

Estinzione e cancellazione

Cancellazione di ipoteche a garanzia di mutui nella legge 2 aprile 2007, n. 40

di GAETANO PETRELLI

La nuova disciplina dell'estinzione e cancellazione delle ipoteche a garanzia di mutui, dettata dal D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, nell'intento di semplificare la procedura a seguito dell'estinzione del debito garantito, dà luogo a diversi problemi applicativi, causati dalla tecnica seguita dal legislatore che, intervenendo su istituti disciplinati dal codice civile e frutto di una secolare elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ne sconvolge l'impianto fino a minare in radice l'unità sistematica del diritto civile, con ciò pregiudicando spesso la ragionevolezza della disciplina complessiva e ponendo l'interprete di fronte al difficilissimo compito di ricostruire la coerenza del sistema.

1. La nuova disciplina della estinzione e cancellazione delle ipoteche a garanzia di mutui; rilievi introduttivi

L'art. 13 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (pubblicato sulla G.U. n. 26 del giorno 1 febbraio 2007), contenente "misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", nel testo risultante dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 (pubblicata sul Suppl. ord. n. 91 alla G.U. n. 77 del 2 aprile 2007), recita, ai commi da 8-*sexies* ad 8-*quaterdecies*, quanto segue:

«8-*sexies*. Ai fini di cui all'articolo 2878 del codice civile, ed in deroga all'articolo 2847 del codice civile, se il creditore è soggetto esercente attività bancaria o finanziaria, l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da contratto di mutuo si estingue automaticamente alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita.

8-*septies*. Il creditore è tenuto a rilasciare al debitore quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e a trasmettere al conservatore la relativa comunicazione entro 30 giorni dalla stessa data, secondo le modalità di cui al comma 8-*octies*, e senza alcun onere per il debitore.

8-*octies*. L'Agenzia del territorio, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, con proprio provvedimento determina le modalità di trasmissione della comunicazione di cui al comma 8-*septies*, anche in via telematica, tali da assicurare la provenienza della stessa dal creditore o da persona da questi addetta o preposta a qualsiasi titolo.

8-*novies*. L'estinzione non si verifica se il creditore, ricorrendo un giustificato motivo ostativo, comunica all'Agenzia del territorio ed al debitore, entro il medesimo termine di trenta giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione, con le modalità previste dal codice civile per la rinnovazione dell'ipoteca, che l'ipoteca permane. In tal caso l'Agenzia, entro il giorno successivo al ricevimento della dichiarazione, procede all'annotazione in margine all'iscrizione dell'ipoteca e fino a tale momento rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al presente comma.

8-*decies*. Decorso il termine di cui al comma 8-*septies* il conservatore, accertata la presenza della comunicazione di cui al medesimo comma secondo modalità conformi alle previsioni del comma 8-*octies* ed in mancanza della comunicazione di cui al comma 8-*novies*, procede d'ufficio alla cancellazione dell'ipoteca entro il giorno successivo e fino all'avvenuta cancellazione rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al comma 8-*septies*.

8-*undecies*. Ai fini dei commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* non è necessaria l'autentica notarile.

8-*duodecies*. Le disposizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* trovano applicazione a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Dalla medesima data decorrono i termini di cui ai commi 8-*septies* e 8-*novies* per i mutui immobiliari estinti a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa legge di conversione e sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari statali incompatibili con le disposizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*undecies* e le clausole in

contrasto con le prescrizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* sono nulle e non comportano la nullità del contratto.

8-*terdecies*. Per i mutui di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*duodecies* estinti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge e la cui ipoteca non sia stata ancora cancellata alla medesima data, il termine di cui al comma 8-*septies* decorre dalla data della richiesta della quietanza da parte del debitore, da effettuarsi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

8-*quaterdecies*. Le disposizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* del presente articolo e di cui agli articoli 7 e 8, trovano applicazione, nei casi e alle condizioni ivi previsti, anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti».

La nuova disciplina - la cui *ratio*, anche alla luce dei lavori preparatori, sembra doversi individuare nell'esigenza di "semplificare" la procedura di estinzione dell'ipoteca a seguito dell'estinzione del debito garantito, riducendone il costo complessivo (1) - dà luogo a diversi problemi applicativi, ancor maggiori di quelli a suo tempo evidenziati in relazione al testo originario del decreto legge (2). Le disposizioni sopra riportate sono - è il caso di dirlo - di pessima qualità, esempio ultimo di una progressiva involuzione della tecnica legislativa che non sembra conoscere limiti: il legislatore, preoccupato di raggiungere un determinato obiettivo politico, non si fa scrupolo di intervenire su istituti disciplinati dal codice civile e frutto di una secolare elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, sconvolgendone l'impianto fino a minare in radice l'unità sistematica del diritto civile, con ciò pregiudicando spesso la ragionevolezza della disciplina complessiva, e ponendo l'interprete di fronte al difficilissimo compito di ricostruire la coerenza del sistema (3).

I danni così prodotti al sistema della pubblicità immobiliare possono difficilmente giustificarsi alla luce dell'obiettivo propositosi dal legislatore: da un lato, come si vedrà analiticamente nel prosieguo, la nuova disciplina, lungi dall'accelerare e semplificare, in realtà complica notevolmente l'iter del procedimento di cancellazione ipotecaria, generando elementi di incertezza e addossando al conservatore dei registri immobiliari compiti gravosi, a cui lo stesso ben difficilmente riuscirà a far fronte, comunque con notevoli responsabilità. D'altro lato, appare illusorio anche il preteso risparmio di costi, tenendo conto che l'onorario notarile per gli atti di consenso a cancellazione ipotecaria è - per la tipologia più frequente di finanziamenti, cioè quella delle ipoteche a garanzia di mutui fondiari - in realtà ridotto al 25% (per il combinato disposto dell'art. 39, ultimo comma, del d.lgs. n. 385/1993, e della tabella "C" allegata al d.m. 27 novembre 2001, la quale ultima prevede l'applicazione dell'onorario graduale nella misura del 50% per tale tipologia di atti), con l'ulteriore garanzia dell'impossibilità di superare il massimo previsto dalla

legge (pena le sanzioni previste dall'art. 80 della n. 89/1913); mentre le nuove incombenze previste a carico dei creditori professionali (banche, società finanziarie, enti previdenziali) non potranno, di fatto, non ripercuotersi sul costo complessivo dell'operazione di mutuo (in tal senso il "mercato", non calmierato mediante tariffe obbligatorie quali sono quelle notarili, non avrà certamente difficoltà a superare, in modo indiretto ed occulto, il divieto di porre specifiche commissioni per la cancellazione a carico del debitore).

Ancora una volta, quindi, un provvedimento dettato dall'ansia di "liberalizzazione", formalmente e dichiaratamente a tutela dei consumatori, ma probabilmente funzionale ad interessi imprenditoriali "forti", si rivela, nei fatti, pregiudizievole proprio per le categorie sociali a cui beneficio, apparentemente, lo stesso è diretto: proprio come è avvenuto in relazione al primo "decreto Bersani" (il D.L. n. 223/2006), che nell'illusione di un mercato panacea di tutti mali (e di un principio di libera contrattazione da estendersi alle tariffe dei professionisti, considerati alla stregua di imprenditori commerciali), ha solo creato i presupposti di una concorrenza al ribasso e di un peggioramento della qualità dei servizi professionali. Concorrenza che, d'altra parte, in presenza di vistose asimmetrie informative che impediscono il più delle volte di valutare, anche *ex post*, la qualità della prestazione professionale, non potrà che danneggiare

Note:

(1) Si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge n. C-2201, di conversione del d.l. n. 7/2007: "L'articolo 6 semplifica il procedimento di cancellazione dell'ipoteca nei mutui immobiliari, prevedendo che il creditore, ove sia un soggetto autorizzato ad esercitare attività bancaria, entro trenta giorni dall'estinzione del mutuo, a seguito del pagamento delle rate da parte del cliente, deve darne comunicazione direttamente alla conservatoria, che deve procedere d'ufficio all'immediata cancellazione dell'ipoteca. Viene, così, cancellato un aggravio procedimentale e finanziario, del tutto inutile rispetto alle esigenze di pubblica fede e di certezza giuridica, che oggi incombe sul cittadino, che, pur dopo aver saldato il proprio debito, deve sottoporsi a gravose spese di intermediazione bancaria e notarili, laddove voglia subito estinguere l'ipoteca per poter liberamente disporre del proprio immobile". In sede di conversione in legge, è stata disposta l'abrogazione del suddetto art. 6, e le disposizioni in esame sono confluite nel corpo dell'art. 13, nella cui rubrica si legge, tra l'altro, "Semplificazione del procedimento di cancellazione dell'ipoteca per i mutui immobiliari".

(2) Per una panoramica dei problemi nascenti dall'originario art. 6 del d.l. n. 7/2007 (ora sostituito dall'art. 13), cfr. Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, in *Notariato*, 2007, p. 110 ss.; Tassinari, *Semplificazione nel procedimento di cancellazione dell'ipoteca nei mutui immobiliari*, in *Notariato*, 2007, p. 126 ss.

(3) È vero che il legislatore si pone e deve porsi fini pratici, e non è vincolato dalle costruzioni sistematiche della scienza giuridica, né ad una presunta immutabilità degli istituti giuridici (anche quelli di più nobili ascendenti) (cfr. le acute riflessioni di Jemolo, *I concetti giuridici*, in *La polemica sui concetti giuridici*, Milano 2004, p. 31 ss., 39 ss.; ID., *Ancora sui concetti giuridici*, ibidem, p. 114, 137 ss.). È, però, altrettanto vero che, senza essere vincolato a costruzioni dogmatiche, il legislatore deve, tuttavia, assicurare la coerenza sistematica dell'ordinamento, che è presupposto di legittimità costituzionale dell'intervento normativo (cfr. sul punto, anche per gli abbondanti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano 2006, p. 10 ss.).

proprio i consumatori ed in genere i clienti meno esperti ed avveduti, coloro che inevitabilmente soccomberanno nella “trattativa” sul compenso professionale; e che invece premierà con tutta probabilità i soggetti più “esperti” e meno bisognosi di questo tipo di tutela (4). Ebbene, anche nel caso del decreto legge n. 7/2007 si assiste allo stesso copione: si parla di tutela dei consumatori, ma di fatto si introduce un meccanismo (la c.d. dichiarazione di permanenza dell’ipoteca) che in realtà premia gli interessi delle banche e società finanziarie, evitando l’estinzione dell’ipoteca a fronte del pagamento del debito in tutti i casi in cui i suddetti creditori riterranno di doversi cautelare a fronte del pericolo di una revocatoria del pagamento o di altro “giustificato motivo” (mentre, prima del d.l. n. 7/2007, l’estinzione del debito determinava, immediatamente ed automaticamente, ai sensi dell’art. 2878, n. 3, c.c., l’estinzione dell’ipoteca). Un tale risultato potrà essere anche ritenuto opportuno in determinati casi, ma certamente non può essere qualificato come intervento a “tutela dei consumatori”.

Di ciò deve essersi reso conto il legislatore in sede di conversione del decreto legge. Infatti le disposizioni in esame, già inserite nell’art. 6 e quindi nel Capo I del decreto legge (intitolato “*Misure urgenti per la tutela dei consumatori*”), sono state, in sede di conversione in legge, da questo estrapolate ed inserite nell’art. 13, quindi sotto il Capo II del decreto (intitolato “*Misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza*”). Il che evidenzia il vero volto della “semplificazione” in esame, volta non tanto a procurare un risparmio dei costi notarili al mutuatario-consumatore (che poco agevolerebbe, evidentemente, lo “sviluppo imprenditoriale” e la “promozione della concorrenza”), quanto a garantire a banche e società finanziarie un “accesso diretto” ai registri immobiliari, eliminando nel contempo il controllo di legalità operato dal notaio che, nella specie, è stato, evidentemente, ritenuto superfluo o comunque surrogabile dal controllo da operarsi da parte del conservatore dei registri immobiliari. Quanto questo presupposto corrisponda a verità si potrà giudicare dall’analisi che segue, ma soprattutto dall’esperienza, che dimostrerà se ed in che misura le nuove responsabilità addossate al conservatore potranno velocizzare, o invece rallentare, il procedimento di cancellazione.

2. La natura eccezionale delle disposizioni legislative sulla estinzione delle ipoteche a garanzia di mutui

Prima di analizzare i punti maggiormente problematici delle disposizioni in esame, è necessario delimitarne rigorosamente l’ambito di applicazione, tenendo conto del fatto che la disciplina in commento - prevedendo una specifica causa di estinzione circoscritta ad alcune determinate ipoteche, e cioè quelle a favore di banche, società finanziarie ed enti

previdenziali ed a garanzia dei soli contratti di mutuo, e consentendo annotazioni e cancellazioni nei registri immobiliari in assenza di atto autentico - si caratterizza come *derogatoria*:

1) - sia rispetto al sistema generale delle cause di estinzione dell’ipoteca, previste dall’art. 2878 c.c. (tant’è vero che la modifica non è stata inserita nel codice civile); in particolare, viene apportata dal comma 8-*novies* una rilevante deroga all’art. 2878, n. 3), c.c., a norma della quale l’ipoteca si estingue “con l’estinguersi dell’obbligazione”, mentre nel caso ora disciplinato l’estinzione dell’obbligazione non è sufficiente ai fini del venir meno dell’ipoteca, essendo necessario sia il decorso del termine di trenta giorni, sia il mancato verificarsi del nuovo “fatto impeditivo” (5) previsto dalla legge (la “dichiarazione di permanenza dell’ipoteca” da parte del creditore);

2) - sia rispetto al principio di autenticità del titolo necessario per qualsiasi formalità ipotecaria (principio espresso in via generale dagli artt. 2657, 2835, 2836, 2882, comma 2, c.c.) (6).

Pertanto, in quanto *derogatoria ed eccezionale, detta disciplina non appare suscettibile, ai sensi dell’art. 12 delle preleggi, di interpretazione estensiva o applicazione analogica* (7). Sulla base di tale presupposto devono essere interpretate, quindi, le diverse disposizioni contenute nei commi da 8-*sexies* a 8-*quaterdecies* dell’art. 13.

Note:

(4) La “trattativa” sul compenso professionale appare, peraltro, scongiurata in relazione al compenso spettante al notaio per le attività connesse alla pubblica funzione, rispetto alle quali permane, per effetto dell’art. 147 della legge notarile, come novellato dal d.lgs. n. 249/2006, e dell’interpretazione sistematica complessiva dell’ordinamento del notariato, l’inderogabilità dei minimi tariffari: cfr., sul punto, Petrelli, *Brevi note sull’inderogabilità della tariffa notarile dopo il D.L. n. 223/2006*, in *Riv. not.*, 2006, p. 1611; Raiti, *Liberalizzazioni e tariffe professionali. Conversione in legge del “Decreto Bersani”*, in questa Rivista, 2006, p. 632; Luciani, *L’Europa, le tariffe e la funzione notarile*, in questa Rivista, 2007, p. 5; Togna, *La Corte di Giustizia di nuovo sulle tariffe professionali: la parola torna al legislatore nazionale, ma cade l’alibi comunitario (nota a Corte Giustizia CE 5.12.2006 n. C-94/04 e C-202/04)*, in questa Rivista, 2007, p. 13.

(5) Sulla nozione di “fatto impeditivo”, cfr. Senofonte, *Il concetto di fatto impeditivo*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli 1978, p. 507.

(6) Non costituiscono invece deroghe al principio di autenticità le fattispecie, specificamente previste dalla legge, di consenso alla cancellazione prestato con atto di natura amministrativa, trattandosi pur sempre di atto pubblico in quanto riconducibile a soggetto titolare di pubbliche funzioni: cfr. su tali fattispecie Chianale, *I diritti reali, 6 - Ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino 2005, p. 404 ss.

(7) Sul divieto di applicazione analogica delle norme derogatorie ed eccezionali, cfr. tra gli altri Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, p. 506; Orestano, *Diritto singolare*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 746; Romano, *Diritto singolare*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1983, p. 87; Melillo, *Ius singulare*, in *Novissimo dig. it.*, IX, Torino 1963, p. 389; Rescigno, *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1962, p. 303. In giurisprudenza, cfr. per tutte Corte Conti 22 luglio 1992 n. 45, in *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Legge*, n. 64. Il criterio distintivo tra interpretazione estensiva ed analogia è estremamente relativo (su di esso, cfr. da ultimo Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva*, Milano 2003).

3. La procedura semplificata di estinzione dell'ipoteca: ambito oggettivo di applicazione

I presupposti, soggettivo ed oggettivo, di applicazione della speciale disciplina in commento sono individuati dal comma 8-*sexies* (in combinato disposto con il comma 8-*quaterdecies*) dell'art. 13 del D.L. n. 7/2007, nel testo risultante dalle modifiche apportate in sede di conversione con la legge n. 40/2007.

Dall'esame del comma 8-*sexies* risulta, innanzitutto, che la "semplificazione" in oggetto riguarda solo le ipoteche a garanzia di "mutui" (8). Sono quindi escluse dalla nuova disposizione le ipoteche legali e giudiziali, e le ipoteche volontarie a garanzia di debiti non nascenti da contratto di mutuo (come, ad esempio, quelle che garantiscono altri finanziamenti qualificabili come aperture di credito e simili; o quelle a garanzia di obbligazioni non nascenti da un contratto di finanziamento). A tale conclusione, come si dirà di seguito, sembrerebbe doversi giungere anche con riguardo alle ipoteche iscritte a favore di enti previdenziali, contemplate dal comma 8-*quaterdecies*: non sarebbe in alcun modo giustificabile, infatti, una disparità di trattamento tra le due fattispecie, e ciò comporta la necessità di interpretare in modo coordinato i due commi dell'art. 13, al fine di evitare censure di illegittimità costituzionale per irragionevolezza e violazione del principio di uguaglianza.

Nelle ipotesi escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 13 in commento, l'ipoteca si estinguerà solo per le cause ordinarie previste dall'art. 2878 c.c. (tra le quali, prima fra tutte, la cancellazione prevista dal n. 1) dell'art. 2878 c.c., previo consenso del creditore espresso in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata ai sensi dell'art. 2882 c.c.).

