
Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



CAPITOLO VI I TITOLI IPOTECARI

Il capitolo analizza le diverse tipologie di ipoteca previste dal codice civile e dalla normativa speciale, distinguendo tra ipoteca legale, giudiziale, volontaria e tributaria. La prima sezione approfondisce l'ipoteca legale, evidenziandone le origini storiche e le ipotesi tipiche (alienante, condividente), nonché le regole di iscrizione. La seconda sezione tratta l'ipoteca giudiziale, ricostruendone la funzione nel sistema delle garanzie immobiliari e i titoli (anche provenienti dall'estero) che ne consentono l'iscrizione, con particolare attenzione alle procedure concorsuali e ai beni ereditari. La terza sezione è dedicata all'ipoteca volontaria, analizzando il negozio di concessione, i requisiti di forma, la causa, le figure particolari (preliminare di ipoteca, ipoteca testamentaria, terzo datore), e le problematiche connesse all'ipoteca fondiaria, inclusi i limiti di finanziabilità e le conseguenze sul regime ipotecario. Chiude il capitolo l'ipoteca tributaria, quale strumento di garanzia per i crediti erariali, con riferimento alle modalità di iscrizione e agli effetti sul patrimonio del debitore.

SOMMARIO: Sezione I – L'IPOTECA LEGALE – 1. L'ipoteca legale in generale – 2. L'iscrizione dell'ipoteca legale – 3. L'ipoteca legale dell'alienante: l'origine storica – 4. Segue: le regole – 5. L'ipoteca legale del condividente – 6. Altre ipotesi di ipoteca legale – Sezione II – L'IPOTECA GIUDIZIALE – 1. L'origine storica dell'ipoteca giudiziale – 2. L'ipoteca giudiziale nel sistema delle garanzie immobiliari – 3. I titoli dell'ipoteca giudiziale – 4. L'iscrizione di ipoteca giudiziale nelle procedure concorsuali diverse dalla liquidazione giudiziale – 5. L'iscrizione di ipoteca giudiziale su beni di eredità beneficate o giacenti – Sezione III – L'IPOTECA VOLONTARIA – 1. Il negozio di concessione: forma e unilateralità – 2. Incapaci; amministratori di beni nell'interesse altrui; procuratori – 3. La causa – 4. La determinazione dell'oggetto della garanzia – 5. Il prestito vitalizio ipotecario – 6. Il preliminare di ipoteca e la promessa di garanzia – 7. L'ipoteca testamentaria – 8. Il negozio di concessione viziato – 9. L'usucapione – 10. Il terzo datore di ipoteca – 11. L'ipoteca fondiaria – 12. Segue: la disposizione dell'art. 2825-bis c.c. – 13. Segue: il superamento del limite di finanziabilità nel mutuo fondiario – Sezione IV – L'IPOTECA TRIBUTARIA – 1. L'ipoteca tributaria

Sezione I L'IPOTECA LEGALE

1. L'ipoteca legale in generale

L'ipoteca si dice legale, quando la legge, in considerazione del credito da garantire, prevede la nascita dell'ipoteca contestualmente al sorgere di

un determinato credito¹. Per la costituzione della garanzia occorre comunque l'iscrizione nei registri immobiliari, che per il codice abrogato doveva essere chiesta dall'interessato, mentre oggi, nei casi di ipoteca legale rimasti, viene presa d'ufficio dal conservatore. La non eccessiva vitalità dell'istituto si contrappone a una storia assai ricca di spunti teorici: ciò giustifica un approfondimento a prima vista ridondante, rispetto all'effettivo attuale ricorso all'ipoteca legale.

Per struttura e per funzione l'ipoteca legale presenta stretta contiguità con i privilegi speciali immobiliari e quasi non si differenzia da quei privilegi speciali immobiliari, per la costituzione dei quali la legge prevede forme di pubblicità, come consentito dall'art. 2745 c.c.². Talora, specie nel passato, si sono ricondotte al paradigma dell'ipoteca legale posizioni di garanzia previste dalla legge, ma aventi in sostanza funzione cautelare e ben più vicine al sequestro conservativo.

Le ipoteche legali attualmente disposte dal codice civile sono due soltanto (art. 2817, nn. 1 e 2, c.c.)³: l'alienante e il condividente, per l'adempimento degli obblighi a carico dell'acquirente o degli altri condividenti, hanno ipoteca legale sul bene alienato o assegnato ai condividenti obbligati al conguaglio.

