<sup>159</sup> V., *ex multis*, Cass., SS.UU., 27.12.2016, n. 26989; Cass., 29.10.2010, 22199; Cass., 1.12.1994, n. 10254.

<sup>160</sup> In questo senso v. Cass., 22.6.2020, n. 12127; Cass. 13.2.2019, n. 4263; Cass. 23.8.2018, n. 20994; Cass. 5.6.2007, n. 13182.

### ***Eventuale tutela risarcitoria del creditore ipotecario non avvisato***

Esclusa dunque una tutela di carattere processuale esperibile avverso il provvedimento di distribuzione del ricavato (qualora la distribuzione sia già cominciata ovvero ormai conclusa), le ragioni del creditore ipotecario potrebbero dunque essere esercitate solamente tramite il ricorso a forme di tutela, per così dire, sostanziale: con ciò si intendono i rimedi che non mirano a contestare la validità del progetto di distribuzione, ma solo al pagamento delle somme pretese ovvero al ristoro del danno patito.

È necessario innanzitutto stabilire se il creditore ipotecario abbia titolo per agire direttamente verso i creditori indebitamente soddisfatti al fine di vedersi attribuita la somma a loro versata in sede di distribuzione del ricavato.

A riguardo, pare sufficiente richiamare il disposto dell'art. 2920 c.c., secondo cui i creditori, qualora non abbiano fatto valere le loro ragioni in sede di distribuzione del ricavato, non possono "ripetere" dai creditori soddisfatti la somma distribuita a loro favore. Sicché, in buona sostanza, il creditore ipotecario non può agire direttamente nei riguardi del creditore di grado successivo al fine di pretendere il versamento della somma a questi indebitamente corrisposta in sede di distribuzione.

Se il creditore ipotecario non può allora domandare la restituzione delle somme ricevute dal creditore di grado successivo, si deve valutare se egli abbia tuttavia diritto ad essere risarcito o indennizzato dal pregiudizio patito.

A riguardo, bisogna constatare come la posizione del creditore ipotecario risulti estremamente peculiare: questi, infatti, non ha perso il proprio diritto di credito (che può per certo far valere nei riguardi del proprio debitore, aggredendo beni diversi del suo patrimonio), ma ha perduto il diritto di essere soddisfatto in preferenza rispetto agli altri creditori in sede di distribuzione del ricavato.

Ciò configura un pregiudizio solo qualora il creditore ipotecario non riuscisse a soddisfare altrimenti il proprio credito: nell'ipotesi in cui il debitore adempisse al proprio obbligo pagando quanto dovuto, il creditore ipotecario non incorrerebbe infatti in alcun danno. Nemmeno potrebbe lamentare un pregiudizio qualora, pignorando un diverso bene del debitore, riuscisse a soddisfarsi sul ricavato ottenuto dalla vendita forzata.

Anche a prescindere dalle considerazioni relative all'attualità del pregiudizio patito dal creditore ipotecario, ulteriore problematica è rappresentata dall'individuazione del soggetto tenuto al risarcimento del danno.

L'azione di responsabilità avverso il debitore esecutato sembra in radice da escludere: questi, infatti, non è gravato da alcun onere di informazione nei riguardi del creditore ipotecario circa la pendenza della procedura esecutiva. Pertanto, il debitore esecutato non può ritenersi responsabile per la perdita del titolo di garanzia accessorio al rapporto obbligatorio intercorrente con il creditore ipotecario.

Può pacificamente escludersi, altresì, la responsabilità del creditore soddisfatto in distribuzione (se diverso dal creditore precedente): costui, infatti, non risultava gravato da alcun obbligo di informazione verso il creditore ipotecario, essendosi meramente limitato a ricevere quanto riconosciuto in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata.

Secondo un orientamento maggioritario, il creditore precedente (che abbia o meno di notificare l'avviso *ex art. 498 c.p.c.*) sarebbe tenuto al risarcimento dei danni patiti dal creditore ipotecario<sup>161</sup>. Appare tuttavia quantomeno dubbio che il creditore precedente – in caso di mancata informazione del creditore ipotecario della pendenza del processo esecutivo – possa ritenersi “automaticamente” responsabile del danno derivante dalla “perdita” della garanzia. Soprattutto, la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* del creditore precedente presuppone quantomeno la verifica del dolo o della colpa in capo al soggetto agente. Non sembra certo da escludere l'eventualità che l'omessa notifica

---

<sup>161</sup> L'assunto sembra accolto senza particolari difficoltà dalla giurisprudenza: “*il creditore precedente - ovvero quello a cui carico l'ordinanza del giudice aveva posto l'incombente omesso - è tenuto a rispondere, a norma dell'art. 2043 cod. civ., delle conseguenze dannose subite dallo stesso creditore iscritto a seguito dell'omessa notificazione del provvedimento di vendita o di assegnazione, giacché tale mancata notifica, costituendo violazione di un obbligo imposto da una norma giuridica, concreta un'ipotesi di fatto illecito extracontrattuale*” (v. Cass. 27.8.2014, n. 18336; in senso conferme: le già citate Cass. 11.6.2003, n. 9394; Cass., 1.3.1994, n. 2023; Cass., 24.6.1993, n. 6999). In dottrina, v. VANZ, *La “doppia anima” del decreto di trasferimento. Spunti sul tema delle condizioni per la sua trascrivibilità*, Riv. Esec. Forz., 2020, 386. Con particolare riguardo all'omessa notifica dell'ordinanza di vendita ai sensi dell'art. 569, ult. co., c.p.c., v. TEDOLDI, *Tutela risarcitoria e tutela restitutoria in caso di omessa notifica dell'ordinanza di vendita al creditore iscritto (con brevi note sulla responsabilità e processu)*, Riv. Esec. Forz., 2005, 668.

dell'avviso previsto *ex art.* 498 c.p.c. dipenda da circostanze in alcun modo imputabili al creditore procedente.

Soprattutto, non può trascurarsi che il creditore procedente agisce pur sempre per la soddisfazione di un proprio diritto presso l'autorità giudiziaria; che all'autorità giudiziaria – e non al creditore procedente – è rimesso il controllo di legalità degli atti della procedura; e che essa dispone di ogni potere e facoltà idonei a far valere l'eventuale omissione della notifica.

Sicché, il creditore procedente dovrebbe ritenersi responsabile verso il creditore ipotecario per aver agito in esecuzione secondo modalità riconosciute invalide solo *ex post* e a suo tempo invece ritenute dal giudice dell'esecuzione pienamente conformi al dettato dell'art. 498 c.p.c.

D'altro canto, la responsabilità del creditore procedente ben può concorrere con quella di ulteriori e diversi soggetti. Così, potrebbe essere chiamato a rispondere del danno patito dal creditore ipotecario non avvisato il conservatore dei registri immobiliari che abbia rilasciato un certificato erroneo o lacunoso; ovvero il notaio incaricato di redigere la relazione ventennale. Similmente, tenuto al risarcimento del danno può ritenersi l'esperto incaricato di redigere la relazione di stima di cui all'art. 173 *bis* disp. att. c.p.c.; nonché, il professionista delegato, laddove abbia ommesso le necessarie ed opportune verifiche in ordine alla sussistenza di formalità iscritte sul bene oggetto di espropriazione.

In via residuale – qualora l'iscrizione ipotecaria sia stata correttamente segnalata dall'esperto ovvero dal notaio – il creditore ipotecario potrà far valere la responsabilità civile del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 2, co. 3, L. 13.04.1988, n. 117: tale forma di responsabilità, limitata alla sola ipotesi in cui il magistrato versi in colpa grave, è espressamente riconosciuta nei casi di travisamento del fatto o delle prove, nonché di affermazione o negazione di un fatto la cui esistenza o inesistenza è esclusa (o dimostrata) in maniera incontrastabile dagli atti del procedimento. Ipotesi cui – alla luce di una interpretazione sufficientemente elastica del dato normativo – sembra possibile ricondurre la fattispecie qui in esame.

***Tutela restitutoria o da indebito arricchimento in conseguenza della mancata partecipazione del creditore ipotecario alla distribuzione del prezzo***

Qualora la tutela risarcitoria non risulti in concreto esperibile, è opportuno valutare se il creditore ipotecario possa esigere quanto ottenuto dal creditore soddisfatto in suo luogo a titolo di ripetizione d'indebito *ex art. 2033 c.c.* ovvero, quantomeno, di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.*

Quanto alla prima ipotesi, essa risulta contraddetta dall'orientamento maggioritario in giurisprudenza, in forza della definitiva stabilità del provvedimento di distribuzione una volta concluso il riparto del prezzo ricavato dalla vendita forzata. La tesi, in realtà, potrebbe essere superata laddove si ritenesse di applicare al creditore ipotecario non avvisato il medesimo principio previsto in materia di evizione ai sensi dell'art. 2921 c.c.: così come l'acquirente evitto può ripetere da ciascun creditore la somma ricevuta in sede di distribuzione, similmente il creditore ipotecario – privato della possibilità di far valere il proprio titolo di prelazione sul prezzo ricavato dalla vendita forzata – potrebbe rivolgersi ai creditori soddisfatti.

Tuttavia, è impossibile non evidenziare come l'art. 2921 c.c. si riferisca ad un caso piuttosto specifico, ossia l'ipotesi di evizione dell'acquirente in vendita forzata; si dovrebbe dunque ammettere l'estensibilità della disposizione anche in presenza di presupposti del tutto diversi tanto sul piano soggettivo (il creditore ipotecario anziché il terzo acquirente) quanto "oggettivo" (mancata partecipazione alla distribuzione del ricavato anziché evizione del bene oggetto di vendita forzata).

Riguardo, infine, alla tutela *ex art. 2041 c.c.*, il creditore soddisfatto sembra effettivamente essersi "arricchito" a discapito del creditore ipotecario: nell'impossibilità di esperire la tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c., il creditore ipotecario potrebbe dunque domandare la condanna del creditore soddisfatto senza titolo al pagamento delle somme a lui spettanti.

Nemmeno questa soluzione appare tuttavia convincente, se non altro per la ragione che il pagamento ricevuto dal creditore soddisfatto non appare certo "ingiustificato". Esso, infatti, trova ragione nel rapporto obbligatorio sussistente tra lo stesso e il debitore esecutato; rapporto riconosciuto in sede

di esecuzione e ammesso alla distribuzione della somma ricavata dalla vendita forzata.

## CAPITOLO IV

### Il diritto di preferenza del creditore ipotecario

#### in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata

**Sommario:** Premessa – Presupposti per l’operatività del titolo di prelazione – Creditore privilegiato e creditore ipotecario – Ipotesi in cui il creditore ipotecario, nonostante la garanzia iscritta, partecipa alla distribuzione del ricavato nella medesima posizione del creditore chirografario: l’iscrizione di ipoteca successiva alla trascrizione del pignoramento... – ... e l’iscrizione di ipoteca successivamente alla trascrizione di sequestro conservativo – (segue) Rapporto tra creditore ipotecario e creditore sequestrante, qualora alla distribuzione partecipino creditori diversi: problematiche applicative – Diversa interpretazione dell’art. 493, co. 3, c.p.c. e conseguenze sul problema in esame – Ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione di una domanda revocatoria – Ipoteca ed esercizio dell’azione esecutiva ai sensi dell’art. 2929 *bis* c.c. – Considerazioni – Natura giuridica del titolo di prelazione – Il titolo di prelazione in procedimenti di carattere “non giudiziale” – Brevi conclusioni in ordine alla natura giuridica del titolo di prelazione – Problema del venir meno della garanzia in corso di esecuzione e rapporti con titolo di prelazione – (segue) L’estinzione della garanzia per cause dipendenti dalla volontà delle parti – (segue) L’estinzione della garanzia per fatti indipendenti dalla volontà delle parti – (segue) La perenzione dell’ipoteca per mancato rinnovamento dell’iscrizione – La rilevabilità d’ufficio delle cause di inefficacia della garanzia in sede di distribuzione del ricavato – (segue) Il rilievo di ufficio della perenzione dell’ipoteca – L’ordine di cancellazione *ex art.* 586 c.p.c. delle ipoteche iscritte sul bene oggetto di esecuzione – Definitività e stabilità del decreto di trasferimento – L’art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. e l’estinzione della garanzia ipotecaria – Criticità derivanti dalla tesi favorevole all’immediata eseguibilità dell’ordine di cancellazione – Considerazioni conclusive in ordine alla tesi qui criticata

### ***Premessa***

L'art. 2808 c.c. riconosce al creditore ipotecario il diritto di soddisfarsi con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione. La preferenza è regolata, nello specifico, secondo il grado dell'ipoteca: essa, infatti, a norma dell'art. 2852 cc. prende grado dalla sua iscrizione e comporta dunque la collocazione del diritto di credito garantito in una posizione privilegiata o deteriorata rispetto alle pretese garantite da ipoteca iscritta anteriormente ovvero successivamente.

Si è più volte evidenziato come il titolo di prelazione rilevi solo in sede di distribuzione del ricavato (e peraltro nemmeno in ogni caso, ma solo in presenza di specifici presupposti, come si vedrà subito *infra*): ciò appare logico, non appena si consideri che anteriormente quantomeno al perfezionamento della vendita forzata nemmeno esiste un prezzo da distribuire tra i creditori in concorso.

È necessario ora aggiungere, in via preliminare, che l'intera disciplina dell'ipoteca appare funzionale a garantire al creditore la soddisfazione sul prezzo ricavato dalla vendita forzata in preferenza rispetto ai creditori ipotecari di grado successivo e ai creditori chirografari. In altre parole, la preservazione del titolo di preferenza – tramite il potere di agire in esecuzione anche contro terzi, il diritto ad essere avvisato *ex art. 498 c.p.c.*, il diritto di intervenire tardivamente in esecuzione – informa l'intera disciplina della garanzia ipotecaria.

Ciò consente in qualche modo di tracciare con maggior precisione quale sia la funzione dell'ipoteca. A riguardo, è possibile muovere dall'osservazione di come l'espropriazione di un bene immobile o mobile registrato (nonché di qualsiasi altro bene diverso dal denaro) si presenti indispensabile per l'originaria impossibilità di soddisfare la pretesa vantata dal creditore ipotecario. Essa, infatti, ha ad oggetto una somma di denaro, la quale si presenta di per sé irreperibile nel patrimonio del debitore esecutato.

La prima fase dell'esecuzione forzata è dunque finalizzata a rendere omogeneo l'oggetto del credito e l'oggetto su cui il credito deve essere soddisfatto, tramite il trasferimento del bene e la sua "sostituzione" con il prezzo versato dal terzo acquirente<sup>162</sup>. Ed essa si conclude pertanto con il versamento del prezzo e l'adozione del decreto *ex art.* 586 c.p.c., consentendo la soddisfazione delle pretese creditorie sul ricavato dalla vendita forzata.

A seguito della trasformazione del bene esecutato in somma di denaro, si apre allora la fase diretta alla vera e propria soddisfazione del ceto creditorio: solo in questa fase si rende necessario graduare le pretese avanzate nei riguardi del debitore esecutato in ragione dei rispettivi titoli di prelazione. E solo in questa fase pertanto assume infine rilevanza la garanzia ipotecaria vantata dal creditore precedente ovvero dai creditori intervenuti.

L'ipoteca, in questo senso, può intendersi quale formalità strumentale a "preservare" il titolo di preferenza fino a che, con il versamento del prezzo, non vi è omogeneità tra oggetto della pretesa e oggetto della esecuzione<sup>163</sup>.

Al momento della sostituzione del bene pignorato con il prezzo versato dall'acquirente, essa esaurisce pertanto la propria funzione: il creditore garantito infatti ottiene il diritto di essere preferito in sede di distribuzione del ricavato; e l'iscrizione ipotecaria, divenuta superflua al fine della tutela delle ragioni del creditore in concorso, può dunque essere cancellata<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Ciò non esclude che l'espropriazione possa perseguire anche finalità direttamente soddisfattive del ceto creditorio: così è nell'ipotesi in cui il creditore precedente – o uno dei creditori intervenuti – presenti istanza di assegnazione del bene pignorato ai sensi dell'art. 588 c.p.c. La peculiarità dell'assegnazione, tuttavia, non muta i rilievi sopra esposti, i quali possono essere considerati dunque del tutto estensibili anche al caso da ultimo rappresentato.

<sup>163</sup> In questo senso mi sembra possa essere interpretata l'affermazione di Liebman già citata in precedenza: "*Il pegno e l'ipoteca si potrebbero così definire come quei vincoli che attribuiscono al bene su cui sono impressi la destinazione permanente a servire alla soddisfazione preferenziale del creditore per il quale furono costituiti*" (LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, Riv. dir. proc. civ., 1934, spec. 146). Parole che mi sembrano descrivere in maniera particolarmente calzante la funzione "traghettrice" svolta dall'ipoteca in quanto formalità diretta a consentire la preservazione della garanzia fino al momento in cui il bene ipotecato non viene "tramutato" in denaro.

<sup>164</sup> Si può osservare come la trasformazione del bene ipotecato in denaro si presenta come fattispecie rilevante ai fini della tutela delle ragioni creditorie anche all'esterno dell'esecuzione forzata, in alcune particolari ipotesi tassativamente individuate dal legislatore. Si tratta, in particolare, dei casi di cd. "surrogazione reale", in cui il creditore ipotecario

In conclusione, la funzione dell'iscrizione perdura fintantoché l'immobile non viene trasferito a terzi e “trasformato” in denaro. Anteriormente a tale momento, l'ipoteca – intesa quale formalità pubblicitaria – continua a mantenere una propria rilevanza ai fini della tutela del creditore ipotecario.

### ***Presupposti per l'operatività del titolo di prelazione***

Il titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario è peraltro condizionato alla sussistenza di alcuni presupposti di carattere processuale. Si può infatti fin da subito osservare come il creditore ipotecario non abbia sempre e comunque diritto ad esercitare il proprio titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato.

Innanzitutto, la garanzia ipotecaria si dimostra irrilevante qualora il creditore ipotecario sia l'unico creditore interessato a soddisfarsi sul prezzo versato: in questa ipotesi, non essendovi concorso tra creditori in sede di distribuzione del ricavato, nemmeno è necessario procedere alla graduazione delle pretese. Di conseguenza, il titolo di prelazione non produce alcun effetto.

Ulteriore ipotesi si ha qualora, pur essendovi più creditori che partecipano alla distribuzione, il ricavato sia sufficiente a soddisfare le pretese di ciascuno: la capienza del prezzo consente anche qui di ritenere irrilevante la graduazione, tanto che il creditore ipotecario, anche qualora venisse escluso il titolo di prelazione, non avrebbe comunque interesse a sollevare

---

è appunto surrogato nelle ragioni del debitore al fine di soddisfarsi su una somma di denaro al cui pagamento il debitore ha diritto in ragione della perdita del bene ipotecato. Viene in rilievo, ad esempio, il disposto di cui all'art. 2742 c.c., secondo cui il creditore ipotecario ha diritto a soddisfarsi in preferenza sulle somme dovute dall'assicuratore a favore del debitore, in ragione della distruzione del bene oggetto di garanzia. Merita di essere evidenziato come questa ipotesi eccezionale si giustifichi proprio in ragione della estinzione della garanzia, anche se, in questo caso, l'ipoteca ha esaurito la propria funzione non per aver prodotto integralmente i propri effetti (come avviene nel processo esecutivo), ma al contrario poiché la produzione di questi effetti risulta del tutto impedita dalla distruzione del bene. Nell'ipotesi di cui all'art. 2742 c.c., l'iscrizione ipotecaria è un presupposto per la costituzione di un (altro e diverso) diritto da esercitare nei riguardi dell'assicuratore per l'attribuzione degli indennizzi dovuti al proprietario della cosa perita in preferenza rispetto ai creditori ipotecari successivi nonché ai creditori chirografari.

contestazioni in sede di distribuzione ai sensi dell'art. 512 c.p.c. ovvero ad opporsi al progetto di riparto *ex art.* 617 c.p.c.

La garanzia ipotecaria svolge pertanto la propria funzione solo qualora vi siano più creditori interessati a soddisfarsi sul prezzo ricavato dalla vendita forzata e quest'ultimo sia incapiente, ossia insufficiente a soddisfare l'intero ceto creditorio. L'incapienza del prezzo, in particolare, impone al giudice dell'esecuzione di graduare le pretese creditorie, individuando quelle fra loro che hanno titolo per essere soddisfatte per prime.

Le considerazioni svolte valgono, con i dovuti adattamenti, anche in riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale, con l'unico rilievo che appare fortemente inverosimile, in quest'ultimo contesto, la presenza del solo creditore ipotecario.

Non si deve tuttavia concludere che i due requisiti appena enunciati – ossia il concorso di più creditori e l'incapienza del prezzo – siano sufficienti a dar rilievo al titolo di prelazione: si potrebbe essere infatti tentati di ritenere che il creditore ipotecario, qualora il ricavato dalla vendita forzata sia incapiente – abbia sempre titolo per soddisfarsi in preferenza rispetto ai creditori chirografari (e ai creditori ipotecari di grado successivo). O, per converso, che il creditore ipotecario – sempre sussistenti i presupposti richiamati – non possa mai essere soddisfatto con prelazione rispetto al creditore munito di privilegio speciale sull'immobile.

Questa affermazione, in realtà, è corretta solo in via generale e di prima approssimazione: il principio è infatti oggetto di diverse eccezioni, le quali appaiono tuttavia particolarmente rilevanti soprattutto al fine della corretta comprensione delle problematiche inerenti al titolo di prelazione.

Le ipotesi in discorso possono distinguersi in due categorie: i casi in cui il creditore ipotecario – di regola postergato rispetto al creditore munito di privilegio speciale sugli immobili – ha titolo per soddisfarsi in preferenza su quest'ultimo; quelli in cui il creditore ipotecario è degradato alla posizione di mero chirografario, partecipando alla distribuzione in concorso con gli altri creditori privi di titolo di prelazione.

### ***Creditore privilegiato e creditore ipotecario***

La prima categoria – ricomprendente le ipotesi in cui il creditore ipotecario prevale sui creditori privilegiati – non pone particolare difficoltà, trattandosi infatti di ipotesi espressamente disciplinata dalla legge in deroga alle regole generali. È d'altro canto lo stesso art. 2748 c.c. a specificare che i creditori muniti di privilegio speciale sugli immobili sono preferiti ai creditori ipotecari<sup>165</sup>, salvi i casi previsti dalla legge.

Ad esempio, l'art. 2772 c.c. attribuisce ai crediti dello Stato per i tributi indiretti (e per quelli derivanti dall'applicazione dell'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili) privilegio speciale sopra gli immobili a cui esso si riferisce. Stabilisce tuttavia il successivo comma 6° che, in materia di imposta di successione, il privilegio “non ha effetto” rispetto ai creditori del defunto che abbiano iscritto ipoteca entro tre mesi dalla sua morte, i quali pertanto saranno preferiti, in sede di distribuzione del ricavato, rispetto al creditore privilegiato.

