

si limiti a rendere più difficile la realizzazione di un credito futuro senza indebolirne le garanzie. Conseguenze dell'ostacolata surrogazione è la liberazione totale del terzo datore. Importante azione concessa al terzo datore è quella di regresso (art. 2871 Codice civile), che consegue alla sofferta espropriazione o al pagamento integrale dei creditori, per chiedere il rimborso della somma pagata per estinguere un debito altrui. L'azione è diretta, principalmente, contro il debitore; se più sono i debitori, se sono obbligati in solido il terzo ha diritto di regresso contro ciascuno per l'intero, altrimenti l'azione andrà rivolta verso ciascuno *pro rata*, purché l'ipoteca sia stata costituita a garanzia di tutti. Nei confronti dei terzi acquirenti, il cui titolo sia stato trascritto successivamente alla trascrizione dell'ipoteca del terzo datore, quest'ultimo ha diritto di subingresso nelle garanzie, lo stesso previsto dall'art. 2866, secondo comma, Codice civile ed esperibile contro il creditore soddisfatto.

4. Aspetti sostanziali dell'ipoteca nella disciplina fallimentare

La sentenza dichiarativa di fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e disponibilità dei suoi beni presenti e futuri (cd. spossessamento; art. 42 R.D. 16 marzo 1942, n. 267, in seguito l.f.), salvo le ipotesi di beni non compresi nel fallimento (art. 46 l.f.).

L'insensibilità del patrimonio del debitore è totale: «tutti gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento» (art. 44 l.f.). Ciò significa che il debitore non può estinguere la garanzia effettuando il pagamento al creditore ipotecario dichiarato fallito; così come il debitore dichiarato fallito non può validamente pagare il creditore: entrambi i pagamenti sono soggetti all'azione di ripetizione e di restituzione da parte del curatore fallimentare, il quale ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori (art. 31 l.f.). Nella prima ipotesi il pagamento va fatto al curatore, che solo può prestare, il consenso alla cancellazione.

Il creditore ipotecario del debitore dichiarato fallito, invece, deve partecipare al concorso nelle forme previste dalla legge fallimentare (art. 93 ss l.f.): la domanda di ammissione al passivo è l'unico modo per far valere il proprio credito nei confronti del debitore fallito (art. 52 l.f.). Anche le cause di prelazione rientrano nell'accertamento previsto dalla legge fallimentare. Principio generale è che i creditori preferenziali fanno valere il loro diritto sui beni vincolati, per il capitale, gli interessi e le spese (art. 54 l.f.). La prelazione relativa agli interessi segue la normativa civilistica (art. 2855 Codice civile): si estende agli interessi convenzionali, indicati nell'iscrizione, dei due anni anteriori e di quello in corso alla data della sentenza dichiarativa di fallimento; agli interessi

legali maturati dopo il compimento dell'anno in corso alla data del fallimento e fino alla vendita.

Ai sensi dell'art. 55 l.f., i creditori ipotecari mantengono, anche agli effetti del concorso, intatta la loro posizione giuridica, così come stabilita dal codice civile.

Se i beni vincolati non sono sufficienti a coprire il credito (capitale, interessi, spese), i creditori divengono chirografari per il residuo e concorrono per quanto loro ancora dovuto con i creditori chirografari.

Ovviamente, pretendere che i creditori ipotecari attendano la vendita del bene per soddisfarsi sarebbe pregiudizievole nei loro confronti, in quanto, se i beni vincolati fossero insufficienti al loro integrale appagamento, nulla potrebbero più recuperare se sul rimanente si siano frattanto soddisfatti i creditori chirografari: è, dunque, stabilito che anch'essi partecipino, sullo stesso piano dei chirografari, alle ripartizioni che si eseguono prima della vendita di detti beni (art. 54, secondo comma, l.f.). Se, in tal modo, realizzino totalmente o parzialmente il loro credito, quanto da essi ricevuto nelle ripartizioni anteriori verrà detratto dalla somma assegnata in sede di vendita per essere attribuita ai creditori chirografari, i quali hanno fatto un anticipo sul ricavato. Qualora, poi, il ricavato in sede di vendita non sia sufficiente a coprire l'intero credito preferenziale, per la parte di capitale ed interessi rimasti insoddisfatti essi concorreranno come chirografari, non potendo ricevere più di quanto abbiano percepito nelle avvenute distribuzioni, nella percentuale che spetti anche ai chirografari.