La "semplificazione" non riguarda, poi, le fattispecie di estinzione parziale dell'obbligazione garantita, a fronte delle quali la legge prevede (agli artt. 2872 ss. c.c.) l'obbligo o la facoltà del creditore di consentire alla riduzione dell'ipoteca (in forma di riduzione della somma iscritta, o di restrizione riguardo ai beni ipotecati); tali ipotesi certamente non sono da ricomprendersi nel novero dell'estinzione "semplificata" dell'ipoteca, già per il semplice motivo che danno luogo a mera "riduzione" (che non costituisce causa di estinzione dell'ipoteca). La diversa natura giuridica delle formalità di cancellazione e di riduzione si desume, d'altra parte, dalla diversa *sedes materiae* in cui i due istituti sono disciplinati dal codice civile (nell'ambito del Capo IV del libro VI del codice civile, la sezione IX è dedicata alla riduzione ipotecaria, mentre la sezione XI è dedicata alla cancellazione), e dalla parziale diversità della relativa disciplina. Per altro verso, il procedimento di riduzione ipotecaria presenta aspetti di complessità (si pensi, in particolare, alla necessità di specificazione degli immobili liberati dall'ipoteca, con relativi dati catastali aggiornati, spesso con la necessità di ricostruire la storia dei mutamenti catastali intervenuti a partire dall'iscrizione fino al momento della riduzione; e, quanto alla riduzione della somma conseguente

ad un pagamento parziale, all'esigenza di "proporzionalità", espressa dall'art. 2873, comma 2, c.c., per tacere di altre disposizioni quale, ad esempio, l'art. 2876 c.c.), della cui gestione evidentemente il legislatore non ha voluto far carico al conservatore dei registri immobiliari. Sono, ancora, escluse dalla nuova disciplina le cancellazioni di trascrizioni di qualsiasi tipo (in particolare le trascrizioni di domande giudiziali, di pignoramenti, sequestri), la cui disciplina rimane integralmente regolata dalle disposizioni codicistiche (in particolare, l'art. 2668 c.c.).

Sempre riguardo all'ambito oggettivo di applicazione, il comma 8-*sexies* dell'art. 13 si riferisce alla "estinzione dell'obbligazione garantita"; ed il comma 8-*septies* dell'art. 13 prevede che la comunicazione della quietanza, da effettuarsi da parte del creditore al conservatore, abbia ad oggetto la "estinzione dell'obbligazione". Per estinzione - stante l'ampia portata delle norme in esame - deve intendersi qualsiasi causa di estinzione, anche se non soddisfattiva, e quindi anche se diversa dall'adempimento (quindi anche la transazione, la remissione del debito totale o parziale, la compensazione, la confusione, la prescrizione estintiva, ecc.).

Occorre, d'altra parte, tener conto che la legge fa riferimento generico alla "obbligazione garantita" dall'ipoteca: quest'ultima, come è noto, assiste non solo il debito principale, ma anche interessi e spese, nella misura e nei limiti previsti, in particolare, dall'art. 2855 c.c. Conseguentemente, può parlarsi di "estinzione dell'obbligazione garantita" solo nel momento in cui tutte le componenti del credito, come sopra indicate, risultino estinte. Cioché, ogni qualvolta una parte del debito complessivo non sia ancora pagata, non ricorrerà il presupposto, individuato dal comma 8-*sexies*, in presenza del quale opera la procedura semplificata in oggetto.

4. Ambito soggettivo di applicazione: il soggetto mutuante

La "semplificazione" in esame opera, ai sensi del comma 8-*sexies*, solo nel caso in cui il creditore sia "soggetto esercente attività bancaria o finanziaria". Ai sensi, peraltro, del successivo comma 8-*quaterdecies*, le disposizioni in oggetto si applicano anche ai "finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti". Sfugge (se non quale conseguenza di una tecnica legislativa talmente involuta da rendere inidoneo qualunque aggettivo) il motivo per il quale questi ultimi finanziamenti siano stati contemplati in un comma a parte, nel momento in cui è stata poi richiamata l'intera disciplina contenuta nei commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies*. Ma, a parte ciò, non si comprende neanche l'utilizzo, nel comma 8-*quaterdecies*, del termine "finanziamento", in luogo dell'espressione "mutuo". A prima

Nota:

(8) La legge non distingue in relazione alle diverse tipologie di mutui (ordinari, fondiari, artigiani, agrari, ecc.), che devono quindi tutti ritenersi ricompresi nell'ambito di applicazione della nuova disciplina.

vista, l'espressione farebbe pensare ad un più esteso ambito di applicazione della disciplina in oggetto riguardo agli enti previdenziali; tuttavia, l'esame della disciplina relativa ai suddetti enti previdenziali, e l'inesistenza di ragioni giustificatrici della disparità di trattamento, sembrerebbero condurre a circoscrivere anche qui ai soli "mutui" la disciplina semplificata di estinzione ipotecaria (si vedano, in particolare, il d.m. 28 luglio 1998, n. 463, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 245, della legge 23 dicembre 1996, n. 662; e, in ambito fiscale, l'art. 2, comma 1-bis, del d.l. 3 agosto 2004, n. 220, convertito con modificazioni dalla legge 19 ottobre 2004, n. 257).

Ciò che è certo è che la disciplina in oggetto - derogatoria rispetto a quella generale contenuta nel codice civile - trova applicazione unicamente alle ipoteche iscritte a favore dei suddetti creditori "professionali": con esclusione, quindi, di tutte le altre ipoteche, e di tutte le altre fattispecie in cui vi sia una diversa connotazione (non "bancaria", né "finanziaria" o "previdenziale") della parte creditrice. Cosicché, in presenza di un creditore persona fisica, ma anche nel caso di creditore persona giuridica (pubblica o privata), ente non lucrativo, o società anche commerciale ma non bancaria o finanziaria, l'estinzione dell'ipoteca ha luogo nei soli casi previsti dall'art. 2878 c.c. (e, quanto alla cancellazione, con la sola procedura disciplinata dall'art. 2882 c.c.). Evidentemente, il legislatore ha ritenuto che solo la presenza di una qualifica "professionale" del creditore nell'ambito creditizio potesse giustificare una procedura meno "garantista" (per il medesimo creditore, ma anche per il funzionamento dei registri immobiliari), come quella in esame. Se è vero, infatti, che il principale obiettivo della riforma in oggetto è stato quello di "velocizzare" ed "economizzare", facendo a meno dell'atto di consenso a cancellazione, dell'autentica notarile e quindi del relativo controllo (dell'identità personale, della capacità, della legittimazione, della rappresentanza), ciò è stato evidentemente ritenuto possibile solo in presenza di soggetti che agiscono professionalmente nel mercato del credito, assumendo che tale professionalità, e la relativa organizzazione e specializzazione nel settore creditizio, costituiscano, di per sé, garanzia sufficiente per la salvaguardia dell'interesse del creditore; il quale - secondo la presunzione del legislatore - non avrebbe, sia pure limitatamente a queste fattispecie, necessità di essere assistito da un giurista esperto come il notaio, e per la propria "natura istituzionale", nonché posizione di "forza" contrattuale, non potrebbe essere vittima di raggiri o frodi, né potrebbe, ragionevolmente e secondo l'*id quod plerumque accidit*, trovarsi in una situazione di incapacità di agire che comporti la perdita ingiustificata della garanzia ipotecaria. Il controllo notarile, invece, rimane indispensabile - per ovvie ragioni - allorché si tratti di un creditore non esperto e non avveduto.

5. Ambito soggettivo di applicazione: il soggetto mutuatario

Dal lato del *mutuatario*, le disposizioni in esame non contengono alcuna precisazione di ordine restrittivo in relazione alla relativa *qualifica soggettiva*. Dal tenore dei commi 8-*sexies* e seguenti, quindi, sembra che la procedura semplificata di cancellazione debba trovare applicazione in presenza di qualsiasi mutuatario, sia egli persona fisica o giuridica, società o altro ente.

Nel vigore dell'originario art. 6 del d.l. n. 7/2007, in verità, un dubbio nasceva in dipendenza della *sedes materiae*, e più precisamente della collocazione del medesimo art. 6 nell'ambito del Capo I del decreto legge n. 7/2007 (intitolato alle "misure urgenti per la tutela dei consumatori"). Non sembrava particolarmente probante, in contrario, il ricorrente argomento del valore solo sussidiario, ai fini interpretativi, delle rubriche ed intitolazioni dei testi normativi: argomento poco convincente, se si tiene conto del funzionamento del procedimento di formazione delle leggi, nell'ambito del quale non vi è una diversa procedura per l'approvazione, rispettivamente, del testo degli articoli e delle rubriche e intitolazioni (9). Ciò vale, a maggior ragione, nei casi - qual è quello in esame - in cui dette intitolazioni non contrastino con il tenore letterale delle singole disposizioni contenute negli articoli di legge. Rispetto al suddetto art. 6, quindi, occorre stabilire se il termine "consumatori" fosse stato utilizzato nel senso tecnico di cui al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), ovvero, piuttosto, in un'accezione più generica (in contrapposizione, quindi, al soggetto bancario che opera "professionalmente" nel mercato creditizio: in quest'ultimo senso sembrava deporre la circostanza che, nel testo dell'art. 6, nessuna qualificazione soggettiva del soggetto mutuatario era richiesta).

Di certo, comunque, dopo la conversione in legge il panorama è radicalmente mutato: le disposizioni sull'estinzione e cancellazione delle ipoteche sono state, infatti, estrapolate dall'art. 6 (che è stato abrogato), ed inserite nel corpo dell'art. 13, il quale, a differenza del primo, è collocato sotto il Capo II del decreto legge (intitolato "*Misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza*"). Il che rivela, senza possibilità di residui dubbi, la volontà politica di estendere l'ambito di applicazione della nuova disciplina - ferma restando la qualifica soggettiva del mutuante, come so-

Nota:

(9) Sulla questione del valore delle rubriche e delle intitolazioni dei provvedimenti legislativi, cfr. tra gli altri Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 103 ss., 207 ss.; Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, p. 267 ss.; Consiglio Nazionale del Notariato, *Valore giuridico del titolo della legge*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, VIII, Roma 1972, p. 3; Predieri, *I titoli delle leggi. Osservazioni sul loro procedimento di formazione*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2074; Baldassarre, *Titolo della legge (e "forza di legge")*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 1635.

pra illustrata - a tutti i mutui, da chiunque contratti (consumatori, persone fisiche esercenti imprese o professioni, società, persone giuridiche ed enti di qualsiasi tipo).

Rimane da valutare la *ragionevolezza e coerenza sistematica* di tale disciplina, così estesa, alla luce da un lato della motivazione espressa nel provvedimento normativo (10), d'altro lato dei termini in cui è stato effettivamente realizzato il *bilanciamento degli interessi in conflitto* (11). Si tratta, da un lato, dell'esigenza di ridurre i costi e le formalità necessari al fine di estinguere le ipoteche a garanzia di mutui (costi da sopportarsi, evidentemente, dal soggetto mutuatario, il quale come visto può essere anche un imprenditore, o comunque un soggetto non qualificabile come consumatore). Dall'altro, dell'esigenza primaria e basilare di garantire - in una con la posizione del creditore ipotecario - la sicurezza del traffico giuridico immobiliare, grazie all'intervento di un garante della legalità dell'operazione, quale è il notaio (il quale svolge, oltretutto, il non trascurabile compito di "alleggerire" le incombenze del conservatore dei registri immobiliari, sul quale viene a gravare, in mancanza, l'obbligo di eseguire una serie di controlli). Orbene, se il sacrificio delle ragioni di certezza e legalità della circolazione giuridica, e l'aggravio dei compiti del conservatore, poteva avere un senso al fine di procurare un risparmio di costi al cittadino consumatore, non sembra che analoga giustificazione possa oggi individuarsi in relazione alle ipoteche alla cui cancellazione siano interessati altri soggetti (imprenditori, o comunque non consumatori), considerato oltretutto l'ammontare non particolarmente elevato dei costi di cancellazione. Si aggiunga a ciò il fatto che - sia pure limitatamente al periodo successivo all'estinzione dell'obbligazione e precedente all'effettiva cancellazione - risulta gravemente pregiudicata la sicurezza del traffico giuridico, perché in tale lasso di tempo si è di fronte ad un'ipoteca "quiescente", che potrà estinguersi o meno, a seconda che venga depositata la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca per giustificato motivo (e salva sempre la "spada di Damocle" della "reviviscenza" dell'ipoteca ex art. 2881 c.c.). Quanto ciò sia in contraddizione con le esigenze del mutuatario e della successiva circolazione giuridica, ed in definitiva con gli obiettivi di "sviluppo imprenditoriale" e di "promozione della concorrenza", è di tutta evidenza.

La nuova collocazione sistematica delle disposizioni sulla cancellazione evidenzia poi un altro elemento di incoerenza. La limitazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina ai soli "mutui" appariva coerente e razionale, nell'originario decreto legge, trattandosi della tipologia di finanziamento avente larga diffusione proprio tra le fasce sociali considerate (i consumatori); e giustificava l'esclusione di altre forme di finanziamento (come le aperture di credito), che sono invece dedicate ad altre "tipologie di clientela", di tipo professionale ed imprenditoriale, e ad "operazioni" di finanziamento

più evolute e caratterizzate dalla loro appartenenza a circuiti commerciali e non consumeristici. Invece, alla luce dell'estensione soggettiva di cui si è parlato, oggi tale limitazione non appare più né razionale né coerente, e dà luogo a fondati dubbi di legittimità costituzionale per disparità di trattamento (senza che, d'altra parte, possa agevolmente ipotizzarsi una estensione della disciplina - eccezionale, come si è detto - a fattispecie di finanziamento non previste dalla legge). Incertezza ulteriore, quindi, che introduce un ulteriore elemento di problematicità nella disciplina oggetto di esame.

6. L'estinzione dell'ipoteca conseguente "automaticamente" all'estinzione dell'obbligazione: la deroga all'art. 2878, n. 3, c.c., a beneficio del soggetto mutuante

Il comma 8-*sexies* dell'art. 13 esordisce prevedendo una autonoma causa di estinzione dell'ipoteca (a garanzia di mutui concessi da banche e società finanziarie; ma la disposizione è applicabile, in virtù del successivo comma 8-*quaterdecies*, anche ai mutui concessi da enti di previdenza obbligatoria ai propri iscritti); causa di estinzione che è diversa ed ulteriore rispetto alla cancellazione. Il suddetto comma 8-*sexies*, infatti, dispone che "Ai fini di cui all'articolo 2878 del codice civile, ed in deroga all'articolo 2847 del codice civile, se il creditore è soggetto esercente attività bancaria o finanziaria, l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da con-

Note:

(10) Sulla rilevanza, ai fini ermeneutici, della motivazione espressa nel testo normativo, cfr. tra gli altri Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, p. 32 ss.; Irti, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1999, p. 121; Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 68 ss.; Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1974, p. 226 ss.

(11) Sul criterio di ragionevolezza, in rapporto al criterio di proporzionalità ed all'esigenza di bilanciamento dei valori ed interessi giuridici, come fondamentali parametri di controllo della legittimità costituzionale delle leggi, cfr. in particolare AA.VV., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di Maniaci, Milano 2006; D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; La Torre-Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002; AA.VV., *Ragionevolezza e interpretazione*, in *Ars interpretandi*, Padova 2002; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, Aggiornamento 2005; Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano 1997, p. 898; Luther, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, XII, Torino 1997, p. 341; Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma 1994; Giorgini, *Fisionomie di ragionevolezza nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione: un possibile profilo unitario*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di Femia, Napoli 2006, p. 395; Rauti, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in *Dir. e società*, 2001, p. 355; Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3952; Massa Pinto, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa ed attività giurisdizionale nella sent. n. 109 del 1997*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 489.

tratto di mutuo si estingue automaticamente alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita".

Si parla di "estinzione automatica", e quindi di una causa estintiva ulteriore rispetto alla cancellazione dell'ipoteca. Se ci si fermasse alla lettura del comma 8-*sexies*, non si vedrebbe la novità rispetto alla disciplina codicistica: infatti, l'art. 2878, n. 3, del codice civile prevede già che l'ipoteca si estingue "con l'estinguersi dell'obbligazione".

Senonché, la disposizione sopra riportata è poi contraddetta dai successivi commi. Infatti, ai sensi del comma 8-*novies*, "L'estinzione non si verifica se il creditore, ricorrendo un giustificato motivo ostativo, comunica all'Agenzia del territorio ed al debitore, entro il medesimo termine di trenta giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione, con le modalità previste dal codice civile per la rinnovazione dell'ipoteca, che l'ipoteca permane". Qui il legislatore arriva alla contraddizione logica: non è, infatti, evidentemente possibile che vi sia estinzione immediata ("alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita") se, poi, la stessa legge dispone che l'estinzione "non si verifica" in presenza di dichiarazione di permanenza dell'ipoteca da comunicarsi entro i successivi trenta giorni. Non potendo, evidentemente, arrestarsi di fronte alla contraddizione, occorre sforzarsi di interpretare, in senso conservativo (12), la disciplina complessivamente risultante dai due commi. Ed allora, non resta che affermare che - in sostanza - l'estinzione dell'ipoteca è la risultante di una fattispecie complessa, costituita dall'estinzione dell'obbligazione e dal decorso di trenta giorni dalla stessa senza che vi sia stata comunicazione da parte del creditore della permanenza dell'ipoteca.

Ma vi è di più: il comma 8-*novies* dispone che la comunicazione della permanenza dell'ipoteca deve essere effettuata "entro il medesimo termine di trenta giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione". "Medesimo" si riferisce, evidentemente, al termine di trenta giorni previsto dal comma 8-*septies* (che però decorre dalla estinzione della obbligazione, e non dalla sua "scadenza"). In realtà, il riferimento alla "scadenza", in luogo della "estinzione", appare un refuso che trova la sua ragion d'essere nell'evoluzione dei lavori preparatori della legge n. 40/2007. Nell'ambito della Commissione Giustizia della Camera dei deputati, infatti, era stato fatto rilevare il grave pericolo che la disciplina originaria del decreto legge costituiva ai fini della sicurezza della circolazione immobiliare: si era in particolare evidenziato come una mera "estinzione" per effetto del pagamento e della mancata dichiarazione di permanenza ad opera del creditore non fornisse alcuna certezza ai terzi, in assenza di una formale cancellazione; e si era, quindi, proposto di ancorare l'estinzione ad un evento certo - quale quello risultante dalla "scadenza", risultante dalla nota di iscrizione - piuttosto che ad un evento incontrollabile da parte dei terzi quale l'estinzione (magari anticipata) dell'ob-

bligazione (13). Il maxiemendamento governativo, sul quale è stata posta la questione di fiducia, ha azzerato il dibattito ed i risultati ai quali lo stesso era pervenuto, e la fretta evidentemente ha fatto il resto. Ciò detto, comunque, anche nell'esame del comma 8-*novies* non può che privilegiarsi l'esigenza di attribuire al disposto legislativo un significato, mediante una interpretazione coordinata delle disposizioni rilevanti, che è, al tempo stesso, interpretazione correttiva del comma 8-*novies*: quest'ultimo va quindi letto come se facesse riferimento alla "estinzione", e non alla "scadenza" dell'obbligazione.