Ancora, l'art. 2775 *bis* c.c. attribuisce al promissario acquirente – a garanzia dei crediti conseguenti alla mancata esecuzione di un contratto preliminare di vendita – il diritto di soddisfarsi in privilegio sul prezzo ricavato dalla vendita forzata dell'immobile oggetto di contratto preliminare. Il privilegio, tuttavia, non è opponibile, per espressa previsione normativa, al creditore ipotecario che abbia iscritto garanzia a tutela del credito per la restituzione delle somme erogate a favore del promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile, nonché al creditore che abbia iscritto ipoteca ai sensi dell'art. 2825 *bis* c.c. E si ritiene, in realtà, che il privilegio in discorso risulti opponibile unicamente ai creditori ipotecari che abbiano iscritto garanzia

---

<sup>165</sup> Discussa è la *ratio* posta a fondamento di tale scelta legislativa. In realtà, la dottrina ha sollevato diverse perplessità in ordine all'indiscriminata prevalenza del privilegio sulle ipoteche anteriori, in particolare laddove l'iscrizione dell'ipoteca sia precedente al momento in cui sorge il privilegio vantato dal creditore concorrente: “*meno chiara è la ratio della norma ove si prevede che il privilegio sugli immobili sia preferito all'ipoteca anche quando questa sia stata iscritta prima che sorgesse il privilegio medesimo. Non costituisce certo una valida giustificazione la frequente possibilità di deroghe cui pure la norma fa riferimento, né vale osservare che il privilegio «assistendo crediti normalmente incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione di una cosa, non può non essere anteposto alla ipoteca, la quale, invece, influisce sul valore di scambio del bene gravato»: probabilmente occorre solo dare atto della incongruità di questa disposizione ed abbandonare il vano tentativo di armonizzarla nel sistema*” (CICCARELLO, *Privilegio* (voce), Enc. Dir., Milano, XXXV, 1986, 727).

successivamente alla trascrizione del contratto preliminare<sup>166</sup>: ciò in ragione del fatto che esso risulta comunque rimesso all'espletamento di una formalità pubblicitaria (quale appunto la trascrizione del preliminare)<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup> La questione del conflitto tra creditore privilegiato *ex art. 2775 bis c.c.* e creditore ipotecario anteriore si presenta particolarmente dibattuta. Senza poter dare pienamente conto della discussione in oggetto, basti qui rammentare che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno aderito all'orientamento esposto nel testo, statuendo che *"Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dell'art. 2748 c.c., comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti"* (Cass., SS.UU., 1.10.2009, n. 21045). Successivamente, in senso conforme, v. Cass. 30.7.2014, n. 17270, nonché Cass., 16.3.2012, n. 4195. La dottrina ha accolto la decisione delle Sezioni Unite con sostanziale favore, pur con diversi dubbi e perplessità (v. TAGLIALAVORO, *Privilegio speciale ex art. 2775-bis e ipoteca iscritta sul medesimo bene immobile*, Contratti, 2010, 674; ARCHINÀ, *Il "ridimensionamento" del privilegio ex art. 2775 bis c.c.*, Giur. It., 2010, 1049; nonché, TERLIZZI, *Le sezioni unite cambiano rotta sul conflitto tra privilegio da contratto preliminare trascritto e ipoteca precedentemente iscritta*, *ibidem*). In un'ottica comparatistica, si è sottolineato come l'orientamento cui la Corte ha inteso aderire sarebbe coerente con l'attuale "tendenza storica" di *"delimitare il campo di applicazione della regola risalente che vuole che i crediti assistiti da privilegio siano preferiti rispetto a tutti gli altri crediti, anche ipotecari. Questa tendenza storica, e con essa la odierna decisione della nostra Suprema corte, risponde all'esigenza, fondamentale in una economia moderna, di non ostacolare il credito fondiario e l'utilizzo della proprietà immobiliare a scopo di garanzia"* (così AFFERNI, BARAGGIOLI, *L'ipoteca iscritta anteriormente prevale sul privilegio del promissario acquirente: la svolta delle sezioni unite nella prospettiva storica e comparatistica*, Dir. Fall., 2010, 5, 2, 397).

<sup>167</sup> Invero, l'orientamento inaugurato nel 2009 dalla sentenza delle Sezioni Unite, di cui alla nota precedente, accoglie le critiche sollevate dalla dottrina ad una precedente giurisprudenza di legittimità, secondo cui – in rigorosa applicazione all'art. 2748, co. 2, c.c. – il privilegio *ex art. 2775 bis c.c.* prevarrebbe anche sul titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario che abbia iscritto la propria garanzia anteriormente alla trascrizione del preliminare (in tal senso, v. Cass. 14.11.2003, n. 17197). Venne evidenziato, in particolare, come la decisione in discorso contraddicesse con la *ratio* e con la funzione propria del privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., concludendo che, nel conflitto tra creditore privilegiato e creditore ipotecario anteriore dovesse essere preferito quest'ultimo, in quanto i principi generali in tema di pubblicità consentirebbero di derogare alla disciplina prevista *ex art. 2748, co. 2, c.c.*: *"fondamento della prescrizione pubblicitaria non può esser, invero, altro che quello di tutelare i terzi dal pericolo di una causa di prelazione occulta; ma l'esistenza del privilegio iscrivibile non ancora segnalato è occulta per definizione a colui che abbia anteriormente*

***Ipotesi in cui il creditore ipotecario, nonostante la garanzia iscritta, partecipa alla distribuzione del ricavato nella medesima posizione del creditore chirografario: l'iscrizione di ipoteca successiva alla trascrizione del pignoramento...***

Assai più interessante è invece l'ipotesi per così dire "inversa", ossia quella in cui il creditore ipotecario, nonostante la garanzia iscritta, si ritrova in sede di distribuzione del ricavato nella medesima posizione dei creditori chirografari.

Innanzitutto, è opportuno cominciare affrontando l'ipotesi più semplice e generale, in cui l'iscrizione ipotecaria non è opponibile in sede di distribuzione del ricavato agli altri creditori in concorso. Si tratta del caso in cui l'ipoteca sia stata iscritta solo successivamente alla trascrizione del pignoramento da parte di un creditore chirografario munito di titolo esecutivo.

A riguardo, dispone l'art. 2916 c.c. che, in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata, "non si tiene conto" dell'ipoteca iscritta dopo la trascrizione del pignoramento<sup>168</sup>. Similmente, l'art. 45 L.F. (nonché l'art. 145 C.C.I.I., attualmente non ancora entrato in vigore) prevede che le formalità compiute dopo la data della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale sono senza effetto rispetto ai creditori<sup>169</sup>.

---

*iscritto ipoteca, sicché tale esistenza non può vittoriosamente opporglisi"* (GABRIELLI, *Conflicto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, Riv. Dir. Civ., 2004, 793; *contra*, tuttavia, CAPRIOLI, *Privilegio del promissario acquirente e ipoteca anteriore alla trascrizione del preliminare*, Fall., 2004, 1324).

<sup>168</sup> Interessante evidenziare, incidentalmente, come la Corte di cassazione abbia limitato l'applicabilità dell'art. 2916 c.c. alla sola iscrizione ipotecaria, non anche all'annotazione prevista ai sensi dell'art. 2843 c.c. in caso di cessione del credito garantito da ipoteca. In altre parole, l'ipoteca vantata dal terzo cessionario del credito è opponibile al creditore procedente, a condizione che l'iscrizione dell'ipoteca sia anteriore alla trascrizione del pignoramento, indipendentemente dal momento in cui è stata eseguita l'annotazione *ex art. 2843 c.c.* (v. Cass., 10.8.2007, n. 17644). Peraltro, la questione assume significato solo ove si tenga ferma la natura costitutiva dell'annotazione *ex art. 2843 c.c.*, tesi che la recente giurisprudenza di legittimità non sembra invece orientata a sostenere (v. Cass. 26.2.2021, n. 5508).

<sup>169</sup> Con argomenti non del tutto persuasivi, la medesima sentenza citata alla nota precedente (Cass., 10.8.2007, n. 17644) ritiene che, ai fini dell'ammissione del credito vantato dal

Se poi il processo esecutivo dovesse giungere alla vendita forzata, il giudice dell'esecuzione, nell'adottare il decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.*, ordinerà la cancellazione dell'ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del pignoramento<sup>170</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che l'ipoteca iscritta in pendenza del processo esecutivo (o successivamente alla dichiarazione di liquidazione giudiziale) sia invalida<sup>171</sup>; non significa nemmeno che l'ipoteca sia inefficace, quantomeno se si tiene ferma un'interpretazione restrittiva del concetto di efficacia. Infatti, qualora il processo esecutivo dovesse estinguersi anteriormente all'adozione del decreto di trasferimento (e alla conseguente cancellazione delle formalità pregiudizievoli), l'iscrizione ipotecaria manterrebbe efficacia e consentirebbe al creditore ipotecario di esercitare i diritti ad essa conseguenti, in particolare il diritto di preferenza, in un'eventuale futura esecuzione forzata.

In conclusione, il creditore ipotecario – nella particolare ipotesi di garanzia iscritta successivamente al pignoramento – partecipa alla distribuzione in veste di creditore chirografario, con diritto a soddisfarsi sul ricavato dalla vendita forzata in proporzione rispetto agli altri creditori (e in subordine rispetto ai creditori con titolo di prelazione).

---

terzo cessionario con relativo titolo di prelazione, l'annotazione *ex art. 2843 c.c.* deve essere eseguita anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Ciò in quanto l'art. 45 L.F. sarebbe "*norma di maggior rigore*" rispetto all'art. 2916 c.c., formulata peraltro in maniera volutamente ampia e generica, in modo tale da ricomprendere entro il proprio ambito applicativo qualsivoglia formalità. Di diverso avviso appare però la più recente giurisprudenza, secondo cui "*il trasferimento di ipoteca è opponibile al fallimento solo ove sia annotato a margine dell'iscrizione ipotecaria, prima o dopo la relativa dichiarazione*" (Cass., 12.2.2013, n. 3402).

<sup>170</sup> Sui profili e le problematiche inerenti alla cancellazione delle ipoteche iscritte (tanto successivamente, quanto anteriormente alla trascrizione del pignoramento) si tornerà *infra*, p. 208.

<sup>171</sup> La tesi della nullità dell'ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del pignoramento è stata esaminata ed esclusa dalla Corte di cassazione: "*l'ipoteca iscritta dopo il pignoramento o il sequestro conservativo non è nulla ma è improduttiva di effetti nella distribuzione della somma ricavata (...) e nel caso di sequestro l'improduttività di effetti dell'ipoteca successiva è limitata ai creditori sequestranti giacché tale misura cautelare dà vita a un vincolo "a porta chiusa"*" (Cass., 1.3.1995, n. 2302).

***... e l'iscrizione di ipoteca successivamente alla trascrizione di sequestro conservativo***

Nell'ipotesi appena esaminata – ossia quella di ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del pignoramento – l'esercizio dell'azione esecutiva da parte di un creditore chirografario produce effetti favorevoli nei confronti dell'intero ceto creditorio: anche gli ulteriori creditori intervenuti nel processo esecutivo e privi di titolo di prelazione sono parificati, in sede di distribuzione del ricavato, al creditore ipotecario.

Diverso il caso in cui il bene ipotecato sia stato in precedenza oggetto di sequestro conservativo. Il creditore (chirografario) che riesca a dimostrare il pericolo di veder pregiudicata la garanzia patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.* può chiedere di essere autorizzato a sequestrare determinati beni del proprio debitore. Ai sensi dell'art. 2906 c.c., la trascrizione del sequestro conservativo rende inopponibili al creditore sequestrante gli atti compiuti dal debitore sequestrato, trascritti o iscritti successivamente, “in conformità delle regole stabilite per il pignoramento”.

Ai nostri fini, il caso che interessa è quello in cui, successivamente alla trascrizione del sequestro conservativo, sia iscritta ipoteca sulla proprietà del bene sequestrato. Il problema è stabilire se l'iscrizione ipotecaria eseguita successivamente alla trascrizione del sequestro conservativo (ma anteriormente al momento della conversione in pignoramento) sia o meno opponibile al creditore sequestrante.

In realtà, la costituzione di ipoteca non pregiudica in senso assoluto la garanzia patrimoniale del creditore sequestrante: il bene, infatti, resta nel patrimonio del debitore, potendo dunque essere aggredito in ogni momento da parte del creditore sequestrante (nonché da ogni altro creditore chirografario munito di titolo esecutivo).

Ciononostante, il creditore sequestrante – se l'iscrizione ipotecaria successiva fosse a lui opponibile – si troverebbe in una posizione alquanto peggiore in sede di distribuzione del ricavato, potendo concorrere sul prezzo solo in subordine alla previa soddisfazione del creditore garantito.

Appare dunque pacifico<sup>172</sup> che, nel rinviare alle “regole stabilite per il pignoramento”, l’art. 2906 c.c. intenda richiamare anche la disciplina di cui all’art. 2916 c.c., in tema di ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del pignoramento. D’altro canto, ciò è pienamente coerente con la *ratio* dell’istituto, atteso che gli effetti propri del pignoramento non si producono al momento della conversione del sequestro, ma “retroagiscono” al momento della precedente trascrizione dello stesso<sup>173</sup>.

Appare dunque pienamente coerente che tutti gli atti trascritti o iscritti successivamente alla trascrizione del sequestro – qualora<sup>174</sup> il creditore

---

<sup>172</sup> *Ex multis*, Cass. 10.10.2017, n. 23667, secondo cui “*Ai sensi dell'art. 2916, n. 1, c.c., dettato in relazione agli effetti del pignoramento ed applicabile al sequestro conservativo ai sensi dell'art. 2906 c.c., le ipoteche iscritte dopo il sequestro sono improduttive di effetti nei confronti del sequestrante*”.

<sup>173</sup> V. ANDRIOLI, *Intorno agli "effetti sostanziali" del pignoramento e del sequestro conservativo immobiliare*, Foro It., 1951, 1598, il quale appunto qualifica il sequestro conservativo alla stregua di un “pignoramento anticipato”, idoneo a retrodatarne gli effetti al momento della trascrizione.

<sup>174</sup> Ai sensi dell’art. 686, co. 1, c.p.c., “*il sequestro conservativo si converte in pignoramento nel momento in cui il creditore sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva*”. Come già osservato, gli effetti del pignoramento si producono dal momento della trascrizione del sequestro conservativo. L’art. 156 disp. att. c.p.c., peraltro, impone al creditore sequestrante di procedere alle notifiche previste ai sensi dell’art. 498 c.p.c. e soprattutto di depositare copia della sentenza di condanna presso la cancelleria del giudice competente per l’esecuzione entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa. Alla luce di tale disposizione, parte della dottrina si era orientata nel ritenere che, al fine della conversione del sequestro conservativo in pignoramento, fosse necessario il deposito della copia della sentenza da parte del creditore sequestrante nel termine previsto all’art. 156 disp. att. c.p.c. (v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano 1968, 232; CALVOSA, *Il processo cautelare*, Torino, 1970, 705; VELLANI, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, Milano, 1955, 80). Ma altra parte della dottrina si è dimostrata di contrario avviso, ritenendo invece che il sequestro conservativo si converta automaticamente in pignoramento al momento della pronuncia della sentenza di condanna. In quest’ottica, il deposito della sentenza previsto dall’art. 156 disp. att. c.p.c. dovrebbe qualificarsi come onere processuale a carico del creditore sequestrante ai fini della prosecuzione del processo esecutivo (v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 213; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 617; FERRI, *Sequestro*, Digesto, XVIII, Torino, 1998, 483; IACUMIN, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, Giur. It., 2014, 1402). Questa seconda tesi appare largamente maggioritaria in giurisprudenza: “*la conversione del sequestro conservativo in pignoramento si opera ipso iure nel momento in cui il sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva, venendo così ad iniziarsi in quello*

sequestrante “ottenga” una “sentenza di condanna esecutiva”<sup>175</sup> – siano dunque parificati ad atti trascritti o iscritti successivamente alla trascrizione del pignoramento.

L’ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del sequestro non è dunque opponibile al creditore sequestrante, il quale ha diritto a soddisfarsi sul ricavato in concorso con il creditore ipotecario – laddove questi facesse valere la propria pretesa esecutiva in quel processo – come si trattasse di un creditore in chirografo. Di conseguenza, la relativa distribuzione del prezzo avviene pertanto proporzionalmente alle rispettive ragioni di credito.

***(segue) Rapporto tra creditore ipotecario e creditore sequestrante, qualora alla distribuzione partecipino creditori diversi: problematiche applicative***

Laddove alla distribuzione del ricavato prendessero parte il creditore sequestrante e il creditore ipotecario successivo – lo si è appena visto – entrambi i creditori avrebbero diritto a soddisfarsi proporzionalmente sul prezzo, nel medesimo grado, non essendo il titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario opponibile al creditore sequestrante.

Assai problematica è l’ipotesi in cui alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata concorrano non solo il creditore sequestrante e il creditore ipotecario, ma anche ulteriori creditori privi di titoli di prelazione.

Si supponga per semplicità l’ipotesi in cui, prima della conversione del sequestro, il bene sia stato pignorato da un creditore chirografario,

---

*stesso momento il processo esecutivo, di cui sussiste il primo atto (il pignoramento in cui si è convertito ipso iure il sequestro conservativo)", e che "l'attività imposta al sequestrante dall'art. 156 delle disposizioni di attuazione, da eseguirsi nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza di condanna esecutiva, è attività di impulso processuale che il sequestrante, divenuto creditore pignorante, ha l'onere di compiere nel detto termine perentorio e la cui mancanza comporta l'inefficacia del pignoramento"* (Cass., 15.3.1974, n. 747; l’orientamento non è mai stato posto in discussione dalla giurisprudenza successiva: v. Cass. 25.6.1977, n. 2733; Cass. 24.5.1986, n. 3499; Cass., 6.5.2004, n. 8615; Cass., 29.4.2006, n. 10029; Cass. 3.9.2007, n. 18536; Cass., 28. 6.2012, n. 10871).

<sup>175</sup> Si ritiene peraltro che la disposizione possa essere estesa anche in riferimento a provvedimenti condannatori esecutivi aventi forma diversa dalla sentenza (v. MANDRIOLI, CARRATA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2016, 337).

ovviamente munito di titolo esecutivo e dunque legittimato a partecipare alla distribuzione del prezzo. E che, ottenuta il creditore sequestrante la conversione del pignoramento, i processi esecutivi così instaurati siano stati riuniti a norma dell'art. 561, co. 2, c.p.c.

Si ipotizzi infine che, anteriormente alla riunione dei processi, il creditore ipotecario sia intervenuto nella procedura esecutiva conseguente alla conversione del sequestro in pignoramento.

Posto che il sequestro conservativo produce effetti solo a favore del creditore sequestrante (e non degli altri creditori chirografari rimasti "inerti")<sup>176</sup>, si verifica la seguente peculiare situazione: il creditore sequestrante avrebbe diritto di partecipare *pro quota* alla distribuzione in concorso con il creditore ipotecario e con il creditore chirografario intervenuto; il creditore ipotecario avrebbe diritto di essere preferito rispetto al creditore chirografario intervenuto, ma non rispetto al creditore sequestrante; il creditore intervenuto avrebbe diritto ad essere soddisfatto solo dopo il creditore ipotecario, ma concorrerebbe nel medesimo grado con il creditore sequestrante, essendo entrambi chirografari.

Non sarebbe possibile dunque né soddisfare il creditore ipotecario in preferenza rispetto ai creditori chirografari, in quanto il titolo di prelazione non è opponibile al creditore sequestrante ma solo al creditore intervenuto; né soddisfare in pari grado il creditore sequestrante e il creditore ipotecario e

---

<sup>176</sup> Si ritiene in maniera pressoché unanime che il sequestro conservativo produca effetti solo a favore del creditore sequestrante (cd. "vincolo a porte chiuse"; questa fortunata terminologia è stata utilizzata per la prima volta da CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936, 178 e 268). Per tale ragione, l'ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione del sequestro conservativo è opponibile ai creditori chirografari diversi dal creditore sequestrante. V. in giurisprudenza: Cass. 10.10.2017, n. 23667; Cass., 7.1.2016, n. 54; Cass., 5.8.1997, n. 7218; Cass., 1.3.1995, n. 2302; Cass., 26.8.1976, n. 3058; in dottrina v. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, 2006, 126; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 617; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 182; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 444; VELLANI, *Sull'ipoteca iscritta tra sequestro conservativo e pignoramento*, Giur. It., 1977, 1707; VELLANI, *In tema di effetti sostanziali del sequestro conservativo*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1966, 1119; VELLANI, *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e creditori intervenuti*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1978, 661). In dottrina, la tesi contraria appare del tutto minoritaria (v. LASERRA, *Il sequestro conservativo come vincolo a porta aperta*, Riv. dir. proc., 1976, 76).

solo successivamente il creditore intervenuto, perché ciò significherebbe riconoscere al creditore sequestrante un qualche titolo di prelazione rispetto al creditore intervenuto, titolo che tuttavia il sequestro conservativo non attribuisce.

La soluzione al problema così delineato risente dall'interpretazione che si intende offrire all'art. 493, co. 3, c.p.c., laddove si afferma che ogni pignoramento, pur a fronte della riunione dei processi esecutivi, produce effetti indipendenti. Si potrebbe infatti ritenere che tale "indipendenza" di effetti riguardi soltanto l'atto di pignoramento in senso stretto, ovvero si estenda all'intera procedura esecutiva, ivi compresa la fase di distribuzione del ricavato.

Nella prima ipotesi<sup>177</sup>, pur a fronte di pignoramenti successivi, i processi esecutivi riuniti procedono in maniera del tutto unitaria, senza alcuna distinzione tra il creditore primo procedente e il creditore procedente successivo. Per quanto qui interessa, in sede di distribuzione del ricavato la posizione del creditore sequestrante, del creditore ipotecario e del creditore chirografario non risente in alcun modo dell'originaria esistenza di pignoramenti diversi.

Ciò posto, si pone dunque il problema di come ripartire il ricavato dalla vendita forzata.

Qualora il prezzo fosse maggiore rispetto all'ammontare complessivo dei crediti, non si porrebbero ovviamente particolari difficoltà; ma nel caso in cui il prezzo risulti incapiente, le pretese sopra esposte, considerate nel loro insieme, conducono giocoforza ad una situazione di "stallo": ciò in buona sostanza trova ragione nel fatto che il creditore ipotecario può far valere il proprio titolo di preferenza solo rispetto ad uno dei creditori chirografari (quello che non ha trascritto il sequestro), ma non rispetto all'altro<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> In questo senso, v. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1298, in cui l'Autore, sottolineato che a seguito della riunione il processo esecutivo procede unitariamente, conclude che tanto la fase di liquidazione quanto quella di distribuzione devono essere "gestite congiuntamente".

<sup>178</sup> Un esempio può essere utile a comprendere meglio quanto esposto nel testo. Si supponga che, a fronte di un bene immobile del valore di € 50.000, vi siano tre creditori: il creditore sequestrante vanta un credito di € 30.000; il creditore ipotecario vanta un credito di € 30.000; il creditore chirografario tempestivamente intervenuto vanta un credito di € 40.000. Il prezzo ricavato dalla vendita forzata (che si suppone pari al valore effettivo dell'immobile,

Unica soluzione ipotizzabile potrebbe essere la seguente<sup>179</sup>: in un primo momento, si stabiliscono le quote di distribuzione come se vi prendessero parte tutti i creditori coinvolti, senza titolo di prelazione alcuna, fittiziamente in pari grado.

In un secondo momento, tuttavia, vengono riunite le somme attribuite al creditore ipotecario e al creditore chirografario intervenuto. La somma così ricavata è quindi ripartita tra questi, secondo l'ordinaria modalità di distribuzione, ossia: soddisfatto in preferenza il creditore ipotecario, il residuo viene destinato al pagamento del creditore chirografario<sup>180</sup>.