Da un lato, la storia ha ridotto così lo spettro delle ipoteche legali, inizialmente previste dal codice civile francese. In Italia, con il trascorrere del tempo, sono scomparse quella sui beni dei tutori, a favore dei soggetti sui quali svolgono la funzione di tutela; quella sui beni del marito, a garanzia dei crediti della moglie derivanti dalla costituzione della dote; quella penale, a favore dello Stato sui beni del condannato. È scomparsa anche l'ipoteca legale gravante sui beni ereditari, a favore dei legatari per l'adempimento dei legati⁴. Sono cioè state eliminate, per la loro intrinseca inefficienza, le

¹ Non si verte però in ipotesi di ipoteca legale quando la legge si limita a imporre al debitore la prestazione, genericamente, di una garanzia, oppure la concessione di un'ipoteca (ad esempio per la rendita semplice perpetua: art. 1864 c.c.), che è comunque volontaria e costituisce adempimento dell'obbligazione del debitore.

² Sul punto si può richiamare GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Roma, 1935, 272; cfr. anche CICERO, *Iscrizione e rinnovazione ipotecaria*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Busnelli, Milano, 2008, 83 ss.; per considerazioni simili v. anche CABRILLAC-MOULY, *Droit de sûretés*, 6^a ed., Paris, 2002, e 10^a ed., Paris, 2015, 746 s., per il privilegio del venditore, e 754 s., per il privilegio del condividente.

³ L'art. 2817, n. 3, c.c. è privo di oggetto: esso contempla tuttora l'ipoteca legale a favore dello Stato sui beni dell'imputato e del soggetto civilmente responsabile; ma il codice di procedura penale del 1988 ha abrogato le norme penali che prevedevano l'ipoteca legale.

⁴ L'ipoteca legale del legatario, ancora oggi prevista dall'art. 2402 *code civil*, scompare nel c.c. abr.: v. in proposito App. Genova 27.12.1879, in *Foro it.*, 1880, I, 244 s. (il legatario pretende che l'ipoteca legale sia conservata dall'art. 1029 c.c. abr., ora trasfuso nell'art. 754 c.c., ma soccombe perché tale norma viene riferita, diversamente dal corrispondente art. 1017 *code civil*, al debito ereditario già garantito da ipoteca).

ipoteche legali generali, gravanti su tutti i beni immobili del debitore; permangono soltanto ipoteche legali speciali, gravanti su singoli immobili. D'altro lato, come si vedrà, le ipoteche legali residue sono dotate di una intrinseca forza espansiva; soprattutto l'ambito della garanzia un tempo concessa al venditore e ora estesa a ogni alienante tende ad assumere contorni sempre più ampi.

L'ipoteca legale dell'alienante ha una lunga storia alle spalle e si rinviene in tutti i sistemi giuridici che accolgono il principio consensualistico per il trasferimento della proprietà. La tutela del credito del venditore per il pagamento del prezzo, in particolare, è sempre stata ritenuta idonea ragione per attribuire una causa di prelazione sull'immobile venduto. Secondo le usuali, rigide, costruzioni teoriche, i validi motivi di giustizia, che fondano la preferenza del venditore non pagato rispetto agli altri creditori dell'acquirente, rafforzata dalla speciale opponibilità disposta dall'art. 2650, comma 3, c.c., dovrebbero risolversi in critiche di ingiustizia del principio consensualistico. Ma fino a tal punto nessun interprete si è mai spinto: tutti giustificano l'esistenza dell'ipoteca legale del venditore con la necessità, per il legislatore, di incentivare le vendite a credito⁵.

Gli studi condotti dai cultori del diritto comparato consentono di cogliere meglio le regole operazionali applicabili al trasferimento di proprietà immobiliare.

Non c'è in realtà alcuna necessità di agevolare le vendite a credito: la struttura del trasferimento immobiliare mostra, in tutti i sistemi, che il venditore mantiene una garanzia fortissima per il pagamento del prezzo dilazionato. Nei sistemi giuridici che accolgono la scissione tra negozio causale e atto traslativo, la garanzia del venditore è data dal permanere della proprietà sino al compimento dell'atto traslativo, o sino alla sua iscrizione nei libri fondiari. In diritto tedesco, ad esempio, il consenso alla *Auflassung*, che viene iscritta nel libro fondiario al fine di attuare il trasferimento di proprietà, viene ritardato sino al saldo. Nei sistemi ispirati al principio consensualistico, il bilanciamento al trapasso di proprietà è dato da una causa di prelazione, opponibile ai terzi, specie ai creditori dell'acquirente, divenuto proprietario: ecco sorgere il privilegio speciale francese e l'ipoteca legale italiana.