Rispetto al testo originario dell'art. 6 del decreto legge, il comma 8-*sexies* dell'attuale art. 13 contiene due ulteriori novità formali: la prima è data dal richiamo dell'intero art. 2878 del codice civile, in luogo del solo n. 6 (che riguarda "lo spirare del termine a cui l'ipoteca è stata limitata" e "il verificarsi della condizione risolutiva"), che era chiaramente improprio (14). Tale rinvio puro e semplice ("ai fini di cui all'articolo 2878 del codice civile"), al di là della sua probabile superfluità, può, in realtà, ritenersi indicativo della volontà del legislatore di segnare l'equipollenza della causa estintiva in esame rispetto alle altre cause di estinzione dell'ipoteca, e sottolinearne una volta di più l'autosufficienza (che peraltro, salvo quanto già sopra rilevato, evidentemente non sussiste a livello pratico, se lo stesso legislatore ha sentito l'esigenza, a differenza che nella versione originaria del decreto legge, di disciplinare una procedura semplificata di cancellazione, in aggiunta all'estinzione automatica, nel comma 8-*decies*).

Note:

(12) Sull'obbligo di interpretazione conservatrice, cfr. tra gli altri Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 285; Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, p. 173 ss.; Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano 2006, p. 123; Cons. Stato 29 marzo 2001 n. 4/01, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Legge*, n. 50.

(13) La Commissione Giustizia della Camera dei deputati, accogliendo una proposta dell'onorevole Giancarlo Laurini, aveva adottato, nella seduta del 22 febbraio 2007, parere favorevole alla conversione in legge del d.l. n. 7/2007, proponendo peraltro testualmente quanto segue: "all'articolo 6, comma 1, la Commissione di merito valuta l'opportunità di prevedere una procedura di cancellazione dell'ipoteca che non pregiudichi la certezza delle transazioni nel mercato immobiliare, sopprimendo l'ultimo periodo del comma 1, ovvero sostituendo il comma 1 con il seguente: «Ai fini di cui all'articolo 2878, primo comma n. 6, del codice civile, se il creditore è soggetto esercente attività bancaria, l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da contratto di mutuo si estingue automaticamente decorsi trenta giorni dalla data di scadenza dell'obbligazione garantita risultante dalla nota di iscrizione o indicata in contratto. L'estinzione non si verifica se il creditore, ricorrendo un giustificato motivo ostativo, comunica all'Agenzia del territorio, con apposita dichiarazione nei 20 giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione, che l'ipoteca permane; in tal caso l'Agenzia, entro il giorno successivo al ricevimento della dichiarazione, procede di ufficio all'annotazione in margine all'iscrizione dell'ipoteca»." Il voto sulla questione di fiducia, posta dal Governo, e quindi sul maxiemendamento dallo stesso presentato, ha determinato poi, come è noto, una diversa soluzione.

(14) Tale improprietà era stata fatta rilevare rispetto al testo dell'art. 6 del d.l.: cfr. Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, cit., p. 111.

La seconda novità è costituita dall'espressione "in deroga all'articolo 2847 del codice civile". Come è noto, ai sensi di quest'ultima disposizione, "l'iscrizione conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data. L'effetto cessa se l'iscrizione non è rinnovata prima che scada detto termine". La deroga consiste, evidentemente, nell'estinzione anticipata dell'ipoteca rispetto al termine ventennale (ma, tutto sommato, anche questa precisazione appare superflua, in quanto tutte le cause estintive contemplate nell'art. 2878 c.c., a parte quella indicata nel n. 2, si configurano come derogatorie rispetto al disposto dell'art. 2847. Può, quindi, ripetersi a questo proposito quanto già detto a proposito del richiamo all'art. 2878 c.c.). Che questo sia stato l'intento del legislatore lo si evince, chiaramente, dal tenore letterale della disposizione ("in deroga all'articolo 2847 del codice civile ... l'ipoteca ... si estingue *automaticamente* alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita"): si è voluto, cioè, solamente rimarcare - tra l'altro in parziale contraddizione con il disposto del successivo comma 8-*novies* - l'automatismo dell'estinzione dell'ipoteca per effetto dell'estinzione del mutuo, in coerenza con l'intenzione, manifestata nel corso dei lavori preparatori, di evitare aggravii procedurali e costi bancari e notarili (15). Ciò rende, evidentemente, impraticabile una lettura più estensiva della disposizione in esame (che porti, cioè, a derogare al termine ventennale *ex art. 2847 c.c.* anche "in eccesso", e quindi eviti l'estinzione per decorso del ventennio, salvo rinnovazione, nei casi di mutuo di durata superiore). Si tratterebbe di un gravissimo *vulnus* al funzionamento della pubblicità immobiliare (tenuto conto della prassi, recepita anche a livello normativo (16), e quindi rappresentante un principio fondante del sistema ipotecario italiano, della limitazione delle ispezioni e certificazioni ipotecarie al ventennio). Così interpretata, la novità legislativa, lungi dal semplificare (scopo dichiarato del decreto legge, anche nel corso di tutti i lavori preparatori), complicherebbe notevolmente il traffico giuridico immobiliare, rendendo necessari accertamenti ultraventennali, e maggiori costi e tempi, oggi non richiesti (e certo incompatibili con gli obiettivi di competitività e sviluppo imprenditoriale).

Al di là di tali profili formali, ciò che rileva della disciplina in esame - portata dal combinato disposto dei commi 8-*sexies* e 8-*novies* - è il *mutato equilibrio nei rapporti creditore-debitore*. In sintesi: mentre nel diritto comune l'estinzione dell'obbligazione determina *ipso iure* l'estinzione dell'ipoteca (salve le risultanze formali dei registri immobiliari, alla cui eliminazione è deputata la cancellazione), e l'obbligo immediato del creditore di liberare i beni del debitore dalla garanzia ipotecaria (*ex art. 1200 c.c.*), nel diritto "speciale" creato dal d.l. n. 7/2007 l'estinzione del debito non basta; è invece necessario, a tal fine, attendere trenta giorni e sperare che il creditore non trasmetta nel frattempo al conservatore dei registri immobiliari la dichiarazione di permanenza

dell'ipoteca. Appare di tutta evidenza, pertanto, come la procedura in esame risulti derogatoria rispetto all'art. 2878, n. 3, del codice civile, posticipando l'estinzione dell'ipoteca rispetto al momento dell'estinzione dell'obbligazione (*misura, questa, dettata evidentemente a favore non del mutuatario, ma del soggetto mutuante*; appare evidente, infatti, come - a parità di certezze per la futura circolazione immobiliare - *per il mutuatario fosse più favorevole il disposto dell'art. 2878, n. 3, c.c., che determinava un'estinzione immediata dell'ipoteca*).

Vi è, allora, da chiedersi la ragione di una tale disciplina, che è nettamente a favore del creditore mutuante, e segna nel contempo un chiaro peggioramento della posizione del debitore-consumatore, nel contesto di un provvedimento normativo che si colloca dichiaratamente (con ampie declamazioni) nell'ottica della tutela di quest'ultimo. In un'ottica molto allargata, si potrebbe, forse, ipotizzare che tale misura di favore per il sistema bancario e finanziario sia finalizzata a promuovere la competitività del sistema economico mediante un'opportuna tutela del credito e dei soggetti che istituzionalmente lo garantiscono (l'esigenza di salvaguardare i creditori professionali dal rischio della revocatoria dei pagamenti è sempre stato un problema molto sentito). Nell'ottica specifica del decreto legge in esame, una tale *ratio* appare però meno comprensibile, e solleva dubbi, probabilmente fondati, di ragionevolezza e quindi di costituzionalità di una disciplina che, in concreto, finisce con il danneggiare, e non poco, gli interessi del singolo consumatore, il quale si vede preclusa la possibilità di estinzione immediata dell'ipoteca a seguito del pagamento integrale del proprio debito (con danni facilmente immaginabili).

Note:

(15) Cfr. la precedente nota 1.

(16) In giurisprudenza, cfr. per tutte Cass. 2 marzo 2005 n. 4427, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2045.

Rilevano però, soprattutto, alcuni dati normativi di notevole importanza sistemica sotto il profilo in esame. In particolare - per quanto concerne la disciplina dei certificati ipotecari richiesti ai fini dell'espropriazione forzata immobiliare - l'art. 567, comma 2, c.c., nel testo risultante dalle modifiche apportate con legge 28 dicembre 2005, n. 263, recita: "Il creditore che richiede la vendita deve provvedere, entro centoventi giorni dal deposito del ricorso, ad allegare allo stesso l'estratto del catasto, nonché i certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato, effettuate nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento". Disposizione, questa, coerente con quella contenuta nell'art. 29, comma 1, n. 2, della legge 25 giugno 1943, n. 540, che addirittura vieta al conservatore dei registri immobiliari di comprendere nei certificati ipotecari "le iscrizioni soggette a rinnovazione e non rinnovate nel termine di legge". La *durata massima ventennale* dell'ipoteca è, quindi, un *requisito di sistema*, di rilevanza tale da impedire - in assenza di una disposizione che espressamente deroghi all'art. 567, comma 2, c.p.c., ed alle altre disposizioni di legge rilevanti - qualsiasi interpretazione che si ponga in contrasto con esso. Ciò si coglie, a maggior ragione, ove si consideri che l'attuazione del diritto reale di ipoteca ha luogo proprio nel processo di esecuzione forzata, e che *qualsiasi modifica della durata massima dell'ipoteca medesima richiederebbe, quale primo passo, proprio la modifica dell'art. 567, comma 2, c.p.c.*

7. La comunicazione al conservatore dell'estinzione dell'obbligazione garantita

L'art. 13, comma 8-septies, dispone che *“Il creditore è tenuto a rilasciare al debitore quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e a trasmettere al conservatore la relativa comunicazione entro 30 giorni dalla stessa data, secondo le modalità di cui al comma 8-octies, e senza alcun onere per il debitore”*.

Nessun problema in ordine all'obbligo di rilasciare quietanza: si tratta, in realtà, di norma superflua, in quanto ripetitiva del generale obbligo imposto dall'art. 1199 del codice civile; salvo, forse, nella parte in cui impone di indicare, nella quietanza, la *“data” di estinzione dell'obbligazione* (data che assume notevole rilevanza, ai fini di cui *infra*, in quanto rappresenta il *dies a quo* da cui decorre il termine di trenta giorni per l'estinzione *“automatica”* dell'ipoteca). Di certo, comunque, il rilascio o meno della quietanza si colloca nell'ambito esclusivo dei rapporti creditore-debitore, e non incide in alcun modo sull'esistenza dell'ipoteca e sull'efficacia delle formalità da eseguirsi nei registri immobiliari.

Nuovo è, invece, l'obbligo di dar comunicazione della suddetta estinzione al conservatore dei registri immobiliari, entro trenta giorni dalla data dell'estinzione. Comunicazione che deve aver luogo *su iniziativa del creditore mutuante*, una volta estinta l'obbligazione, e *senza necessità di richiesta alcuna da parte del mutuatario* (richiesta che invece è prescritta nel regime transitorio, relativamente ai mutui estinti prima della data di entrata in vigore della legge n. 40/2007).

La comunicazione in oggetto costituisce il *“perno”* della nuova procedura di cancellazione *“semplificata”*. *Stupisce, pertanto, che il legislatore non abbia previsto alcuna specifica sanzione a carico del creditore per il caso di inosservanza di tale obbligo: la cui unica conseguenza è quindi individuabile nella responsabilità civile del mutuante per i danni derivanti dal ritardo nella cancellazione dell'ipoteca.*

Il comma 8-septies prevede che la comunicazione debba essere effettuata, da parte del creditore, a sue spese, e quindi *“senza alcun onere” per il debitore*; da cui la nullità delle clausole che prevedano commissioni bancarie e simili per tale adempimento. Tale nullità riguarda qualsiasi clausola contrattuale che, anche indirettamente, preveda addebiti al mutuatario per l'attività di comunicazione in oggetto. Appare, peraltro, evidente che sarà molto difficile verificare l'effettiva osservanza di tale disposizione. Se, infatti, è evidente l'illegittimità di qualsiasi clausola contrattuale che preveda compensi o prestazioni di qualsiasi genere (comprese quelle qualificate in termini di *“rimborso spese”*) in correlazione alla suddetta comunicazione, *nulla ovviamente può impedire al soggetto mutuante di “coprire i costi” dei nuovi adempimenti a suo carico elevando i tassi di interesse, o prevedendo altre commissioni, sotto diversa forma, e non espressamente correlate all'evento estinzione dell'obbligazione e dell'ipoteca.* In altri termini, è forse facile profezia quella che vedrà il

“mercato” reagire alla nuova disposizione, deviando di fatto ed in modo occulto i costi dei nuovi adempimenti a carico del debitore.

Ai sensi del comma 8-octies, *“L'Agenzia del territorio, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, con proprio provvedimento determina le modalità di trasmissione della comunicazione di cui al comma 8-septies, anche in via telematica, tali da assicurare la provenienza della stessa dal creditore o da persona da questi addetta o preposta a qualsiasi titolo”*. La disposizione, quindi, non è *self-executing*, ma richiede, per la sua attuazione, un successivo provvedimento dirigenziale che dovrà individuare le modalità di trasmissione della comunicazione: fino a tale momento, l'intera procedura delineata nei commi in esame non potrà avere attuazione.

Non si comprende, però, come possa essere *“assicurata”* la *“provenienza della stessa dal creditore o da persona da questi addetta o preposta a qualsiasi titolo”*, pur adottando una forma di trasmissione telematica: può immaginarsi che verrà imposto l'utilizzo della firma digitale, o di altra firma elettronica qualificata, da parte del legale rappresentante della banca, e che il certificato di firma qualificato debba attestare i poteri di rappresentanza della persona fisica preposta o addetta, in conformità al disposto dell'art. 28, comma 3, lett. a), del Codice dell'amministrazione digitale (D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come modificato dal D.Lgs. 4 aprile 2006, n. 159); ma nulla, evidentemente, potrà assicurare, in assenza dell'autentica notarile (la cui necessità è in ogni caso esclusa dal comma 8-undecies), che il dispositivo di firma sia stato, effettivamente, utilizzato dal soggetto legittimato (e non vi sono, quindi, in assenza dell'autentica notarile strumenti certi per evitare il pericolo di frodi o di utilizzo indebito del suddetto dispositivo di firma). L'utilizzo della firma digitale o della firma elettronica qualificata, infatti, non assicura di per sé la provenienza del documento informatico: tant'è vero che la legge prevede, per i casi in cui vi sia l'esigenza di una prova privilegiata, che la suddetta firma venga autenticata. Quanto sopra si comprende chiaramente se si analizzano le disposizioni rilevanti del Codice dell'amministrazione digitale. Ai sensi dell'art. 20, comma 2, del suddetto Codice, anche il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si *“presume”* riconducibile al titolare del dispositivo di firma (salvo, quindi, l'eventuale disconoscimento della firma); mentre, per il successivo articolo 25, si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, solo *“la firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*.

Evidentemente, nella fattispecie in esame il legislatore si è *“accontentato” di un documento con efficacia probatoria*

minore, ritenendo che la particolare qualifica professionale del creditore fosse garanzia sufficiente dell'impiego della firma elettronica in modo responsabile, e che i rischi di utilizzo del dispositivo di firma da parte di soggetti non legittimati fossero percentualmente trascurabili. A tale decisione ha, probabilmente, contribuito una ulteriore valutazione, fondata sul *principio di autoreponsabilità* (17): nel caso di impiego non autorizzato del dispositivo di firma digitale, infatti, l'unico soggetto danneggiato sarebbe il "creditore professionale" (anche in assenza dei presupposti di legge, infatti, l'eventuale cancellazione illegittima non potrebbe che avvantaggiare la controparte, il debitore-mutuatario). *Diverso sarebbe se, in luogo di una annotazione o cancellazione di ipoteca, dovesse eseguirsi una diversa formalità nei registri immobiliari* (in particolare, un'iscrizione o una trascrizione), che coinvolgesse quindi l'interesse di altri soggetti; il punto verrà meglio approfondito nella successiva esposizione.

La "comunicazione" disciplinata dai commi 8-septies e 8-octies dà luogo poi, per sua stessa natura, ad *ulteriori problemi*. Da un lato, essa pone il conservatore nella necessità di "interpretarla" al fine di *verificare se l'estinzione è totale o parziale, se riguarda il capitale o anche gli interessi, spese ed accessori*, se in una parola riguarda tutte le somme già indicate nella nota di iscrizione o comunque garantite ai sensi dell'art. 2855 c.c. Proprio per evitare tale difficile interpretazione, nonché le difficoltà connesse all'eventuale invalidità del pagamento, o alla imputazione dello stesso (art. 1194 c.c.), nel sistema del "diritto comune" l'art. 2882 del codice civile richiede un *atto negoziale* - e non una mera dichiarazione di scienza - al fine di procurare la cancellazione dell'ipoteca: la dottrina più autorevole ha sempre escluso, infatti, che la mera quietanza sia sufficiente al fine di autorizzare una cancellazione (18), proprio per la sua "non definitività" e "non decisività" ai fini dell'estinzione dell'obbligazione e quindi della garanzia.

Nella disciplina speciale, invece, le cose stanno diversamente. Diversa è, infatti, rispetto all'atto di consenso previsto dall'art. 2882 c.c., la *natura giuridica della "comunicazione" effettuata dal creditore al conservatore dei registri immobiliari*. Non si tratta di un atto negoziale, né di una istanza in senso tecnico (la cancellazione avviene, infatti, "d'ufficio"), ma piuttosto di una *dichiarazione di scienza*, alla quale sono ricollegati *ex lege* determinati effetti giuridici (la "conoscibilità legale" della stessa, e quindi l'obbligo del conservatore di portarla a conoscenza degli interessati; nonché l'obbligo di provvedere alla cancellazione d'ufficio decorso il termine di legge). Nei rapporti tra creditore e debitore, sembra che detta comunicazione possa configurarsi alla stregua di una confessione stragiudiziale fatta ad un terzo (art. 2735, comma 1, seconda parte, del codice civile), come tale liberamente apprezzabile da parte del giudice.

La qualificazione della "comunicazione" del creditore in termini di dichiarazione di scienza pone quindi, in pri-

mo luogo, il problema della *sua eventuale "non veridicità"* (per errore o per qualsiasi altra causa): la comunicazione, in quanto tale, non sembra cioè poter avere effetto "costitutivo" ai fini dell'estinzione dell'ipoteca. Detto in altri termini, *se per qualsiasi caso l'obbligazione non fosse estinta, l'esistenza della "comunicazione" della banca non ne determinerebbe l'estinzione fino al momento della cancellazione; il che comporterebbe la sopravvivenza dell'ipoteca nonostante, nel frattempo, sia fornita ai terzi la "conoscibilità" di detta comunicazione* (le conseguenze, in termini di lesione dell'affidamento dei terzi e, quindi, della fede pubblica, sono facilmente immaginabili). A maggior ragione, *nessuna efficacia estintiva dell'ipoteca può essere attribuita alla comunicazione proveniente da soggetto non legittimato* (punto, quest'ultimo, che verrà approfondito di seguito).