---

ossia € 50.000) è insufficiente a soddisfare tutti i creditori. Qualora il prezzo venisse attribuito soltanto al creditore sequestrante e al creditore ipotecario (i quali insieme vantano crediti per € 60.000), il creditore chirografario sarebbe ingiustamente pregiudicato: esso, infatti, ha diritto di partecipare alla distribuzione in pari grado rispetto al creditore sequestrante, anch'esso chirografario. Qualora però i creditori concorressero tutti *pro quota* sul prezzo ricavato (rispettivamente: il creditore sequestrante per € 15.000; il creditore ipotecario per € 15.000; il creditore chirografario per € 20.000), ad essere pregiudicato sarebbe il creditore ipotecario, il quale ha diritto di essere soddisfatto in preferenza rispetto al creditore chirografario intervenuto.

<sup>179</sup> La soluzione proposta nel testo sembra sostanzialmente condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. Cass. 10.10.20217, n. 23667, secondo cui: “*In siffatta situazione il riparto deve prendere in considerazione l'ammontare complessivo dei crediti dei creditori chirografari e degli ipotecari (equiparati ai chirografari dall'art. 2916 cod. civ.) e attribuire proporzionalmente a ciascuno (avendo come base di calcolo l'intero importo) una quota astratta del ricavato. Solo in un secondo momento, nella concreta assegnazione delle corrispondenti somme, devono tenersi in considerazione sia l'importo per il quale il sequestro è stato autorizzato - che costituisce il limite massimo per procedere alla distribuzione in favore del creditore sequestrante - sia il privilegio ipotecario - che assume rilievo nei confronti dei creditori chirografari diversi dal sequestrante*”. La Corte aggiunge altresì che non è possibile “sottrarre” alla graduazione dei crediti le pretese avanzate dal creditore sequestrante e dal creditore ipotecario, nel senso di consentire la loro previa soddisfazione e poi, sull'eventuale residuo, procedere alla distribuzione a favore dei creditori chirografari. Infatti, come esposto nel testo, “*si attribuirebbe al sequestrante una sorta di "privilegio atipico", da porre in concorso con il solo ipotecario "di pari grado"*”. Concorda con la soluzione offerta dalla Corte, FINOCCHIARO, *In tema di concorso tra creditore sequestrante e creditore assistito da ipoteca iscritta dopo la trascrizione del sequestro*, Riv. dir. proc., 2018, 1352. Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme a quanto esposto nel testo, v. Tribunale Padova, 4.1.2019, massimata in Fall., 2019, 538.

<sup>180</sup> Con riferimento all'esempio sopra riportato, la modalità di distribuzione descritta nel testo condurrebbe a tale risultato: dapprima, si calcolano le somme spettanti ai creditori come se partecipassero tutti proporzionalmente alla distribuzione del ricavato.

Questa modalità anomala di distribuzione non consente tuttavia di eliminare completamente i problemi relativi al coordinamento tra le varie pretese creditorie, limitandosi ad attenuare quanto più possibile la disparità di trattamento tra creditore chirografario sequestrante e creditore chirografario.

***Diversa interpretazione dell'art. 493, co. 3, c.p.c. e conseguenze sul problema in esame***

Si è visto come queste conclusioni – parzialmente insoddisfacenti – muovano dall'interpretazione offerta all'art. 493, co. 3, c.p.c. secondo cui l'indipendenza di cui la norma discorre si riferirebbe al solo atto di pignoramento in senso stretto, mentre i processi esecutivi riuniti non sarebbero in alcun modo distinguibili, perdendo dunque qualsivoglia autonoma rilevanza.

Un'interpretazione alternativa dell'art. 493, co. 3, c.p.c. presuppone di evidenziare come la norma in discorso si riferisca agli effetti prodotti dal pignoramento – e non all'atto di pignoramento in sé – qualificando tali effetti come “indipendenti”: ora, posto che il pignoramento è atto introduttivo dell'esecuzione forzata, se indipendenti sono gli effetti del pignoramento, si potrebbe supporre che tale indipendenza si comunichi anche ai processi esecutivi (pur) riuniti.

Se allora si riconosce autonoma rilevanza alle distinte procedure esecutive – apertesi, da un lato, in forza della conversione del sequestro conservativo in pignoramento, dall'altro, in forza del pignoramento eseguito dal creditore chirografario – e se si suppone che tale autonomia riguardi l'intera esecuzione forzata, anche la fase di distribuzione del prezzo ricavato dalla

---

Rispettivamente, il creditore sequestrante ha diritto ad ottenere € 15.000; il creditore ipotecario ha diritto ad € 15.000; il creditore chirografario ha diritto ad € 20.000. A questo punto, soddisfatto il creditore sequestrante, si “riuniscono” le somme destinate al creditore ipotecario e al chirografario intervenuto, per un totale complessivo di € 35.000. Tale somma, si distribuisce tra questi due creditori secondo l'ordine di prelazione: sicché, il creditore ipotecario avrà diritto ad ottenere € 30.000; mentre i restanti € 5.000 sono attribuiti al creditore chirografario intervenuto.

vendita forzata, si potrebbe tentare di risolvere il problema in discorso come segue<sup>181</sup>.

Innanzitutto, la distribuzione del prezzo dovrebbe svolgersi a favore dei creditori che prendono parte al primo processo esecutivo instaurato, ossia quello relativo al sequestro convertito successivamente in pignoramento. Pertanto, sul ricavato della vendita forzata concorrono proporzionalmente il creditore sequestrante e il creditore ipotecario (intervenuto *in thesi* nel processo esecutivo originato dalla conversione del sequestro conservativo) in pari grado tra loro.

Una volta soddisfatti i creditori del “primo” processo esecutivo, si prosegue dunque con la distribuzione dell’eventuale residuo a favore degli ulteriori creditori, ossia, in particolare, il creditore chirografario pignorante. Quest’ultimo è chiaramente trattato in modo peggiore rispetto al creditore sequestrante e al creditore ipotecario, ma tale trattamento peggiore discende dalla diversa interpretazione offerta all’art. 493, co. 3, c.p.c.

Com’è evidente, entrambe le soluzioni sopra illustrate presentano elementi di criticità. Ai nostri fini, tuttavia, rileva evidenziare come il creditore ipotecario – che abbia iscritto ipoteca successivamente alla trascrizione del sequestro poi convertito in pignoramento – non può opporre al creditore sequestrante il proprio titolo di prelazione in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

---

<sup>181</sup> Il problema di una simile interpretazione risiede nella sua difficile coordinabilità con la disciplina dettata in materia di intervento: si dovrebbe infatti supporre che, in via del tutto generale, ogni qual volta vengano riuniti più processi esecutivi distinti, il creditore precedente “successivo” dovrebbe concorrere sul ricavato solo in subordine al creditore primo pignorante. E ciò anche quando il creditore “successivo” e il creditore primo precedente siano entrambi chirografari. Il che potrebbe suscitare alcune perplessità, appena si consideri che il medesimo creditore “successivo” – qualora anziché pignorare il bene fosse intervenuto nel processo esecutivo pendente – avrebbe partecipato alla distribuzione del ricavato nel medesimo grado del creditore primo (ma qui unico) precedente. Criticità emergono inoltre dall’equiparazione prevista ai sensi dell’art. 524, co. 3, c.p.c. (come richiamato dall’art. 561 c.p.c.) del creditore pignorante “tardivo” – ossia che abbia pignorato il bene già oggetto di espropriazione dopo l’udienza prevista *ex art.* 564 c.p.c. – alla posizione del creditore tardivamente intervenuto in esecuzione. Equiparazione che appare difficile da spiegare, se già di per sé il creditore pignorante successivo fosse postergato in sede di distribuzione al creditore primo pignorante.

### ***Ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione di una domanda revocatoria***

Ma le ipotesi sopra richiamate non esauriscono il novero dei casi in cui il creditore ipotecario, pur avendo iscritto garanzia, viene trattato alla stregua dei creditori privi di titoli di prelazione. Si tratta, in particolare, dei casi in cui si assiste ad un conflitto tra distinti “ceti creditori”, ossia qualora il medesimo bene sia fatto oggetto di esecuzione da parte di soggetti che vantano pretese verso debitori diversi.

Per proporre un esempio emblematico, si consideri il caso in cui un bene immobile sia ceduto a un terzo in frode ai creditori o comunque in modo da pregiudicare la garanzia patrimoniale generica di cui all’art. 2740 c.c.: i creditori del disponente ben potrebbero agire in revocatoria ai sensi dell’art. 2901 c.c., al fine di far dichiarare inefficace nei loro confronti l’atto dispositivo pregiudizievole. Si può porre, in tal caso, il problema del conflitto tra creditore vittorioso in revocatoria e creditore ipotecario.

Ovviamente, non vi sono particolari difficoltà nel caso in cui il bene oggetto di trasferimento risulti essere già stato ipotecato anteriormente al compimento dell’atto dispositivo pregiudizievole. È infatti evidente che se il debitore cede a terzi un bene già ipotecato, il creditore ipotecario prevarrà in ogni caso rispetto all’eventuale creditore che agisca in revocatoria avverso tale atto dispositivo.

Il conflitto tra creditore ipotecario e creditore vittorioso in revocatoria conduce ad esiti problematici in una diversa ipotesi, ossia quella in cui il bene oggetto di trasferimento – contro cui il creditore del dante causa agisce in revocatoria – sia fatto oggetto di ipoteca da parte di uno dei creditori dell’avente causa.

Il fatto che i debitori siano soggetti diversi non esclude ovviamente che i rispettivi creditori possano trovarsi a concorrere tra loro in sede di distribuzione del ricavato: si pensi ad esempio al caso in cui il creditore (del dante causa) vittorioso in revocatoria pignori *ex art. 602 c.p.c.* la proprietà del bene contro il terzo avente causa; sul medesimo bene sia stata peraltro iscritta ipoteca da parte di uno dei creditori dell’avente causa; il creditore ipotecario

pignori anch'egli la proprietà del bene ipotecato; i processi esecutivi iniziati dal creditore (del dante causa) vittorioso in revocatoria e dal creditore ipotecario (dell'avente causa) siano infine riuniti *ex art. 561, co. 2, c.p.c.*

In questo caso, all'indomani della vendita forzata del bene, il prezzo da essa ricavato dovrebbe essere distribuito tenendo conto delle ragioni tanto del creditore chirografario del dante causa (vittorioso in revocatoria) quanto del creditore ipotecario dell'avente causa.

Il problema del conflitto tra tali creditori deve essere affrontato distinguendo il caso in cui l'ipoteca sia stata iscritta prima della trascrizione dell'azione revocatoria da parte del creditore del dante causa; ovvero successivamente ad essa.

Ai sensi dell'art. 2652, co. 1, n. 5, c.c., infatti la sentenza pronunciata *ex art. 2901 c.c.* è opponibile a tutti coloro che hanno acquistato diritti sulla cosa oggetto di revocatoria in base a un titolo trascritto o iscritto successivamente alla trascrizione della domanda revocatoria.

Pertanto, qualora il creditore dell'avente causa abbia iscritto ipoteca anteriormente alla trascrizione della domanda *ex art. 2901 c.c.*<sup>182</sup>, il titolo di prelazione derivante dalla garanzia è opponibile in sede di distribuzione del ricavato al creditore del dante causa vittorioso in revocatoria.

Laddove invece l'ipoteca sia stata iscritta successivamente alla trascrizione dell'azione revocatoria, l'inefficacia dell'atto traslativo di cui all'art. 2901 c.c. si estende, per così dire, anche all'ipoteca iscritta sulla proprietà del bene all'indomani della trascrizione dell'azione revocatoria.

### ***Ipoteca ed esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 2929 bis c.c.***

Considerazioni in parte simili possono essere svolte anche in relazione alla tutela accordata al creditore chirografario *ex art. 2929 bis c.c.*: la norma

---

<sup>182</sup> Si presume che l'ipoteca sia stata iscritta "in buona fede" da parte del creditore dell'avente causa: qualora invece l'iscrizione ipotecaria rientri nel medesimo disegno fraudolento diretto a sottrarre i beni del debitore dante causa alla garanzia dei propri creditori, l'azione revocatoria potrà ovviamente essere estesa anche contro l'atto di costituzione ipotecaria. Ne consegue che, in tale ipotesi, il creditore vittorioso in revocatoria prevale, in sede di distribuzione del ricavato, rispetto al creditore ipotecario in mala fede.

consente infatti al creditore, pregiudicato da un atto dispositivo compiuto dal debitore, di agire in esecuzione contro il terzo avente causa, senza necessità di esperire previamente l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c., purché il pignoramento sia eseguito entro un anno dalla trascrizione dell'atto.

Il medesimo art. 2929 *bis*, ult. co., c.c. precisa che l'azione esecutiva non può tuttavia essere esercitata “*in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento*”. Tralasciando la rivedibile scelta terminologica del legislatore, la disposizione sembra far salvi gli atti compiuti dal “contraente immediato” (ossia l'avente causa del debitore) a favore di soggetti terzi, a condizione che si tratti di atti onerosi.

Il problema<sup>183</sup>, ai nostri fini, è quindi stabilire se la concessione di ipoteca da parte del “contraente immediato” possa considerarsi atto a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito: sul punto, può ritenersi applicabile il principio di cui all'art. 2901, co. 2, c.c., secondo cui gli atti costitutivi di garanzia si considerano onerosi “quando sono contestuali al credito garantito”. Sicché, l'ipoteca concessa al momento del sorgere del credito andrebbe trattata alla stregua di atto a titolo oneroso, costituendo una sorta di “corrispettivo” latamente inteso; mentre l'ipoteca concessa in un momento successivo sarebbe da ritenere atto a titolo gratuito<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> In realtà, parte della dottrina ha escluso che l'ipoteca non rientrerebbe in ogni caso nel perimetro applicativo dell'art. 2929 *bis* c.c., in quanto la norma in discorso fissa il decorso del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione esecutiva in un anno dalla trascrizione (e non dall'iscrizione) dell'atto pregiudizievole (v. DI SAPIO, *L'art. 2929 bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, Dir. Econ. Impr., 2016, 315).

<sup>184</sup> Non sembra vi siano difficoltà ad estendere l'applicazione dell'art. 2901, co. 2, c.c. anche in riferimento all'art. 2929 *bis* c.c.: la giurisprudenza ha più volte confermato che la norma in discorso è infatti espressione di un principio generale. In particolare, la Suprema Corte si è interessata della questione relativa all'estensibilità della disposizione riguardo all'azione revocatoria fallimentare ex art. 64, L.F., statuendo che qualora “*la garanzia reale che sia prestata dal terzo in un momento successivo all'insorgenza del debito garantito, ove non risulti correlata ad un corrispettivo economicamente apprezzabile proveniente dal debitore principale o dal creditore garantito, è qualificabile come atto a titolo gratuito*” (v. Cass., 19.4.2016, n. 7745; in senso conforme Cass., 5.11.2018, n. 28098; Cass. 21.5.2010, n. 12507; Cass. 4.2.2010, n. 2610; Cass. 15.12.2006, n. 26933; Cass. 24.2.2004, n. 3615).

Nel primo caso, il creditore ipotecario del “contraente immediato” non viene in alcun modo pregiudicato dall’esercizio dell’azione esecutiva *ex art. 2929 bis c.c.*: in sede di distribuzione del ricavato, pertanto, la garanzia risulta pienamente opponibile al creditore precedente e all’intero ceto creditorio.

Nel secondo caso (ossia: ipoteca concessa successivamente al sorgere del credito), il creditore garantito non può opporre il proprio titolo di prelazione al creditore precedente, giusta il disposto dell’*art. 2929 bis, ult. co., c.c.*

Si è così individuata una ulteriore ipotesi in cui il titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario si presenta “cedevole”, rispetto alle pretese avanzate da eventuali creditori chirografari.

### ***Considerazioni***

Da quanto fin qui esposto possono trarsi alcune conclusioni. L’esercizio del diritto di preferenza in sede di distribuzione del ricavato presuppone la sussistenza di un duplice requisito, ossia il concorso di più creditori in sede di distribuzione e l’incapienza del prezzo al fine di soddisfare ciascuno di essi. Tali requisiti sono necessari – essendo che, in loro assenza, nemmeno viene in rilievo il titolo di prelazione – ma non sufficienti a garantire l’operatività della preferenza accordata dall’ipoteca: infatti, il creditore ipotecario non può in determinati casi avvalersi della garanzia, partecipando alla distribuzione quale mero creditore chirografario.

Si tratta, in particolare, di ipotesi in cui l’ipoteca non è opponibile agli altri creditori in quanto iscritta successivamente alla trascrizione di altri vincoli sul bene: tali vincoli possono rendere l’ipoteca radicalmente inopponibile all’intera categoria dei creditori (come nell’ipotesi di ipoteca iscritta all’indomani del pignoramento o della dichiarazione di fallimento), ovvero ad alcuni soltanto di essi (come nel caso di ipoteca iscritta successivamente alla trascrizione di sequestro conservativo). Tale ultimo caso dà luogo ad alcune rilevanti problematiche applicative, venendosi a creare una sorta di discrasia tra la posizione del creditore ipotecario e quella dei creditori chirografari.

Questa, tuttavia, non è l’unica ipotesi in cui il creditore ipotecario “perde” in sede di distribuzione il titolo di preferenza cui avrebbe avuto astrattamente diritto: la garanzia cede infatti nel caso in cui sul medesimo bene si

confrontino gli interessi di ceti creditori diversi, come accade in tema di atti dispositivi soggetti a revocatoria. In tal caso, se il creditore ipotecario ha iscritto la garanzia successivamente alla trascrizione della domanda revocatoria, l'ipoteca non è opponibile al creditore vittorioso *ex art. 2901 c.c.*

Ancora, nell'ipotesi in cui l'ipoteca venga qualificata come atto a titolo gratuito, la garanzia iscritta sui beni del "contraente immediato" (ossia l'avente causa del debitore originario) non risulta opponibile al creditore precedente ai sensi dell'art. 2929 *bis c.c.*

Sicché, l'ipoteca non attribuisce sempre al creditore ipotecario il diritto di essere soddisfatto in preferenza rispetto ai creditori chirografari, sussistendo alcune particolari ipotesi in cui il creditore ipotecario risulta ad essi parificato ai fini della distribuzione del ricavato. Ciò consente di evidenziare come il problema della graduazione dei creditori non risponde a logiche puramente meccaniche, risultando impossibile stabilire il grado di preferenza al creditore ipotecario in via puramente astratta. È necessario, al contrario, valutare in concreto quali siano le pretese avanzate dai creditori legittimati a partecipare alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

### ***Natura giuridica del titolo di prelazione***

Queste considerazioni preliminari appaiono utili a definire con maggior precisione la natura giuridica del titolo di prelazione esercitato dal creditore ipotecario.

È in primo luogo essenziale distinguere il diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato dal diritto di preferenza in sede di distribuzione: il diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato, infatti, non può qualificarsi come situazione giuridica riconducibile all'iscrizione ipotecaria, dipendendo unicamente dalla sussistenza di un valido ed efficace titolo esecutivo (salvo ovviamente l'eventuale accantonamento in caso di creditori intervenienti privi di titolo esecutivo).

È d'altro canto pacifico che, ai fini della partecipazione alla distribuzione del ricavato, è necessario che il creditore sia munito di titolo esecutivo ovvero che il suo credito sia stato riconosciuto (o meglio, non disconosciuto) dal

debitore esecutato. Non è sufficiente, invece, l'esistenza di un credito non rappresentato da alcun titolo esecutivo e disconosciuto dal debitore esecutato.

Il diritto di partecipare alla distribuzione e il titolo di prelazione, oltretutto, devono essere distinti dal diritto di credito vantato nei riguardi del debitore esecutato, il quale ha natura sostanziale e rileva pertanto anche all'esterno del processo esecutivo.

Ciò chiarito, il problema della natura giuridica del titolo di prelazione interseca in parte il problema relativo all'oggetto<sup>185</sup> della valutazione

---

<sup>185</sup> La generale questione inerente all'oggetto delle cd. "controversie distributive" si presenta particolarmente dibattuta. Parte della dottrina ritiene che, a seguito delle contestazioni di cui all'art. 512 c.p.c., si apra un vero e proprio giudizio a cognizione sommaria, il quale può essere (eventualmente) seguito da un ulteriore giudizio a cognizione piena qualora il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione risolve la controversia sia fatto oggetto di opposizione *ex art. 617 c.p.c.*: di conseguenza, il giudice dell'esecuzione, nel dirimere la controversia sollevata dai creditori in concorso, compirebbe un vero e proprio accertamento del diritto di credito oggetto di contestazione (v. MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 112; CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra "diritto al concorso" e "sostanza" delle ragioni creditorie*, *Corr. Giur.*, 2009, 569 CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, *Corr. Giur.*, 2006, 1762; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015, 338; NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, 193 ss.). Secondo diversa (e ad oggi maggioritaria) posizione, invece, oggetto della controversia sarebbe invece la sussistenza o meno, in capo al creditore, del diritto (processuale) di concorrere sul prezzo ricavato dalla vendita forzata: questa impostazione è variamente declinata dalla dottrina, ma muove (mi sembra) dalla comune considerazione che l'accertamento di un diritto soggettivo non possa conseguire ad una valutazione "sommaria e destrutturata" (così PILLONI, *L'accertamento del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, 305) come quella operata dal giudice dell'esecuzione in sede di controversia *ex art. 512 c.p.c.* (v. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017, 253 ss.: l'Autore evidenzia come l'inidoneità dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione a far stato tra le parti – e dunque ad assumere rilevanza anche fuori dall'esecuzione forzata – discende, in primo luogo, dall'assenza di norme dirette ad estendere l'applicabilità dell'art. 2909 c.c. al provvedimento di risoluzione delle controversie *ex art. 512 c.p.c.*; in secondo luogo, dalla sussistenza di norme tese a limitare gli effetti di tale provvedimento entro l'ambito dell'esecuzione forzata; in terzo luogo, dalla "natura sommaria della parentesi di "cognizione endoesecutiva"; infine, dalla "difficoltà" di riconoscere una funzione di accertamento pieno ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione; sempre a favore della tesi qui in discorso, con argomenti analoghi, si vedano anche MERLIN, *Le controversie distributive*, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma. II. Processo esecutivo*, Milano, 2006, 135 ss.; TEODOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie*

compiuta dal giudice dell'esecuzione in sede di risoluzione delle controversie sollevate all'udienza di distribuzione del ricavato *ex art. 512 c.p.c.*<sup>186</sup>: ai fini della qualificazione del titolo di prelazione, è infatti possibile domandarsi se il giudice dell'esecuzione, nel dirimere le controversie di cui all'art. 512 c.p.c., si limita a dichiarare la sussistenza di un titolo avente rilevanza endo-processuale ovvero accerti (nel senso proprio del termine) l'esistenza di una situazione giuridica sostanziale, attributiva al creditore ipotecario di un diritto di preferenza sugli altri creditori in concorso.

Non è certo questa la sede per affrontare compiutamente il problema: basti evidenziare come la questione rilevi al fine di stabilire se il creditore – nell'ipotesi in cui la propria pretesa resti insoddisfatta in sede di esecuzione, per le più varie ragioni – possa giovare della valutazione compiuta dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 512 c.p.c.; o se invece tale pronuncia produca effetti puramente endo-processuali, risultando dunque inidonea a fare stato tra le parti fuori dall'ambito dell'esecuzione forzata.