La struttura delle regole operazionali è analoga nei vari sistemi giuridici: il credito del venditore per il pagamento del saldo prevale sui crediti vantati da terzi soggetti verso l'acquirente; e ciò indipendentemente dalle formule declamatorie, che dislocano la proprietà in capo al venditore, nei

⁵ Ad esempio v. GORLA, *op. cit.*, 272; RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. Schlesinger*, Milano, 2006, 219, che richiama «l'esigenza di favorire le vendite immobiliari (in particolare, ma non solo, nell'ambito dell'edilizia)», anche se in verità nel mondo reale non è dato trovare costruttori disposti ad alienare la proprietà degli edifici confidando sull'ipoteca legale, ragion per cui il legislatore appresta strumenti specifici come il *rent to buy* e il *leasing* abitativo.

sistemi con atto traslativo, oppure in capo all'acquirente, nei sistemi consensualistici. Una conferma si rinviene nella fortuna concessa in Italia al preliminare di vendita nella contrattazione immobiliare: la garanzia per il pagamento del saldo viene assicurata dalla dilazione del trasferimento di proprietà sino al compimento del contratto definitivo, che svolge la funzione di atto traslativo solutorio.

Si può pensare che l'esistenza dell'ipoteca legale sia una limitazione intollerabile ai principi di libertà e autonomia contrattuale; che si tratti di «tediosa ingerenza del legislatore in interessi di mera indole privata» e che se «una garanzia è necessaria, le parti pensano da sé stesse a procurarsela»⁶. Una simile critica trascura la struttura profonda della dinamica dei trasferimenti immobiliari, che si è appena ricordata. L'ipoteca legale *deve* esistere nei sistemi retti dal principio consensualistico, perché la struttura della vicenda traslativa impone l'esistenza di una garanzia a favore dell'alienante per il saldo del prezzo. L'autonomia contrattuale si limita a permettere la rinuncia alla garanzia.

La priorità temporale dell'ipoteca legale segue i principi usuali. Una rilevante deroga è portata dall'art. 2650 c.c., secondo una soluzione già accolta dall'art. 1942, comma 2, c.c. abr.: per il principio di continuità delle trascrizioni, introdotto dal codice vigente, le formalità prese contro l'acquirente non hanno effetto sinché non viene trascritto il suo acquisto e da tale momento producono effetto secondo il loro ordine rispettivo; peraltro l'ipoteca legale, iscritta contro l'acquirente contestualmente alla trascrizione dell'acquisto, prevale su trascrizioni e iscrizioni già compiute a suo carico. La norma concede infatti prevalenza all'ipoteca legale, rispetto agli atti di disposizione compiuti dall'acquirente dopo la stipulazione del negozio, dal quale trae origine l'ipoteca legale⁷. Si tratta di una speciale forma di opponibilità, ma non di una retroattività dell'ipoteca, la quale invero non decorre dalla data del contratto, in quanto, a ogni altro effetto, è pur sempre determinante la data dell'iscrizione⁸. Il grado ipotecario è quello derivante dall'iscrizione, cosicché quest'ipoteca eccezionalmente può prevalere sulle ipoteche di grado anteriore iscritte contro l'acquirente; inoltre, il ventennio, entro il quale procedere alla rinnovazione, decorre dall'iscrizione.

⁶ Così si lamentava BIANCHI, *Delle ipoteche*, in *Il dir. civ. it.*, a cura di Fiore, Napoli, 1896 (2^a ed., 1924-1925), I, 95.

⁷ Infatti non sono possibili valide formalità contro l'acquirente, anteriori al suo acquisto: un creditore non può iscrivere ipoteca (art. 2822 c.c.), né un avente causa può, secondo l'interpretazione più rigorosa, trascrivere una vendita di cosa altrui: v. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, 2^a ed., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, II, 198 ss.

⁸ Cfr. chiaramente RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1956, 269 s.; GAZZONI, *op. cit.*, II, 198 ss.; FERRI-ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, 289 s.

Per il caso di ipoteca legale dell'alienante l'eventuale presenza di un contratto preliminare trascritto non comporta l'ulteriore retroazione *ex art. 2645-bis* c.c. dell'iscrizione dell'ipoteca sino alla data della trascrizione del preliminare stesso⁹. Infatti, l'art. 2650, comma 3, c.c. è norma più che sufficiente per far prevalere l'ipoteca legale sulle formalità pregiudizievoli «eseguite anteriormente» contro l'acquirente. La *ratio* delle due norme è radicalmente differente, perché l'effetto prenotativo assicurato dalla trascrizione del preliminare tutela il promissario acquirente rispetto alle formalità prese contro il promittente venditore, mentre la regola ipotecaria fa prevalere il venditore, creditore del conguaglio, rispetto alle formalità prese contro l'acquirente. D'altra parte, le formalità intermedie prese contro il promissario acquirente prima della data di formazione del titolo d'acquisto sono di per sé inefficaci: l'iscrizione di ipoteche, la trascrizione di pignoramenti e ogni altra trascrizione non producono effetto e non ostacolano il dispiegarsi dell'effetto dell'iscrizione dell'ipoteca legale.