Proprio alla luce delle superiori considerazioni, in fase di prima lettura dell'originario art. 6 del d.l. n. 7/2007, si era escluso che la comunicazione in esame potesse in qualsiasi modo costituire oggetto di annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria (soluzione, questa, che era peraltro convalidata dal tenore letterale dell'art. 6, comma 1, del decreto legge) (19). Ora la legge n. 40/2007 prevede espressamente non solo che della comunicazione venga garantita la "conoscibilità" in pendenza dello *spatium deliberandi* di trenta giorni, ma altresì che, sulla base della medesima comunicazione (e della mancata tempestiva dichiarazione della "permanenza" dell'ipoteca), il conservatore debba procedere alla cancellazione "d'ufficio" (dando così origine ad una serie di problemi che verranno, di seguito, esaminati).

La suddetta natura giuridica della "comunicazione" pone poi il problema della sua *revocabilità*, e quindi della possibilità di comunicare successivamente al conservatore, entro il termine di trenta giorni e quindi prima che scatti l'obbligo di cancellazione d'ufficio, un atto di revoca della precedente dichiarazione. *Non sembra dubbio che una tale revoca* - da escludersi riguardo all'atto

Note:

(17) Sul principio di autoreponsabilità, oltre al classico saggio di Pugliatti, *Autoreponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, p. 452, cfr. di recente Caredda, *Autoreponsabilità e autonomia privata*, Torino 2004; Caredda, *Il ruolo dell'autoreponsabilità nell'ordinamento giuridico*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 968.

(18) Cfr. per tutti Coviello, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Roma 1936, p. 231 ("potendo sempre sorgere contestazioni sulla validità del pagamento o sull'interpretazione della quietanza (se a saldo o meno, se relativa al credito iscritto o ad altro) il conservatore a sgravio di ogni responsabilità ha diritto a rifiutarsi di eseguire la cancellazione fino a quando non interviene il provvedimento del giudice che dichiara estinta l'ipoteca, e ordini la cancellazione"); Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano 1956, p. 530 ss.; Gorla-Zanelli, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1992, p. 508; Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano 2006, p. 643 ss.

(19) Per tale conclusione, cfr. Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, cit., p. 112.

negoziale di consenso alla cancellazione, quantomeno dal momento in cui lo stesso è portato a conoscenza del debitore (20) - *debba, nella fattispecie in esame, considerarsi ammessa* (che il procedimento di cancellazione possa essere arrestato discende, infatti, dallo stesso disposto legislativo, che prevede l'eventuale successiva trasmissione al conservatore di una dichiarazione di permanenza dell'ipoteca). Del resto, la stessa confessione può essere revocata, tra l'altro, in conseguenza di un errore di fatto (cfr. l'art. 2732 del codice civile). Tutto ciò rende ancor più problematica la situazione del debitore nel periodo di trenta giorni successivo alla estinzione dell'obbligazione garantita; ed ancor più inopportuna la previsione di legge che - nel consentire la conoscibilità della comunicazione prima della cancellazione ipotecaria - rischia di ingenerare un falso affidamento nei terzi.

L'espressione del comma 8-septies impone al creditore un vero e proprio obbligo di effettuare la comunicazione al conservatore dei registri immobiliari, entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita. Obbligo, peraltro, che solo in parte può ricollegarsi a quello previsto dall'art. 1200 del codice civile (che impone al creditore che abbia ricevuto il pagamento di consentire la liberazione dei beni dalle garanzie reali date per il credito), posto che la liberazione dall'ipoteca potrebbe in realtà non aver luogo, nel sistema "speciale", in conseguenza della facoltà del creditore di ottenere la "permanenza" dell'ipoteca nonostante l'estinzione del debito.

A proposito del quale obbligo, deve peraltro precisarsi che la previsione del comma 8-septies non incide, in alcun modo, sull'esistenza dell'ulteriore obbligo del creditore di prestare, con atto autentico, il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca (21), ove quest'ultima formalità sia richiesta dal debitore a tutela di un proprio interesse, per la maggiore sicurezza e "celerità" che tale modalità cancellazione consente (in particolare nelle ipotesi in cui si renda necessaria la contestualità tra cancellazione e rivendita dell'immobile, o nuovo mutuo garantito da ipoteca sullo stesso; il punto verrà approfondito nel prosieguo del presente lavoro).

In sede di commento all'art. 6 dell'originario decreto legge si era rilevato come la ratio legislativa di ridurre il costo della cancellazione non apparisse, nel complesso, adeguatamente soddisfatta, in quanto il Governo, nell'escludere la necessità di intervento notarile, si era però astenuto dal dichiarare invalide le pattuizioni dei mutui bancari che prevedessero commissioni bancarie per la cancellazione ipotecaria (22). In sede di conversione del decreto legge, il legislatore ha rimediato a tale omissione, escludendo la possibilità di porre qualsiasi onere a carico del debitore in dipendenza dei nuovi obblighi posti a carico del creditore. Ciò comporta la nullità delle clausole dei mutui che prevedano l'addebito di spese, comunque qualificate, al debitore in connessione con la cancellazione ipotecaria "semplificata" di cui alla nuova disciplina (nullità che, in base al comma 8-duodecies, ope-

rerà solo decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della nuova disciplina).

L'espressione "senza alcun onere per il debitore", contenuta nel comma 8-septies, è formulata in termini talmente generici da legittimare il dubbio in ordine alla legittimità della clausola che ponga a carico del debitore - in quanto dovute - le tasse ipotecarie, e le eventuali altre imposte (imposta ipotecaria e di bollo) necessarie per la cancellazione semplificata in oggetto. La questione appare, in realtà, più complessa. Se si considera che quello di liberare l'immobile dall'ipoteca, una volta ricevuto il pagamento del credito garantito, è un preciso obbligo del creditore ipotecario (art. 1200 c.c.), e che le spese relative all'adempimento dell'obbligazione sono, in linea generale, a carico del soggetto obbligato (art. 1196 c.c.), ne dovrebbe discendere che, in assenza di diversa pattuizione contrattuale, debba essere - anche nel sistema codicistico - il creditore ipotecario a sostenere le spese di cancellazione, ivi comprese le relative imposte e tasse (23). Nel diritto comune, nulla impedisce alle parti di pattuire diversamente (ed infatti è prassi usuale quella di prevedere, contrattualmente, che le spese e tasse della cancellazione ipotecaria siano a carico del mutuatario). Nel diritto "speciale" oggetto di esame, la legge vieta unicamente di porre a carico del mutuatario le spese relative alla "comunicazione" da effettuarsi al conservatore, mentre non menziona le spese della cancellazione vera e propria (che, tra l'altro, avviene d'ufficio). Il che legittima la conclusione della piena liceità della clausola che ponga tali spese e tasse a carico del mutuatario. Appare, comunque, evidente che - in assenza di diversi accordi con il mutuatario, successivi all'estinzione del debito - la banca non può rifiutare l'esecuzione della comunicazione all'ufficio dei registri immobiliari per il solo fatto di non aver ricevuto dal debitore l'anticipazione delle tasse e imposte dovute (non

Note:

(20) In tal senso cfr. Chianale, *I diritti reali*, 6 - *Ipoteca*, cit., p. 400. D'altra parte, il creditore che prestasse il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca, portandolo a conoscenza del debitore e di un eventuale terzo acquirente, e quindi revocasse detto consenso, certamente contravverrebbe il divieto di *venire contra factum proprium*. Cfr. sulla questione, di recente, Festi, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano 2007; Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Jovene, Napoli 2006; Wieling, *Venire contra factum proprium e colpa verso se stesso*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 409.

(21) Sulla sussistenza, in capo al creditore, dell'obbligo di prestare il suddetto consenso a cancellazione, cfr. per tutte Cass. 1 ottobre 1999 n. 10893, in questa *Rivista*, 2000, p. 119, in *Riv. not.*, 2000, p. 441, ed in *Vita not.*, 2000, p. 316.

(22) Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, cit., p. 117.

(23) In tal senso v. Gorla-Zanelli, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., p. 518. Non sembra, invece, corretta, in quanto non fondata su alcuna norma di legge, la tesi che - argomentando dall'art. 2846, che pone le spese dell'iscrizione a carico del debitore - ritiene che anche le spese di cancellazione debbano seguire la stessa sorte (in quest'ultimo senso v. in particolare Boero, *Le ipoteche*, cit., p. 913; Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Milano, 1956, p. 539).

vi è qui corrispettività di prestazioni, e quindi è inapplicabile qualunque *exceptio inadimpleti contractus*).

Come già rilevato, la procedura di cancellazione "ordinaria" non costituisce, in alcun modo, oggetto delle nuove disposizioni, e non appare vietata né modificata dalle stesse. Pertanto, anche alla luce dei principi susposti, *nulla impeditur, anche per il futuro, di prevedere - con apposita clausola contrattuale - delle commissioni a carico del debitore per l'atto notarile di consenso alla cancellazione che il debitore stesso abbia eventualmente richiesto*, rinunciando *ex post* ad avvalersi della nuova procedura.

8. La "cancellazione d'ufficio" dell'ipoteca

Ai sensi dell'art. 13, comma 8-*decies*, "*Decorso il termine di cui al comma 8-septies il conservatore, accertata la presenza della comunicazione di cui al medesimo comma secondo modalità conformi alle previsioni del comma 8-octies ed in mancanza della comunicazione di cui al comma 8-novies, procede d'ufficio alla cancellazione dell'ipoteca entro il giorno successivo e fino all'avvenuta cancellazione rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al comma 8-septies*".

Pertanto, una volta acquisita la comunicazione (priva di autentica notarile, ma che comunque dovrà essere "idonea" ad assicurare la provenienza dal creditore e la legittimazione del sottoscrittore), il conservatore - verificata la mancanza di una successiva dichiarazione di permanenza dell'ipoteca ai sensi del successivo comma 8-*novies*, è obbligato a cancellare d'ufficio l'ipoteca medesima. "D'ufficio" significa senza necessità che la cancellazione gli venga espressamente richiesta con un'apposita domanda redatta e trasmessa, su supporto informatico o per via telematica, secondo le specifiche tecniche emanate ai sensi dell'art. 16 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, dell'art. 3-*bis* del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 463, e successive modificazioni ed integrazioni. Le ragioni di questa scelta legislativa vanno, evidentemente, ricondotte alla *volontà di non gravare né il mutuante, né il mutuatario degli adempimenti connessi alla richiesta della formalità* (e, quindi, alla redazione e presentazione della domanda di annotazione), considerato che, *nella procedura "ordinaria", di tale incombenza si fa carico, nella prassi, il notaio rogante o autenticante* (il quale provvede altresì a liquidare le tasse ed imposte da versare all'ufficio dei registri immobiliari, alla compilazione della modulistica ed al relativo pagamento).

Rispetto alla soluzione prevista dall'originario art. 6 del decreto legge, la nuova disposizione, sopra riprodotta, riporta quindi in auge l'istituto della cancellazione, che in realtà assorbe e supera la c.d. estinzione automatica dell'ipoteca, destinata a rimanere un mero *flatus vocis*. Evidentemente, il legislatore ha compreso che quanto era stato evidenziato, immediatamente dopo l'entrata in vigore del decreto legge - in ordine ai gravi rischi che la nuova disciplina determinava per la sicurezza dei traffici giuridici - corrispondeva al vero: la suddetta "estinzione automatica" non assicurava, infatti, alcuna tutela

né al debitore né ai terzi, ai fini della successiva circolazione immobiliare (24).

Ciò per diverse ragioni. Innanzitutto, la presenza - sia pure solo formale - dell'iscrizione ipotecaria (nonostante l'estinzione integrale del debito), può creare, *di fatto, incertezza* ai fini della successiva circolazione dell'immobile (in quanto può porsi un problema concreto di prova dell'avvenuto esatto adempimento dell'obbligazione, ed in genere della sussistenza dei presupposti di legge per l'estinzione dell'ipoteca). Proprio in funzione di ciò la giurisprudenza ha costantemente affermato l'obbligo del creditore di prestare il consenso alla cancellazione, anche allorché l'ipoteca sia meramente apparente, perché preceduta da trascrizioni a carico del debitore (25), o addirittura nulla (26), e anche se perenta e non rinnovata (27). Lo stesso legislatore, d'altra parte, si è mosso in questa direzione: l'art. 586, comma 1, del codice di procedura civile, come modificato dall'art. 2, comma 3, lett. e), del D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, dispone che "il giudice con il decreto ordina anche la cancellazione delle trascrizio-

Note:

(24) Cfr. Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, cit., p. 114 ss.

Il punto è stato costantemente evidenziato nel corso dei lavori preparatori del disegno di legge n. C-2201, di conversione del d.l. n. 7/2007. Nella seduta della Commissione Giustizia della Camera dei deputati del 13 febbraio 2007, l'onorevole Pierluigi Mantini osservava come "*l'esclusione della necessità dell'autentica notarile della dichiarazione, specie in relazione alla comunicazione della banca di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita, possa prestarsi ad atti fraudolenti da parte di un soggetto diverso dal creditore bancario che, sulla base di una dichiarazione falsa, potrebbe determinare il venir meno della garanzia ipotecaria. Tale circostanza appare idonea a creare incertezze nel mercato immobiliare (quanto all'esistenza o meno del vincolo ipotecario), con riflessi anche sull'attività dei conservatori, per le implicazioni risarcitorie derivanti dall'accettazione di dichiarazioni la cui riferibilità ai creditori non sia comprovata con certezza*". Nel corso della medesima seduta, l'onorevole Giancarlo Laurini evidenziava come "*la semplificazione, in sé condivisibile, crea tuttavia un problema di grave incertezza per i terzi che non possono rilevare, ispezionando i registri dell'Agenzia per il Territorio, l'avvenuta estinzione dell'ipoteca, con conseguente enorme intralcio alla contrattazione immobiliare*".

Ancora, durante la seduta della Commissione Finanze della Camera dei deputati del 14 febbraio 2007, il deputato Antonio Pepe esprimeva "*talune osservazioni critiche anche con riferimento all'articolo 6, relativo alla cancellazione automatica delle ipoteche poste a garanzia di mutui immobiliari, sia in quanto il richiamo, contenuto nella disposizione, al numero 6 dell'articolo 2878 del Codice civile appare poco chiaro, sia in quanto la previsione rischia di incidere negativamente sulla speditezza dei traffici giuridici. In particolare ritiene che l'eliminazione dell'obbligo di autentica notarile nella dichiarazione prevista dalla disposizione possa prestarsi ad atti fraudolenti da parte di soggetti diversi dal creditore bancario, ad esempio nel caso di dichiarazioni false inviate alla Conservatoria o di dichiarazioni rilasciate da soggetti privi dei necessari poteri di rappresentanza, i quali sono invece attualmente sottoposti all'accertamento del notaio, sacrificando in tal modo l'esigenza di certezza ed incidendo negativamente sul mercato immobiliare nel suo complesso*".

(25) Cass. 27 marzo 2001 n. 4428, in *Riv. not.*, 2002, I, p. 166, con nota di Vocaturo; Cass. 26 luglio 1994 n. 6958, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 308, con nota di Stingone, "*Actio negatoria*" e *obbligo di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca*.

(26) Cass. 2 aprile 2001 n. 4793, in *Vita not.*, 2001, p. 824.

(27) Cass. 16 febbraio 1994 n. 1505, in *Vita not.*, 1994, p. 1348.

ni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento”, che come tali quindi sarebbero già inefficaci.

Ma, ancor prima delle difficoltà di fatto, vi è da considerare l'incertezza giuridica conseguente al verificarsi di cause di estinzione dell'ipoteca diverse dalla cancellazione. Come si desume, infatti, chiaramente dal disposto dell'art. 2881 c.c., solo una volta cancellata l'ipoteca il terzo acquirente del bene immobile è posto al riparo dal rischio dell'esercizio dell'azione ipotecaria da parte del creditore; rischio che continua a sussistere ogni qualvolta la causa estintiva dell'obbligazione sia, anche *ex post*, riconosciuta invalida o inefficace. Secondo la prevalente giurisprudenza, tale disposizione trova applicazione anche nel caso in cui il pagamento sia dichiarato inefficace per cause sopravvenute (quale la revocatoria, ordinaria o fallimentare) (28). Anche la dottrina ha rimarcato la pericolosità della situazione, ai fini della tutela dei terzi aventi causa dal proprietario dell'immobile ipotecato (29).

Ne discende che l'unica causa “definitiva” di estinzione dell'ipoteca - che mette il terzo acquirente al riparo da rischi connessi all'azione ipotecaria - è la cancellazione. La legge n. 40/2007, quindi, ritorna all'istituto della cancellazione di ipoteca, nella consapevolezza che solo tale causa estintiva è idonea a garantire la sicurezza della successiva circolazione immobiliare.

Appare, peraltro, *irrealistica l'osservanza del disposto che impone la cancellazione “entro il giorno successivo”* alla scadenza del trentesimo giorno dall'estinzione dell'obbligazione, tenuto conto che il termine attualmente vigente - per tutte le annotazioni e cancellazioni da eseguirsi ad opera del conservatore - è di *novanta giorni* dalla presentazione della domanda (n. 2 della Tabella allegata al Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio in data 28 febbraio 2002, pubblicato in G.U. n. 65 del 18 marzo 2002), e che tale termine - in quanto ordinario, e non perentorio (30) - spesso non è rispettato. Nulla, in altri termini, autorizza a ritenere che il termine in oggetto abbia natura diversa rispetto a quello previsto dal suddetto provvedimento: di conseguenza, di fronte all'ordinarietà del termine, vi è da immaginare che il conservatore - a parte ovviamente l'esigenza di privilegiare l'esecuzione delle formalità di trascrizione ed iscrizione, dal cui ritardo possono derivare danni consistenti, per effetto del disposto dell'art. 2644 del codice civile - non potrà di fatto adempiere al disposto normativo, peraltro privo di sanzione.

Notevoli difficoltà si frappongono infatti all'osservanza del ristretto termine previsto dalla legge, connesse alla

blicità, rimane in vita con il grado originario anche nei confronti dei terzi che abbiano trascritto diritti anteriormente all'evento estintivo, poi risultato inesistente. Se, invece, nel frattempo sia intervenuta la cancellazione (che, ai sensi dell'art. 2878, n. 1 c.c., comporta l'estinzione dell'ipoteca), l'ipoteca non rivive nei confronti dei terzi interessati all'estinzione (terzo datore, terzo acquirente, creditori di grado successivo) per la considerazione, che costituisce la ratio della norma, che ben difficilmente costoro potrebbero accertare se l'atto o fatto da cui dipende la cancellazione dell'ipoteca sia valido ed efficace a tale scopo: in questo caso è solo possibile una nuova iscrizione sulla base del titolo originario e l'ipoteca rivive *ex nunc* soltanto nei confronti del debitore o del datore, ma, configurandosi come nuova, non potrà pregiudicare i diritti dei terzi trascritti anteriormente (ancorché prima della cancellazione).”); Cass. 2 novembre 2000 n. 14337, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1014 (ove anche si evidenzia come “l'art. 2881 cod. civ. si riferisce all'ipotesi in cui, successivamente al verificarsi di una causa estintiva dell'ipoteca, risulti l'insistenza o l'invalidità di detta causa oppure è dichiarata nulla la rinuncia fatta dal creditore all'ipoteca. Si può ritenere, come è stato ritenuto dalla dottrina, che la norma si riferisce alla generalità delle cause estintive dell'ipoteca, giacché la “ratio legis” è analoga in tutte le fattispecie di estinzione dell'ipoteca. Verificatesi una di queste circostanze, le situazioni possibili sono le seguenti: - se l'iscrizione non è stata cancellata, essa continua e con essa l'ipoteca e si perde con efficacia retroattiva il diritto alla cancellazione a causa della carenza originaria del titolo giustificativo; - se la cancellazione dell'iscrizione è stata già effettuata, l'ipoteca, che è venuta meno per il venir meno dell'iscrizione, può essere nuovamente iscritta con un nuovo grado nella prelazione se il titolo ipotecario non sia esso stesso effetto da nullità”).