La perdita del debitore fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei beni acquisiti dalla procedura estende i suoi effetti anche all'inefficacia, rispetto ai creditori, delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento (art. 45 l.f.). Da questo momento, quindi, non potranno più essere iscritte ipoteche di nessun genere. Possono, però, essere revocate (azione revocatoria fallimentare) le ipoteche volontarie costituite dal fallito, nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, per debiti preesistenti non scaduti e le ipoteche giudiziali o volontarie costituite, nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento, per debiti scaduti (art. 67, primo comma, nn. 3 e 4). La legge considera in tal senso solo le ipoteche non contestuali; quelle contestuali, ovvero sorte in unicità col rapporto garantito, si sottraggono ad ogni presunzione e sono equiparate agli atti a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2901, secondo comma, Codice civile, revocabili ex art. 67, secondo comma, l.f.

L'istituto dell'ipoteca non assume particolare rilevanza nell'ambito del concordato fallimentare, in quanto i creditori ipotecari non vi partecipano, non avendo diritto di voto alla deliberazione del concordato, a meno che rinunzino al loro diritto di prelazione, divenendo chirografari (art. 127 l.f.). Essi, se non rinunziano alla prelazione, mantengono il

loro diritto a soddisfarsi per l'intero sui beni vincolati, ritornati nella disponibilità del fallito dal giorno dell'omologazione esecutiva del concordato (art. 130 l.f.), a meno che la proposta di concordato non preveda la soddisfazione non integrale dei creditori muniti di un diritto di prelazione.

Così come per il concordato fallimentare, anche nel concordato preventivo i creditori aventi diritto di prelazione sui beni del debitore sono esclusi dal voto di deliberazione del concordato, a meno che rinuncino alla prelazione divenendo chirografari (art. 177, secondo comma, l.f.); se mantengono la prelazione, hanno diritto di soddisfarsi integralmente sul ricavato dalla vendita dei beni vincolati, precisandosi che, ex art. 168 l.f., sussiste divieto di azioni esecutive individuali sui beni del debitore dal giorno della presentazione del ricorso fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato preventivo.

Per la liquidazione coatta amministrativa, il legislatore si serve della tecnica del richiamo per regolare i rapporti tra creditori chirografari e creditori ipotecari e, più in generale, prelazionati. La disciplina che rileva in tal sede dunque, è quasi sostanzialmente identica a quella prevista in sede fallimentare (manca l'azione revocatoria fallimentare).

CAPITOLO VI – Profili processuali

1. L'estinzione funzionale della garanzia

Un modo di estinzione della garanzia, previsto dall'art. 2878 n. 7 Codice civile, è la cosiddetta «estinzione funzionale dell'ipoteca», ovvero la realizzazione coattiva del credito mediante soddisfazione sul ricavato dall'espropriazione dell'oggetto del vincolo. È, questa, una normale azione esecutiva, che segue le norme generali del processo esecutivo, cui si rinvia (libro III Codice di procedura civile).

Si ritiene opportuno, però, precisare che il creditore ipotecario non può pignorare altri immobili del debitore, se non sottopone a pignoramento anche quelli gravati da ipoteca (art. 2911, primo comma, Codice civile).

Obbligo importante, gravante sul creditore richiedente, è l'avviso a tutti i creditori aventi un diritto di prelazione sui beni pignorati (art. 498 Codice di procedura civile), ovvero la notifica nel termine, non perentorio, di cinque giorni dal pignoramento, contenente l'indicazione del creditore pignorante, del credito garantito e dei beni pignorati.

Omissa tale formalità, il creditore che, se avvisato ed intervenuto avrebbe ricevuto qualcosa, può esperire verso il creditore pignorante l'azione di responsabilità ex art. 2929 Codice civile. Infatti, i creditori aventi diritto di prelazione possono partecipare alla distribuzione della somma ricavata, nel rispetto del loro grado di priorità, solo se intervenuti, spontaneamente o perché avvisati, nel processo esecutivo (art. 566 Codice di procedura civile).

Con il decreto di trasferimento del bene si chiude il processo esecutivo e si estingue l'ipoteca.