L'iscrizione d'ufficio e il particolare effetto temporale disposto dall'art. 2650, comma 3, c.c. creano un problema di difficile soluzione in campo concorsuale. Può essere dubbio se l'apertura della liquidazione concorsuale (in precedenza: il fallimento) del debitore (acquirente o condividente tenuto al conguaglio) tra la data dell'atto e quella dell'iscrizione renda inopponibile alla procedura concorsuale *ex art. 145 c.c.i.i.* (già art. 45 l. fall.), anche l'iscrizione dell'ipoteca legale. Pare convincente la soluzione che permette comunque l'iscrizione d'ufficio dell'ipoteca legale opponibile alla procedura: poiché la regola codicistica impone un trattamento favorevole a un determinato creditore e sfavorevole a ogni altro la norma concorsuale non è idonea a creare un diverso equilibrio a favore dei creditori concorrenti¹⁰.

2. L'iscrizione dell'ipoteca legale

L'ipoteca legale viene iscritta d'ufficio dal conservatore: «nel trascrivere» (art. 2834 c.c.) un atto di alienazione o di divisione, egli deve redigere «contemporaneamente» (art. 2650 c.c.) apposita nota di iscrizione ipotecaria e attribuire all'ipoteca legale il numero generale d'ordine successivo a quello della trascrizione¹¹. Similmente, per le formalità da eseguire presso

⁹ Soluzione proposta da LUMINOSO e PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 105, e approvata da RAVAZZONI, *op. cit.*, 215 s.

¹⁰ Cfr. VIGO, *Impresa e pubblicità immobiliare*, Milano, 2001, 151 s.; RAVAZZONI, *op. cit.*, 228.

¹¹ Illustra RUBINO, *op. cit.*, 267 s., l'eventualità che al conservatore sia presentata anche la nota di iscrizione per l'ipoteca: la differenza con l'iscrizione presa senza presentazione della nota aveva rilievo in passato essenzialmente ai fini della responsabilità del conservatore; inoltre, in caso di mancata redazione della nota dal richiedente la trascrizione, il conservatore deve dare ricevuta dell'avvenuta iscrizione nel duplo della nota di trascrizione.

gli uffici tavolari, nell'ordinare l'iscrizione di diritti su beni immobili in base a un atto di alienazione o di divisione, il giudice tavolare deve ordinare d'ufficio l'iscrizione dell'ipoteca legale che spetta all'alienante o al dividente a sensi dell'art. 2817, nn. 1 e 2, c.c. (art. 97-bis l. tav.). L'iscrizione d'ufficio dell'ipoteca legale comporta che, in taluni casi limite, le scelte dell'interprete circa l'ammissibilità e le modalità di trascrizione di un contratto incidono sulla possibilità e sulle modalità di iscrizione dell'ipoteca legale.

È ipotizzabile, però, che l'iscrizione dell'ipoteca legale venga richiesta in un momento successivo alla trascrizione dell'atto: basti pensare al caso di omessa iscrizione per errore del conservatore. Poiché la *ratio* della concessione di ipoteca legale risiede nel favore verso il credito dell'alienante e del dividente, agli interpreti è apparso contraddittorio privare della garanzia voluta dalla legge quel creditore, qualora sia comunque possibile procedere a un'iscrizione, seppur tardiva. In tale caso la domanda di iscrizione proviene dall'interessato, non potendo il conservatore promuoverla d'ufficio, a fronte del chiaro collegamento temporale con la trascrizione previsto dall'art. 2834 c.c. In tale ipotesi, però, non trova applicazione l'art. 2650, comma 3, c.c., proprio per la necessaria connessione temporale con la trascrizione dell'atto, accolta anche in questa norma. Pertanto, il conflitto tra l'ipoteca legale tardivamente iscritta e le eventuali trascrizioni e iscrizioni prese contro l'acquirente dopo la trascrizione del contratto resta regolato dal criterio temporale dettato dall'art. 2644 c.c.¹².