Cfr. anche, sul medesimo tema, Cass. 14 ottobre 2005 n. 20005, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Fallimento*, n. 419; Cass. 20 dicembre 2002 n. 18156, in *Foro it.*, 2003, I, p. 770, con nota di Fabiani.

(29) In dottrina, sui problemi nascenti dall'art. 2881 c.c., cfr. Ravazzoni, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Mes-sineo-Mengoni-Schlesinger, Milano 2006, p. 609 ss.; Chianale, *I diritti reali*, 6. *L'ipoteca*, cit., p. 385 ss.; Boero, *Le ipoteche*, cit., p. 884 ss.; Gorla-Zanelli, *Del pegno. Delle ipoteche*, cit., p. 506 ss.; Tamburrino, *Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile*, Torino 1976, p. 350 ss.; De Lise-Cossu, *Delle ipoteche*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da De Martino, Novara 1974, p. 606 ss.; Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 527 ss.

Sul problema particolare della reviviscenza delle garanzie in caso di revocatoria fallimentare, cfr. per tutti Majo, *La garanzia “rediviva”*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006, p. 124; Mazza, *Reviviscenza delle garanzie a seguito del risorgere dell'obbligazione principale*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 371; Macchia, *Revocatoria fallimentare e reviviscenza delle garanzie* (nota a Cass. 20 dicembre 2002 n. 18156), in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 84; De Marco, *Reviviscenza delle garanzie fideiussorie* (nota a Cass. 20 dicembre 2002 n. 18156), in *Contratti*, 2003, p. 767; Romano, *Natura costitutiva dell'azione revocatoria fallimentare e clausola di reviviscenza della fideiussione* (nota ad App. Milano 19 settembre 2000), in *Banca, borsa, e titoli di credito*, 2001, II, p. 167; Bosticco, *Caducazione delle garanzie che assistevano il credito estinto con pagamento revocato* (nota ad App. Milano 3 ottobre 2000), in *Fallimento*, 2001, p. 937; Proto, *Revocatoria del pagamento e reviviscenza della fideiussione. Riflessi sostanziali e processuali nella procedura concorsuale del fideiussore*, in *Fallimento*, 2001, p. 263; Ricci, *Sulla natura dichiarativa della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 19; Martella, *In tema di revocatoria fallimentare: scienza decoctionis e reviviscenza della garanzia fideiussoria* (nota a Trib. Milano 4 aprile 1996), in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 608; Russo, *Inefficacia di trasferimento immobiliare e non reviviscenza dell'ipoteca iscritta*, in *Fallimento*, 1993, p. 188; Ragusa Maggiore, *Revoca del pagamento e reviviscenza delle garanzie*, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 949; Cantillo, *Invalidità o inefficacia del fatto estintivo del credito e reviviscenza delle garanzie prestate da terzi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1967, II, p. 86.

(30) Sulla non perentorietà del termine per la conclusione del procedimento amministrativo, salvo che la stessa sia espressamente stabilita, o possa desumersi anche implicitamente dalla *ratio legis* e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un determinato adempimento entro un prefissato arco temporale è inteso a soddisfare, cfr. Cons. Stato 16 gennaio 2006 n. 73, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Atto amministrativo*, n. 220; Cons. Stato 30 dicembre 2005 n. 7623, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Atto amministrativo*, n. 213.

Note:

(28) Cfr., per tutte, Cass. 15 novembre 2004 n. 21585, in *Guida al diritto*, 2004, 48, p. 34 (nella quale si evidenzia come l'art. 2881 disciplini “le conseguenze del successivo venir meno di una causa di estinzione dell'ipoteca nella duplice ipotesi che l'iscrizione sia stata mantenuta o meno: nella prima ipotesi la garanzia ipotecaria, in virtù della mantenuta pub-

circostanza che il conservatore dovrà sopperire, con la propria attività di controllo, ad una serie di verifiche (riguardanti, in particolare, l'identità, la capacità, la legittimazione, i poteri di rappresentanza), che sono state fino ad oggi svolte dal notaio che riceve o autentica l'atto di consenso a cancellazione ipotecaria.

In sostanza, quindi, l'osservanza del termine di un giorno per la cancellazione d'ufficio è, di fatto, impossibile. Il che - considerato che dal momento dell'estinzione dell'obbligazione fino al momento della materiale cancellazione l'ipoteca non può dirsi estinta con certezza riguardo ai terzi, come già evidenziato nell'esame dell'art. 2881 c.c. - creerà, per un periodo di tempo non trascurabile a decorrere dall'estinzione del mutuo, e fino alla sua definitiva cancellazione, una incertezza sulla sorte dell'ipoteca certamente pregiudizievole alle ragioni della circolazione giuridica immobiliare; incertezza alla quale la prassi, presumibilmente, reagirà ricorrendo con frequenza alla procedura tradizionale (e quindi all'atto notarile di consenso a cancellazione).

Sempre ai sensi del comma 8-decies, il conservatore "fino all'avvenuta cancellazione rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al comma 8-septies". Le modalità di tale "conoscibilità" non sembrano costituire un problema: si tratta, infatti, di disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 20, comma 5, della legge 27 febbraio 1985, n. 52 (ai sensi del quale "per le formalità non ancora registrate è consentita l'ispezione sulle note presentate"). Il conservatore dovrà quindi, in caso di espressa richiesta in tal senso, esibire al richiedente la "comunicazione" presentata ai sensi del comma 8-decies, e relativamente alla quale sia ancora in corso il procedimento di cancellazione. Non sembra, invece, che della comunicazione suddetta debba effettuarsi alcuna annotazione nel registro generale d'ordine, ai sensi dell'art. 2678, comma 1, del codice civile: non si tratta, infatti, né di una nota né di una domanda di cancellazione (la quale ultima avviene, come già detto più volte, "d'ufficio"), è quindi fattispecie differente dalla dichiarazione disciplinata dal comma 8-novies.

Comunque, come già evidenziato, il valore di tale comunicazione, in sé considerata - ai fini della sicurezza della circolazione immobiliare successiva - è estremamente relativo: fino all'avvenuta cancellazione, sarà infatti sempre possibile la "reviviscenza" dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2881 c.c. La conoscibilità legale della suddetta comunicazione, certamente, è idonea ad ingenerare nei terzi l'affidamento nel fatto che - salve le circostanze eccezionali previste dall'art. 2881 c.c., e salvo l'accertamento della provenienza e legittimazione del documento ad opera del conservatore - l'obbligazione garantita è estinta; ma nulla di più di ciò.

Si è anche visto che, come qualsiasi dichiarazione di scienza, la stessa comunicazione potrà comunque essere revocata in qualsiasi momento, almeno nei casi in cui essa sia imputabile ad errore, o comunque quando le circostanze ivi riportate non siano rispondenti al vero. A

maggior ragione la revoca potrà avere ad oggetto la comunicazione in esame, posto che - se l'obbligazione non si è realmente estinta, o se la causa estintiva è invalida o inefficace - l'ipoteca permane, con il suo originario grado, ai sensi dell'art. 2881 del codice civile (e, in tal caso, nonostante la già avvenuta comunicazione non sembra dubbio che essa ipoteca non possa e non debba venire cancellata). Pertanto, sotto il profilo procedimentale, deve ritenersi che il creditore - accertata dopo la comunicazione al conservatore l'esistenza di una delle cause che, ai sensi dell'art. 2881 c.c., impedisce l'estinzione dell'ipoteca - possa senz'altro indirizzare una ulteriore comunicazione al conservatore dei registri immobiliari, con la quale egli dà atto della realtà delle cose (e quindi della mancata estinzione dell'obbligazione) e, in definitiva, si oppone alla cancellazione d'ufficio dell'ipoteca. Il conservatore dovrà, ovviamente, tenerne conto, ed arrestare il procedimento di cancellazione.

9. Profili tributari della cancellazione d'ufficio

L'art. 13 in esame non si è preoccupato di coordinare le modifiche apportate alla disciplina civilistica della cancellazione ipotecaria con le corrispondenti norme tributarie; ciò dà luogo ad una rilevante serie di problemi, a partire dal fondato dubbio circa l'imponibilità, ai fini di alcuni tributi, della formalità di cancellazione eseguita "d'ufficio".

Iniziando dalla tassa ipotecaria, la tabella allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, prevede - al punto 1.1. - una tassa ipotecaria di euro 35 "per ogni nota di trascrizione, iscrizione o domanda di annotazione". Si può seriamente dubitare dell'applicabilità di tale tassa ipotecaria alla cancellazione "d'ufficio" disciplinata dal comma 8-decies dell'art. 13, posto che in questo caso non vi è alcuna "domanda di cancellazione"; ed anche perché non si saprebbe individuare il soggetto passivo tenuto al pagamento (che, rispetto alle formalità "richieste" al conservatore è, per l'appunto, il "richiedente", che nella fattispecie manca). Se così è, come sembra, può porsi un'ulteriore questione di legittimità costituzionale della legge in esame, per difetto di copertura finanziaria (difetto di copertura, per inciso, che riguarda anche il mancato introito derivante dalla tassazione degli onorari notarili applicabili in relazione agli atti di consenso a cancellazione di ipoteche).

Nelle ipotesi in cui non sia applicabile il regime agevolato di imposizione sostitutiva, di cui agli artt. 15 e seguenti del d.p.r. n. 601/1973 (quindi sicuramente per tutti i mutui concessi da società finanziarie, oltre che per quelli concessi da enti previdenziali e non destinati all'acquisto della prima casa), la cancellazione ipotecaria è soggetta, innanzitutto, ad imposta di bollo. L'art. 3, comma 2-bis, della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. n. 26 ottobre 1972, n. 642, prevede l'applicazione di un'imposta pari ad euro 59 per le "domande di annotazione nei registri immobiliari", ed in nota precisa che "l'imposta, di importo forfetario è dovuta all'atto della ri-

chiesta di formalità". Stante ciò, *tale imposta non sembra applicabile alla cancellazione "d'ufficio"*, come già detto a proposito della tassa ipotecaria, in assenza di qualsiasi "domanda" (ed anche per l'impossibilità di individuare un soggetto passivo, ai sensi dell'art. 22 del suddetto decreto). Con i medesimi problemi di copertura finanziaria, e quindi di legittimità costituzionale, sopra evidenziati.

Sempre nel caso in cui non sia applicabile il regime agevolato dell'imposta sostitutiva, la cancellazione dell'ipoteca è soggetta - oltre che ad imposta di bollo - ad *imposta ipotecaria proporzionale* con l'aliquota dello 0,50%, ai sensi dell'art. 13 della tariffa allegata al D.lgs. n. 347/1990; imposta, quest'ultima, che è, evidentemente, *dovuta anche in caso di cancellazione d'ufficio* (l'art. 1 del suddetto decreto assoggetta infatti ad imposta ipotecaria le "formalità" di annotazione, a prescindere dal fatto che le stesse siano eseguite d'ufficio o su istanza di parte). Un dubbio sorge, peraltro, anche in questo caso, alla luce dell'art. 13, comma 2, del D.lgs. n. 347/1990, ai sensi del quale "gli uffici dei registri immobiliari riscuotono l'imposta ipotecaria di loro competenza *all'atto della richiesta della formalità*", richiesta che, nel caso in esame, non ricorre. Oltretutto, nella fattispecie in esame non vi è alcun "richiedente la formalità", né un pubblico ufficiale rogante o autenticante, che sono gli unici soggetti obbligati a mente dell'art. 11, comma 1, del D.lgs. n. 347/1990; né si può ricomprendere - sempre in assenza di una domanda di cancellazione - il debitore o il creditore tra "tutti coloro nel cui interesse è stata *richiesta* la formalità", obbligati in solido ai sensi dell'art. 11, comma 2.

Il problema dell'assenza di copertura finanziaria sussiste poi anche per quanto concerne l'*imposta di registro* e l'*imposta di bollo* dovute in relazione all'atto notarile di consenso a cancellazione e relative copie autentiche), riguardo alle fattispecie in cui non risulta applicabile l'imposta sostitutiva ex d.p.r. n. 601/1973. In assenza, infatti, di un atto di consenso a cancellazione di ipoteca, tali imposte non saranno percepite, con evidente perdita di gettito per l'erario statale.

La nuova procedura di cancellazione "d'ufficio" porrà comunque rilevanti problemi ai fini della riscossione delle imposte e tasse dovute. Innanzitutto, perché - come già evidenziato - vi sono seri dubbi sulla debenza di tasse e imposte che richiedono, per espressa previsione di legge, una richiesta di formalità (che nel caso in esame non ricorre), e perché le stesse norme individuano il soggetto passivo in relazione alla suddetta richiesta.

A parte ciò, comunque, pur ammettendo per ipotesi la debenza delle *tasse ipotecarie* e dell'*imposta di bollo* per l'esecuzione della formalità, è certo che il conservatore non può condizionare l'esecuzione della formalità al pagamento di tali tributi.

Quanto alle *tasse ipotecarie* (che rappresentano, a norma dell'art. 19 del D.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347, il corrispettivo dovuto per le "operazioni inerenti al servizio

ipotecario indicate nell'allegata tabella"), emerge chiaramente dal sistema legislativo che è richiesto il pagamento anticipato solo ed esclusivamente per la richiesta di nominativi in sede di ispezioni ipotecarie (tabella delle tasse ipotecarie allegata al D.lgs. n. 347/1990). Solo in tale ipotesi "il diritto è dovuto anticipatamente". Ne consegue che per il resto, e quindi anche per quanto riguarda le cancellazioni, il mancato pagamento della tassa non condiziona l'esecuzione della formalità; l'ufficio dovrà darvi corso immediatamente, salvo attivare le procedure di legge per il recupero delle tasse non pagate (31).

Analoga soluzione vale relativamente all'*imposta di bollo*: a norma dell'art. 19 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642, i pubblici ufficiali, i funzionari e i dipendenti dell'amministrazione dello Stato *non possono rifiutarsi* di ricevere in deposito o accettare la produzione, o assumere a base dei loro provvedimenti, i documenti ed atti non in regola con le disposizioni del suddetto decreto; tuttavia gli atti e documenti suddetti, o la copia degli stessi, devono essere inviati a cura dell'ufficio che li ha ricevuti, per la loro regolarizzazione al competente ufficio dell'agenzia delle entrate entro trenta giorni dalla data del ricevimento. Quindi, anche in questo caso l'ufficio dei registri immobiliari deve eseguire le formalità richieste nonostante il mancato previo pagamento dell'imposta di bollo (32).

In definitiva, *sia per le tasse ipotecarie che per l'imposta di bollo (se ed in quanto dovute), l'amministrazione finanziaria avrà notevoli problemi per la riscossione dei relativi importi*, considerato che il creditore non è tenuto ad anticiparli, e che quindi essi - anche dopo l'esecuzione della formalità di cancellazione - dovranno essere probabilmente richiesti al mutuatario debitore (che tra l'altro potrebbe non essere noto al conservatore, ad esempio nel caso di accollo del mutuo originario), *senza che però il mancato o ritardato pagamento possa legittimare il rifiuto o ritardo della formalità.*

Diversa appare la questione riguardo all'*imposta ipotecaria* (ove dovuta), posto che - ai sensi dell'art. 13, comma 2, del D.lgs. n. 347/1990 - "gli uffici dei registri immobiliari riscuotono l'imposta ipotecaria di loro competenza *all'atto della richiesta della formalità*", e comunque, sulla base del successivo comma 3 del medesimo art. 13, "il *pagamento dell'imposta non può essere dilazionato*". L'articolo 15 dispone, poi, che possono essere eseguite anche senza previo pagamento delle imposte le iscrizioni, rinnovazioni ed annotazioni che sono richieste nel pub-

Note:

(31) Ciò è stato riconosciuto dalla stessa amministrazione finanziaria, con Circ. Min. Fin. 19 luglio 1996, n. 189/T ("qualora l'ufficio si trovi nella impossibilità di riscuotere le tasse ipotecarie, connesse a servizi obbligatoriamente resi, devono essere tempestivamente attivate le procedure che regolano la riscossione coattiva").

(32) In tal senso, cfr. già le Istruzioni ministeriali del 30 dicembre 1865, art. 14.

blico ministero nell'interesse di privati, da pubblici ufficiali e da privati in virtù di un obbligo loro imposto per legge. L'art. 16, infine, disciplina le formalità che, eccezionalmente, possono eseguirsi a debito; *a contrario*, tutte le altre formalità richiedono il previo pagamento dell'imposta ipotecaria. Ciò significa che il conservatore può legittimamente sospendere l'esecuzione della formalità di cancellazione "d'ufficio" fino a quando l'imposta ipotecaria non sarà pagata (e tale imposta sarà certamente dovuta in tutti i casi in cui non è applicabile l'imposta sostitutiva, in particolare per i mutui concessi da società finanziarie, e per la maggior parte di quelli concessi da enti previdenziali). D'altra parte, l'obbligo, posto a carico del mutuante, di comunicare al conservatore l'avvenuta estinzione dell'obbligazione, non implica quello di anticipare le imposte e tasse dovute per la cancellazione medesima. Con ulteriore, evidente pregiudizio per l'interesse del mutuatario alla celere definizione della procedura di cancellazione (pregiudizio che nella procedura ordinaria è evitato grazie alla diligenza con la quale il notaio deve provvedere, ed effettivamente provvede, alla liquidazione ed al versamento di imposte e tasse dovute).

10. L'annotazione di permanenza dell'ipoteca

Ai sensi del comma 8-*novies* dell'art. 13, "L'estinzione non si verifica se il creditore, ricorrendo un giustificato motivo ostativo, comunica all'Agenzia del territorio ed al debitore, entro il medesimo termine di trenta giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione, con le modalità previste dal codice civile per la rinnovazione dell'ipoteca, che l'ipoteca permane. In tal caso l'Agenzia, entro il giorno successivo al ricevimento della dichiarazione, procede all'annotazione in margine all'iscrizione dell'ipoteca e fino a tale momento rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al presente comma".