Ciò premesso, sembra innanzitutto opportuno constatare come l'art. 512 c.p.c., nel presentare insieme una serie di contestazioni esperibili in sede di udienza di distribuzione, faccia riferimento a due diverse categorie di controversie. Da un lato, le controversie sui titoli processuali (con ciò intendendosi ad esempio le controversie instaurate al fine di contestare la sussistenza del

---

*sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, Riv. Dir. Proc., 2006, 1317; VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, Riv. Esec. Forz., 2007, 18; BOVE, *La distribuzione*, in Balena, Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 255 ss.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014, 117; PILLONI, *Cognizione del g.e. e opposizioni esecutive*, *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, (a cura di) De Cristofaro e Pilloni, Torino, 2020, 21; nonché SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 798: l'Autore, dopo aver aderito inizialmente alla tesi contraria – SOLDI, *Il progetto di distribuzione e le controversie distributive*, Riv. Esec. forzata, 2007, 72 – conclude ritenendo che la modifica introdotta dalla riforma del 2009 in riferimento all'art. 616 c.p.c. “*porta ora a preferire l'interpretazione che attribuisce anche alla opposizione prevista dal combinato disposto degli artt. 512 e 617 c.p.c. una valenza endoprocessuale*”).

<sup>186</sup> Il tema non può essere oggetto di approfondimento in questa sede; esso peraltro rileva solo incidentalmente, poiché (come si vedrà subito *infra* nel testo), indipendentemente dalla soluzione che si intende offrire alla problematica, la controversia sulla sussistenza del titolo di prelazione non può che condurre ad una valutazione produttiva di effetti solo nell'ambito dell'esecuzione forzata, in quanto strettamente funzionali alla distribuzione del ricavato. Si rinvia per il resto a quanto sinteticamente esposto nella nota precedente.

titolo esecutivo vantato dal creditore) e le controversie su questioni di diritto sostanziale (con cui si fa valere l'inesistenza del credito per cui si agisce in esecuzione).

La prima categoria di controversie dà luogo ad una decisione che appare di per sé inidonea a produrre effetto di giudicato, non attenendo a diritti bensì appunto alla sussistenza di presupposti processuali. L'esclusione del creditore dalla distribuzione per difetto di titolo esecutivo nulla comporta in ordine all'esistenza sostanziale del credito: la decisione del giudice dell'esecuzione si limita ad affermare che il documento rappresentativo della pretesa non ha valore di titolo esecutivo e il creditore non può pertanto prendere parte alla distribuzione del ricavato.

La seconda categoria attiene invece alle contestazioni relative all'esistenza sostanziale del credito fatto valere. Se il giudice dell'esecuzione sia chiamato a pronunciarsi sulla mera sussistenza del diritto al concorso ovvero sull'esistenza sostanziale del credito è questione, come accennato, particolarmente complessa e (almeno in tempi recenti) dibattuta<sup>187</sup>: mentre Alcuni ritengono che il giudice dell'esecuzione – nel dirimere le controversie ai sensi dell'art. 512 c.p.c. – accerti il diritto di credito sostanziale vantato dal creditore, Altri sostengono invece che la decisione *ex art. 512 c.p.c.* abbia ad oggetto il diritto processuale del creditore a concorrere alla distribuzione del ricavato.

Ci si può allora domandare entro quale delle categorie appena richiamate possa essere ricondotta la controversia inerente alla sussistenza del titolo di prelazione: in altre parole, se essa attenga alla mera sussistenza di un titolo processuale (e la relativa decisione produca effetti solo all'interno dell'esecuzione) ovvero se riguardi l'esistenza di un vero e proprio diritto sostanziale, ossia il "diritto reale di garanzia" scaturente dall'iscrizione ipotecaria.

L'adesione a questa seconda interpretazione mi sembra preclusa da quanto esposto in apertura del presente lavoro (relativamente alla natura giuridica della garanzia) laddove si è mostrato come l'ipoteca non sia suscettibile di accertamento in sede di autonomo giudizio di cognizione<sup>188</sup>. Se si tiene

---

<sup>187</sup> V. nota 185.

<sup>188</sup> V. cap. I, p. 22 ss.

ferma tale considerazione, si deve giocoforza concludere ritenendo che il giudice dell'esecuzione, nel dirimere una controversia *ex art. 512 c.p.c.*, non si pronuncia mai sull'esistenza di un asserito diritto reale di ipoteca, ma si limiti a stabilire la sussistenza del titolo di prelazione ai fini della distribuzione del ricavato in vendita forzata.

D'altro canto, detta conclusione è confermata dal fatto che nemmeno si vede, nel caso di specie, quali altri effetti possa produrre la garanzia ipotecaria al di fuori dell'esecuzione forzata<sup>189</sup>: il creditore ipotecario non potrà infatti in alcun caso far valere il diritto di preferenza fuori dall'esecuzione, tanto qualora la propria pretesa venga soddisfatta in sede di distribuzione del ricavato, quanto nell'ipotesi opposta, atteso che, in entrambe le ipotesi, l'ipoteca si estingue in forza della cancellazione dai registri immobiliari in esecuzione dell'ordine previsto ai sensi dell'art. 586 c.p.c. Pertanto, una volta conclusa la procedura esecutiva, il creditore ipotecario, soddisfatto o meno che sia, non potrà più esercitare i diritti conseguenti alla garanzia ipotecaria.

Pertanto, la risoluzione ai sensi dell'art. 512 c.p.c. della controversia concernente la sussistenza dell'ipoteca non può, nemmeno in astratto, produrre effetti se non nell'ambito dell'esecuzione forzata, risultando il titolo di prelazione strettamente funzionale alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Se si tiene fermo questo assunto, è evidente come l'accertamento del titolo di prelazione difficilmente possa rientrare nella seconda categoria sopra richiamata: in altre parole, il giudice dell'esecuzione, nel dirimere una controversia ai sensi dell'art. 512 c.p.c., non dichiara l'esistenza del diritto reale di garanzia, ma si limita a riconoscere la sussistenza in capo al creditore di un titolo di preferenza rispetto ai creditori di grado successivo.

La risoluzione di una controversia ai sensi dell'art. 512 c.p.c. – ma anche la successiva eventuale sentenza a conclusione del giudizio di opposizione *ex*

---

<sup>189</sup> Sull'efficacia necessariamente "endoprocedurale" dell'ordinanza *ex art. 512 c.p.c.* in riferimento alla sussistenza del titolo di prelazione, v. M. FABIANI, *Le controversie distributive. L'oggetto del procedimento e l'impugnazione dell'ordinanza del giudice*, Riv. Es. Forz., 2010, 575 ss.: l'Autore aderisce alla tesi che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di accertare l'esistenza del credito oggetto di contestazione; tuttavia, sottolinea come il problema dell'oggetto di tale statuizione si proponga soltanto in riferimento all'esistenza del credito, non anche con riguardo al titolo di prelazione vantato dal creditore.

art. 617 c.p.c. – costituisce dunque una pronuncia sul titolo di prelazione, ossia sulla sussistenza di un presupposto processuale necessario al fine di attribuire al creditore un determinato grado di preferenza in sede di distribuzione del ricavato. Come tale, essa può considerarsi assimilabile alla decisione relativa alla sussistenza di un valido ed efficace titolo esecutivo ai fini della partecipazione del credito alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Pertanto, il giudice dell'esecuzione, nel decidere sulla questione, deve verificare innanzitutto l'esistenza dei requisiti indispensabili per procedere alla graduazione dei crediti – ossia la pluralità delle pretese avanzate in sede di distribuzione e l'incapienza del prezzo ricavato – quindi deve pronunciarsi in merito alla validità, efficacia ed opponibilità agli altri creditori dell'iscrizione ipotecaria.

Quanto fin qui esposto può essere esteso senza particolari difficoltà anche in riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale: la sola differenza consiste nel fatto che la determinazione del credito e del relativo titolo di prelazione è “anticipata” al momento dell'ammissione della pretesa al passivo, a seguito della quale viene predisposta la graduazione delle pretese secondo il rispettivo grado di preferenza.

Tanto in sede di esecuzione forzata quanto di liquidazione giudiziale, il titolo di prelazione ricopre dunque un ruolo puramente processuale, in quanto presupposto necessario ai fini dell'attribuzione di un determinata preferenza nell'ambito della graduazione delle pretese creditorie.

### ***Il titolo di prelazione in procedimenti di carattere “non giudiziale”***

Tuttavia, il titolo di prelazione può svolgere una funzione anche in riferimento a procedimenti aventi carattere non giudiziale (quantomeno in senso stretto). Si pensi, per fare alcune ipotesi, al procedimento di liquidazione dei creditori in sede di accettazione di eredità con beneficio di inventario ovvero al pagamento dei creditori sociali nel corso dello scioglimento di una società di capitali. Per semplicità espositiva, mi riferirò al primo caso – ossia quello della liquidazione dei creditori in sede di eredità beneficiata – ma le osservazioni svolte sono del tutto generali.

In tema di accettazione beneficiata di eredità, l'erede può procedere a liquidare i creditori ereditari a seconda dell'ordine con cui essi si presentano, salvo che questi non si oppongano o che l'erede stesso non ritenga di procedere alla liquidazione assistita da notaio. La relativa procedura è disciplinata agli artt. 498 ss. c.c.: in particolare, l'art. 499 c.c. dispone che l'erede forma lo stato di graduazione, in cui i crediti "sono collocati secondo i rispettivi diritti di prelazione".

Pur essendo fuori dall'esecuzione forzata, l'ipoteca svolge dunque la sua principale funzione, ossia quella di assicurare al creditore ipotecario di essere soddisfatto in preferenza in sede di distribuzione dell'attivo ricavato dalla liquidazione dei beni ereditari.

Si può peraltro fin d'ora osservare che la procedura in discorso ha carattere meramente sostitutivo della distribuzione del ricavato in sede esecutiva, essendo appunto diretta ad evitare l'instaurazione di un procedimento giudiziale fintantoché tra l'erede e i creditori non sorgano controversie di sorta<sup>190</sup>.

L'erede beneficiario, a ben vedere, ricopre un cd. "ufficio di diritto di privato"<sup>191</sup>, ossia una posizione per cui, pur non trattandosi di una carica pubblica, il soggetto è tenuto ad agire nel rispetto di interessi ultra-individuali: l'erede, assistito dal notaio, è dunque demandato all'espletamento di una procedura stragiudiziale, diretta tuttavia a perseguire la medesima finalità propria dell'esecuzione forzata (ossia la soddisfazione delle pretese creditorie).

---

<sup>190</sup> E invero, l'intera procedura di liquidazione disciplinata ai sensi degli artt. 498 ss. c.c. si pone quale alternativa (o meglio, come vero e proprio procedimento sostitutivo) all'esecuzione forzata, come consente di dimostrare il disposto dell'art. 506, co. 1, c.c.: la norma prevede infatti che, una volta eseguita la pubblicazione dell'invito a presentare le dichiarazioni di credito (pubblicazione da effettuarsi in Gazzetta Ufficiale, stante il combinato disposto degli artt. 498, ult. co, c.c. e dell'art. 31, co. 3, L. 24.11.2000, n. 340), "non possono essere promosse procedure esecutive a istanza dei creditori", ma solo continuante quelle già pendenti. E anche in tale ipotesi il residuo dalla distribuzione del ricavato deve essere distribuito in base allo stato di graduazione predisposto dall'erede.

<sup>191</sup> In tal senso parte della dottrina: CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 293; VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, 310. *Contra*, NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari II - L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione dell'eredità*, Milano, 1968, 125, secondo cui l'erede beneficiario sarebbe amministratore di beni propri con onere di salvaguardare le ragioni dei creditori. In ogni caso, l'adesione all'una o all'altra tesi non sembra dirimente ai fini di quanto esposto nel testo.

L'ipotesi in discorso rappresenta dunque una deroga non tanto alla disciplina ipotecaria e al titolo di prelazione da essa attribuito al creditore, quanto semmai al processo esecutivo globalmente considerato: nell'ambito di questa procedura "privatistica" di liquidazione e distribuzione del ricavato, i principi che regolano l'ipoteca sono i medesimi già evidenziati poco sopra. In particolare, il titolo di prelazione assume rilievo solo qualora sussistano i medesimi presupposti previsti in sede di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata, ossia: il concorso di più creditori nella liquidazione dell'attivo; l'inefficienza del prezzo ricavato dalla vendita dei beni ereditari a soddisfare le pretese di ciascuno.

La particolarità risiede semmai nel fatto che l'erede e il notaio non dispongono di alcun potere di dirimere eventuali controversie in ordine alla sussistenza del titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario: questi, pertanto, se intende contestare la graduazione formata dall'erede, è tenuto ad adire l'autorità giudiziaria secondo la disciplina prevista all'art. 778 c.p.c.: il reclamo proposto allo stato di graduazione dà luogo ad un giudizio, introdotto con atto di citazione e da ritenersi a cognizione piena.

La sentenza che definisce il giudizio pronuncia sulla sussistenza delle ragioni di preferenza vantate dal creditore ipotecario (ed escluse dall'erede), senza tuttavia che ciò implichi un qualche accertamento in ordine all'esistenza di un asserito diritto reale di garanzia. Si possono, a riguardo, richiamare le medesime considerazioni già svolte in precedenza: il titolo di prelazione riconosciuto dal giudice di cognizione non può che assumere rilevanza nella sola procedura di liquidazione prevista ai sensi dell'art. 499 c.c.

D'altro canto, è pure vero che tale procedura potrebbe concludersi anche senza la soddisfazione del creditore ipotecario, in specie qualora il bene oggetto di garanzia non trovi acquirenti ovvero laddove vi siano creditori privilegiati o di grado anteriore. Questa seconda ipotesi apre a difficoltà che non è possibile trattare in questa sede, soprattutto con riguardo alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria: infatti, essendo il bene venduto per mezzo di un ordinario contratto di compravendita, l'iscrizione della garanzia può essere cancellata solo qualora il creditore conceda il proprio assenso.

Nell'ipotesi in cui il ricavato dalla vendita sia insufficiente a soddisfare (anche solo parzialmente) il creditore ipotecario, questi non ha interesse (e

nemmeno è tenuto) a concedere la cancellazione, proprio in quanto resta inadempita l'obbligazione garantita da ipoteca.

Più rilevante ai fini del discorso è invece l'ipotesi in cui il credito non venga soddisfatto in quanto il bene garantito non trova acquirenti, risultandone dunque preclusa la liquidazione. È possibile che, in tale ipotesi, il bene medesimo venga successivamente pignorato: in tal caso, si potrebbe ritenere che la decisione adottata nel procedimento di reclamo *ex art. 778 c.p.c.* faccia stato anche nel processo esecutivo, di modo che, qualora sorgano controversie ai sensi dell'art. 512 c.p.c. in ordine alla sussistenza del titolo di prelazione, il giudice dell'esecuzione dovrà senz'altro accordare al creditore ipotecario la relativa preferenza, rigettando le eventuali contestazioni.

Questa conclusione – che derogherebbe a quanto sopra esposto – è vera soltanto in parte. La sentenza emessa all'esito del procedimento *ex art. 778 c.p.c.* afferma infatti l'esistenza dell'ipoteca – e del titolo di prelazione – solo ai fini della liquidazione *ex art. 490 c.c.*: non potrebbe essere altrimenti, atteso che ogni procedimento di distribuzione risponde alla situazione concreta in cui esso si svolge, ossia alle pretese avanzate da ciascuno dei creditori concorrenti sul ricavato.

Senza contare che, con buona probabilità, la sentenza adottata all'esito del procedimento *ex art. 778 c.p.c.* fa stato rispetto a soggetti diversi da quelli che prenderanno parte alla eventuale futura esecuzione forzata e conseguente distribuzione del prezzo ricavato.

In conclusione, la sentenza *ex art. 778 c.p.c.* decide sulla sussistenza di ragioni di preferenza in capo al creditore ipotecario solo in relazione alla particolare controversia oggetto di statuizione, ma nulla aggiunge in ordine all'esistenza e soprattutto all'efficacia della garanzia in un successivo processo di esecuzione forzata.

### ***Brevi conclusioni in ordine alla natura giuridica del titolo di prelazione***

Si possono a questo punto trarre alcune brevi conclusioni. Si è visto che l'ipoteca, in sede di distribuzione del ricavato, attribuisce al creditore garantito un titolo di preferenza, i cui effetti sono tuttavia condizionati ad una serie di presupposti. Tali presupposti dipendono dalla situazione concreta in cui si

viene a svolgere la distribuzione: il concorso di più creditori sulla somma ricavata e l'incapienza del prezzo. A ciò si aggiunge, tuttavia, l'indispensabile confronto tra la posizione del creditore ipotecario e quella degli altri creditori partecipanti alla distribuzione, essendo che non sempre e non necessariamente l'iscrizione ipotecaria assicura la soddisfazione della pretesa in preferenza rispetto ai creditori chirografari.

Già alla luce di tali rilievi, sembra da escludere che la garanzia attribuisca al creditore ipotecario un diritto di preferenza sugli altri creditori, quantomeno laddove si intenda il termine "diritto" in senso stretto, quale pretesa giuridicamente tutelata esercitata da un soggetto nei confronti di un altro.

Il problema non è infatti stabilire se il creditore ipotecario abbia o meno un determinato diritto nei riguardi degli altri creditori, quanto semmai, verificata la sussistenza dei presupposti necessari, procedere alla graduazione delle pretese avanzate in sede di distribuzione del ricavato.

Ciò è confermato dai rilievi svolti in riferimento alla pronuncia sulla sussistenza del titolo di prelazione da parte del giudice dell'esecuzione *ex art. 512 c.p.c.* (così come dal giudice delegato in materia di liquidazione giudiziale ovvero dal giudice della cognizione in caso di reclamo *ex art. 778 c.p.c.*): essa appare infatti idonea a spiegare i propri effetti solo in un'ottica endoprocedimentale, ossia con riferimento all'esecuzione forzata; anzi, più precisamente, alla fase di distribuzione del prezzo.

Si potrebbe allora porre l'interrogativo se il titolo di preferenza possa ulteriormente qualificarsi come un "diritto processuale di prelazione", ovvero se il creditore ipotecario debba ritenersi titolare di un particolare interesse, tutelato dal nostro ordinamento (e in qualche modo assimilabile all'interesse legittimo di matrice amministrativistica) a veder riconosciuto il proprio titolo di preferenza in sede di graduazione delle pretese. Ma tale questione appare a dire il vero piuttosto marginale: sembra infatti assai più significativo aver evidenziato come il titolo di preferenza derivante dalla garanzia ipotecaria rilevi esclusivamente in sede di distribuzione del prezzo, ovvero nell'ambito di procedimenti – quale la liquidazione in tema di accettazione con beneficio d'inventario – aventi natura prettamente "sostitutiva" dell'esecuzione forzata.

***Il problema del venir meno della garanzia in corso di esecuzione e il rapporto con il titolo di prelazione***

Si sono finora esaminati gli aspetti inerenti al titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario: i presupposti necessari per il suo esercizio, il rapporto tra la pretesa garantita del creditore e i creditori in concorso, la natura del diritto di preferenza in sede di distribuzione del ricavato. Si rende necessario adesso approfondire le problematiche relative al coordinamento tra la disciplina del titolo di prelazione e le vicende della garanzia ipotecaria nel corso dell'esecuzione.

Come già evidenziato all'inizio del presente lavoro, l'art. 2878 c.c. prevede una serie di cause estintive dell'ipoteca, le quali oltretutto attribuiscono al debitore il diritto di pretendere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria dai registri immobiliari.

È chiaro che la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria in pendenza del processo esecutivo – per qualsiasi ragione intervenuta: ad esempio, per liberazione dell'immobile da parte dello stesso creditore – comporta giocoforza il venir meno del titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato: in altre parole, all'indomani della cancellazione, il creditore (precedentemente) garantito non può soddisfarsi sul ricavato in preferenza rispetto ai creditori di grado successivo.

Più complesso si presenta invece il problema qualora in pendenza dell'esecuzione forzata intervenga una causa di estinzione dell'ipoteca diversa dalla cancellazione: in questo caso, è impossibile trattare unitariamente le varie ipotesi di inefficacia, avendo le stesse caratteristiche tra loro peculiari. L'aspetto più interessante riguarda senza dubbio il rapporto tra perenzione dell'ipoteca (la quale è anche causa di inefficacia dell'iscrizione) e diritto di preferenza, ma per completezza appare opportuno soffermarsi anche sulle ulteriori ipotesi disciplinate dall'art. 2878, co. 1, c.c.

***(segue) L'estinzione della garanzia per cause dipendenti dalla volontà delle parti***

Innanzitutto, l'art. 2878 c.c. prevede alcune cause di estinzione dell'ipoteca dipendenti dalla volontà delle parti o comunque ad esse riconducibili, quali la rinuncia all'ipoteca da parte del creditore ovvero l'estinzione dell'obbligazione. Tanto in un caso come nell'altro, il debitore esecutato e i creditori in concorso possono contestare la pretesa del creditore ipotecario di essere soddisfatto in preferenza sul ricavato dalla vendita forzata.

Sussiste tuttavia una importante distinzione: se infatti il credito è stato adempiuto o comunque estinto, a venir meno è in radice il diritto sostanziale di cui si pretende la soddisfazione e dunque il diritto di prendere parte alla distribuzione del prezzo. L'inefficacia del titolo di prelazione costituisce una conseguenza ulteriore e, almeno di regola, irrilevante sul piano della tutela giudiziale accordata alle parti: il debitore e i creditori concorrenti faranno infatti valere ai sensi dell'art. 512 c.p.c. l'inesistenza del credito sostanziale, non certo la mera insussistenza del titolo di preferenza preteso dal creditore ipotecario.

Qualora invece l'ipoteca sia stata oggetto di espressa rinuncia *ex art.* 2878, co. 1, n. 5, c.c., il debitore può ottenere la cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari, facendo venir meno qualsivoglia diritto o pretesa esercitabile dal creditore ipotecario in sede di distribuzione del ricavato.

D'altro canto, il debitore potrebbe non provvedere affatto alla cancellazione, specie laddove il creditore abbia meramente rinunciato all'ipoteca senza aver espressamente consentito alla cancellazione nelle forme previste *ex art.* 2882 c.c. In tal caso, si potrebbe ritenere che – essendo stata l'ipoteca rinunciata ma non cancellata – i creditori concorrenti con il creditore ipotecario in sede di distribuzione del ricavato non possano contestare il titolo di prelazione vantato da quest'ultimo. La soluzione tuttavia non appare condivisibile, in quanto l'ipoteca, pur ancora iscritta, è comunque estinta e non può pertanto giovare in alcun modo al creditore ipotecario: come si vedrà meglio poco oltre, la mancata cancellazione incide soltanto sulla rilevabilità *ex officio* del venir meno della garanzia, restando invece impregiudicata la possibilità per i creditori in concorso di contestare la ragione di preferenza del creditore che si pretende garantito.

Simili considerazioni possono essere svolte anche in riferimento all'estinzione della garanzia ipotecaria per decorso del termine o avveramento della condizione prevista dalle parti contrattuali.