L'ammissibilità dell'iscrizione in un momento successivo alla trascrizione forse merita ulteriori riflessioni. In senso contrario depongono le esigenze di certezza che presiedono ai meccanismi di pubblicità fondiaria. Se il terzo, interessato all'acquisto dell'immobile, non trova iscritta l'ipoteca legale, non gli è comunque sufficiente consultare la nota di trascrizione dell'alienazione o della divisione; se, esaminando il titolo della trascrizione, accerta il mancato adempimento degli obblighi gravanti sull'alienante o sul dividente assegnatario, il terzo ha motivo di temere l'iscrizione di ipoteca legale in qualsiasi momento, prima della trascrizione del suo acquisto. Ciò gli impone di adottare particolari cautele nell'acquisto, con au-

Come si è detto, per il sistema abrogato non vi era alcun obbligo del conservatore di iscrivere l'ipoteca legale d'ufficio: v. App. Potenza 13.4.1891, in *Foro it.*, 1891, I, 893 ss., che autorizza, in sede di graduazione nell'espropriazione intentata da altro creditore, il venditore non pagato a chiedere la trascrizione della vendita e l'iscrizione dell'ipoteca legale, la quale prevale sulle iscrizioni anteriori dei creditori ipotecari del compratore.

Per alcune riflessioni, in verità piuttosto astratte, sul rapporto unisoggettivo, nel quale si ritrova il conservatore nell'iscrivere d'ufficio l'ipoteca legale, v. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, II, *L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità immobiliare*, a cura di Giacobbe-La Torre, Milano, 1989, 310 ss.

¹² Così RUBINO, *op. cit.*, 270.

mento dei costi di negoziazione. D'altra parte, poiché questa ipoteca legale non è rafforzata dalla speciale opponibilità disposta dall'art. 2650 c.c., il rischio del terzo è analogo all'usuale rischio di incappare nell'iscrizione di un'ipoteca giudiziale contro il proprio dante causa e viene affidato al criterio di soluzione dei conflitti tra più aventi causa in forza della priorità temporale *ex art. 2644 c.c.* Per tali ragioni è forse condivisibile l'ammissibilità dell'iscrizione di ipoteca legale successiva alla trascrizione dell'alienazione o della divisione; il sacrificio delle esigenze di certezza e di tutela dei terzi risulta assai modesto.

Si sottolinea inoltre che l'obbligo di iscrizione dell'ipoteca legale non sorge, qualora l'atto di alienazione o di divisione siano presentati al conservatore per fini diversi dalla trascrizione: si pensi a un atto di alienazione da parte dell'erede, esibito quale titolo con la nota di trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità (art. 2648, comma 3, c.c.)¹³; oppure ancora al testamento, contenente anche una divisione con conguagli, presentato da un legatario per la trascrizione del proprio acquisto.

Poiché la formalità deve essere compiuta previo pagamento della tassa ipotecaria, il mancato versamento della somma dovuta per l'iscrizione impedisce al conservatore di procedere alla stessa trascrizione dell'atto¹⁴. Altrimenti l'acquirente o il dividente, tenuti al saldo o al conguaglio, potrebbero ottenere la trascrizione dell'atto, impedendo di fatto l'iscrizione dell'ipoteca legale.

L'iscrizione dell'ipoteca legale non deve essere presa, qualora dall'atto di alienazione o di divisione, oppure da atto separato, con forma idonea alla pubblicità immobiliare (atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, come dispone l'art. 2834 c.c.)¹⁵, risulti che gli obblighi sono stati adempiuti o che l'avente diritto ha rinunciato all'iscrizione dell'ipoteca.

La prova che l'obbligazione dell'acquirente è stata adempiuta include anche la prova che tale obbligazione si è estinta per modalità diverse dal pagamento: non ha alcuna ragione di venire iscritta l'ipoteca legale, qualora il debito, che essa è chiamata a garantire, sia comunque già estinto. Pertanto non sarà sempre necessaria la quietanza rilasciata dall'alienante; potrà venire provato al conservatore, mediante dichiarazione resa dal creditore, oppure mediante esibizione di altra idonea documentazione avente le forme imposte dalla legge, che l'alienante ha rimesso il debito all'acquirente; oppure che vi è stata compensazione, oppure ancora nova-

¹³ Esempio fornito da RUBINO, *op. cit.*, 267, n. 42.

¹⁴ Soluzione approvata da MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, 3^a ed., Milano, 1955, 208 s.

¹⁵ Per l'applicazione degli oneri di forma *ex artt. 2835 ss. c.c. v. anche RUBINO, op. cit.*, 268; GENTILE, *Le ipoteche*, Roma, 1961, 191, che conferisce al conservatore anche il potere eccezionale di indagare la legittimazione alla rinuncia e alla quietanza; *contra MARIANI, Della ipoteca, cit.*, 215, che permette ogni mezzo di prova.

zione, senza mantenimento delle garanzie; o ancora che si è verificata la confusione, se per avventura le qualità di alienante-creditore e di acquirente-debitore si riuniscono in unica persona prima della trascrizione del contratto. Infine, l'ipoteca non deve essere iscritta anche qualora l'acquirente – o il condividente tenuto al conguaglio – siano liberati a seguito di offerta reale, rifiutata dall'alienante, con successivo avvenuto deposito (art. 1210 c.c. e D.L. 3.5.1991, n. 143, come convertito), accettato dal creditore o dichiarato valido con sentenza passata in giudicato.