Qualora il processo esecutivo si rivolga contro il terzo datore o il terzo acquirente si applicano gli artt. 602 e 604 Codice di procedura civile, i quali rinviano alle norme del processo esecutivo, con la variante che il terzo può fare offerte all'incanto. Il precetto deve essere notificato, oltre che al debitore, anche al terzo ed a tutti coloro che si trovino in un rapporto di «realità» con bene ipotecato (eccettuati gli acquirenti di diritti di servitù, uso, abitazione). Il terzo intervenuto al processo con il debitore è tutelato da eventuale negligenza del secondo potendo opporre al creditore pignorante tutte le eccezioni non sollevate dal debitore nel giudizio, conclusosi con la condanna del debitore, ed altresì quelle posteriori alla condanna, che spetterebbero sempre al debitore, a condizione che egli non abbia preso parte al giudizio, la cui domanda fosse posteriore alla trascrizione del suo titolo (art. 2859 Codice civile). In generale, il terzo può opporre tutte le sue eccezioni personali al creditore pignorante, cui si aggiungono quelle spettanti al debitore, qualora sussistano i presupposti richiesti dall'art. 2859 Codice civile. Sono ammesse le eccezioni relative alla validità del titolo, dell'iscrizione, degli atti del processo e del credito; escluse, ovviamente, le eccezioni già coperte da giudicato (art. 2909 Codice civile). Tali eccezioni non sospendono i termini stabiliti per la liberazione del bene dalle ipoteche, al fine di tutelare il bisogno di certezza dei creditori (art. 2859, secondo comma, Codice civile).

Per il terzo datore, l'art. 2870 Codice civile richiama la disciplina dell'art. 2859 Codice civile, ora considerata.

2. Citazioni e notificazioni

La disciplina del domicilio speciale ipotecario del creditore (cfr. art. 2839 n. 2 Codice civile) è precisata dagli artt. 2842 e 2844 Codice civile. L'indicazione del domicilio è importante per l'esecuzione delle citazioni e delle notificazioni *ex art. 2844* Codice civile; se omesso (o invalido per morte della persona o estinzione del domiciliatario), queste verranno eseguite presso la Conservatoria ove è avvenuta l'iscrizione (art. 2844, terzo comma, Codice civile). Ma la valida indicazione del domicilio impone che in tal luogo vadano eseguite le citazioni e le notificazioni, a pena di nullità, salvo che vengano effettuate «in mani proprie» (art. 2844 primo e secondo comma Codice civile).

Per il terzo acquirente invece vale la disposizione speciale dei primi due commi dell'art. 2844 Codice civile.

La variazione del domicilio eletto, ammessa se quello in sostituzione si trovi nella stessa circoscrizione di quello originario, deve essere comunicata al Conservatore, il quale ne fa annotazione in margine od in calce all'iscrizione (art. 2842 Codice civile). Per l'annotazione occorre che il cambiamento risulti da atto ricevuto o autenticato da un notaio e depositato in Conservatoria. In mancanza di tali formalità, varrà sempre il domicilio speciale precedente.

Per il debitore non è richiesta elezione di domicilio, dunque

si applicheranno le regole ordinarie (artt. 138 ss. Codice di procedura civile).

Se l'ipoteca garantisce titoli all'ordine, le citazioni e notificazioni (ed in genere le comunicazioni) debbono effettuarsi al creditore originario che abbia chiesto l'iscrizione o all'ultimo giratario risultante dai registri immobiliari, che abbia effettuato l'annotazione *ex art. 2843 Codice civile* (art. 2845, primo comma, Codice civile).

Qualora l'ipoteca sia a favore degli obbligazionisti, il rappresentante comune di questi è destinatario delle citazioni e notificazioni *ex art. 2844 Codice civile*, per le quali sono altresì previste ulteriori forme di pubblicità: iscrizione nel registro delle imprese (cfr. artt. 99-101 disp. att. Codice civile); pubblicazione per estratto in un giornale quotidiano designato dall'autorità giudiziaria. Qualora dai registri non risulti il rappresentante comune, perché non ancora nominato o non ancora annotato, il legislatore ha previsto la nomina, da parte dell'autorità giudiziaria, di un curatore provvisorio, su istanza del soggetto interessato alla citazione o alla notifica.

Per la validità di queste ultime, si presuppone che il decreto di nomina sia pubblicato con le medesime formalità di queste (art. 2845, ultimo comma, Codice civile).