In generale, nei casi sopra richiamati, il creditore ipotecario perde dunque il diritto ad essere soddisfatto in preferenza sul ricavato dalla vendita forzata, nonostante la garanzia risulti ancora iscritta nei registri immobiliari al momento in cui viene pronunciato il decreto *ex art. 586 c.p.c.*

***(segue) L'estinzione della garanzia per fatti indipendenti dalla volontà delle parti***

Vi sono altre ipotesi di estinzione dell'ipoteca in cui non viene in rilievo la volontà delle parti del rapporto obbligatorio, bensì la sopravvenienza di fatti esterni e per così dire "naturali". In particolare, l'art. 2878, co. 1, n. 4, c.c. prevede che l'ipoteca si estingue con il perimento del bene oggetto di garanzia. In questa ipotesi, d'altro canto, l'eventuale perimento del bene in pendenza di esecuzione forzata comporta non tanto la caducazione della garanzia, quanto la radicale improcedibilità del processo esecutivo per (sopravvenuta) inesistenza dell'oggetto del pignoramento.

Possono essere ricondotti alla categoria appena accennata anche i provvedimenti acquisitivi dell'immobile al patrimonio pubblico, ad esempio per confisca<sup>192</sup>, espropriazione per pubblica utilità o apprensione per inottemperanza all'ordine di demolizione. Si tratta di ipotesi qualificate alla stregua di acquisto a titolo originario<sup>193</sup>: sicché il bene entra nel patrimonio pubblico

---

<sup>192</sup> In tema, v. CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 480.

<sup>193</sup> Con riferimento all'ipotesi di acquisizione dell'immobile abusivo al patrimonio comunale *ex art. art. 31, co. 2, d.p.r. 6.6.2001, n. 380*, la natura originaria (e non derivativa) dell'acquisto appare sostanzialmente pacifica in giurisprudenza Cass. 6.10.2017, n. 23453; Cass. 26.1. 2006, n. 1693: "*Tale vicenda ablativo-sanzionatoria, caratterizzata dalla gratuità dell'acquisto in capo all'ente pubblico e dall'acquisizione ipso iure dell'immobile abusivo (...), si connota altresì per la natura originaria del relativo titolo d'acquisto, essendo inconfigurabile, nella specie, una qualsivoglia vicenda di trasferimento dal precedente titolare del bene (...): questo, e non altro, risulta il significato da attribuire al sintagma normativa che predica l'acquisizione "di diritto".*

libero da pesi, vincoli e diritti altrui, ivi compresa l'ipoteca iscritta a garanzia di un credito<sup>194</sup>.

Vale tuttavia osservare che nessuna delle ipotesi esposte comporta di per sé stessa l'estinzione dell'esecuzione forzata: il processo esecutivo si estingue infatti solo qualora il perimento del bene ovvero l'apprensione al patrimonio pubblico sia fatto constare all'interno dell'esecuzione. Qualora ciò non accada, la procedura esecutiva potrebbe proseguire, pur avendo ad oggetto un immobile inesistente o incommerciabile. Nell'ipotesi patologica<sup>195</sup> in cui nulla sia fatto valere, si potrebbe perfino giungere alla distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata, la quale in mancanza di contestazioni dovrà avvenire tenendo conto del titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario. Ovviamente, il terzo acquirente – successivamente “spogliato della proprietà dell'immobile” – potrebbe ripetere il prezzo pagato a favore della procedura (qualora non ancora distribuito).

---

<sup>194</sup> Nonostante l'acquisto intervenga a titolo originario, parte della dottrina dubita che, nelle ipotesi di cui al testo, l'acquisizione al patrimonio pubblico travolga anche l'ipoteca. V. CALOIARO, *Immobile abusivo ipotecato e ordinanza di demolizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 172 ss., il quale, in tema di acquisizione dell'immobile abusivo al patrimonio comunale (nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione) ritiene che l'ipoteca “*continui a gravare sul suolo, anche se acquistato a titolo originario dal Comune a seguito della confisca, ammettendosi, quindi, una modificazione oggettiva del rapporto giuridico ipotecario finalizzata alla sua conservazione*”. Sul rapporto tra acquisto a titolo originario e travolgimento dell'ipoteca, v. anche CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 489, il quale ritiene che l'acquisto per usucapione della *res* non comporti il venir meno della garanzia iscritta sull'immobile usucapito. Tuttavia, in riferimento all'ipotesi di confisca o espropriazione dell'immobile, l'Autore propende comunque per la tesi della caducazione dell'ipoteca iscritta, muovendo dalla sopravvenuta incommerciabilità del bene confiscato (CHIANALE, *L'ipoteca*, cit. 478).

<sup>195</sup> Ma in realtà non così remota, specie in caso di apprensione dell'immobile al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione: in tale ipotesi, infatti, l'inottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine fissato dal provvedimento comporta l'automatica acquisizione del bene al patrimonio comunale. Tale acquisizione risulta priva di forme di pubblicità adeguata, posto che il Comune può (ma non deve) accertare l'acquisizione con apposito provvedimento, suscettibile di trascrizione: in particolare, si ritiene che *sia normativamente configurato alla stregua di un “atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limita ad esternare e formalizzare l'effetto (acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale) già verificatosi” per legge (...) alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa*” (v. Cons. Stato, 14.4.2015, n. 1884; in senso conforme, anche T.a.r. Campania 4 febbraio 2019, n. 608). Sicché, ai registri immobiliari, potrebbe anche non figurare l'avvenuto acquisto dell'immobile al patrimonio comunale.

In ogni caso, per quanto qui rileva, vale osservare che il debitore esecutato è legittimato a far valere il perimento dell'immobile tramite opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, trattandosi di ipotesi di sopravvenuta inesistenza del bene oggetto di esecuzione. Il creditore ipotecario, in conclusione, non tanto perde il proprio diritto di prelazione, quanto semmai più in generale la possibilità di soddisfarsi sull'immobile perito. Simili considerazioni possono essere svolte anche nell'ipotesi di apprensione del bene al patrimonio pubblico.

***(segue) La perenzione dell'ipoteca per mancato rinnovamento dell'iscrizione***

Ciò precisato, è opportuno soffermarsi sulle più problematiche ipotesi della perenzione e di prescrizione dell'ipoteca in corso di esecuzione: in particolare, ai sensi dell'art. 2878, co. 1, n. 2, c.c. l'ipoteca si estingue se l'iscrizione ipotecaria non viene rinnovata entro il termine di venti anni. Il successivo art. 2880 c.c., peraltro, precisa che l'ipoteca si estingue per prescrizione al decorso di vent'anni dalla data dell'iscrizione "riguardo ai beni acquistati da terzi".

È bene precisare che questa seconda ipotesi non rileva in alcun modo ai fini dell'efficacia del titolo di prelazione: essa, infatti, si riferisce all'esercizio dell'azione esecutiva nei confronti del terzo proprietario (superficiario o enfiteuta) del bene ipotecato. Tanto è vero che, almeno secondo l'interpretazione maggioritaria<sup>196</sup>, la rinnovazione dell'iscrizione ai sensi dell'art. 2847 c.c. non interrompe il decorso del termine di prescrizione, essendo comunque necessario l'esercizio dell'azione esecutiva ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Fatta questa precisazione, il problema qui in discorso si rivolge in special modo al coordinamento tra la disciplina prevista in tema di perenzione

---

<sup>196</sup> In tal senso CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 488; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Cicu e Messineo, Milano, 1956, 518; GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935, 504; *contra*, RAVAZZONI, *Le ipoteche*, Trattato di diritto civile e commerciale, (diretto da) Cicu, Messineo e Mengoni, 2006, 620, il quale ritiene che la rinnovazione dell'ipoteca impedisca la prescrizione *ex art. 2880 c.c.*

ipotecaria e il diritto di preferenza vantato dal creditore in sede di distribuzione del ricavato.

Qualora l'ipoteca risulti perentoria ancor prima dell'esercizio dell'azione esecutiva, non si pongono dubbi sull'inefficacia del titolo di prelazione preteso dal creditore: in questa ipotesi, infatti, la garanzia si presenta inadatta a svolgere la propria funzione prima del sorgere del processo esecutivo in cui essa dovrebbe operare.

Il problema si pone tuttavia qualora sia stata esercitata l'azione esecutiva e il bene oggetto di ipoteca risulti dunque essere stato sottoposto a pignoramento dal creditore iscritto ovvero da altro creditore: si potrebbe infatti ritenere che l'esercizio dell'azione sia atto idoneo ad interrompere e sospendere il termine di venti anni previsto dall'art. 2487 c.c., assicurando così al creditore ipotecario il diritto di soddisfarsi in preferenza sul ricavato anche qualora tale termine sia decorso in pendenza dell'esecuzione forzata.

Vale precisare, ovviamente, che la questione si propone solo fin quando l'ipoteca risulta iscritta presso i registri immobiliari, ossia fino al momento in cui viene eseguito l'ordine di cancellazione di cui all'art. 586 c.p.c.: oltre detto termine, la rinnovazione dell'ipoteca non è più necessaria (e in realtà nemmeno possibile).

Ciò premesso, il problema potrebbe essere trattato in ottica puramente sostanziale, esaminando in particolare se la disciplina dettata dal legislatore in materia di sospensione e interruzione del termine di prescrizione possa o meno ritenersi applicabile alla fattispecie della perenzione del diritto di ipoteca.

Adottando un parametro interpretativo per così dire civilistico, si potrebbe ritenere il termine di perenzione assimilabile al termine di prescrizione per non uso, in conformità a quanto previsto dall'art. 1014 c.c. in tema di estinzione del diritto di usufrutto (disposizione altresì applicabile ai diritti di uso, abitazione, servitù e superficie).

Se davvero il termine di perenzione fosse da considerarsi quale termine di prescrizione, si dovrebbe altresì ritenere ad esso applicabile il disposto dell'art. 2943 c.c., nella parte in cui prevede che l'atto introduttivo del processo esecutivo, ossia il pignoramento, interrompe il decorso del termine.

Il pignoramento eseguito dal creditore ipotecario determinerebbe così l'interruzione del termine ventennale di cui all'art. 2847 c.c., termine che peraltro resterebbe sospeso per l'intera durata dell'esecuzione forzata. E il creditore ipotecario avrebbe dunque titolo per soddisfarsi in preferenza sul ricavato anche nell'ipotesi in cui l'iscrizione risulti astrattamente perentoria in pendenza del processo esecutivo.

Tuttavia, appare assai più coerente (e convincente) adottare una diversa soluzione interpretativa, la quale muove da alcune considerazioni svolte in riferimento alla funzione dell'iscrizione ipotecaria: si è visto come l'unica vera finalità dell'ipoteca sia quella di assicurare (qualora ciò sia necessario e ne sussistano i presupposti) la soddisfazione del creditore in sede di distribuzione del ricavato secondo un determinato grado di preferenza.

L'intera disciplina dell'ipoteca, a ben vedere, è funzionale al perseguimento di questo risultato, tanto in riferimento alle norme relative all'esercizio dell'azione esecutiva da parte del creditore ipotecario, quanto in riferimento a quelle dirette a consentire la partecipazione del creditore alla procedura esecutiva.

Se è vero che dunque l'iscrizione rappresenta un mezzo per preservare la garanzia del creditore fino al momento in cui il bene non viene "trasformato" in denaro – su cui il creditore medesimo si può soddisfare in ragione della propria pretesa – appare coerente concludere che la formalità ipotecaria debba conservare la propria efficacia fino a tale momento, ossia fino a quando non venga eseguito l'ordine di cancellazione dei vincoli di cui all'art. 586 c.p.c.

Questi rilievi appaiono sufficienti ad evidenziare come l'onere di rinnovazione della garanzia non possa considerarsi venuto meno con l'esercizio dell'azione esecutiva<sup>197</sup>: ciò in quanto, eseguito il pignoramento

---

<sup>197</sup> La tesi esposta nel testo è condivisa dalla giurisprudenza di legittimità (la quale tuttavia si è interessata in special modo al caso in cui il creditore, all'indomani della perenzione dell'iscrizione intervenuta in pendenza del processo esecutivo, intenda iscrivere nuovamente ipoteca in forza del medesimo titolo): "*L'inefficacia dell'ipoteca per decorso del termine ventennale, ai sensi dell'art. 2847 c.c., sopravvenuta nel corso del processo esecutivo iniziato dal creditore ipotecario nei confronti del debitore che sia anche proprietario del bene ipotecato, non comporta la nullità né del precetto, né del pignoramento, ma ha l'unico effetto di privare il creditore procedente della legittima causa di prelazione*" (così Cass., 5.2.2014, n. 2610; in senso conforme Cass., 14.5.2012, n. 7498; Cass., 1.4.2011, n. 7570).

dell'immobile oggetto di garanzia, l'iscrizione non ha ancora esaurito il proprio scopo e dunque necessita di essere "mantenuta ad esistenza" tramite l'assolvimento dell'onere imposto *ex art. 2847 c.c.*

La conclusione è corroborata da un'ulteriore osservazione: nulla esclude infatti che il processo esecutivo, una volta instauratosi, venga successivamente meno senza che il bene oggetto di espropriazione sia stato trasferito a terzi. Se in pendenza dell'esecuzione il creditore non procede alla (necessaria) rinnovazione dell'ipoteca, si deve concludere per una tra le seguenti alternative: o si ritiene che egli possa rinnovare l'iscrizione successivamente all'estinzione della procedura esecutiva, oppure si ipotizza che l'ipoteca sia ormai irrimediabilmente perenta.

La prima ipotesi è irricevibile, atteso che il termine di perenzione non è soggetto né a sospensione né a perenzione: non si vede pertanto come il creditore ipotecario – anche ammesso sia legittimato a non rinnovare l'iscrizione ipotecaria in pendenza di esecuzione – possa rinnovare l'ipoteca successivamente all'estinzione del processo, come se per tutta la durata di quest'ultimo il termine di perenzione fosse da intendersi fittiziamente sospeso.

La seconda soluzione, invece, conferma l'assunto di partenza, ossia che il creditore ipotecario è tenuto alla rinnovazione dell'iscrizione anche in pendenza del processo esecutivo. Questa conclusione appare senz'altro preferibile, in quanto pienamente coerente con la funzione dell'ipoteca.

Quanto esposto può estendersi, senza particolari difficoltà applicative, anche alla liquidazione giudiziale, con un'unica precisazione: ci si potrebbe domandare infatti se, all'indomani dell'ammissione al passivo, tenuto alla rinnovazione dell'ipoteca sia ancora il creditore ipotecario ovvero il curatore della liquidazione.

A riguardo, appare preferibile la prima soluzione: se infatti il curatore è investito della funzione di liquidare i beni del patrimonio del debitore, ciò non toglie che le attività necessarie alla sopravvivenza del titolo di prelazione fino al momento della distribuzione del ricavato restano a carico del creditore ipotecario, unico soggetto legittimato a disporre della garanzia.

***La rilevabilità d'ufficio delle cause di inefficacia della garanzia in sede di distribuzione del ricavato***

Un ulteriore problema ricollegato a quanto appena esposto riguarda il potere del giudice dell'esecuzione di rilevare *ex officio* la sussistenza di una causa di estinzione dell'ipoteca<sup>198</sup>: si tratta in particolare di valutare se, al momento di redigere il progetto di graduazione, il giudice dell'esecuzione abbia il potere di escludere la sussistenza del diritto di prelazione qualora ravvisi o venga comunque a conoscenza di una ragione di estinzione dell'ipoteca.

Il problema si ripropone, d'altro canto, anche con riguardo alla risoluzione delle controversie *ex art. 512 c.p.c.* e all'eventuale opposizione esercitata *ex art. 617 c.p.c.* avverso il provvedimento che decide sulle medesime.

In realtà, a ben vedere, la questione potrebbe essere affrontata a livello generale, indipendentemente dal momento in cui la causa di estinzione è venuta ad esistenza: così, ad esempio, è lecito domandarsi se il giudice dell'esecuzione, in sede di udienza di autorizzazione alla vendita forzata, possa rilevare, in presenza di una causa di estinzione dell'ipoteca, l'inammissibilità dell'azione esecutiva esercitata ai sensi dell'art. 602 c.p.c. da parte del creditore ipotecario. Le considerazioni di seguito svolte in riferimento alla redazione del progetto di graduazione possono essere estese, senza particolari difficoltà applicative, anche alle precedenti fasi dell'esecuzione forzata.

Ciò premesso, è essenziale ai fini del discorso suddividere le cause di estinzione dell'ipoteca di cui all'art. 2878 c.c. in tre differenti categorie, a

---

<sup>198</sup> La giurisprudenza di legittimità ha affrontato in più occasioni un problema diverso, ma per certi versi collegato con quello esposto nel testo, ossia l'ampiezza dei poteri d'ufficio riconosciuti al giudice dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, con particolare riguardo alla rilevabilità d'ufficio dell'inesistenza o invalidità del titolo esecutivo fatto valere dal creditore precedente. Un primo orientamento ha ritenuto infatti che il giudice dell'opposizione non possa pronunciarsi sull'esistenza del titolo esecutivo se non nei limiti dei fatti posti a fondamento della contestazione sollevata dal debitore (v. Cass. 28.6.2019, n. 17441; Cass., 28.7.2011, n. 16541; Cass. 20.1.2011, n. 1328; Cass. 7.3.2002, n. 3316); un diverso orientamento propende invece per la soluzione opposta, concludendo che l'accertamento dell'esistenza del titolo esecutivo ha sempre "natura preliminare" ai fini della pronuncia sui motivi di opposizione proposti dal debitore (Cass., 28.7.2011, n. 16610; Cass., 13.7.2011, n. 15363; Cass., 29.11.2004, n. 22430; Cass., 7.2.2000, n. 1337).

seconda delle diverse conseguenze che esse comportano per il creditore ipotecario.

Alcuni dei casi previsti *ex art.* 2878 c.c. non involgono il mero titolo di prelazione, ma incidono in radice sulla procedibilità dell'esecuzione forzata (si tratta in particolare del perimento del bene ipotecato e dei casi ad esso assimilati). Altri riguardano non tanto il diritto di preferenza, quanto l'esistenza del diritto di credito fatto valere in sede di esecuzione (così, ad esempio, l'estinzione dell'obbligazione garantita). Altri ancora, infine, comportano specificamente la caducazione del solo diritto di preferenza vantato dal creditore garantito (in particolare, la perenzione dell'iscrizione per decorso del termine ventennale di cui all'art. 2847 c.c.).

È chiaro che, in presenza di una causa di estinzione dell'ipoteca, i creditori in concorso sono sempre legittimati a contestare il titolo di prelazione fatto valere dal creditore ipotecario: tuttavia, giusta quanto appena esposto, in talune ipotesi la contestazione riguarda non tanto il diritto di preferenza, quanto in radice l'esistenza del credito di cui si pretende soddisfazione ovvero la procedibilità dell'esecuzione forzata<sup>199</sup>.

Come sopra anticipato, il problema si propone invece con riferimento al potere del giudice dell'esecuzione di rilevare *ex officio* la sussistenza di una causa di estinzione della garanzia ipotecaria.

Per risolvere la questione, è utile far ricorso alle diverse categorie indicate poco sopra.

L'ipotesi certamente più agevole è quella in cui il bene oggetto di garanzia sia perito ovvero sia divenuto incommerciabile in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. A ciò, infatti, consegue l'impossibilità del bene di essere oggetto di pignoramento: è pacifico che il giudice dell'esecuzione può d'ufficio dichiarare l'improcedibilità del processo esecutivo laddove la *res* aggredita risulti insuscettibile di espropriazione forzata.

In questa ipotesi, come già chiarito, la sussistenza del titolo di prelazione non viene nemmeno in rilievo: ancor prima di decidere sul punto, infatti, il

---

<sup>199</sup> In questo caso, la contestazione potrebbe provenire, oltre che dai creditori in concorso, anche dal debitore esecutato, riguardando non soltanto la sussistenza del titolo di prelazione ma anche l'esistenza del diritto di credito fatto valere in sede di distribuzione del ricavato.

giudice – tanto all’udienza di distribuzione del ricavato, quanto in un qualsiasi altro momento del processo esecutivo – dichiara l’improcedibilità dell’esecuzione forzata.

Si deve applicare il principio opposto in tutti i casi di estinzione dell’ipoteca che riguardino l’inesistenza del credito sostanziale fatto valere in sede di distribuzione: qualora ad esempio il credito preteso sia ormai estinto (in quanto adempiuto ovvero per altra causa), il giudice dell’esecuzione non può considerarsi investito del potere di rilevare d’ufficio l’inesistenza della pretesa fatta valere dal creditore ipotecario.

Tale conclusione appare quantomeno pacifica se si aderisce all’orientamento secondo cui, in caso di contestazione, il giudice *ex art. 512 c.p.c.* non si pronuncia sulla sussistenza di un “diritto al concorso” (avente natura endo-processuale), ma statuisce invece sull’esistenza sostanziale del credito<sup>200</sup>. Se ciò è vero, la controversia instaurata ai sensi dell’art. 512 c.p.c. deve intendersi anch’essa regolata dal principio della domanda: in assenza di contestazioni sul punto, il giudice dell’esecuzione non può rilevare d’ufficio l’inesistenza del credito preteso.

Se allora il giudice dell’esecuzione, nel dirimere le controversie insorte ai sensi dell’art. 512 c.p.c., non è legittimato a rilevare d’ufficio l’inesistenza sostanziale del credito, appare coerente escludere tale potere anche in riferimento al momento anteriore di redazione del progetto di distribuzione del prezzo ricavato dalla vendita forzata.

Vale solo chiarire, per completezza, che quanto appena esposto non riguarda la diversa ipotesi in cui il giudice dell’esecuzione ravvisi la nullità del titolo esecutivo utilizzato dal creditore al fine di agire o intervenire in esecuzione: in tal caso, l’invalidità dà luogo al difetto di un presupposto processuale, richiesto dalla legge per la partecipazione del creditore alla distribuzione del ricavato. E della nullità del titolo il giudice potrà sicuramente tener conto al momento di redigere il progetto di distribuzione della somma ricavata.

In ogni caso, ancora una volta la decisione del giudice dell’esecuzione non riguarda la sussistenza del titolo di prelazione, concernendo invece

---

<sup>200</sup> V. nota n. 185.

l'esistenza del credito garantito di cui il creditore ipotecario pretende soddisfazione ovvero la validità del titolo esecutivo utilizzato dal creditore per partecipare alla distribuzione del ricavato

Accanto alle ipotesi esaminate, vi sono invece cause di estinzione che interferiscono specificamente con la sussistenza del titolo di prelazione ipotecaria. Si tratta, in particolare, della rinuncia alla garanzia da parte del creditore; del venir meno dell'ipoteca per decorso del termine o avveramento di condizione risolutiva; della perenzione dell'iscrizione in mancanza di rinnovazione *ex art. 2847 c.c.*

La rinuncia all'ipoteca consiste in un atto negoziale con cui il creditore ipotecario dismette la propria garanzia; essa d'altro canto non incide sulla sussistenza o sull'efficacia dell'iscrizione, ma (se perfezionata nelle forme di cui all'art. 2882 c.c.<sup>201</sup>) attribuisce al debitore il diritto di pretendere la cancellazione dai registri immobiliari<sup>202</sup>: fintantoché il debitore resta inerente, l'iscrizione ipotecaria produce tutti i propri effetti.