Viene usualmente accolta l'idea che dalla rinuncia in senso proprio, con effetti estintivi della garanzia, possa essere distinta la semplice dispensa, rivolta al conservatore, dall'iscrivere l'ipoteca legale, la quale potrebbe quindi venire iscritta successivamente, sia pure senza il beneficio disposto dall'art. 2650 c.c.¹⁶.

Questa duplicazione dei fatti impeditivi all'iscrizione non convince. Un tempo l'art. 1985 c.c. abr. non menzionava la rinuncia e contemplava soltanto l'adempimento quale impedimento all'iscrizione dell'ipoteca legale; allora la pratica notarile andò elaborando la dispensa rivolta al conservatore; i teorici vi affiancarono poi la rinuncia vera e propria¹⁷. Ora l'art. 2834 c.c. accoglie la rinuncia, ma gli interpreti conservano la vecchia dispensa a fianco della nuova rinuncia. Perciò, anche ammessa l'iscrizione dell'ipoteca legale successiva alla trascrizione dell'atto, appare difficilmente risolvibile il groviglio nell'interpretazione del contratto. Se l'alienante dispensa il conservatore dall'iscrivere l'ipoteca legale, dimostra di rifiutare la protezione che l'ordinamento appresta al suo credito in via del tutto eccezionale. Questa protezione *ex lege*, consistente in una causa di prelazione, viene attuata tramite lo strumento di pubblicità immobiliare, che risulta in via generale sottratto alla disponibilità delle parti. La dispensa deve quindi essere interpretata come rinuncia all'ipoteca legale. D'altra parte, il creditore può agevolmente ottenere un decreto ingiuntivo, in forza del contratto produttivo dell'obbligazione non adempiuta, e iscrivere un'ipoteca giudiziale, che in sostanza equivale a una ipoteca legale priva dell'opponibilità speciale disposta dall'art. 2650 c.c.

Sembra da ammettere la rinuncia preventiva all'ipoteca legale, ad esempio contenuta nel contratto preliminare che viene poi adempiuto mediante il contratto di alienazione dal quale sorge l'ipoteca stessa¹⁸ oppure in un

¹⁶ Cfr. in tal senso RUBINO, *ibidem*; MARIANI, *op. ult. cit.*, 213; GENTILE, *ibidem*; MAIORCA, *Ipoteca (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 87; e già MARIANI, *Tre casi di diritto ipotecario*, in *Riv. notariato*, 1948, 483 ss.

¹⁷ Cfr. sul punto BIANCHI, *op. cit.*, I, 133 s., e II, 112 ss.; MARIANI, *Della ipoteca*, cit., 213, di fronte al silenzio della legge, giustifica l'ammissibilità della dispensa «perché essa è praticata da anni».

¹⁸ Cfr. LUCATELLI, *Ammissibilità della rinuncia preventiva all'ipoteca legale*, in *Notariato*, 2008, 271 ss.; contrario RAVAZZONI, *op. cit.*, 216.

diverso apposito negozio che si riferisca alla futura alienazione immobiliare. Si tratta certamente di interessi disponibili da parte del futuro alienante o condividente¹⁹. Anzi, nella trattativa sulla futura vendita con pagamento del prezzo dilazionato la rinuncia preventiva – ovvero l'impegno a rinunciare in sede di contratto – può trovare un'indubbia utilità. In questa ipotesi la rinuncia non va qualificata come negozio a titolo gratuito ai fini dell'eventuale revocatoria intentata dai creditori dell'alienante con applicazione quindi dell'art. 2901, comma 1, n. 2).

Talora la prassi delle conservatorie porta a iscrivere l'ipoteca legale, se l'alienazione è effettuata da un procuratore, che rinuncia all'ipoteca legale, ma senza esibizione al conservatore della procura; oppure se la procura non contiene l'esplicito potere di incassare e quietanzare il prezzo. In quest'ultimo caso, se il pagamento è compiuto a mani del procuratore non legittimato a riceverlo, l'acquirente non sarebbe liberato dall'obbligo e quindi dovrebbe venire protetto con l'ipoteca²⁰. Né potrebbe il conservatore accertarsi della sussistenza dei requisiti posti dall'art. 1188 c.c., per il pagamento fatto a chi non è legittimato a riceverlo. Va ritenuto invece che, una volta curata la trascrizione dell'atto di alienazione, il conservatore deve limitarsi ad accertare la quietanza resa dal rappresentante e non procedere all'iscrizione²¹.