L'art. 6, comma 1, del D.L. n. 7/2007, nel testo anteriore alla conversione in legge, disponeva che l'estinzione dell'ipoteca si verificava a meno che, in presenza di un giustificato motivo ostativo, nella medesima comunicazione con cui evidenziava l'estinzione del mutuo il creditore non avesse presentato alla conservatoria apposita dichiarazione di permanenza dell'ipoteca; e prevedeva, altresì, che ricevuta quest'ultima dichiarazione, il conservatore dovesse procedere d'ufficio, entro il giorno successivo, alla sua annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca.

Rispetto a tale testo originario, la nuova disposizione ora precisa:

– che la "comunicazione" al conservatore dei registri immobiliari (Agenzia del territorio) deve aver luogo entro i trenta giorni successivi alla scadenza (*rectius* estinzione) dell'obbligazione: conclusione a cui peraltro si giungeva già in via interpretativa riguardo al testo dell'art. 6 del D.L. n. 7/2007, in quanto necessitata dalla stessa natura di "fatto impeditivo" della comunicazione (33);

– che la suddetta comunicazione ha luogo "con le moda-

lità previste dal codice civile per la rinnovazione dell'ipoteca": ciò comporta, in particolare, la necessità di presentare una nota in doppio originale, conforme a quella della precedente iscrizione (art. 2850, comma 1, c.c.) (34), in cui si dichiara che, per giustificato motivo, l'ipoteca permane; ed inoltre - ai sensi dell'art. 2850, comma 2, c.c. - in luogo del titolo si può presentare la nota precedente. Non essendo, quindi, necessaria la produzione di un "titolo" ai fini della permanenza dell'ipoteca, la "comunicazione" del creditore con cui si dichiara la permanenza dell'ipoteca sarà effettuata nel "quadro D" della "nota", che il creditore medesimo deve presentare al conservatore dei registri immobiliari;

– che l'annotazione a margine dell'iscrizione originaria deve essere effettuata dal conservatore entro il giorno successivo al ricevimento della dichiarazione (*rectius* della domanda di annotazione): termine a proposito del quale non può che richiamarsi quanto già detto a proposito della cancellazione, oltre a quanto *infra* precisato;

– che fino al momento dell'annotazione, il conservatore deve comunque rendere conoscibile ai terzi la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca (anche in questo caso, valgono le considerazioni già effettuate a proposito della cancellazione).

Balza all'occhio, innanzitutto, la differente disciplina delle "modalità" di presentazione e trasmissione della comunicazione di permanenza dell'ipoteca, rispetto alla comunicazione di estinzione dell'obbligazione prevista dal comma 8-*sexies*. Mentre di quest'ultima è prevista la trasmissione, anche telematica, sulla base di apposite previsioni regolamentari da emanarsi, che dovranno garantire la provenienza della dichiarazione e quindi la sua imputabilità al creditore, per la dichiarazione di permanenza la legge si limita a far rinvio alle "modalità" di rinnovazione dell'ipoteca (quindi alla presentazione di una mera nota in doppio originale, non accompagnata da un "titolo"), senza però porsi, in alcun modo, il problema di assicurare la provenienza della dichiarazione. A ben vedere, però, si tratta delle medesime modalità già impiegate, da sempre, ai fini della rinnovazione dell'ipoteca: ed anche l'effetto giuridico nascente dalla comunicazione (il "prolungamento" dell'efficacia dell'iscrizione) è analogo - pur se non identico - a quello disciplinato dagli artt. 2847 e seguenti del codice civile. Anche per la rinnovazione, il legislatore ammette che la formalità ipotecaria sia effettuata non sulla base di un titolo autentico, bensì di

Note:

(33) Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersani-bis*, in questa Rivista, 2007, p. 114.

(34) La presenza di una nota, o domanda di annotazione, differenzia la fattispecie in esame rispetto alla cancellazione d'ufficio: e rende certamente applicabili le imposte e tasse previste dal d.lgs. n. 347/1990, nonché l'imposta di bollo ricorrendone i presupposti; tributi tutti dovuti all'atto della richiesta della formalità.

una mera nota, non accompagnata da alcun titolo; sul presupposto che il creditore sia l'unico soggetto interessato a tale formalità, e che quindi un controllo della identità e legittimazione del richiedente sia, in realtà, il più delle volte superfluo (anche perché una rinnovazione, richiesta da soggetto non legittimato, potrà sempre essere cancellata). Anche la rinnovazione, come la dichiarazione di permanenza in oggetto, può ledere l'interesse del debitore, ma evidentemente, in entrambi i casi, il legislatore ha ritenuto sufficiente, a salvaguardia di tale interesse, una tutela di tipo obbligatorio, e quindi risarcitoria, alla quale il medesimo debitore può accedere di fronte ad una rinnovazione (o ad una dichiarazione di permanenza) effettuata in assenza dei presupposti di legge. Almeno sotto questo profilo, quindi, non si riscontra alcun pregiudizio della coerenza sistematica del sistema ipotecario.

Altri sono, invece, i problemi ed i dubbi interpretativi, non risolti per effetto della conversione in legge.

In primo luogo, *la legge* - a parte chiarire che non si verifica l'effetto estintivo in conseguenza dell'annotazione in esame - *non precisa espressamente cosa avvenga dell'ipoteca una volta che la "dichiarazione di permanenza" sia stata annotata*: peraltro sembra che possa farsi qui agevolmente ricorso ai principi generali, e ritenere che, evitata l'estinzione, *l'ipoteca perduri fino alla sua naturale scadenza (decorso di venti anni dall'iscrizione originaria)*, salvo che si verifichi successivamente una diversa causa estintiva. Per effetto dell'annotazione, quindi, non si ha l'interruzione del termine ventennale previsto dall'art. 2847 del codice civile, ma viene unicamente preclusa l'estinzione per effetto dell'estinzione dell'obbligazione, ed il termine ventennale continua normalmente a decorrere.

In secondo luogo, non appare del tutto agevole individuare il "*giustificato motivo ostativo*" che preclude l'estinzione dell'ipoteca, una volta che il mutuo sia estinto, e quindi sia interamente soddisfatto il credito per capitale, interessi ed accessori (cioè sia estinta la "obbligazione garantita"). Certo, dovrà trattarsi di un motivo di carattere oggettivo; probabilmente la disposizione ha voluto offrire, soprattutto, una *salvaguardia al creditore mutuante nei casi di pericolo di azioni revocatorie relative ai pagamenti effettuati*: derogando così gravemente - a tutto vantaggio del mutuante ed a danno del mutuatario - al disposto dell'art. 1200 c.c., che obbliga il creditore a consentire la liberazione delle garanzie a seguito della semplice estinzione dell'obbligazione.

Non sembra comunque che il conservatore debba entrare nel merito del "giustificato motivo ostativo" che legittima il creditore ipotecario a richiedere l'annotazione del prolungamento in vita dell'ipoteca: detto giustificato motivo ostativo dovrà essere individuato dal creditore sotto la sua responsabilità, a pena di risarcimento dei danni arrecati al debitore per effetto del "prolungamento della durata" dell'ipoteca (con responsabilità analoga a quella comunemente riconosciuta, in capo al medesimo creditore, in

caso di iscrizione per una somma eccedente l'importo del credito complessivamente garantito (35)).

Perché si verifichi il suddetto "fatto impeditivo" dell'estinzione dell'ipoteca, sulla base del tenore letterale della disposizione in commento ("*L'estinzione non si verifica se il creditore ... comunica all'Agenzia del territorio ed al debitore*"), sembra che sia *indispensabile sia la comunicazione al debitore, sia l'esecuzione dell'annotazione da parte dell'ufficio dei registri immobiliari*: il che si comprende per ragioni "*garantiste*" della posizione del debitore (che deve essere messo in grado di adottare eventuali difese e iniziative in contrasto) riguardo alla prima comunicazione; e per *evidenti ragioni di tutela dei terzi quanto all'annotazione nei registri immobiliari* (infatti, in assenza di una tale annotazione, i terzi che abbiano contezza dell'avvenuta estinzione del debito possono legittimamente fare *affidamento* sulla conseguente estinzione dell'ipoteca, una volta che sia decorso il termine prescritto di trenta giorni). Il che pone, tuttavia, un ulteriore problema: se la comunicazione è effettuata - nei termini - solo all'Agenzia del territorio e non al debitore, e se come sembra l'ipoteca in questo caso deve ritenersi estinta al trentesimo giorno, si avrà in realtà una *risultanza dei registri immobiliari in contrasto con la realtà, la cui eliminazione potrà aver luogo solo con la successiva cancellazione dell'ipoteca*.

Il medesimo comma 8-novies prosegue poi obbligando il conservatore a procedere alla relativa annotazione "*entro il giorno successivo al ricevimento della dichiarazione*", pur precisando che "*fino a tale momento rende comunque conoscibile ai terzi richiedenti la comunicazione di cui al presente comma*". Proprio l'*esigenza di tutela dei terzi giustifica la prescrizione, in capo al conservatore, dell'obbligo di procedere "entro il giorno successivo" (alla ricezione della comunicazione) all'annotazione a margine dell'iscrizione* (36). La realtà è che questo termine - come quello previsto per la cancellazione d'ufficio - quasi sicuramente non potrà essere osservato. È vero che riguardo alla dichiarazione di permanenza non sono prospettabili inconvenienti di gravità paragonabile a quello derivante - nel caso di cancellazione - dalla irreparabilità dell'effetto estintivo dell'ipoteca, nonché dal disposto dell'art. 2843, comma 2, c.c.; ma è altrettanto vero che, anche in conseguenza dei nuovi e gravosi compiti assegnati al conservatore dei registri immobiliari, sarà molto difficile far fronte anche a questo impegno con tempestività.

Note:

(35) Cfr. Boero, *Le ipoteche*, cit., p. 852 ss. (ed ivi riferimenti).

(36) Si comprende, in vista della maggior pericolosità della fattispecie in esame per la tutela dell'affidamento dei terzi, il più ristretto termine previsto dalla disposizione in esame rispetto a quello - prescritto per le annotazioni in generale - di novanta giorni dalla presentazione della domanda di annotazione (n. 2 della tabella allegata al Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio in data 28 febbraio 2002 (pubblicato in G.U. n. 65 del 18 marzo 2002). Piuttosto, sarebbe stata opportuna l'estensione anche alle annotazioni in esame della disciplina prevista, dal suddetto provvedimento, per le trascrizioni ed iscrizioni, che devono essere eseguite entro la medesima giornata di presentazione della richiesta.

Qual è, peraltro, l'effetto giuridico dell'annotazione della dichiarazione di permanenza? E quali le conseguenze di un eventuale ritardo di annotazione di tale dichiarazione? Il comma 8-novies dispone che "L'estinzione non si verifica se il creditore ... comunica all'Agenzia del territorio ed al debitore, entro il medesimo termine di trenta giorni successivi alla scadenza dell'obbligazione ... che l'ipoteca permane". Leggendo la disposizione a contrario, si ricava che, una volta decorsi trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione, in assenza della dichiarazione di permanenza "l'estinzione si verifica". L'ipoteca è quindi estinta, e - sia pure con le incognite derivanti dall'art. 2881 c.c., già evidenziate - i terzi hanno diritto di fare in qualche modo affidamento su tale estinzione, tanto più che il conservatore, nelle more dell'annotazione, ha l'obbligo di rendere conoscibili ai terzi sia la comunicazione di estinzione dell'obbligazione che quella di permanenza dell'ipoteca. In altri termini, il terzo - che ha la possibilità legale di prendere visione delle comunicazioni effettuate dal creditore, pur se non ancora registrate, ed al trentesimo giorno dall'estinzione dell'obbligazione non riscontra alcuna dichiarazione di permanenza dell'ipoteca, ha diritto di far affidamento sul fatto che - salva la possibile invalidità o inefficacia della causa estintiva dell'obbligazione - l'ipoteca è estinta.

Ciò conduce ad alcune conclusioni in ordine all'efficacia della pubblicità in esame. Se, in assenza di comunicazione da parte del creditore della dichiarazione di permanenza, e della successiva annotazione, al terzo non è opponibile la mancata estinzione dell'ipoteca, ciò significa che l'annotazione della dichiarazione di permanenza ha, quanto meno, valore di pubblicità dichiarativa. Non è esclusa, tuttavia, la possibilità di attribuire all'annotazione suddetta un'efficacia addirittura costitutiva, nei rapporti tra creditore e debitore (nel senso, cioè, che l'effetto estintivo si verifichi anche nei rapporti tra tali due soggetti, se la comunicazione al conservatore non è effettuata): in quest'ultimo senso sembra, in effetti, deporre il tenore del comma 8-novies, che pone sullo stesso piano la comunicazione al debitore e quella al conservatore; nonché la natura costitutiva della pubblicità relativa all'ipoteca, il cui venir meno comporta il venir meno del diritto reale di garanzia nei confronti non solo dei terzi, ma dello stesso debitore.

Non sembra dubbio che la nota, da presentarsi ai sensi dell'art. 2850, comma 1, c.c., per gli effetti del comma 8-novies in esame, debba essere annotata - come qualsiasi nota e domanda - nel registro generale d'ordine, nell'ordine cronologico di presentazione, ai sensi dell'art. 2678, comma 1, del codice civile. Posto, quindi, che tale inserimento nel registro d'ordine deve avvenire nel medesimo giorno di presentazione, e che comunque a partire da tale momento il conservatore deve assicurare la conoscibilità ai terzi che ne facciano richiesta (come in generale deve fare, ai sensi dell'art. 20 della legge n. 52/1985, per le note presentate ma non ancora registrate), sembra che l'effetto della pubblicità della dichiara-

zione di permanenza debba decorrere dal momento della iscrizione nel registro generale d'ordine, e non da quello della successiva annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria (37). Infatti, il ritardo nella relativa annotazione non determina se non un pregiudizio "di fatto" (rendendo più gravosa la conoscibilità del prolungamento di durata dell'ipoteca), ma non pregiudica la possibilità "legale" da parte dei terzi di prendere conoscenza della dichiarazione del creditore. Anche se, in presenza di un ritardo nell'annotazione, dovrà ritenersi sussistere una responsabilità del conservatore per ogni danno che sia derivato, al debitore o ai terzi, dall'inservanza del termine di legge). Semplificando il ragionamento, può probabilmente affermarsi che, mentre nel caso della cancellazione il pregiudizio può derivare soprattutto da una cancellazione affrettata da parte del conservatore (effettuata, cioè, senza operare i controlli resi necessari dalla irreparabilità dell'effetto cancellazione), nel caso viceversa della permanenza dell'ipoteca il danno può derivare, principalmente, dal ritardo con cui l'annotazione è effettuata. Si tenga conto, infatti, della circostanza che - per prassi ormai acquisita - sempre più spesso le ispezioni ipotecarie vengono effettuate per via telematica, prendendo quindi visione delle formalità già registrate, ma con l'ovvia impossibilità di ottenere, per tale mezzo, visione delle note depositate ma non ancora registrate. Il ritardo nell'annotazione prevista dall'art. 8-novies c.c., comportando l'impossibilità di considerare affidabili le visure ottenute per via telematica, farebbe compiere un gigantesco passo indietro rispetto all'efficienza conseguita grazie ai nuovi strumenti informatici.

Rimane da analizzare, con riferimento alla possibilità per il creditore di far annotare la suddetta dichiarazione di permanenza dell'ipoteca, se essa incida sull'obbligo - che il medesimo creditore ha, a norma dell'art. 1200 del codice civile - di prestare, ai sensi dell'art. 2882 c.c., il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca, ove richiesto dal debitore in tal senso; e quindi sulla facoltà del mutuante di rifiutare la prestazione del consenso a cancellazione per "giustificato motivo ostativo". La risposta a tale domanda non appare, in realtà, difficile, tenendo conto che le due disposizioni riguardanti la procedura semplificata di cancellazione d'ufficio (comma 8-decies) e la facoltà di prolungare la durata dell'ipoteca (comma 8-novies) operano su piani diversi: la prima opera su un piano di natura procedimentale, conducendo ad un risultato finale (cancellazione ipotecaria), previsto dall'art. 2878, n. 1, c.c., con un mezzo diverso rispetto a quello disciplinato dall'art. 2882 c.c.; la seconda disposizione opera, invece, sul piano sostanziale, attribuendo al creditore un diritto (quello di paralizzare l'effetto estintivo dell'ipote-

Nota:

(37) Si tratta di affermazione pacifica in giurisprudenza: cfr. per tutte Cass. 28 agosto 1992 n. 9978, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1241; in *Vita not.*, 1993, p. 232; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1877; ed in *Nuova giur. civ.*, 1993, I, p. 758.

ca, conseguente all'estinzione dell'obbligazione garantita). Proprio la diversità dei piani conduce allora a ritenere che il mutuante abbia, sempre e comunque, diritto ad uno *spatium deliberandi* di trenta giorni, al fine di valutare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo e quindi di escludere l'estinzione dell'ipoteca. Ovviamente, nel far ciò il creditore dovrà agire secondo buona fede, e soprattutto non dovrà porre ostacoli alla cancellazione ipotecaria - *prestando il proprio consenso con atto autentico, ove richiesto, anche prima del decorso del termine di trenta giorni dall'iscrizione* - ogni qualvolta sia palese l'inesistenza di un giustificato motivo ostativo all'estinzione dell'ipoteca medesima. Ed in ogni caso, decorso lo *spatium deliberandi* di trenta giorni, il creditore non potrà in alcun caso rifiutare il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca a garanzia del mutuo già estinto. *Potrebbe il creditore mutuante rinunciare preventivamente alla facoltà accordatagli dal comma 8-novies, e quindi precludersi, con specifica clausola contrattuale, il diritto di ottenere la permanenza dell'ipoteca entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione? Sembra, pur con qualche dubbio, doversi rispondere in senso affermativo. Il problema nasce dal fatto che il comma 8-duodecies sembra porre un divieto assoluto di clausole in contrasto con le previsioni di legge ("le clausole in contrasto con le prescrizioni di cui ai commi da 8-sexies a 8-terdecies sono nulle e non comportano la nullità del contratto").* Ma l'apparente assolutezza del dettato legislativo non sembra corrispondere all'effettiva portata della norma. Come si desume univocamente, oltre che dalla relazione al disegno di legge di conversione, dai successivi lavori preparatori, ciò che il legislatore ha voluto è, in realtà, creare un procedimento semplificato di cancellazione a beneficio del mutuatario, ed assicurare l'effettività di tale disciplina con la previsione della nullità delle clausole che contrastino con tale divieto (in particolare, delle clausole che prevedano oneri per il debitore, o che lo obblighino a ricorrere al procedimento tradizionale di cancellazione). *Nessuna esigenza di inderogabilità, invece, sembra sussistere in relazione al diritto accordato al creditore, parte "forte" del rapporto contrattuale, come tale perfettamente in grado di gestire i propri interessi.*

Ma anche laddove si concludesse per l'impossibilità di una clausola contrattuale che comporti rinuncia preventiva al diritto alla permanenza dell'ipoteca, *non pare dubbio - come rilevato anche rispetto all'acquirente - che tale rinuncia sia possibile ex post, e quindi dopo che sia avvenuta l'estinzione dell'obbligazione garantita.* Ciò che il comma 8-duodecies vieta, infatti, sono le clausole contrattuali in deroga alle disposizioni imperative sulla procedura di cancellazione, non la rinuncia successiva al verificarsi del presupposto di legge (l'estinzione del debito).