---

<sup>201</sup> L'atto di rinuncia deve avere forma scritta a pena di nullità, ai sensi dell'art. 2879 c.c.; ai fini della cancellazione, tuttavia, è necessario *ex art. 2882 c.c.* che la rinuncia sia perfezionata per atto pubblico ovvero con scrittura privata autenticata. Qualora difetti questo ulteriore requisito di forma, la tutela accordata al debitore dipende dalla soluzione che si intende adottare in ordine alla distinzione tra rinuncia e assenso alla cancellazione (su cui sia consentito rinviare alla nota subito successiva). Se si ritiene che la rinuncia comporti anche assenso alla cancellazione, il debitore agirà in giudizio per la verifica della sottoscrizione; diversamente, se si ritiene che l'atto di rinuncia sia distinto dall'atto di assenso alla cancellazione, il debitore domanderà l'accertamento del proprio diritto alla cancellazione dell'iscrizione, chiedendo al giudice di pronunciare il relativo ordine.

<sup>202</sup> In realtà, si distingue in dottrina tra rinuncia alla garanzia e assenso alla cancellazione (v. sul punto, con conclusioni non sempre coincidenti: CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 492; GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, cit., 484; RUBINO, *L'ipoteca mobiliare ed immobiliare*, cit., 505): sicché, la rinuncia (anche se munita dei requisiti di forma previsti all'art. 2882 c.c.) non autorizza di per sé il debitore a procedere alla cancellazione, essendo necessario che il creditore ne abbia fatto espressa dichiarazione. La distinzione tra rinuncia alla garanzia e assenso alla cancellazione – apparentemente artificiosa – può assumere significato in relazione alle diverse conseguenze che tali atti comportano in ordine al titolo in forza del quale è stata iscritta ipoteca. Nell'ipotesi di rinuncia alla garanzia, infatti, il creditore non potrebbe iscrivere nuovamente ipoteca in forza del medesimo titolo; mentre l'assenso alla cancellazione lascerebbe impregiudicato il diritto del creditore a procedere ad una nuova iscrizione in forza del medesimo titolo.

Ne consegue che, in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita forzata, i creditori in concorso – qualora essi ne abbiano ovviamente contezza – possono far valere l'estinzione dell'ipoteca per rinuncia del creditore, mentre la stessa non può essere rilevata *ex officio* dal giudice dell'esecuzione.

Considerazioni analoghe possono essere svolte anche in riferimento al decorso del termine di efficacia della garanzia ipotecaria ovvero all'avveramento di una condizione risolutiva pattiziamente prevista: se tali circostanze non sono fatte valere dal debitore o dagli altri creditori in sede di distribuzione del ricavato, la questione non può essere sollevata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione e questi dovrà pertanto redigere lo stato di graduazione tenendo conto del titolo di prelazione vantato dal creditore ipotecario.

### ***(segue) Il rilievo di ufficio della perenzione dell'ipoteca***

Infine, è necessario soffermarsi sull'ipotesi della perenzione per mancata rinnovazione nel termine ventennale di cui all'art. 2847 c.c.: a differenza di tutti gli altri casi sopra esaminati, la perenzione riguarda specificamente l'iscrizione ipotecaria, intesa come formalità idonea a produrre determinati effetti. La perenzione non interferisce, infatti, con il credito garantito da ipoteca, né con gli altri diritti concernenti l'iscrizione (quali il diritto a richiedere o a pretendere dal creditore la cancellazione della garanzia).

La rinnovazione dell'ipoteca e, per converso, la sua perenzione attengono in senso stretto all'ambito della formalità pubblicitaria: laddove non rinnovata, l'ipoteca si intende perenta, ossia inidonea a produrre i propri effetti. Il difetto di rinnovazione emerge direttamente dalla consultazione dei registri immobiliari, nel senso che o essa è stata effettivamente eseguita (e dunque l'ipoteca mantiene la propria efficacia) oppure non lo è stata (con conseguente perenzione della garanzia).

Poiché la perenzione è l'unica causa di inefficacia dell'iscrizione in senso stretto, la questione della rilevabilità d'ufficio della stessa risente della qualificazione operata fin dal principio del presente lavoro in ordine alla natura giuridica dell'ipoteca.

In sede di distribuzione del ricavato, il giudice dell'esecuzione non potrebbe rilevare la perenzione dell'ipoteca, escludendo di conseguenza il titolo

di prelazione dal progetto di distribuzione. Ciò, infatti, richiederebbe implicitamente di stabilire se il diritto reale di garanzia ipotecaria sia o meno tutt'ora esistente ed efficace: il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi ad inserire la pretesa creditoria nel grado conferitogli dall'ipoteca, pronunciando sull'avvenuta perenzione solo in caso di contestazioni *ex art. 512 c.p.c.*

Al contrario, la natura dell'iscrizione – la quale funge da presupposto per l'esercizio di determinati diritti rilevanti puramente in sede processuale – consente al giudice dell'esecuzione, laddove esso rilevi il difetto di rinnovazione nel corso del ventennio di cui all'*art. 2847 c.c.*, di escludere il titolo di prelazione in sede di progetto di distribuzione.

Il creditore ipotecario può ovviamente contestare la pronuncia del giudice dell'esecuzione all'udienza di distribuzione del ricavato e, successivamente, tramite l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, instaurando così un giudizio di cognizione piena che vede quali controparti necessarie il debitore e l'intero concorso dei creditori. Ma perfino nell'ipotesi “impossibile” in cui tanto il debitore quanto i creditori concorrenti aderiscano alle contestazioni del creditore ipotecario, il giudice dell'esecuzione mi sembra comunque tenuto ad escludere il titolo di prelazione in forza dell'avvenuta perenzione: ciò in quanto nel caso di specie non si discorre affatto dell'esistenza di un diritto, ma della sussistenza di una formalità avente carattere di presupposto processuale.

In conclusione, si può apprezzare come la qualificazione della natura giuridica dell'ipoteca incida direttamente sulla questione in oggetto: se l'ipoteca fosse un diritto reale di garanzia, il giudice dell'esecuzione non potrebbe in alcun caso rilevare di ufficio la questione. Ma l'ipoteca, si è detto, non è un diritto reale di garanzia, bensì una formalità che costituisce presupposto processuale per il compimento di determinati atti e l'esercizio di determinati diritti (sempre processuali): in quanto tale, l'esistenza ed efficacia della iscrizione può essere fatta oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice. Ciò si verifica, in particolare, nel solo caso di perenzione dell'iscrizione per mancata rinnovazione entro il ventennio, trattandosi dell'unica ipotesi in cui la causa di inefficacia riguarda direttamente la formalità ipotecaria.

***L'ordine di cancellazione ex art. 586 c.p.c. delle ipoteche iscritte sul bene oggetto di esecuzione***

Quanto finora esposto muove dalla considerazione di fondo secondo cui l'ipoteca risulta complessivamente orientata a garantire la soddisfazione del creditore ipotecario in preferenza rispetto ai creditori ipotecari di grado successivo e ai creditori chirografari.

Si è detto che tale garanzia potrebbe non venire mai in rilievo: ciò accade qualora non vi siano creditori concorrenti sul prezzo ovvero qualora il prezzo sia sufficientemente capiente. Potrebbe altresì dimostrarsi inutile, laddove le pretese dei creditori privilegiati e quelle dei creditori ipotecari di grado anteriore esauriscano l'intera somma ricavata dalla vendita del bene. Ancora, potrebbe dimostrarsi cedevole rispetto alla posizione di creditori chirografari, muniti di un diritto opponibile al creditore ipotecario, come nel caso di sequestro. Infine, l'ipoteca potrebbe svolgere efficacemente la propria funzione, consentendo al creditore ipotecario di acquisire un determinato grado in sede di distribuzione del ricavato, in modo da soddisfare in tutto o in parte la pretesa da esso vantata.

Ma in tutte queste ipotesi, una volta raggiunta la "trasformazione" del bene pignorato in denaro, si rende necessario cancellare l'iscrizione ipotecaria: da un lato, in quanto essa ormai non risulta più funzionale a garantire alcunché a favore del creditore<sup>203</sup>; dall'altro, in forza di evidenti ragioni di tutela del terzo acquirente del bene immobile pignorato.

A riguardo, l'art. 586 c.p.c. chiarisce dunque che il giudice dell'esecuzione, con il medesimo decreto con cui dispone il trasferimento della proprietà del bene oggetto di esecuzione, ordina altresì la cancellazione del

---

<sup>203</sup> A riguardo, v. LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Riv. Esec. Forz., 2017, spec. 636, laddove l'Autore evidenzia come le formalità di cui il giudice dell'esecuzione ordina la cancellazione sono quelle "nate per assicurare la tutela dei creditori nel processo esecutivo; che servono fino alla trasformazione del bene immobile su cui gravano in una somma di denaro; che esauriscono la loro funzione di tutela ad un certo momento del processo perché il processo ne tiene conto anche se sono cancellate. Avendo esaurito la loro funzione possono – e quindi devono poter – essere cancellate".

pignoramento trascritto nonché delle ipoteche iscritte. La cancellazione ordinata ai sensi dell'art. 586 c.p.c. risulta improntata a uno scopo duplice.

Senza dubbio, essa è diretta a liberare il bene trasferito da vincoli pregiudizievoli al pieno godimento della cosa da parte del terzo acquirente: questi, infatti, subirebbe un ingiusto pregiudizio qualora l'ipoteca iscritta sul bene non venisse cancellata, potendo il creditore garantito (e non soddisfatto) agire nei confronti dell'acquirente in vendita forzata ovvero dei suoi aventi causa ai sensi dell'art. 602 c.p.c.; ciò renderebbe l'acquirente esposto all'espropriazione del diritto trasferito con il decreto *ex art.* 586 c.p.c.

Tuttavia, l'ordine di cui all'art. 586 c.p.c., nel disporre la cancellazione delle ipoteche iscritte sul bene, non persegue esclusivamente fini di tutela del terzo acquirente, ma si giustifica altresì alla luce dell'esaurimento della funzione della garanzia. Il creditore ipotecario ha acquistato definitivamente il diritto di essere preferito ai creditori ipotecari successivi e ai creditori chirografari in sede di distribuzione del ricavato: la garanzia iscritta non è dunque più funzionale alla tutela della pretesa creditoria e può (e deve) pertanto essere cancellata ai sensi dell'art. 586 c.p.c.<sup>204</sup>.

È utile peraltro sottolineare come, nell'ambito della liquidazione giudiziale, la disciplina dettata dal legislatore risulti parzialmente differente rispetto a quella appena delineata.

Ai sensi dell'art. 107, co. 1, L.F. (pedissequamente trasfuso nell'art. 216, co. 2, C.C.I.I., introdotto con D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, non ancora in vigore), infatti, il giudice delegato ha il potere di disporre la vendita del bene secondo le modalità previste per l'esecuzione forzata; ovvero può disporre che la vendita sia perfezionata tramite procedure competitive<sup>205</sup>. Nel primo caso, l'atto conclusivo della vendita consiste egualmente nel decreto *ex art.*

---

<sup>204</sup> Alcune difficoltà possono porsi nell'ipotesi in cui il creditore ipotecario sia intervenuto in esecuzione senza essere munito di titolo esecutivo e il credito sia stato disconosciuto dal debitore (con conseguente diritto all'accantonamento del prezzo ai sensi dell'art. 510 c.p.c.). A riguardo, è lecito domandarsi se il giudice dell'esecuzione debba ordinare la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria, in quanto (come pare preferibile ritenere) essa abbia anche in questo caso esaurito la sua funzione. Per un esame della questione, v. LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione*, cit., 651.

<sup>205</sup> In generale v. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015, 241.

586 c.p.c., con cui il giudice delegato trasferisce al terzo la proprietà del bene e ordina la cancellazione delle ipoteche iscritte sul medesimo.

Ma nella diversa ipotesi in cui la vendita sia disposta tramite procedure competitive, manca il decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.* che può fungere da atto traslativo della proprietà del bene, presupponendo questo l'esperimento della procedura di esecuzione forzata, che nel caso di specie invece difetta.

La vendita si perfeziona con un negozio concluso tra curatore fallimentare e terzo acquirente, nelle forme e nei modi previsti per un ordinario atto traslativo<sup>206</sup>: quest'atto traslativo, in quanto concluso tra parti private, non può tuttavia incidere in alcun modo rispetto ai vincoli trascritti e iscritti sul bene oggetto di trasferimento. Per tale ragione, una volta eseguita la vendita e riscosso il prezzo, il successivo art. 108, co. 2, L.F. (riprodotto nell'art. 217, co. 2, C.C.I.I.) attribuisce espressamente al giudice delegato il potere (e il dovere) di ordinare con autonomo provvedimento la cancellazione delle formalità pregiudizievoli<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Si tratta in ogni caso di atto avente natura coattiva e non volontaria. Sul punto appare concorde la dottrina maggioritaria: v. E. FABIANI, PICCOLO, *Vendita fallimentare e atto notarile*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 31-2018/E; LICCARDO, FEDERICO, *Art. 108 Poteri del giudice delegato*, Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, (diretto da) Jorio e (coordinato da M. Fabiani), Bologna, 2007, 1805; FEDERICO, *Natura giuridica della vendita fallimentare*, Fall., 2007, 159; E. FABIANI, *La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti*, Giust. proc. civ., 2015, 714; FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma*, Dir. fall., 2007, 864; PENTA, *Effetti sostanziali delle vendite fallimentari*, Fall., 2010, 1143; FAZZARI, *L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 16-2011/E, spec. 19, il quale definisce l'atto traslativo *ex art. 107, co. 1, L.F.* come "atto con funzione di esecuzione forzata in forma notarile". Il problema della qualificazione giuridica dell'atto traslativo *ex art. 107, co. 1, L.F.* ha rilievo immediato in riferimento al problema della relativa disciplina sostanziale, con particolare riferimento all'applicabilità della normativa in tema di regolarità edilizia e urbanistica, nonché in materia di conformità catastale. Per la tesi minoritaria secondo cui l'atto traslativo avrebbe invece natura volontaria, v. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 429; DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, Giur. It., 2007, 779.

<sup>207</sup> Tuttavia, l'art. 108 L.F. appare assai più esteso, nel suo perimetro applicativo, riferendosi in generale a tutte "le formalità pregiudizievoli" trascritte o iscritte sull'immobile

In ogni caso, tanto il giudice delegato opti per la liquidazione del patrimonio tramite le norme del codice di rito, quanto laddove egli scelga di liquidare i beni del debitore per mezzo delle procedure competitive di cui all'art. 107, co. 1, L.F., la *ratio* dell'istituto della cancellazione appare esattamente la medesima, ossia liberare il bene oggetto di trasferimento dai vincoli inopponibili al terzo acquirente e dai diritti che abbiano ormai esaurito la propria funzione all'interno della procedura di liquidazione giudiziale.

### ***Definitività e stabilità del decreto di trasferimento***

Se tuttavia il trasferimento del bene e l'ordine di cancellazione consentono di ritenere ormai esaurita la funzione dell'ipoteca, bisogna esaminare come questa circostanza si coordini con il problema della definitiva stabilità del decreto *ex art. 586 c.p.c.*, soprattutto alla luce del fatto che esso, come ogni altro atto dell'esecuzione forzata, è pur sempre suscettibile di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.<sup>208</sup>

Al fine di delimitare l'ambito di interesse della presente questione, è opportuno evidenziare le conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'opposizione agli atti esecutivi proposta avverso il decreto di cui all'art. 586 c.p.c.

La sentenza di accoglimento dell'opposizione comporta innanzitutto la caducazione del decreto di trasferimento, venendo così a mancare, da un lato, l'atto giustificativo dell'acquisto in capo al terzo, dall'altro il titolo in forza del quale deve essere eseguita la cancellazione delle formalità pregiudizievole.

Quanto al primo profilo, è sufficiente qui precisare come nel caso di specie non possa operare il disposto dell'art. 2929 c.c., secondo cui i vizi degli atti della procedura esecutiva non sono opponibili al terzo acquirente<sup>209</sup>. Si

---

oggetto di liquidazione. Anche su questo aspetto, v. LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione*, cit., 649.

<sup>208</sup> Sull'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il decreto di trasferimento, v. LORENZETTO PESERICO, *Il decreto di trasferimento come titolo di provenienza*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 18-2011/E, 4.

<sup>209</sup> Si ritiene che i vizi rilevabili con l'opposizione avverso il decreto *ex art. 586 c.p.c.* sono soltanto quelli riconducibili a fatti (anteriori alla vendita ma) sopravvenuti rispetto all'ordinanza di aggiudicazione (v. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2312).

tratta, per espressa previsione normativa, dei soli vizi attinenti ad atti anteriori alla vendita ovvero all'assegnazione; risulta pertanto escluso dall'ambito applicativo della norma il decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.* (anche nel caso sia stato pronunciato ai sensi dell'art. 588 c.p.c.).

Il problema principale attiene invece alla tutela del creditore ipotecario: l'esecuzione dell'ordine di cancellazione comporta infatti la irreversibile estinzione della garanzia ipotecaria, la quale una volta cancellata può essere sì iscritta nuovamente (sempre ovviamente ne sussistano i presupposti previsti per legge) ma prende grado solo dal giorno della nuova iscrizione.

È evidente allora che, nell'ipotesi in cui l'ordine di cancellazione venisse immediatamente eseguito da parte del conservatore dei registri immobiliari, l'eventuale esperimento (e accoglimento) dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.* rischierebbe di pregiudicare in maniera irreparabile la garanzia del creditore ipotecario.

Alla luce di quanto appena esposto, la questione relativa al coordinamento tra ordine di cancellazione e opposizione agli atti esecutivi può pertanto essere formulata come segue: se l'ordine di cancellazione impartito dal giudice ai sensi dell'art. 586 c.p.c. debba essere immediatamente eseguito da parte del conservatore dei registri immobiliari<sup>210</sup>; ovvero sia necessario aspettare la definitiva stabilità del decreto e dunque il decorso del termine di venti giorni previsto dall'art. 617 c.p.c.<sup>211</sup>.

Alla prima tesi – ossia: l'immediata eseguibilità dell'ordine di cancellazione pronunciato dal giudice dell'esecuzione – hanno recentemente aderito

---

<sup>210</sup> Così, anteriormente alla sentenza a Sezioni Unite della Corte di cassazione, su cui subito *infra* nel testo, v. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966, 396. Più recentemente, FARINA, *Sull'(il)legittimità del rifiuto del rifiuto del conservatore di «purgare» il bene pignorato dai vincoli pregiudizievoli*, *Ilprocessocivile.it*. In giurisprudenza, Trib. Milano, 3.12.2019, Riv. Esec. Forz., 2020, 153 ss., con nota adesiva di PASSAFIUME, *Sull'illegittimità del rifiuto del conservatore di procedere alla cancellazione dei gravami ordinata con il decreto di trasferimento*, *ivi*, 154.

<sup>211</sup> In questo senso, LORENZETTO PESERICO, *Il decreto di trasferimento come titolo di provenienza*, cit., 8: l'Autore evidenzia la necessità di distinguere il momento della trascrizione (immediata) del decreto di trasferimento, dal momento della cancellazione (condizionata al decorso del termine previsto per l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*) delle formalità pregiudizievoli. CAMPESE, *L'espropriazione forzata immobiliare*, Milano 2006, 427; CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano 2010, 662.

le Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>212</sup>. La decisione muove sostanzialmente dalle seguenti argomentazioni.

Il decreto *ex art. 586 c.p.c.* produce il trasferimento della proprietà del bene esecutato dal patrimonio del debitore a quello del terzo acquirente; l'effetto traslativo si produce immediatamente per la sola adozione del provvedimento in discorso, senza sia necessario il decorso del termine di venti giorni previsto ai fini dell'opposizione agli atti esecutivi.

Se però il terzo acquista la proprietà del bene esecutato al momento dell'adozione del decreto di trasferimento, si potrebbe anche ritenere che questi abbia diritto a richiedere fin da subito la trascrizione del proprio titolo di acquisto; e poiché l'acquisto deve intendersi libero da vincoli pregiudizievoli, il terzo dovrebbe ritenersi immediatamente legittimato a pretendere anche l'esecuzione dell'ordine di cancellazione del pignoramento trascritto e delle ipoteche iscritte sul bene esecutato.

Ed anzi, l'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. prevede che l'ipoteca si estingue con l'adozione dell'ordine di cancellazione di cui all'art. 586 c.p.c.: il tenore della disposizione sembra dunque diretto a riconoscere immediata efficacia al provvedimento del giudice dell'esecuzione, ricollegandosi direttamente all'adozione del medesimo l'estinzione della garanzia ipotecaria.

Ma le disposizioni richiamate non si presentano in realtà risolutive.

La prima osservazione – secondo cui il terzo acquista la proprietà libera da pignoramenti e ipoteche gravanti sul bene esecutato e gode pertanto del diritto a domandarne l'immediata cancellazione – confonde tra loro le due

---

<sup>212</sup> Cass. SS.UU., 14.12.2020, n. 28387; la dottrina maggioritaria ha accolto favorevolmente la decisione delle Sezioni Unite: v. SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale e nel caso di procedimento delegato ai sensi dell'art. 591 bis c.p.c.*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 24-2021/PC; FARINA, *Il tempo dell'effetto purgativo delle vendite forzate: una parola definitiva dalle Sezioni unite*, Giur. It., 2021, 1366; TRIFONE, *Espropriazione forzata, vendita dell'immobile pignorato, decreto di trasferimento ed ordine di cancellazione delle ipoteche*, Corr. Giur., 2021, 1420; con una disamina nell'ambito della liquidazione giudiziale, LEUZZI, *Vendita di beni immobili e cancellazione dei gravami nel contesto esecutivo e concorsuale*, Fall., 2021, 311; in senso sostanzialmente contrario alle conclusioni accolte dalle Sezioni Unite, seppur con diversi distinguo, VANZ, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*, Riv. Dir. Proc., 2021, 1011.

funzioni proprie del decreto *ex art.* 586 c.p.c., ossia il trasferimento della proprietà del bene e l'ordine di cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

Secondo la tesi in discorso, infatti, il terzo acquista la proprietà del bene oggetto di esecuzione libera dal pignoramento trascritto nonché dalle ipoteche iscritte sul medesimo. Ciò, tuttavia, contraddice la natura giuridica riconosciuta al decreto *ex art.* 586 c.p.c.

Bisogna infatti specificare che il decreto di trasferimento individua un'ipotesi di acquisto del bene a titolo derivativo<sup>213</sup>: il terzo subentra nella medesima posizione di fatto e diritto precedentemente in capo al debitore esecutato. Ciò che questi ottiene, con il decreto di trasferimento, è dunque l'acquisto della proprietà della cosa; ma non invece la liberazione della stessa dai vincoli e dai pesi iscritti sulla medesima.