L'eventuale concessione di ipoteca volontaria da parte dell'obbligato, relativa allo stesso immobile e a garanzia dello stesso credito per il quale dovrebbe operare l'ipoteca legale e contenuta nell'atto di alienazione o di divisione, non costituisce rinuncia all'ipoteca legale, la quale deve comunque venire iscritta²². In questa ipotesi prevale per l'ordine di grado l'ipote-

¹⁹ In generale v. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, 119 ss.; ammette che la tesi dell'irrinunciabilità dei diritti futuri, con riferimento all'ipoteca legale, sia problematica RAVAZZONI, *op. cit.*, 216 nt. 7.

²⁰ Rende conto della prassi MARIANI, *op. cit.*, 229. Nel decreto Pres. Trib. Milano 30.6.1961, in *Riv. dir. ipotecario*, 1962, 88 ss., con nota di BENCINI, *L'ipoteca legale dell'alienante ed i doveri del conservatore dei registri immobiliari* (ricorso ex art. 745 c.p.c. per rifiuto di trascrizione, non avendo il richiedente versato la tassa ipotecaria per l'iscrizione dell'ipoteca legale), si conferma il potere del conservatore di iscrivere l'ipoteca legale in assenza di prova dei poteri dell'alienante (liquidatore di società) e si esclude l'applicabilità dell'art. 2674 c.c., relativo alle operazioni richieste dall'interessato, alle iscrizioni d'ufficio. Rifiuta di esaminare la questione in sede di ricorso ex art. 745 c.p.c., rinviando al giudice ordinario, Pres. Trib. Mondovì 29.10.1960, *ivi*, 97 ss., con nota di RAVELLO.

²¹ Sulla questione v. GALLO, *Degli atti integrativi del titolo della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1961, 309 s., che però afferma la non trascrivibilità dell'alienazione in assenza di esibizione della procura; il problema consiste nel potere di indagine riconosciuto al conservatore, relativamente ai poteri di rappresentanza volontaria, che non può essere affrontato in questa sede.

²² Cfr. in tal senso RAVAZZONI, *op. cit.*, 217; la ragione per concedere ipoteca volontaria può essere la più varia: ad esempio, la somma dell'ipoteca può essere superiore al debito;

ca legale, iscritta contestualmente alla trascrizione dell'atto, e poi segue, con numero d'ordine successivo, quella volontaria, che richiede un'apposita nota di iscrizione, presentata dopo la nota di trascrizione. Le due ipoteche possono anche differire tra loro: ad esempio, quella volontaria può venire concessa per somma superiore. Non trova alcun fondamento normativo l'idea di interpretare la concessione dell'ipoteca volontaria come mera conferma del diritto a quella legale, cosicché si avrebbe un'unica iscrizione ipotecaria, alla quale verrebbe comunque applicato l'art. 2650, comma 3, c.c., mentre nei rapporti tra le parti il creditore potrebbe avvalersi degli effetti più favorevoli del titolo volontario²³. Pare del tutto indimostrabile l'applicabilità, in caso di unico titolo ipotecario, di regole differenti ai rapporti esterni e a quelli interni, tratte da norme dettate, per il primo profilo per l'ipoteca legale e per il secondo profilo per l'ipoteca volontaria. La coesistenza delle due ipoteche, legale e volontaria, sullo stesso bene, deve essere risolta, se necessario, in sede di distribuzione del ricavato tra i creditori.

Poiché l'ipoteca legale è suscettibile di garantire anche crediti non pecuniari – ad esempio debiti illiquidi, o di fare – si pone il quesito relativo alla determinazione della somma, per la quale viene presa l'ipoteca. Il conservatore si basa sulla somma indicata nell'atto soggetto a trascrizione, o in un atto successivo, o anche soltanto nella nota di trascrizione, eventualmente a opera del solo creditore, in applicazione estensiva dell'art. 2838 c.c.²⁴. In assenza di determinazione, è giusto ritenere che non vi sia obbligo in capo al conservatore di provvedere autonomamente alla fissazione della somma²⁵. Non pare corretto però imporre al conservatore di attendere la determinazione della somma a opera del creditore e giungere così sino a impedire la trascrizione dell'atto di alienazione o di divisione²⁶. Piuttosto, in assenza di espressa soluzione normativa al problema, il conservatore deve trascrivere l'atto e deve legittimamente omettere l'iscrizione dell'ipoteca legale, a sensi dell'art. 2674 c.c., che per l'appunto vieta al conservatore di compiere iscrizioni in assenza del requisito di cui all'art. 2839, n. 4, c.c., cioè della indicazione della somma dell'ipoteca. L'alienante o il condividente si

oppure può essere fissato un termine inferiore al ventennio.