La questione della possibilità di rinuncia del creditore al diritto di far permanere l'ipoteca dopo l'estinzione del proprio credito non è, nonostante le contrarie appa-

renze, di scuola. Se si ritenesse, infatti, che il creditore non possa rinunciare a tale facoltà, dovrebbe concludersi nel senso che lo stesso non possa neanche acconsentire irrevocabilmente alla cancellazione dell'ipoteca prima che sia decorso lo *spatium deliberandi* di trenta giorni dal pagamento del mutuo. Con quali risultati, è facile immaginare: verrebbero rese praticamente impossibili tutte quelle operazioni caratterizzate dalla estinzione dell'obbligazione garantita con provvista fornita da un terzo acquirente, che contestualmente stipula un nuovo mutuo per finanziare il proprio acquisto; verrebbero quindi paralizzati, in larga parte, i traffici immobiliari. Quale sarebbe, nell'ottica degli interessi che la nuova disciplina ha inteso tutelare, l'utilità di una tale soluzione, quale la "semplificazione" declamata a gran voce dal legislatore? Nessuna.

Deve perciò ritenersi che - una volta estinta l'obbligazione garantita - il creditore mutuante, su richiesta del debitore, possa senz'altro prestare - con atto autentico - il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca anche prima del decorso del termine di trenta giorni previsto dalla legge; e che, ciò facendo, egli tacitamente rinunci ad avvalersi della facoltà di ottenere la "permanenza dell'ipoteca".

11. La deroga al principio di autenticità del titolo ai fini della pubblicità immobiliare e le nuove responsabilità del conservatore; in particolare, la verifica della legittimazione alla comunicazione di estinzione

Recita il comma 8-undecies dell'art. 13: "Ai fini dei commi da 8-sexies a 8-terdecies non è necessaria l'autentica notarile".

Si tratta di deroga, sia pure circoscritta, al *principio di autenticità*, quale sancito dagli articoli 2657, 2835, 2836, 2882, comma 2, del codice civile. Occorre verificarne, in dettaglio, la portata e le possibili conseguenze.

Detta deroga, nonostante l'apparente portata generale del comma 8-undecies, riguarda in modo solo indiretto la *annotazione* della "*dichiarazione di permanenza dell'ipoteca*": quest'ultima, infatti, ha luogo con le modalità previste per la rinnovazione dell'ipoteca, e quindi mediante la presentazione - ai sensi dell'art. 2850, comma 2, c.c. - di una mera "nota" in doppio originale, senza necessità di un "titolo" in senso tecnico che accompagni tale domanda (sarà, invece, la stessa nota che conterrà la "dichiarazione" del creditore di permanenza dell'ipoteca). *Da un punto di vista meramente formale, quindi, non vi è deroga al principio di autenticità.*

Il problema si pone, invece, riguardo alla nuova procedura di cancellazione "semplificata", disciplinata dall'art. 13, comma 8-decies. Trattandosi di *cancellazione "d'ufficio"*, la stessa *non esige un "titolo"* (né in forma di consenso in forma autentica del creditore o di sentenza passata in giudicato, ai sensi dell'art. 2882 c.c., né in qualsivoglia altra forma). Essa, quindi, *viene operata dal conservatore, al di fuori di qualsiasi impulso di parte*, per il solo verificarsi di determinati presupposti previsti dalla

legge (come avviene, ad esempio, nel caso dell'iscrizione dell'ipoteca legale, ove pure si esige un presupposto - la richiesta di trascrizione dell'atto - che non costituisce tecnicamente richiesta di iscrizione dell'ipoteca).

Anche in questo caso, quindi, sotto un profilo squisitamente formale non vi è deroga al principio di autenticità. Il che non toglie, peraltro, che di fatto l'obbligo di cancellazione sorga - sia pure *ex lege* - sul presupposto di una "comunicazione" da parte del creditore, della quale non si richiede la forma autentica, e conseguentemente nessun controllo notarile. Vi è quindi, sul piano sostanziale, la necessità di verifica, ad opera del conservatore, sia dell'identità del sottoscrittore della domanda, sia della sua capacità e legittimazione: e, quindi, della qualifica di rappresentante od organo del creditore persona giuridica, e del tenore ed eventuali limitazioni dei poteri di rappresentanza; nonché, entro certi limiti, della titolarità del credito (in particolare, nei casi in cui sussistano annotazioni, o richieste di annotazioni, ai sensi dell'art. 2843 c.c., ovvero una cartolarizzazione che investa il credito ipotecario, la cui pubblicazione in Gazzetta ufficiale, ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385/1993, tiene luogo dell'annotazione *ex art.* 2843 c.c.).

Le norme che richiedono, in diritto comune, l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata quale titolo per la pubblicità immobiliare soddisfano a tali esigenze. Esse, infatti, prevedono l'obbligo del notaio di accertare l'identità personale delle parti dell'atto (art. 49 della legge n. 89/1913), mediante un'attività di accertamento ben più pregnante di quella - effettuata con il mero riscontro di un documento di identità - da parte di altri pubblici ufficiali autorizzati dalla legge ad autentiche di tipo amministrativo (38).

Il notaio deve poi accertare l'esistenza della capacità di agire delle parti dell'atto, a partire dalla capacità di intendere e di volere (presupposto basilare della indagine della volontà delle parti, che costituisce il nucleo della funzione notarile, ai sensi dell'art. 47 della legge n. 89/1913) (39).

Vi è, quindi, il fondamentale controllo di legalità dell'atto che il notaio è chiamato a ricevere o autenticare, e che è stato autorevolmente definito quale "baricentro della funzione notarile" (40).

Al notaio incombe, infine, di verificare la legittimazione ed i poteri di rappresentanza di chi interviene all'atto notarile per conto di altri (art. 54 del r.d. n. 1326/1914); e proprio in funzione di tale circostanza si ritiene che il conservatore sia esonerato dal relativo accertamento (41), conformemente a quanto normalmente praticato, e talvolta espressamente sancito a livello legislativo, anche in altri ordinamenti (42). Nello stesso ordinamento italiano, il principio è legislativamente sancito, in particolare, nel contesto della pubblicità commerciale, che pure si caratterizza per una valenza pubblicistica certamente superiore rispetto alla pubblicità immobiliare: a fronte del controllo di legalità operato dal notaio, la verifica ad opera del conservatore del registro delle imprese si limita al mero profilo formale (cfr. l'art. 31 della legge 24 novembre

Note:

(38) Sul contenuto dell'attività notarile di accertamento dell'identità personale delle parti, cfr. tra gli altri Casu, *Sull'acquisizione da parte del notaio della certezza dell'identità del sottoscrittore* (nota a Cass. 10 agosto 2004 n. 15424), in Riv. not., 2005, p. 318; Vecchio, *Ancora sui contenuti dell'accertamento dell'identità personale delle parti compiuto dal notaio* (nota ad App. Palermo 25 marzo 1991), in Vita not., 1993, p. 151; Girino, *I testimoni e l'identità delle parti*, in Riv. not., 1986, p. 377; Lepri, *L'attestazione notarile dell'identità delle parti* (art. 49, l. 16 febbraio 1913 n. 89), in Nuova giur. civ., 1985, II, p. 357; Marè, *La responsabilità notarile per l'attestazione di identità personale non rispondente al vero*, in Riv. not., 1982, p. 559; Viola, "Certezza" e "convincimento" sull'identità personale: considerazioni sulla l. 10 maggio 1976 n. 333, in Giust. pen., 1982, II, p. 515; Rampioni, *Falsità in atti ed attestazione notarile di certezza dell'identità personale dei comparenti*, in Cass. pen., 1981, p. 1785; Falzone-Alibrandi, *Identità personale delle parti*, in Dizionario Enciclopedico del Notariato, II, Roma 1974, p. 565.

(39) Cfr., sul punto, De Bellis, *La responsabilità del Notaio nel caso di incapacità legale o naturale della parte*, in Gazz. not., 2006, p. 138; Pischetola, *L'accertamento da parte del notaio della capacità di intendere e di volere*, in Riv. not., 2003, p. 393.

Sul ruolo dell'indagine della volontà delle parti, cfr. Petrelli, *L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile*, in Riv. not., 2006, p. 29 ss.

(40) Sul controllo di legalità imposto dall'art. 28 della legge notarile, recentemente modificato dalla legge n. 246/2000, cfr. tra gli altri Gentili, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in Riv. dir. priv., 2005, p. 255; De Nova, *Gravità del comportamento del notaio e sanzione disciplinare: a proposito dell'art. 28 legge notarile*, in Riv. dir. priv., 2005, p. 281; Dolmetta, *Sui "limiti" di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in Contratto e impresa, 2004, p. 76; Donisi, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in Rass. dir. civ., 2003, p. 75; Caccavale, *Intervento del notaio in funzione di controllo preventivo della legalità e sicurezza dei traffici giuridici*, in Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato, Milano 2002, p. 379; Lipari, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, ibidem, p. 225; Casu, *Controllo di legalità*, in Dizionario enciclopedico del notariato, Aggiornamento, V, Roma 2002, p. 161; Casu, *Funzione notarile e controllo di legalità*, in Riv. not., 1998, p. 561; Irti, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in Riv. not., 1996, p. 335.

(41) Il punto è stato approfondito, soprattutto, con riguardo alla procedura di cancellazione ipotecaria: cfr., tra gli altri, Boero, *Documentazione dei poteri del procuratore nelle dichiarazioni di vendita di autoveicoli*, in Studi e Materiali, I, Milano 1986, p. 321; Malatesta-Laurini, *Consenso a cancellazione di ipoteca senza specificare la causa di estinzione dell'obbligazione*, in Riv. not., 1981, p. 1174; Falzone-Alibrandi, *Cancellazione di ipoteca*, in Dizionario Enciclopedico del Notariato, I, Roma 1973, p. 415 ss.; Gallo, *Il sindacato del Conservatore sulla legittimazione a consentire la cancellazione dell'ipoteca*, in Studi su questioni di diritto ipotecario, Sanremo 1964, p. 350. Sui profili generali riguardanti il controllo del conservatore in materia di cancellazione ipotecaria, cfr. Boero, *Le ipoteche*, cit., p. 912 ss.

(42) Ai sensi dell'art. 2441, commi 2 e 3, del codice civile francese (come di recente modificato con Ordinanza n. 2006-346 del 6 mars 2006, "Aucune pièce justificative n'est exigée à l'appui de l'expédition de l'acte authentique en ce qui concerne les énonciations établissant l'état, la capacité et la qualité des parties, lorsque ces énonciations sont certifiées exactes dans l'acte par le notaire ou l'autorité administrative. Lorsque la radiation porte sur l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, elle peut être requise par le dépôt au bureau du conservateur d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant que le créancier a, à la demande du débiteur, donné son accord à cette radiation; le contrôle du conservateur se limite à la régularité formelle de l'acte à l'exclusion de sa validité au fond"). Parimenti, in diritto inglese, la sez. 61(1) delle Land Registration Rules 2003 prevede che "If any document executed by an attorney is delivered to the land registry, there must be produced to the registrar ... the instrument creating the power, or ... a copy of the power by means of which its contents may be proved ... or ... a document which ... is sufficient evidence of the contents of the power, or ... a certificate by a conveyancer".

2000, n. 340, come modificato, da ultimo, con legge 27 dicembre 2002, n. 284). Dal sistema emerge, insomma, un *tendenziale principio di alternatività* (espressione, a sua volta, del generalissimo principio di economia dei mezzi), in forza del quale *l'esistenza del controllo notarile consente di fare a meno di un ulteriore controllo ad opera del soggetto responsabile della tenuta del pubblico registro* (43). Nella disciplina "speciale" in oggetto, *tutte le verifiche sopra descritte non possono che essere effettuate dal conservatore dei registri immobiliari*, il quale dovrà quindi - sulla base delle direttive da emanarsi da parte dell'Agenzia del Territorio - assicurarsi della *provenienza del documento* contenente la comunicazione di estinzione del mutuo dal creditore, della *legittimazione del dichiarante* (sia per quanto concerne i *poteri di rappresentanza*, sia per quanto attiene eventuali *limitazioni nascenti da atti dispositivi del credito ipotecario*, se risultanti dagli atti in possesso del suo ufficio o comunque oggetto di pubblicità legale), della rispondenza della comunicazione pervenutagli al *contenuto tipico* prescritto dalla legge ai fini dell'estinzione dell'ipoteca (in particolare, dovrà essere verificato che dalla dichiarazione emerge *l'estinzione totale dell'obbligazione* garantita, in tutte le componenti ricomprese ai sensi dell'art. 2855 c.c.). Tutte verifiche essenziali al fine di procedere alla cancellazione (considerata la gravità degli effetti ricollegati dalla legge all'esecuzione della formalità), da eseguirsi quindi con la dovuta diligenza.

Tra tutti i punti in questione, quello che merita maggior approfondimento è, probabilmente, l'*accertamento dei poteri di rappresentanza* (al quale si riferisce il comma 8-octies, quando richiede l'individuazione della persona che sia stata dal creditore "*addeba o preposta a qualsiasi titolo*"), ed in genere della *legittimazione*. L'espressione "qualsiasi titolo" implica il riferimento a tutte le possibili forme di rappresentanza (rappresentanza commerciale, a titolo di institore o procuratore, ovvero rappresentanza volontaria ordinaria), e necessita dell'individuazione, da parte del provvedimento regolamentare da emanarsi da parte dell'Agenzia del Territorio, di modalità idonee ad accertare la preposizione o il conferimento della rappresentanza volontaria. Risultato che, come ognuno può immaginare, non può essere conseguito, una volta per tutte, in via preventiva a mezzo di un certificato di firma elettronica qualificato o strumenti analoghi. È, infatti, esperienza comune - a tacer d'altro - quella delle *procure bancarie che individuano limiti ai poteri di rappresentanza, in base alle diverse tipologie di operazioni di finanziamento, e spesso in base al valore del mutuo o dell'ipoteca*: nessun certificato di firma qualificato può sostituire, sul punto, la verifica puntuale che fino ad oggi è stata eseguita, caso per caso, da parte del notaio rogante o autenticante l'atto di consenso a cancellazione. Il conservatore non potrà, quindi, evitare di farsi esibire in concreto la *documentazione (plausibilmente con efficacia probatoria piena, quindi in forma autentica) da cui risultano i poteri di rappresentanza* di chi ha effettuato la "co-

municazione". Date le gravi responsabilità in cui rischia di incorrere in conseguenza di una cancellazione consentita da soggetto non legittimato, il conservatore non potrebbe, infatti, accontentarsi di una procura esibitagli in semplice copia non autentica, che come tale avrebbe un valore probatorio limitato e sarebbe sempre disconoscibile (cfr., in particolare, gli artt. 2702 e 2719 del codice civile).

L'accertamento dei poteri di rappresentanza non sarà sempre agevole: si pensi alle difficoltà che sorgono nei casi in cui *la procura sia conferita "per relationem" ad una qualifica* (ad esempio, procura conferita a tutti i quadri direttivi di un certo livello): il conservatore non potrà che chiedere *apposita documentazione* (con caratteristiche di probatorietà piena, quindi in forma autentica) da cui risulti che il soggetto in questione ha la qualifica richiesta. Con l'ulteriore difficoltà nascente dal fatto che l'eccezionalità della disposizione in esame, e la peculiarità dell'atto di cui si discute, potrebbe condurre alla conclusione che - se questo specifico atto non è previsto nella procura rilasciata per le operazioni bancarie ordinarie - esso non rientri nei poteri attribuiti ai rappresentanti della banca (cfr. l'art. 1708, comma 2, c.c.).

Il potere di rappresentanza può poi essere, in concreto, condizionato da una serie di fattori, che devono essere accertati specificamente. Si pensi, in particolare, alla verifica imposta dall'art. 2883 c.c., che condiziona il potere del rappresentante di consentire la cancellazione alla circostanza che il credito sia stato integralmente soddisfatto (norma che deve, ora, per analogia ritenersi applicabile anche alla nuova "comunicazione" in oggetto). Si pensi ancora all'art. 2887 del codice civile - nel caso di *ipoteca a garanzia di titoli all'ordine* - impone l'esibizione al conservatore non solo dell'atto costituente titolo per la cancellazione, ma anche del titolo di credito, affinché vi venga annotata la cancellazione (44) (disposizione, questa, che non può non ritenersi applicabile anche alla nuova procedura semplificata, comportando quindi la necessità di esibizione del titolo di credito al di fuori ed in aggiunta all'eventuale trasmissione telematica della dichiarazione di estinzione del debito). Una serie, insomma, di *verifiche specifiche* che non si prestano ad essere agevolmente "standardizzate" o individuate in via preventiva, e *che non possono che essere, in concreto,*

Note:

(43) Un doppio controllo, ad opera del notaio e del conservatore dei registri immobiliari, non è probabilmente auspicabile né necessario neanche in quei sistemi di pubblicità immobiliare caratterizzati dalla "pubblica fede" delle iscrizioni, e quindi da un ruolo più pregnante di queste ultime rispetto alla pubblicità immobiliare propria dei sistemi di derivazione francese, come il nostro. La questione è stata, ad esempio, affrontata approfonditamente rispetto all'ordinamento spagnolo: cfr. tra gli altri il saggio di Tena Arregui, *El coste de la doble calificación notarial y registral - de la representación*, in *La notaria*, 2000, p. 63 ss.

(44) Cfr., sul punto, Boero, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino 1999, p. 914 ss.

affidate dall'emanando provvedimento dirigenziale alla responsabilità del conservatore dei registri immobiliari (che dovrà risarcire al creditore i danni prodotti da un eventuale comportamento privo delle caratteristiche di diligenza richieste dal delicato compito assegnatogli).