La liberazione del bene – e dunque la cancellazione del pignoramento trascritto e delle ipoteche iscritte – è ovviamente indispensabile ai fini della

---

<sup>213</sup> La natura derivativa dell'acquisto in vendita forzata appare pacificamente riconosciuta dalla dottrina maggioritaria (v. CERINO CANOVA, *Vendita forzata*, Enc. Giur. Trec., XXXII, Roma, 1994, 8; in riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite di cui nel testo, v. SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale*, cit., spec. 27, laddove si sottolinea che la pronuncia in esame non contraddice con il principio della natura derivativa della vendita forzata; infine, v. MAZZARELLA, *Vendita forzata*, Enc. Dir., XLVI, 1993, 580, in cui l'Autore, in realtà, pur aderendo sostanzialmente alla tesi della natura derivativa dell'acquisto, ritiene che il problema non abbia particolare rilevanza pratica, alla luce della esauriente disciplina dettata in tema di vendita forzata, in particolare dagli artt. 2919 ss. c.c.), nonché in maniera pressoché unanime dalla giurisprudenza (Cass., 13.3.2017, n. 6386: "*l'acquisto di un bene immobile da parte dell'aggiudicatario in sede di esecuzione forzata, pur essendo indipendente dalla volontà del precedente proprietario, ricollegandosi ad un provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha natura di acquisto a titolo derivativo e non originario traducendosi nella trasmissione dello stesso diritto del debitore esecutato*"; in senso conforme: Cass., 22.9.2010, n. 20037; Cass., 5.1.2000, n. 27; Cass., 9.11.1982, n. 5888; Cass., 5.4.1977, n. 1299; nonché, con riguardo al regime tavolare, Cass., 31.8.2017, n. 20608; Cass., 25.10.2010, n. 21830; *contra*, Cass., 11.3.1986, n. 1645). La tesi contraria – ossia quella della natura originaria dell'acquisto – appare impossibile da sostenere dal punto di vista normativo, anche solo alla luce del fatto che, in tal caso, nemmeno si spiegherebbe per quale ragione l'art. 586 c.p.c. oneri il giudice dell'esecuzione di disporre la cancellazione dei vincoli iscritti o trascritti sul bene oggetto di espropriazione forzata.

tutela dell'acquirente, ma ciò non toglie che essa si configuri come effetto diverso e ulteriore rispetto al trasferimento della proprietà<sup>214</sup>.

Se si volesse sostenere il contrario, si dovrebbe attribuire alla vendita forzata una caratteristica estranea al titolo di acquisto derivativo e propria invece dell'acquisto a titolo originario, ossia appunto l'effetto di liberazione del bene da ogni diritto o vincolo costituito sul medesimo.

Al contrario, proprio perché la vendita forzata difetta di questa attitudine purgativa, si rende indispensabile per il legislatore attribuire al giudice dell'esecuzione il potere di ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli secondo quanto disposto dall'art. 586 c.p.c.

Per esemplificare al meglio quanto appena esposto, si può richiamare sul punto la diversa disciplina prevista in materia di liquidazione giudiziale: essa consente di evidenziare con esemplificativa chiarezza la distinzione tra effetto traslativo – riconducibile al negozio concluso tra curatore fallimentare e terzo acquirente – ed effetto liberatorio – proprio invece dell'ordine di cancellazione disposto *ex art.* 108 L.F.

Questa distinzione è evidente nella vendita fallimentare; ma sussiste pacificamente anche nell'ambito dell'esecuzione forzata, pur essendo assommati nel medesimo decreto tanto il titolo giustificativo dell'acquisto quanto l'ordine di cancellazione del pignoramento trascritto e delle ipoteche iscritte.

Tenendo ferma la distinzione rappresentata, si può dunque concludere come segue. In forza del solo effetto traslativo prodotto dal decreto *ex art.* 586 c.p.c., il terzo non acquista affatto il bene libero da pesi e vincoli, ma succede nella medesima posizione (di fatto e di diritto) in cui si trovava il debitore esecutato; la liberazione del bene dal pignoramento e dalle ipoteche si ricollega invece all'ordine di cancellazione impartito dal giudice dell'esecuzione: è dunque con esclusivo riferimento all'efficacia del provvedimento in parola

---

<sup>214</sup> Come evidenziato da LORENZETTO PESERICO, *Il decreto di trasferimento come titolo di provenienza*, cit., 6 ss.; nonché VANZ, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*, cit., spec. 1026 ss.: l'Autore, richiamando il lavoro di Lorenzetto Peserico, propone – quale soluzione alternativa a quella prospettata dalle Sezioni Unite – di riconoscere l'immediata possibilità di trascrivere il decreto di trasferimento *ex art.* 586 c.p.c., condizionando invece l'esecuzione dell'ordine di cancellazione al mancato esperimento dell'opposizione agli atti esecutivi nel termine di venti giorni previsto *ex art.* 617 c.p.c.

che si deve affrontare il problema relativo al momento in cui ad esso può essere offerta concreta attuazione.

### ***L'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. e l'estinzione della garanzia ipotecaria***

Ciò consente dunque di esaminare il secondo argomento sopra esposto, secondo cui l'immediata efficacia dell'ordine di cancellazione discenderebbe dal dettato testuale dell'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c.: la norma infatti dispone che, con la pronuncia del decreto *ex art. 586 c.p.c.*, l'ipoteca iscritta sul bene esecutato si estingue.

Nemmeno questa disposizione sembra tuttavia idonea a sostenere l'immediata eseguibilità dell'ordine di cancellazione, anche anteriormente al decorso del termine di venti giorni previsto per l'esperimento dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

La norma, infatti, non si occupa di disciplinare il momento in cui l'ordine di cancellazione deve essere eseguito, ma si limita a regolare gli effetti del decreto *ex art. 586 c.p.c.* in ordine all'estinzione dell'ipoteca iscritta. Una volta precisato che l'ordine di cancellazione comporta la caducazione dell'ipoteca, l'art. 2878 c.c. non chiarisce infatti se questo effetto estintivo si produce immediatamente, per la sola adozione del decreto *ex art. 586 c.p.c.* da parte del giudice dell'esecuzione; ovvero se il medesimo effetto debba intendersi rimesso alla definitiva stabilità del provvedimento.

Soccorre sul punto il successivo art. 2884 c.c., il quale disciplina espressamente la questione da ultimo proposta<sup>215</sup>: la norma infatti prevede che la cancellazione dell'ipoteca deve essere eseguita dal conservatore qualora ordinata con sentenza passata in giudicato ovvero con altro provvedimento dell'autorità giudiziaria purché definitivo.

Il dato letterale della disposizione appare ineludibile: il conservatore deve dare esecuzione all'ordine di cancellazione soltanto qualora la sentenza,

---

<sup>215</sup> Si sofferma dettagliatamente sui rapporti tra l'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. e l'art. 2884 c.c. (anche se con esiti non coincidenti con quelli esposti del testo) VANZ, *La "doppia anima" del decreto di trasferimento. Spunti sul tema delle condizioni per la sua trascrivibilità*, Riv. Esec. Forz., 2020, 371 ss.

ovvero il decreto, o qualsiasi altro provvedimento in cui esso è contenuto, siano considerati dall'ordinamento definitivi.

Si può quindi ritenere che il momento estintivo dell'ipoteca differisca dal momento della cancellazione; oppure – come appare più logico e coerente – si può interpretare l'art. 2878 c.c. alla luce dell'art. 2884 c.c., ricollegando il prodursi dell'effetto estintivo alla stabilità del decreto di trasferimento: si aderisca all'una o all'altra prospettiva teorica, il conservatore, per poter eseguire la cancellazione dell'ipoteca, deve in ogni caso attendere che il provvedimento del giudice possa considerarsi definitivo.

A tali argomenti si è tuttavia replicato osservando che l'art. 2884 c.c. sarebbe norma applicabile ai soli provvedimenti con contenuto decisorio<sup>216</sup>; in questo senso deporrebbe il dato letterale, posto che la norma si riferisce espressamente all'ordine di cancellazione contenuto in una sentenza o in altro provvedimento dotato di carattere definitivo.

A sostegno della tesi appena esposta, si potrebbe anche osservare come solo un provvedimento avente contenuto decisorio possa aspirare a diventare “definitivo”; caratteristica estranea invece al decreto *ex art. 586 c.p.c.*, il quale dispone meramente il trasferimento della proprietà a favore del terzo acquirente e non decide invece sui diritti delle parti del processo esecutivo. Sicché, il decreto in discorso potrebbe considerarsi di per sé stesso definitivo ai fini del disposto dell'art. 2884 c.c.

Nemmeno questi argomenti appaiono tuttavia condivisibili.

In realtà, la formulazione dell'art. 2884 c.c. appare sufficientemente ampia da ricomprendere nel proprio ambito applicativo ogni provvedimento – anche diverso dalla sentenza – con cui il giudice ordina la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria<sup>217</sup>. La distinzione tra provvedimenti con contenuto decisorio e provvedimenti sprovvisti di tale caratteristica appare dunque piuttosto artificiosa, se non apertamente contraria al dato letterale della disposizione.

---

<sup>216</sup> In questo senso, v. Cass. SS.UU., 14.12.2020, n. 28387.

<sup>217</sup> VANZ, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*, cit., 15 ss., ritiene “criticabile” l'argomento utilizzato dalle Sezioni Unite, evidenziando come esso venga utilizzato in un certo qual modo per evitare il “*ginepraio civilistico*” relativo al conflitto tra la disposizione di cui all'art. 2878, co. 1, n. 7, c.c. e l'art. 2884 c.c.

Ma anche prescindendo da tale rilievo, deve escludersi che il decreto di trasferimento, per quanto sprovvisto di contenuto decisorio, possa considerarsi già di per sé definitivo.

Sul piano formale, definitivo, infatti, è il provvedimento non più suscettibile di impugnazione ovvero in generale di contestazione tramite apposito rimedio predisposto dalla legge: ciò sembra sufficiente ad escludere che il decreto di trasferimento possa considerarsi di per sé atto definitivo, atteso che esso può essere oggetto di opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Si potrebbe peraltro ricostruire la definitività dell'atto in ragione della stabilità dei suoi effetti, ritenendo definitivi solo i provvedimenti i cui effetti si sono appunto stabilmente prodotti. Ritenere dunque che il decreto di trasferimento produca effetti stabili pur precedentemente al decorso del termine di venti giorni di cui all'art. 617 c.p.c., significa per converso supporre che questi effetti siano insuscettibili di essere caducati in caso di eventuale accoglimento dell'opposizione agli atti esecutivi *medio tempore* esperita.

Per definirsi stabile, il decreto *ex art. 586 c.p.c.* dovrebbe dunque consentire il trasferimento del bene indipendentemente dall'eventuale esperimento ed accoglimento dell'opposizione agli atti esecutivi: si può infatti ritenere l'effetto traslativo del decreto stabilmente verificatosi solo nell'ipotesi in cui esso non possa venir meno in conseguenza delle contestazioni sollevate dall'opponente.

È tuttavia agevole constatare come l'effetto traslativo non sia affatto caratterizzato da definitiva stabilità: l'accoglimento dell'opposizione sollevata avverso il decreto *ex art. 586 c.p.c.* comporta al contrario la caducazione del trasferimento e di conseguenza la perdita da parte del terzo della proprietà precedentemente acquistata. Ciò in quanto non trova applicazione, come già si è avuto modo di chiarire, la protezione prevista dall'art. 2929 c.c.

Ma se il decreto *ex art. 586 c.p.c.* può considerarsi come provvedimento definitivo solo al decorso del termine di venti giorni previsto per l'opposizione agli atti esecutivi, il tenore letterale dell'art. 2884 c.c. impedisce di ritenere condivisibile la tesi per cui l'ordine di cancellazione può trovare immediata esecuzione da parte del conservatore dei registri immobiliari.

***Criticità derivanti dalla tesi favorevole all'immediata eseguibilità dell'ordine di cancellazione***

La tesi favorevole all'immediata eseguibilità dell'ordine di cancellazione comporta inoltre profonde quanto insuperabili criticità in riferimento alla tutela del creditore procedente e dei creditori intervenuti nell'esecuzione forzata. Criticità che appaiono tanto più acute in relazione alla posizione del creditore ipotecario.

Ammettiamo infatti che l'ordine di cancellazione possa e debba essere immediatamente eseguito da parte del conservatore dei registri immobiliari e il bene trasferito sia pertanto liberato dal pignoramento trascritto e dalle ipoteche iscritte sul medesimo anteriormente al decorso del termine di venti giorni previsti dall'art. 617 c.p.c.

Qualora venisse proposta – e accolta – l'opposizione agli atti esecutivi avverso il decreto *ex art. 586 c.p.c.*, il provvedimento verrebbe caducato, senza che ciò comporti tuttavia la reviviscenza delle formalità cancellate in esecuzione al relativo ordine di cancellazione. Bisogna allora osservare come, di conseguenza, la procedura esecutiva non risulterebbe più sorretta da pignoramento regolarmente trascritto, essendo stato cancellato in esecuzione dell'ordine previsto ai sensi dell'art. 586 c.p.c.

A questo punto, la sorte del processo esecutivo dipende dalla natura giuridica che si intende riconoscere alla trascrizione del pignoramento<sup>218</sup>: se si ricostruisce la trascrizione quale formalità costitutiva<sup>219</sup>, l'esecuzione forzata

---

<sup>218</sup> Il problema se la trascrizione abbia carattere costitutivo o integrativo del pignoramento è stata tradizionalmente condotta in una ipotesi diversa rispetto a quella in esame, ossia relativamente al caso della mancata rinnovazione della trascrizione entro i termini di cui all'art. 2668 *bis* c.c. (in generale v. E. FABIANI, *L'inefficacia della trascrizione del pignoramento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 8-2010/E). Ciò rende, com'è evidente, parzialmente diverso l'ambito di indagine rispetto al caso qui interessato, ma non esclude rilevanza alla questione, la quale anzi risulta qui ulteriormente esasperata: non si tratta, infatti, di mera inefficacia della trascrizione – come nel caso di cui all'art. 2668 *bis* c.c. – bensì di vera e propria cancellazione della formalità.

<sup>219</sup> In questo senso, CAPPONI, voce *Pignoramento*, in Enc. Giur., XXIII, Roma, 1990; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021, 714; *contra*, CHIZZINI, *Art. 2668-ter - Durata dell'efficacia della trascrizione del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della*

nemmeno potrebbe continuare; in questa ipotesi, pertanto, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a pronunciare l'improseguibilità del processo esecutivo<sup>220</sup>.

Sicché da un lato, per trovare soddisfazione alle loro ragioni, i creditori sarebbero costretti ad agire nuovamente in esecuzione forzata, pignorando il bene rientrato a far parte del patrimonio del debitore; dall'altro, i creditori garantiti non potrebbero comunque, in questo nuovo processo, soddisfarsi con preferenza in sede di distribuzione del ricavato, essendo l'ipoteca ormai irreversibilmente cancellata.

Se si ritiene al contrario che la trascrizione abbia natura meramente integrativa del pignoramento<sup>221</sup>, la prosecuzione del processo esecutivo non

---

giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009, Torino, 2009, 225 ss.; in giurisprudenza Cass. 16 maggio 2008, n. 12429: *“l'esecuzione del pignoramento immobiliare delineata dall'art. 555 c.p.c. ha natura unitaria, benché a formazione progressiva, e si attua attraverso la fase della notifica dell'atto e quella della sua trascrizione; pertanto, la successiva rettifica, ovvero la rinnovazione di trascrizione carente o erronea, non è sufficiente alla sanatoria dell'invalidità, perché la semplice notifica dell'atto di pignoramento non ha rilevanza autonoma, indipendentemente dalla natura costitutiva o meramente dichiarativa della trascrizione stessa”*.

<sup>220</sup> Appare dubbio se si tratti, in realtà, di un'ipotesi di improseguibilità o di vera e propria estinzione del processo esecutivo. A ben vedere, se i casi di estinzione del processo si considerano tassativi, si dovrebbe propendere per la tesi dell'improseguibilità. In senso contrario, tuttavia, si potrebbe richiamare la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la mancata rinnovazione del pignoramento *ex art. 2668 bis c.c.* sarebbe *“determinativa non solo di un effetto di impedimento dell'ulteriore corso del processo esecutivo iniziato con il pignoramento originariamente trascritto e dunque, di improseguibilità del processo stesso, ma, altresì, di un effetto di caducazione dell'intera attività processuale conseguita al pignoramento e, quindi, del suo venir meno ex tunc. Fattispecie da ritenersi a rilievo ufficioso e quale evento estintivo della procedura esecutiva, della quale, peraltro, occorre individuare il regime di possibile emergenza e di controllo”* (Cass. 11.3.2016, n. 4751).

<sup>221</sup> VERDE, *Pignoramento in generale*, in Enc. dir., XXXIII, Milano, 1983, 771 ss.; in giurisprudenza Cass., 16.09.1997, n. 9231. Si è peraltro evidenziato come, indipendentemente dalla tesi cui si intende aderire, la mancata rinnovazione della trascrizione entro il ventennio non comporta in ogni caso estinzione dell'esecuzione, nemmeno dove si intenda riconoscere alla formalità efficacia costitutiva del pignoramento: ciò in quanto la trascrizione non perde definitivamente la propria efficacia, ma al contrario essa semplicemente viene meno fintantoché non sia stata rinnovata. A ciò consegue peraltro che le trascrizioni *medio tempore* effettuate siano comunque inopponibili alla procedura esecutiva (v. FABIANI, *L'inefficacia della trascrizione del pignoramento*, cit., 12 ss.). Ciò, peraltro, si può considerare

risulta impedita dalla cancellazione della formalità<sup>222</sup>: in difetto di trascrizione, pertanto, il processo esecutivo non si estingue, ma il giudice dell'esecuzione deve ritenersi comunque tenuto ad ordinare ai creditori di procedere entro un termine tassativo ad una nuova trascrizione del pignoramento<sup>223</sup>.

Si tratta, a ben vedere, esattamente di una trascrizione del tutto nuova e non invece di mera rinnovazione del precedente pignoramento: la trascrizione, infatti, non ha perso efficacia per decorso del termine ventennale di cui all'art. 2668 *bis* c.c., ma risulta al contrario radicalmente cancellata dai registri immobiliari. La rinnovazione del pignoramento, infatti, si presenta quale rimedio diretto ad impedire la perdita di efficacia della trascrizione e non invece funzionale alla reviviscenza di formalità già cancellate.

In ogni caso, si intenda la formalità ordinata dal giudice dell'esecuzione come nuova trascrizione ovvero come mera rinnovazione, si pone il problema di regolare il rapporto tra esecuzione forzata ed eventuali atti dispositivi compiuti e trascritti *medio tempore* dal debitore esecutato<sup>224</sup>.

Se infatti la trascrizione non ha carattere costitutivo del pignoramento, resta fermo che essa si dimostra comunque essenziale ai fini dell'opponibilità del pignoramento nei confronti di eventuali terzi aventi causa del debitore esecutato. Qualora ad esempio il bene sia stato concesso in usufrutto (e

---

condivisibile in relazione al problema affrontato dall'Autore, ossia appunto la perdita di efficacia della trascrizione per mancata rinnovazione entro il termine ventennale di cui all'art. 2668 *bis* c.c. La stessa *ratio* sembra invece condurre a soluzioni opposte nella ipotesi descritta nel testo, in cui non vi è il mero "venir meno" degli effetti della trascrizione bensì la radicale cancellazione della formalità dai registri immobiliari.

<sup>222</sup> In realtà, si è sostenuto che, anche qualora si riconosca alla trascrizione del pignoramento efficacia costitutiva, la cancellazione della formalità non impedirebbe comunque la prosecuzione dell'esecuzione forzata (v. SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale*, cit., 30). Come evidenziato poco oltre nel testo, d'altro canto, la questione non appare dirimente: ciò che rileva, invece, è evidenziare come in ogni caso sia necessario procedere ad una nuova trascrizione del pignoramento.

<sup>223</sup> Ciò è pacifico, v. SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale*, cit., 30.

<sup>224</sup> Vale incidentalmente osservare come la necessità di procedere a trascrivere un "nuovo" pignoramento comporti anche il compimento (o meglio la rinnovazione) di una serie di attività del processo esecutivo, come l'acquisizione di documentazione ipotecaria integrativa, il conseguente avviso a favore di eventuali creditori *medio tempore* iscritti nei pubblici registri, la stima del valore del bene oggetto di espropriazione (magari gravato da vincoli anteriormente non sussistenti), e così via.

l'usufrutto sia stato trascritto) anteriormente alla trascrizione del “nuovo” pignoramento, l'usufruttuario ha titolo per far valere la prevalenza del suo diritto rispetto alla procedura esecutiva e altresì all'eventuale acquirente in vendita forzata.

Ciò rappresenta in realtà un chiaro pregiudizio<sup>225</sup> non solo rispetto al creditore ipotecario – questi patisce infatti l'ulteriore perdita della garanzia iscritta con ciò che ne consegue in ordine all'opponibilità ai creditori e ai terzi del proprio titolo di preferenza – ma all'intero ceto creditorio, il quale si potrebbe ritrovare sostanzialmente spogliato del bene oggetto della procedura esecutiva<sup>226</sup>; nonché, a ben vedere, anche rispetto ai terzi titolari di diritti reali limitati estinti ai sensi dell'art. 2812 c.c.<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Il rischio di incorrere in un simile pregiudizio sarebbe “teorico o comunque minimo”, posto che “*il termine per dedurre (ex art. 617 c.p.c.) i vizi propri dell'aggiudicazione è solitamente scaduto alla data di emissione del decreto di trasferimento*”, così FARINA, *Il tempo dell'effetto purgativo delle vendite forzate*, cit., 1372; senonché, subito dopo, l'Autore fa immediatamente notare come assai meno “teorica” si presenta la possibilità che il decreto ex art. 586 c.p.c. sia fatto oggetto di opposizione per vizi “riferibili al decreto stesso” nonché nell'ipotesi di “vendita delegata”. In ogni caso, non si può che concordare con VANZ, *La “doppia anima” del decreto di trasferimento*, cit., 388, dove si evidenzia che “*Il fatto che tutto ciò possa essere statisticamente poco probabile non significa che sia privo di rilievo, poiché ciò introduce incrinature ai diritti dei creditori, e non solo a quelli ipotecari*”.

<sup>226</sup> Appare a mio avviso assai poco convincente la tesi per cui le conseguenze illustrate nel testo costituirebbero un “rischio calcolato”, giacché esse si potrebbero comunque verificare anche qualora si ritenesse che l'ordine di cancellazione possa essere eseguito solo in mancanza di opposizione ex art. 617 c.p.c. avverso il decreto ex art. 586 c.p.c.: si evidenzia in particolare che – qualora invece l'opposizione agli atti esecutivi venisse effettivamente esperita e tuttavia il giudice dell'esecuzione non adottasse i “provvedimenti indilazionabili ed urgenti” di cui all'art. 618 c.p.c. – il conservatore sarebbe comunque tenuto ad eseguire l'ordine di cancellazione, nonostante la pendenza del giudizio di opposizione. E qualora l'opposizione ex art. 617 c.p.c. venisse accolta, “*il processo di espropriazione dovrebbe riprendere e sarebbe esposto a tutte le criticità di cui si è detto*” (SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale*, cit., 32). Mi sembra tuttavia abbastanza arduo condividere la logica sottesa a questo ragionamento: siccome, nel caso in esame, i creditori non possono comunque godere di una tutela perfetta e assoluta, è allora giustificabile non accordare loro tutela alcuna. Argomento che, così formulato, risulta a mio avviso difficile da sostenere.

<sup>227</sup> Il diritto di usufrutto, uso, abitazione o servitù costituito e trascritto successivamente all'ipoteca si estingue a norma dell'art. 2812 c.c. e può dunque ritenersi oggetto (seppur in mancanza di espressa previsione) dell'ordine di cancellazione di cui all'art. 586 c.p.c. Il terzo

La specifica posizione del creditore ipotecario, peraltro, risulta ancor più intensamente pregiudicata in alcune specifiche ipotesi. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il debitore – anteriormente alla trascrizione del pignoramento ma successivamente all’iscrizione dell’ipoteca – abbia alienato la piena proprietà del bene immobile, il quale viene fatto oggetto di espropriazione da parte del creditore ipotecario *ex art. 602 c.p.c.*

Pronunciato il decreto di trasferimento, secondo la tesi qui criticata l’ordine di cancellazione previsto *ex art. 586 c.p.c.* trova immediata esecuzione da parte del conservatore dei registri immobiliari<sup>228</sup>: l’iscrizione ipotecaria – la quale consentiva al creditore di agire *ex art. 602 c.p.c.* – viene dunque cancellata e la garanzia risulta pertanto irrimediabilmente estinta.