²³ Questa soluzione è sostenuta da RUBINO, *op. cit.*, 258.

²⁴ In tal senso RUBINO, *op. cit.*, 268 s.; GORLA, *op. cit.*, 276; RAVAZZONI, *op. cit.*, 214.

²⁵ Così RUBINO, *ibidem*; contrario BIANCA, *op. cit.*, 397 s., che dall'obbligo legale di iscrivere trae il corollario del potere del conservatore di determinare l'importo del credito garantito.

²⁶ Soluzione invece accolta da RUBINO, *ibidem*, seguita da GENTILE, *op. cit.*, 190, e da RAVAZZONI, *op. cit.*, 214, per il quale il conservatore, se non è in grado di desumere dal titolo i dati necessari per l'iscrizione, deve rifiutare la trascrizione dell'atto di alienazione o divisione: né è sufficiente, a sostegno di tale soluzione, richiamare le responsabilità a carico del conservatore per l'omissione di iscrizione di ipoteca legale, riconducibili alla disciplina degli artt. 1218 ss. c.c., perché l'impossibilità di adempiere all'obbligo legale per causa non imputabile esime il conservatore da responsabilità, mentre resta illegittimo il rifiuto di trascrizione.

deve allora accontentare di chiedere l'iscrizione dell'ipoteca legale in un momento successivo, presentando una nota idonea allo scopo.

Il titolo, dal quale sorge l'ipoteca legale, può essere anche costituito da una sentenza: costitutiva, come quella emessa a sensi dell'art. 2932 c.c., che produce gli effetti del contratto traslativo, a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione di stipularlo²⁷; dichiarativa, come quella che accerta l'autenticità delle sottoscrizioni apposte a una scrittura privata, o quella che pronuncia la divisione giudiziale. Anche in queste ipotesi l'iscrizione dell'ipoteca legale, se ne ricorrono i presupposti, è contestuale alla trascrizione della sentenza, o della scrittura verificata nelle sottoscrizioni.

L'eventuale trascrizione della domanda, che ha introdotto il giudizio, non esplica alcun effetto di natura sostanziale, ma gioca sul piano dell'opponibilità ai terzi della trascrizione della relativa sentenza: l'art. 2652, nn. 2 e 3, c.c. stabilisce infatti che l'opponibilità della trascrizione della sentenza di esecuzione forzata dell'obbligazione di concludere un contratto o della sentenza di verifica delle sottoscrizioni si produce dalla data di trascrizione della domanda. L'acquirente cioè prevale sui terzi, che abbiano preso formalità contro l'alienante dopo la trascrizione della domanda. Ne segue in maniera automatica la prevalenza anche dell'ipoteca legale, iscritta insieme alla trascrizione della sentenza. L'alienante risulta, per l'ipoteca legale iscritta in suo favore, il primo avente causa dall'acquirente in una catena di formalità protette dal principio di continuità *ex art. 2650 c.c.*; gli eventuali terzi, che abbiano curato trascrizioni o iscrizioni contro di lui, dopo la trascrizione della domanda, poiché soccombono di fronte all'acquirente in base all'art. 2652 c.c., così soccombono anche di fronte ai suoi aventi causa. Anzi, in caso di accertamento giudiziale della sottoscrizione di scrittura privata, è anche ipotizzabile l'applicazione del meccanismo retroattivo disposto dall'art. 2650, comma 3, c.c.: l'ipoteca legale, iscritta contestualmente alla trascrizione della sentenza, prevale allora sulle formalità eseguite contro l'acquirente, tenuto a saldare il prezzo, o contro il condividente, tenuto a pagare il conguaglio, anche se tali formalità sono anteriori alla trascrizione della relativa domanda, purché – va aggiunto – esse siano successive alla data certa della scrittura²⁸.

²⁷ Per un caso v. Trib. Bergamo 29.4.1982, in *Riv. dir. ipotecario*, 1982, 220 ss., che ritiene inefficace la rinuncia all'ipoteca legale contenuta nel preliminare, qualora essa, per domanda di parte, non risulti espressa anche nella sentenza.

²⁸ In tal senso, in termini generali, v. già la massima di Cass. 4.8.1975, n. 2972. È necessario che la scrittura, dalla quale scaturisce l'ipoteca legale, abbia data certa, perché altrimenti non sarebbe possibile stabilire da quale momento le formalità (ad esempio la trascrizione di una vendita o di un pignoramento, o l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale) sono validamente prese contro l'acquirente, o il condividente, in quanto proprietari dell'immobile, ma inopponibili al venditore non pagato, o al condividente creditore del conguaglio.

Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