3. **Rimedi contro il rifiuto del Conservatore al compimento di atti del proprio ufficio**

Contro il rifiuto del Conservatore (o il ritardo indebito) al compimento di atti inerenti al proprio ufficio, l'art. 30 l. 25 giugno 1943, n. 540 dispone che la parte richiedente può «valersi del procedimento stabilito dall'art. 745 Codice di procedura civile». Si rinvia, cioè, al procedimento di reclamo contro il rifiuto o il ritardo dei pubblici depositari a spedire le copie degli atti pubblici a loro affidati. Il procedimento è sommario; il ricorso è rivolto al Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione il Conservatore esplica la sua funzione; la decisione è assunta con decreto motivato, sentito il Conservatore; non è ammesso reclamo: in caso di rigetto, il richiedente può agire in via ordinaria per l'accertamento del proprio diritto o ricorrere in Cassazione, ai sensi dell'art. 111, secondo comma, Costituzione. La prova del rifiuto o del ritardo può constare dal verbale redatto da un notaio o da un ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 2674, secondo comma, Codice civile, o dalla dichiarazione rilasciata dal Conservatore, ai sensi del primo comma dell'art. 30 l. 540/1943, dai quali risultino accertati o dichiarati il rifiuto o il ritardo, o da altri elementi probatori.

Un procedimento speciale di reclamo è previsto contro il rifiuto del Conservatore a procedere alla cancellazione d'ipoteca: «il richiedente può proporre reclamo all'autorità giudiziaria» (art. 2888 Codice civile). Il procedimento è regolato dall'art. 113 disp. att. Codice civile: il reclamo va rivolto al Tribunale della circoscrizione in cui è sito il Conservatore; la decisione assume forma di decreto camerale motivato e può essere presa solo dopo aver sentito il Conser-

vatore ed il P.M. Sono applicabili gli artt. 737 ss. Codice di procedura civile, nei limiti di compatibilità.

4. Il procedimento per l'iscrizione con riserva

Si è visto che l'iscrizione con riserva è improduttiva di effetti sino a quando il Tribunale (o la Corte d'Appello) non si sia pronunciato favorevolmente sulla richiesta che l'interessato è tenuto a proporre entro 30 giorni dall'esecuzione della formalità (art. 113 *ter* disp. att. Codice civile). La competenza spetta al tribunale nella cui circoscrizione è stabilita la conservatoria. Il ricorso, previo deposito nella cancelleria del tribunale, deve essere notificato al conservatore, a pena di improcedibilità del ricorso, sempre entro i 30 giorni dalla formalità, al fine di consentire un pronto annotamento della proposizione del ricorso a margine dell'iscrizione. Il procedimento è camerale: il Tribunale decide con decreto motivato, dopo aver sentito il P.M., il conservatore e le parti interessate. La decisione è immediatamente esecutiva. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni generali degli artt. 737 ss Codice di procedura civile.

5. L'ipoteca nella disciplina processuale fallimentare

Tanto l'elenco dei creditori formato dal curatore (art. 89 l.f.) quanto il successivo stato passivo predisposto dallo stesso organo della curatela, e reso esecutivo dal giudice delegato (art. 95 l.f.), debbono contenere i crediti con la specificazione dell'ipoteca da cui sono garantiti.

Peraltro, con la riforma fallimentare il legislatore ha inteso disciplinare minuziosamente le modalità di vendita dei beni mobili e immobili di proprietà della procedura fallimentare, prevedendo a carico del curatore l'incombenza di informare i creditori ipotecari, a mezzo formale notifica da parte del curatore, del completamento delle operazioni di vendita. Inoltre, in sede di distribuzione della somma ricavata, per i creditori ipotecari avviene una ripartizione specifica del ricavato dalla singola vendita immobiliare.

L'art. 109 l.f. assume significato solo ed in quanto vi siano creditori ipotecari sul bene venduto; se questi non vi fossero non si avrebbe alcuna distribuzione specifica, ma normale secondo la disciplina prevista dagli artt. 110 ss. l.f. per la ripartizione del resto dell'attivo. Ha luogo, quindi, una ripartizione specifica, come avvenisse fuori dal fallimento, dovuta al fatto che sulla somma devono previamente soddisfarsi i creditori muniti di prelazione su quel bene venduto. Con i creditori titolari di prelazione concorre il curatore, qualora il giudice delegato lo autorizzi a prelevare sulla somma un acconto del compenso dovutogli *ex art.* 39 l.f. Dal prezzo di vendita, comunque, vengono detratte le spese sostenute per l'amministrazione e l'esproprio del bene. Se in tal modo il creditore ipotecario non viene soddisfatto totalmente, per la differenza parteciperà alla ripartizione restante dell'attivo come chirografario e, questa volta, secondo le norme fallimentari ordinarie (artt. 110 ss. l.f.).