Qualora il decreto di trasferimento sia fatto oggetto di opposizione e venga successivamente caducato, il processo esecutivo dovrebbe quindi proseguire per la pronuncia di un nuovo decreto *ex art. 586 c.p.c.*; ma in questo caso, essendo venuta meno l’iscrizione ipotecaria, appare definitivamente preclusa la possibilità di agire contro il terzo proprietario ai sensi dell’art. 602 c.p.c.

Il bene immobile (in precedenza ipotecato) risulta ormai nella piena titolarità di un soggetto diverso dal debitore e non sussistono più i presupposti (ossia, l’iscrizione della garanzia anteriore alla trascrizione dell’atto di disposizione) per esercitare l’azione esecutiva contro il terzo.

Sicché il creditore ipotecario, in questa ipotesi, non solo perde il proprio titolo di prelazione in sede di distribuzione del ricavato, ma anche la

---

non solo si trova spogliato del proprio diritto reale sul bene, ma anche non dispone di alcun titolo esecutivo per agire nei riguardi del debitore esecutato.

<sup>228</sup> Si precisa che gli atti dispositivi successivi alla trascrizione del pignoramento non sono oggetto dell’ordine di cancellazione adottato dal giudice dell’esecuzione ai sensi dell’art. 586 c.p.c. Questo, infatti, riguarda il solo pignoramento trascritto nonché le ipoteche iscritte sul bene esecutato; mentre non si estende agli atti dispositivi della cosa eventualmente compiuti dal debitore e trascritti successivamente al pignoramento. In ogni caso, anche a voler diversamente argomentare, resta fermo che la cancellazione della trascrizione non pregiudica la validità dell’atto dispositivo; sicché all’indomani dell’accoglimento dell’opposizione *ex art. 617 c.p.c.* avverso il decreto di trasferimento, il terzo avente causa ovvero il debitore stesso ben potrebbero comunque trascrivere l’atto di alienazione anteriormente alla nuova trascrizione del pignoramento.

possibilità di agire contro il terzo proprietario che abbia trascritto il proprio acquisto successivamente all'iscrizione ipotecaria.

### ***Considerazioni conclusive in ordine alla tesi qui criticata***

In conclusione, avverso l'interpretazione favorevole alla immediata efficacia dell'ordine di cancellazione, possono invocarsi diversi argomenti.

In primo luogo, muovendo dal dato positivo, deve richiamarsi il disposto dell'art. 2884 c.c., secondo cui l'ordine di cancellazione può essere eseguito solo in forza di un provvedimento divenuto definitivo.

In secondo luogo, l'applicabilità dell'art. 2884 c.c. all'ipotesi in esame non può ritenersi esclusa dalla circostanza che il decreto *ex art. 586 c.p.c.*, in quanto atto privo di portata decisoria, sia idoneo a produrre stabilmente i propri effetti fin dal momento della sua adozione. In contrario, infatti, si è visto come il principale effetto del decreto, ossia il trasferimento del bene oggetto di esecuzione, venga per certo caducato dall'accoglimento dell'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Infine, ma non certo per importanza, a favore della piena applicabilità dell'art. 2884 c.c. sussistono ragioni di tutela dei creditori ipotecari (e in realtà di tutti i creditori che hanno preso parte all'esecuzione): la tesi dell'immediata efficacia dell'ordine di cancellazione comporta infatti la perdita delle garanzie iscritte sul bene nonché del pignoramento trascritto, con irrimediabile pregiudizio delle pretese dei creditori nell'ipotesi in cui avverso il decreto di trasferimento venisse esperita e accolta l'opposizione *ex art. 617 c.p.c.*

Pertanto, si deve ritenere che il decreto *ex art. 586 c.p.c.* produca stabilmente i propri effetti solo al decorso dei venti giorni previsti per l'esperimento dell'opposizione agli atti esecutivi; solo in questo momento l'ordine di cancellazione disposto dal giudice dell'esecuzione può (e deve) essere eseguito e il creditore ipotecario, a fronte della cancellazione dell'ipoteca, acquista stabilmente il diritto di soddisfarsi secondo il proprio titolo di prelazione sul prezzo ricavato dalla vendita forzata.

## BIBLIOGRAFIA

- AFFERNI, BARAGGIOLI, *L'ipoteca iscritta anteriormente prevale sul privilegio del promissario acquirente: la svolta delle sezioni unite nella prospettiva storica e comparatistica*, Dir. Fall., 2010, 397
- AMADIO, MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, Bologna, 2014
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 213
- ANDRIOLI, *Intervento dei creditori* (voce), Enc. Dir., XXII, Milano, 1972
- ANDRIOLI, *Intorno agli "effetti sostanziali" del pignoramento e del sequestro conservativo immobiliare*, Foro It., 1951, 1598
- ARCHINÀ, *Il "ridimensionamento" del privilegio ex art. 2775 bis c.c.*, Giur. It., 2010, 1049
- ASTUNI, *Il trasferimento dell'immobile la stabilità dell'aggiudicazione e della vendita*, in Cardino, Romeo, *Il processo di esecuzione*, Padova, 2018, 756
- ATTARDI, *Interesse ad agire* (voce), Dig., Torino, 1993
- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955
- BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014
- BIANCA, *Diritto civile, volume VI La proprietà*, Milano, 2017

- BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999
- BOGGIALI, *I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 163-2012/I
- BOVE, *La distribuzione*, in Balena, Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 255
- BUCCICO, *Misure cautelari a tutela del credito*, Milano, 2015
- BUSNELLI, *Art. 2911 c.c.*, in Bigliazzi Geri, Busnelli, Ferrucci, *Commentario del Codice Civile Libro VI: della tutela dei diritti*, 4, Torino, 1980
- CALOIARO, *Immobile abusivo ipotecato e ordinanza di demolizione*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 172
- CALVOSA, *Il processo cautelare*, Torino, 1970, 705
- CAMPESE, *L'espropriazione forzata immobiliare*, Milano, 2006, 427
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015
- CAPPONI, *L'intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV Legislatura (dalla competitività alla Kessler, passando per gli interventi correttivi: leggi 14-5-2005, n. 80; 28-12-2005, n. 263; 24-2-2006, n. 52)*, Riv. Esec. Forz., 2006, 22
- CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, Corr. Giur., 2006, 1760
- CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015
- CAPPONI, *Pignoramento* (voce), Enc. Giur., XXIII, Roma, 1990

- CAPRIOLI, *Privilegio del promissario acquirente e ipoteca anteriore alla trascrizione del preliminare*, Fall., 2004, 1324
- CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Padova, 1936
- CARNELUTTI, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Riv. dir. proc. civ., 1939, 3
- CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra "diritto al concorso" e "sostanza" delle ragioni creditorie*, Corr. Giur., 2009, 559
- CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2010, 662
- CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017
- CERINO CANOVA, *Vendita forzata* (voce), Enc. Giur., XXXII, Roma, 1994
- CHIANALE, *L'ipoteca*, Milano, 2017
- CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, Torino, 1901
- CHIZZINI, *Art. 2668-ter - Durata dell'efficacia della trascrizione del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 225
- CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile* (voce), Dig., Torino, 1998
- CICCARELLO, *Privilegio* (voce), Enc. Dir., XXXV, Milano, 1986
- CICERO, *L'ipoteca* (voce), Dig., Torino, 2016

- CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, Riv. Esec. Forz., 2016, 563
- CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, Riv. Esec. Forz., 2019, 250
- D'AQUINO, *L'intervento dei creditori*, Riv. Esec. Forz., 2006, 773
- DI SAPIO, *L'art. 2929 bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, Dir. Econ. Impr., 2016, 315
- DISTASO, *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milano, 1953
- DURELLO, *Sull'oggetto del giudizio di opposizione di terzo all'esecuzione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2012, 1377
- DONVITO, *Le vendite immobiliari nel fallimento*, Giur. It., 2007, 774
- FABIANI E., *La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti*, Giust. proc. civ., 2015, 703
- FABIANI E., *L'inefficacia della trascrizione del pignoramento*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 8-2010/E
- FABIANI E., PICCOLO, *Vendita fallimentare e atto notarile*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 31-2018/E
- FABIANI M., *Le controversie distributive. L'oggetto del procedimento e l'impugnazione dell'ordinanza del giudice*, Riv. Es. Forz., 2010, 575
- FARINA, *Il tempo dell'effetto purgativo delle vendite forzate: una parola definitiva dalle Sezioni unite*, Giur. It., 2021, 1366

- FARINA, *Sentenza di accertamento dell'usucapione e tutela del creditore ipotecario pretermesso*, Riv. Esec. Forz., 2013, 418
- FARINA, *Sull'(il)legittimità del rifiuto del conservatore di «purgare» il bene pignorato dai vincoli pregiudizievoli*, Ilprocessocivile.it
- FAZZARI, *L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 16-2011/E
- FEDERICO, *L'intervento del notaio nelle procedure concorsuali: tra vendita secondo il codice di rito, procedure competitive e altri atti dispositivi*, fondazione-notariato.it
- FEDERICO, *Natura giuridica della vendita fallimentare*, Fall., 2007, 159
- FERRI, *La liquidazione dell'attivo fallimentare*, Riv. dir. proc., 2006, 963
- FERRI, *Sequestro* (voce), Dig., Torino, 1998
- FIMMANÒ, *La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo della riforma*, Dir. fall., 2007, 860
- FINOCCHIARO, *In tema di concorso tra creditore sequestrante e creditore assistito da ipoteca iscritta dopo la trascrizione del sequestro*, Riv. dir. proc., 2018, 1352
- FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia* (voce), Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969
- FRAGALI, *Ipoteca* (voce), Enc. Dir., XXII, Milano, 1972
- FRANCESCHELLI, *L'ipoteca come diritto reale*, Riv. dir. comm., 1938, 277

- GABRIELLI, *Conflitto fra privilegio del promissario acquirente ed ipoteca iscritta prima della trascrizione del contratto preliminare*, Riv. Dir. Civ., 2004, 793
- GASBARRINI, *Espropriazione forzata e diritto di abitazione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 21-2013/E
- GAZZONI, *Cessione di cubatura, “volo” e “trascrizione”*, in *Judicium*, 2011, 13
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019
- GIORGIANNI, *Diritti reali (diritto civile)* (voce), *Novis. Dig.*, Torino, 1960, 748
- GORLA, *Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja, Branca (a cura di), Bologna, Roma, 1958, 440
- GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935
- GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, *Jus*, 1968, 349
- GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2015
- IACUMIN, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, *Giur. It.*, 2014, 1402
- LASERRA, *Il sequestro conservativo come vincolo a porta aperta*, *Riv. dir. proc.*, 1976, 76
- LEUZZI, *Vendita di beni immobili e cancellazione dei gravami nel contesto esecutivo e concorsuale*, *Fall.*, 2021, 311

- LICCARDO, FEDERICO, *Art. 108 Poteri del giudice delegato, in Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, (diretto da) Jorio e (coordinato da) M. Fabiani, Bologna, 2007, 1797
- LIEBMAN, *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, Riv. dir. proc. civ., 1934
- LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1936
- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984
- LORENZETTO PESERICO, *Il decreto di trasferimento come titolo di provenienza*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 18-2011/E
- LORENZETTO PESERICO, *Il fondo patrimoniale tra esecuzione forzata e fallimento*, Riv. Esec. Forz., 2013, 487
- LORENZETTO PESERICO, *L'ordine di cancellazione di formalità contenuto nel decreto di trasferimento*, Riv. Esec. Forz., 2017, 630
- LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011
- MANDRIOLI, *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967
- MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017
- MAZZARELLA, *Vendita forzata* (voce), Enc. Dir., XLVI, Milano, 1993
- MERLIN, *Le controversie distributive*, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma. II. Processo esecutivo*, Milano, 2006, 135
- MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998

- MICCOLIS, *L'opposizione di terzo all'esecuzione e i terzi nel processo esecutivo*, Riv. Esec. Forz., 2014, 34
- MONTEL, *Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca*, Foro it., 1937, 235
- NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013
- NATOLI, *Azione revocatoria* (voce), Enc. Dir., IV, Milano, 1959
- NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari II - L'amministrazione nel periodo successivo all'accettazione dell'eredità*, Milano, 1968
- ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987
- ORIANI, *Opposizione all'esecuzione* (voce), Dig., Milano, 1995
- PALUCHOWSKI, *Art. 107 Modalità delle vendite*, in Pajardi, *Codice del fallimento*, Milano, 2013, 1339
- PASSAFIUME, *Sull'illegittimità del rifiuto del conservatore di procedere alla cancellazione dei gravami ordinata con il decreto di trasferimento*, Riv. Esec. Forz., 2020, 154
- PENTA, *Effetti sostanziali delle vendite fallimentari*, Fall., 2010, 1142
- PILLONI, *Cognizione del g.e. e opposizioni esecutive*, in *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, De Cristofaro, Piloni (a cura di), Torino, 2020, 21
- PILLONI, *L'accertamento del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011
- POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, Bruxelles, 1831

- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2021
- PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965
- PUGLIESE, *Diritti reali*, Enc. Dir., Milano, 1964, 772
- RAVAZZONI, *Garanzia (diritti reali di)* (voce), Dig., Torino, 1992
- RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, 2006
- REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911
- ROMANO A., *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008
- ROMANO A., *Intervento dei creditori* (voce), Dig., Torino, 2007
- ROMANO C., *Riflessioni sul vincolo testamentario di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. il lungo cammino di un'idea*, (a cura di) Bianza e De Donato, Quaderni del Notariato, II, 2013
- RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Cicu, Messineo, Milano, 1956
- RUSSO, *La natura del termine per la presentazione dell'istanza di assegnazione ex art. 588 c.p.c. e le esigenze di conoscibilità da parte degli offerenti esterni*, Riv. Esec. Forz., 2019, 940
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano 1966
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano 1968

- SOLDI, *Il decreto di trasferimento in generale e nel caso di procedimento delegato ai sensi dell'art. 591 bis c.p.c.*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 24-2021/PC
- SOLDI, *Il progetto di distribuzione e le controversie distributive*, Riv. esec. forzata, 2007, 72
- SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2019
- SPATUZZI, *La circolazione del diritto di abitazione*, Notariato, 2019, 38
- STORTO, *Sul problema dell'intervento dei creditori nel processo di espropriazione contro il terzo proprietario*, Riv. Esec. Forz., 2002, 163
- TAGLIALAVORO, *Privilegio speciale ex art. 2775-bis e ipoteca iscritta sul medesimo bene immobile*, Contratti, 2010, 674
- TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006
- TEDOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, Riv. Dir. Proc., 2006, 1317
- TEDOLDI, *Tutela risarcitoria e tutela restitutoria in caso di omessa notifica dell'ordinanza di vendita al creditore iscritto (con brevi note sulla responsabilità e processo)*, Riv. Esec. Forz., 2005, 668
- TERLIZZI, *Le sezioni unite cambiano rotta sul conflitto tra privilegio da contratto preliminare trascritto e ipoteca precedentemente iscritta*, Giur. It., 2010, 1049
- TIZI, *Sospensione della provvisoria esecutività del titolo esecutivo del creditore intervenuto e i suoi effetti*, Riv. Esec. Forz., 2021, 659

- TORRENTE, SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011
- TOTO, *L'azione esecutiva diretta dell'art. 2929-bis c.c.*, Riv. Esec. Forz., 2017, 464
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1974
- TRAPANI, *Dalla cessione di cubatura alle operazioni sui crediti di cubatura: evoluzione o mutazione del diritto*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 671-2009/C
- TRAVI, *Espropriazione forzata in generale* (voce), Digesto, 1992
- TRIFONE, *Espropriazione forzata, vendita dell'immobile pignorato, decreto di trasferimento ed ordine di cancellazione delle ipoteche*, Corr. Giur., 2021, 1420
- VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, Riv. Es. Forz., 2007, 18
- VANZ, *La "doppia anima" del decreto di trasferimento. Spunti sul tema delle condizioni per la sua trascrivibilità*, Riv. Esec. Forz., 2020, 366
- VANZ, *La trascrivibilità del decreto di trasferimento immobiliare*, Riv. Dir. Proc., 2021, 1011
- VELLANI, *Conversione del sequestro conservativo in pignoramento e creditori intervenuti*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1978, 661
- VELLANI, *In tema di effetti sostanziali del sequestro conservativo*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1966, 1119
- VELLANI, *La conversione del sequestro conservativo in pignoramento*, Milano, 1955

VELLANI, *Sull'ipoteca iscritta tra sequestro conservativo e pignoramento*,  
Giur. It., 1977, 1707

VERDE, *Pignoramento in generale* (voce), Enc. Dir., XXXIII, Milano, 1983

VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942

## **GIURISPRUDENZA**

### **CORTE DI CASSAZIONE**

Cass. SS.UU., 30.7.1953, n. 2593

Cass., 3.10. 1967, n. 2252

Cass., 15.3.1974, n. 747

Cass., 2.5.1975, n. 1691

Cass., 26.8.1976, n. 3058

Cass., 5.4.1977, n. 1299

Cass., 25.6.1977, n. 2733

Cass., 14.3.1978, n. 1294

Cass., 9.11.1982, n. 5888

Cass., 11.3.1986, n. 1645

Cass., 24.5.1986, n. 3499

Cass., 31.7.1989, n. 3565

Cass., 23.11.1989, n. 5039

Cass., 22.3.1993, n. 3379

Cass., 27.3.1993, n. 3722

Cass., 24.6.1993, n. 6999

Cass., 1.3.1994, n. 2023

Cass., 1.12.1994, n. 10254

Cass., 1.3.1995, n. 2302

Cass., 5.8.1997, n. 7218

Cass., 8.4.1998, n. 3663

Cass., 22.4.1998, n. 4078

Cass., 5.1.2000, n. 27

Cass., 7.2.2000, n. 1337

Cass. 7.3.2002, n. 3316

Cass., 11.6.2003, n. 9394

Cass., 14.11.2003, n. 17197  
Cass., 24.2.2004, n. 3615  
Cass., 6.5.2004, n. 8615  
Cass., 29.11.2004, n. 22430  
Cass., 17.12.2004, n. 23572  
Cass., 19.7.2005 n. 15222  
Cass., 29.4.2006, n. 10029  
Cass., 15.12.2006, n. 26933  
Cass., 17.1.2007, n. 1033  
Cass., 24.1.2007, n. 1594  
Cass., 5.6.2007, n. 13182  
Cass., 10.8.2007, n. 17644  
Cass., 3.9.2007, n. 18536  
Cass., 16.4.2009, n. 9018  
Cass. SS.UU., 1.10.2009, n. 21045  
Cass., 4.2.2010, n. 2610  
Cass., 13.5.2010, n. 11597  
Cass., 21.5.2010, n. 12507  
Cass., 22.9.2010, n. 20037  
Cass., 25.10.2010, n. 21830  
Cass., 29.10.2010, n. 22199  
Cass. 20.1.2011, n. 1328  
Cass., 13.7.2011, n. 15363  
Cass., 28.7.2011, n. 16541  
Cass., 28-7-2011, n. 16610  
Cass., 16.3.2012, n. 4195  
Cass., 19.3.2012, n. 4366  
Cass., 14.5.2012, n. 7498  
Cass., 28. 6.2012, n. 10871  
Cass., 7.11.2012, n. 19277  
Cass., 12.2.2013, n. 3402  
Cass., 5.2.2014, n. 2610  
Cass., 15.5.2014, n. 10632  
Cass., 30.7.2014, n. 17270

Cass., 27.8.2014, n. 18336  
Cass., 7.1.2016, n. 54  
Cass., 11.3.2016, n. 4751  
Cass., 19.4.2016, n. 7745  
Cass., 20.4.2016, n. 7776  
Cass., 5.12.2016, n. 24792  
Cass. SS.UU., 27.12.2016, n. 26989  
Cass., 13.3.2017, n. 6386  
Cass., 31.8.2017, n. 20608  
Cass., 10.10.2017, n. 23667  
Cass., 13.2.2018, n. 3430  
Cass., 24.5.2018, n. 13043  
Cass., 12.6.2018, n. 15193  
Cass., 23.8.2018, n. 20994  
Cass., 5.11.2018, n. 28098  
Cass., 13.2.2019, n. 4263  
Cass. 28.6.2019, n. 17441  
Cass., 28.8.2019, n. 21752  
Cass., 13.3.2020, n. 7249  
Cass., 22.6.2020, n. 12127  
Cass. SSUU, 18.9.2020, n. 19597  
Cass. SSUU, 14.12.2020, n. 23387  
Cass. SS.UU., 9.6.2021, n. 16080  
Cass., 11.1.2022, n. 604

#### **CORTE COSTITUZIONALE**

Corte cost., 7.6.1984, n. 167  
Corte cost., 25.10.1985, n. 237  
Corte cost., 26.5.1995, n. 192

#### **CONSIGLIO DI STATO**

Cons. Stato, 14.4.2015, n. 1884

## **GIURISPRUDENZA DI MERITO**

Trib. Torino, 4.11.2003, Giur. Mer., 2005, 588

Trib. Trieste, 18.10.2011, in [leggiditalia.it](http://leggiditalia.it)

Trib. Tempio Pausania, 25.9.2012, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it)

Trib. Padova, 4.1.2019, Fall., 2019, 538

Trib. Palermo, 25.1.2019 (ord.), Riv. Esec. Forz., 2019, 938

Trib. Milano, 3.12.2019, Riv. Esec. Forz., 2020, 153

## ***Abstract***

Tradizionalmente, l'ipoteca è qualificata, sia in dottrina che in giurisprudenza, come un diritto "reale di garanzia". Primo obiettivo del presente lavoro è esaminare criticamente tale classificazione, muovendo dallo spunto che l'ipoteca – pur trattata alla stregua di un diritto reale – non produce alcun effetto sostanziale, rilevando solo nell'ambito dell'esecuzione forzata. Alla luce di tali riflessioni, la tesi analizza specificamente i tre principali effetti ricollegabili all'iscrizione ipotecaria: il cd. diritto di seguito, soprattutto con riguardo alle problematiche attinenti all'art. 2812, co. 1 e 2, c.c.; il diritto di essere avvisato della pendenza della procedura esecutiva ex art. 498 c.p.c. (e il correlato diritto di intervenire in esecuzione); il titolo di preferenza in sede di distribuzione del ricavato. Ad ognuno di tali argomenti e ai suoi profili problematici è dedicato un capitolo della presente tesi.

Traditionally, mortgage is considered a *right in rem* by both legal literature and case-law. The present thesis challenges this qualification, arguing that mortgage, unlike *rights in rem*, does not have substantive legal effects. On the contrary, mortgage should be regarded as a legal arrangement having consequences in the course of civil proceedings. In the light of this, the thesis identifies and analyses in depth the three main prerogatives granted to creditors secured by mortgage in the course of enforcement proceedings by artt. 2812 and 2808 civil code and 498 code of civil procedure. These prerogatives and their problematic aspects are examined separately in different chapters of the thesis.