Si aggiunga, a quanto sopra osservato, un'altra considerazione di fondamentale importanza. *L'ipoteca può costituire oggetto di numerose vicende modificative*, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo, che anch'esse sono soggette a pubblicità immobiliare accessoria, a mezzo di annotazione a margine dell'iscrizione: si consideri, in particolare, il disposto dell'art. 2843 c.c., ai sensi del quale vanno annotati, tra l'altro - a pena di inefficacia, espressamente sancita dal secondo comma - le cessioni, surrogazioni, pegni, sequestri, pignoramenti, assegnazioni del credito ipotecario. Ebbene, il comma 2 dell'art. 2843 c.c. dispone che *"dopo l'annotazione la iscrizione non si può cancellare senza il consenso dei titolari dei diritti indicati nella annotazione medesima"*. Ebbene, *quid iuris* nel caso in cui al conservatore sia stata presentata una delle suddette domande di annotazione, e la formalità non sia stata ancora eseguita? È nota la prassi di annotare, anche nel registro generale d'ordine, in ritardo rispetto alla data di presentazione della domanda (nonostante il testuale disposto dell'art. 2678, comma 1, c.c., che impone l'annotazione quotidiana, secondo l'ordine di presentazione, nel registro d'ordine anche delle domande di annotazione) (45). *Fino ad oggi ciò non ha dato luogo a particolari inconvenienti, perché anche le domande di cancellazione venivano trattate con lo stesso ritardo delle altre domande di annotazione* (nel rispetto, comunque, dell'ordine di presentazione), e non poteva, quindi, verificarsi una violazione dell'art. 2843, comma 2, del codice civile. La discrasia tra i termini di esecuzione delle diverse formalità, conseguente all'introduzione dell'art. 13, comma 8-*decies*, in esame, determina ora un gravissimo rischio: quello che si dia luogo a cancellazione sulla base di una comunicazione trasmessa da un soggetto che non è legittimato in assenza del consenso dei titolari dei diritti, indicati all'art. 2843, comma 2, c.c.

Non sembra, invece, in alcun modo, ipotizzabile una interpretazione - basata su un'analisi strettamente letterale dell'art. 2843, comma 2, c.c. - la quale parta dal presupposto che il consenso del titolare del diritto, ivi indicato, sia richiesto solo in caso di annotazione già effettuata; che non sia cioè sufficiente, per l'operatività della richiamata disposizione, la presentazione della domanda di annotazione. In effetti, una volta che tale presentazione abbia avuto luogo, non può immaginarsi che le conseguenze del ritardo debbano essere sopportate dal nuovo titolare del diritto (il quale - se l'ipoteca venisse cancellata senza il suo consenso - finirebbe per vedersi espropriato dello stesso in conseguenza di un ritardo o di un'omissione del conservatore medesimo). È in gioco, qui, un principio generale dell'ordinamento: quello per cui il tempo intercorso tra l'istanza del privato ed il provvedimento finale su tale domanda non deve andare a

danno del richiedente (46). Poco importa che la normativa regolamentare preveda, per l'esecuzione delle formalità di annotazione ex art. 2843 c.c., un termine di novanta giorni: infatti, la sopravvenuta disposizione del comma 8-*decies* in esame non può che influire anche su tale disposizione, ed imporre al conservatore un comportamento diligente, consistente nel verificare - prima di procedere alla cancellazione - l'esistenza di domande di annotazione che rivelino l'esistenza di diritti di terzi sul credito ipotecario, e la cui mancata considerazione potrebbe pregiudicare i diritti medesimi. Si tratta, del resto, di conclusione discendente, pianamente, dai principi generali dell'ordinamento: *diligentibus iura succurrunt*. Ora, di fronte alla contrapposizione, da un lato, del cessionario del credito ipotecario (o del creditore pignoratizio o pignorante il medesimo credito), che ha diligentemente richiesto, con tempestività, l'annotazione ai sensi dell'art. 2843 c.c.; e dall'altro del conservatore dei registri immobiliari che ha proceduto alla cancellazione ipotecaria trascurando colposamente il disposto dell'art. 2843, comma 2, c.c. (e quindi l'esigenza di verificare le domande di annotazione che sono in sospeso solo perché egli stesso non le ha ancora trattate), non sembra dubbio che sia il primo a dover prevalere, dovendo d'altra parte il conservatore impiegare l'ordinaria diligenza nell'esecuzione degli atti del suo ufficio, soprattutto quando si tratta, come nel caso in esame, di una formalità che rischia di provocare un pregiudizio irreparabile, come la cancellazione (pregiudizio che egli a quel punto dovrà, necessariamente, risarcire). Si aggiunga che quanto affermato (responsabilità del conservatore che cancelli senza tener conto delle domande di annotazione ex art. 2843 c.c. già presentate) non appare in contrasto con la logica del sistema pubblicitario: che certamente non può legittimare l'opponibilità ai terzi di una annotazione ancora non eseguita e soltanto richiesta; ma altrettanto certamente postula la responsabilità del conservatore (che non è terzo), il quale effettui una cancellazione sulla base di una dichiarazione di estinzione dell'obbligazione comunicatagli da parte di soggetto non legittimato, quando tale assenza di legittimazione sia riscontrabile mediante l'esame degli atti giacenti presso il suo ufficio.

Delle due, pertanto, l'una:

a) - o il conservatore procede, preliminarmente, all'esame di tutte le domande di annotazione giacenti, per verificare se ve ne sia taluna che dia luogo a formalità prevista dall'art. 2843 c.c., e quindi, dopo aver eseguito detta for-

Note:

(45) Su tale prassi, che trae origine da specifiche istruzioni dell'Amministrazione finanziaria, cfr. Boero, *Le ipoteche*, cit., p. 681 ss.

(46) Si tratta del medesimo principio, risalente, per quanto riguarda l'ambito del processo civile, a Chiovenda, su cui si fonda l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali: cfr. Ferri-Zanelli, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1995, p. 300; Triola, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino 1999, p. 156 ss.

malità, proceda, con il consenso del soggetto titolare, alla cancellazione d'ufficio; ed in questo caso, ovviamente, ipotizzare il rispetto del termine di un giorno, prescritto dal comma 8-decies, è pura illusione;

b) - ovvero il conservatore procede alla cancellazione senza effettuare tale verifica, ed in tal caso sarà sicuramente responsabile, nei confronti dei titolari dei diritti suindicati, dei danni ad essi provocati dall'illegittima cancellazione (si pensi, in particolare, all'ipotesi in cui il credito sia stato ceduto ad un terzo, o sia stato pignorato, e la "comunicazione" di cui al comma 8-decies sia stata inviata dal solo creditore).

Nell'ipotesi sub a) si pongono, ovviamente, ulteriori problemi. L'art. 2843, comma 2, c.c., parla, infatti, di "consenso" dei titolari dei diritti ivi indicati: a parte il caso della cessione del credito (nel quale il cessionario sarà, in realtà, l'unico soggetto legittimato alla "comunicazione" prevista dal D.L. n. 7/2007), negli altri casi non pare dubbio che si sia in presenza di un atto di natura negoziale, che non può che rivestire la forma autentica notarile ai fini dell'esecuzione della formalità di cancellazione (ai sensi dell'art. 2843, ultimo comma, e dell'art. 2882, comma 2, c.c.). A meno che si ritenga - ma è soluzione da ritenersi implausibile, posto che l'art. 13 del D.L. in esame non deroga all'art. 2843 c.c. - che anche il consenso dei suddetti soggetti possa essere sostituito da una "comunicazione", resa ai sensi e per gli effetti del comma 8-decies.

La verifica della legittimazione del creditore, ad opera del conservatore, comporta ovviamente la necessità di accertamenti in tutta una serie di ulteriori ipotesi in cui il soggetto che effettua la comunicazione non coincide con quello a favore del quale è stata eseguita l'iscrizione: si pensi alle ipotesi in cui la società creditrice abbia subito fusioni, scissioni, trasformazioni, modifiche della denominazione sociale, e simili. In tali casi, posto che tali vicende riguardanti il soggetto creditore siano state oggetto di pubblicità legale (nel registro delle imprese), il conservatore dovrà effettuare quel controllo che, nel regime ordinario, viene svolto dal notaio rogante o autenticante, e quindi verificare che effettivamente il soggetto che si presenta come creditore sia effettivamente tale.

Si pensi, ancora, alla fattispecie della "cartolarizzazione" del credito ipotecario (ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni): in tale evenienza, sarà necessaria una specifica verifica - fino ad oggi assicurata dal notaio rogante o autenticante - in ordine al fatto che quello specifico credito sia stato oggetto di cessione, sulla base delle risultanze e del contenuto della pubblicazione in Gazzetta ufficiale della cessione dei crediti in blocco; risultanze che il conservatore non può ignorare, trattandosi di fatto che è stato oggetto di pubblicità legale.

Se si considerano tutte le difficoltà sopra indicate, appare evidente come la legge abbia posto in capo all'Agenzia del Territorio - delegata ad emanare un provvedimento che garantisca il raggiungimento di tutti i sud-

detti risultati - un compito estremamente gravoso. Compito che si prospetta tanto più oneroso, quanto più gravi sono gli effetti della cancellazione dell'ipoteca (che determina, irrevocabilmente, l'estinzione definitiva del diritto reale, e non consente di recuperare più l'efficacia della formalità, anche se in futuro dovesse scoprirsi che la cancellazione era illegittima o priva dei presupposti di legge (47)). Qualunque modalità, che non raggiunga pienamente l'obiettivo previsto dalla legge, sarà da considerarsi non idonea allo scopo, e l'emanando provvedimento (di natura regolamentare) che prevedesse modalità non adeguate dovrà considerarsi illegittimo (come tale da disapplicarsi da parte delle autorità competenti), oltre che produttivo di responsabilità in capo sia all'Agenzia (48), sia ai soggetti che, rivestendo la carica di Conservatore dei registri immobiliari, sono ovviamente responsabili nel caso in cui eseguano una annotazione o cancellazione in assenza dei presupposti di legge. In altri termini, l'emanando provvedimento dell'Agenzia del Territorio dovrà individuare modalità che diano "certezza" in ordine alla provenienza della dichiarazione ed alla relativa legittimazione; modalità che non potranno esaurirsi nella previsione di una mera firma digitale o firma elettronica qualificata, e che in particolare - per quanto attiene alla verifica dei poteri di rappresentanza, da effettuarsi in concreto - non potranno limitarsi a richiedere un certificato di firma qualificato. Dovranno, invece, prescriversi specifici comportamenti concreti da parte del conservatore, il quale dovrà, caso per caso, verificare i presupposti in esame. Nell'ipotesi in cui il conseguimento dei suddetti obiettivi non sia assicurato, il provvedimento regolamentare così emanato sarà da reputarsi illegittimo, e come tale da disapplicarsi: se, nonostante l'illegittimità, il conservatore adotterà un atto del suo ufficio su tale base, dovrà considerarsi responsabile nei confronti del creditore,

Note:

(47) Cfr. tra gli altri - ma il punto è assolutamente pacifico - Pugliatti, *La trascrizione, I - La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1957, 469 ss.

(48) Che la mera approvazione di un provvedimento normativo possa essere fonte di danno ingiusto, e dar quindi luogo a responsabilità civile, è elemento acquisito nella più recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Cfr., per tutti, Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004; Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999; Lazari, *La responsabilità dello Stato legislatore e i destini dell'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 109. Cfr. anche i commenti alla Corte giustizia delle Comunità europee 19 novembre 1991 n. 6/90 e 9/90, sul caso «Francovich»: Mansi, *Il risarcimento del danno da violazione del diritto comunitario (su una recente sentenza della corte di giustizia)*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 959; Romagnoli, *Directive inattuata: dalla «diretta applicabilità» al «risarcimento del danno»*, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 357; Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Francovich» della corte di giustizia delle comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505; Tagariello, *Mancata trasposizione di direttive comunitarie e risarcimento del danno a carico dello stato: note minime*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1992, 537.

Della questione si occupava, in tempi lontani e con esiti, ovviamente, diversi, Scialoja, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo*, in *Atti della Società italiana per la formazione del progresso delle scienze, Terza Riunione*, Padova-Settembre 1909, Roma, 1910.

nell'ipotesi in cui sia stata posta in essere una formalità per lo stesso dannosa.

In conclusione, appare evidente come si potrà rimediare solo parzialmente - addossando nuovi compiti al conservatore - alla deroga al principio di autenticità, prevista dalla normativa in esame. In ogni caso, una disciplina come quella oggi commentata appare concepibile, pur con tutti gli inconvenienti sopra evidenziati, solo in presenza di una fattispecie ben caratterizzata (creditore "professionale", unico possibile danneggiato dalla formalità di cancellazione). *Diverso sarebbe se, in luogo di una annotazione o cancellazione di ipoteca, dovesse eseguirsi un altro tipo di formalità nei registri immobiliari* (in particolare, un'iscrizione o una trascrizione), *che coinvolgesse quindi l'interesse di altri soggetti*: in tal caso, infatti, non potrebbe in alcun modo ipotizzarsi una "semplificazione" del tipo di quella adottata con il provvedimento in esame, posto che la minore efficacia probatoria del titolo si riverbererebbe, inevitabilmente, sull'efficacia della formalità, rischiando di pregiudicare seriamente gli interessi degli altri soggetti coinvolti. A ciò si aggiunga la relativa "semplicità" dell'atto in oggetto (comunicazione dell'avvenuta estinzione del mutuo), e la sua diversa natura giuridica (di dichiarazione di scienza), rispetto ad altre fattispecie negoziali (quali quelle che danno luogo alle formalità di trascrizione o iscrizione), che presentano un contenuto intrinseco complesso ed esigono, come tali, un controllo preventivo di legalità (assicurato dal notaio rogante o autenticante, ai sensi dell'art. 28 della legge notarile), che non sarebbe possibile in alcun modo surrogare.

Il principio di autenticità, in realtà, appare un vero e proprio cardine del sistema italiano di pubblicità immobiliare: il controllo di legalità effettuato dal notaio, sotto i molteplici profili analizzati, sopperisce, con ottimi risultati, all'inesistenza di un controllo di legalità ad opera del conservatore dei registri immobiliari che - nel solco della tradizione di derivazione francese - non ha alcuno dei poteri e degli obblighi che in altri sistemi (come quello dei registri fondiari, o il sistema *Torrens* di origine australiana (49)), assicurano un penetrante controllo di legalità da parte del soggetto (generalmente un magistrato) preposto alla tenuta dei pubblici registri.

Non si tratta, del resto, di una peculiarità del sistema italiano; al contrario, il principio di autenticità è adottato da numerose legislazioni, comprese quelle francese e belga, da cui l'ordinamento italiano ha tratto, a partire dai codici preunitari e quindi con il codice civile del 1865 e quindi quello del 1942, i principi fondanti del proprio vigente sistema di pubblicità immobiliare. Istruttivo appare, in particolare, il confronto con il sistema francese, il quale in origine - a differenza di quello belga - richiedeva, nel sistema del *Code Napoléon*, l'intervento del notaio solo per la pubblicità degli atti relativi ad ipoteche (atti di concessione, ed atti di consenso a cancellazione di ipoteche); mentre - anche con la successiva legge francese del 23 marzo 1855 - non si

richiedeva alcuna forma solenne ai fini della trascrizione. Gli inconvenienti ai quali tale sistema ha dato luogo hanno determinato, dopo molteplici tentativi di riforma non riusciti, una modifica della relativa disciplina nel 1935, con l'adozione generalizzata del principio di autenticità (anche, quindi, ai fini della trascrizione immobiliare) (50).

Il confronto con l'ordinamento francese appare oltremodo interessante anche sotto il profilo che più da vicino interessa il presente lavoro. La materia ipotecaria ha costituito oggetto, in quel paese, di una recente riforma, ispirata alle medesime esigenze di semplificazione che sono all'origine del nostro decreto legge n. 7/2007. La relazione ministeriale alla *ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, pubblicata nel *J.O n° 71 du 24 mars 2006*, chiarisce espressamente il proprio scopo di *semplificare e ridurre il costo delle formalità ipotecarie*, peraltro nel solco di una tradizione civilistica autorevole e senza scavalcare le norme del codice civile (51). A proposito delle cancellazioni ipotecarie, l'ordinanza in esame elimina ogni controllo di legalità sostanziale da parte del conservatore, e nella relazione si chiarisce che tale scelta è dovuta al fatto che detto controllo è operato dal notaio (52). *La medesima ordinanza, quindi, si guarda bene - proprio per tale motivo - dal sopprimere l'intervento notarile*, pur aggiungendo la possibilità che l'atto pubblico di consenso a cancellazione sia sostituito da altro atto notarile, che si limiti a certificare l'accordo del creditore ai fini della cancellazione medesima (53).

Note:

(49) Su tali sistemi di pubblicità cfr., per una panoramica molto generale, Gabrielli, *Libri fondiari*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., XI, Torino 1994, p. 3; Gabrielli, *Libri fondiari*, in *Novissimo dig. it.*, Appendice, IV, Torino 1983, p. 950; Cervai, *Libri fondiari*, in *Novissimo dig. it.*, IX, Torino 1963, p. 901; Panforti, *Torrens title*, in *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ., Aggiornamento, I, Torino, 2000, 715.

(50) Estremamente interessante, anche per la storia dei lavori preparatori che hanno condotto all'adozione generalizzata del principio di autenticità nell'ordinamento francese, è il lavoro di Nerson, *Les Dispositions du Décret-Loi de 1935 relatives à la Transcription en matière immobilière*, Paris 1938.

(51) "Moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence, tels sont les objectifs de la présente ordonnance. En insérant l'ensemble des textes consacrés aux sûretés dans un livre quatrième du code civil, l'ordonnance est dans la tradition juridique française de codification et oeuvre pour une meilleure lisibilité du droit".

(52) "L'article 29 complète l'article 2441 dans le sens d'une double simplification pour diminuer le coût de la mainlevée. Il s'agit de supprimer les contrôles superflus et d'alléger, lorsque cela est envisageable, le formalisme préalable à la mainlevée. Il est expressément posé que le contrôle du conservateur des hypothèques relatif à l'acte nécessaire à la mainlevée se limite à sa régularité formelle à l'exclusion de tout contrôle portant sur la validité au fond de l'acte déjà effectué par le notaire".

(53) "Le formalisme de l'acte requis pour la mainlevée est dans certains cas allégé. En sus de l'acte authentique constatant le consentement des parties intéressées, il est ajouté la possibilité de requérir la radiation de l'inscription au moyen du dépôt au bureau du conservateur d'une copie authentique de l'acte notarié certifiant l'accord du créancier à la radiation".

La stessa cosa, del resto, avviene anche in altri sistemi giuridici. In quello inglese, ad esempio, diversi controlli ad opera del Registrar sono eliminati in presenza di una certificazione ad opera del conveyancer (cfr., a titolo esemplificativo, le sezz. 61(1)(d), 86(2)(b) e 98(7) delle *Land Registration Rules 2003*).

Più in generale, negli altri sistemi europei - e non solo in essi - l'affidabilità dei pubblici registri immobiliari è sempre assicurata affidando i controlli di legalità e legittimazione al notaio (o figura ad esso equiparabile), ovvero al conservatore dei medesimi registri (con assunzione peraltro, in questo caso, delle relative responsabilità in capo a quest'ultimo). In nessun ordinamento, tra quelli conosciuti, si rimette invece ad un soggetto privato la responsabilità in ordine alla veridicità ed alla legalità dei dati inseriti nei medesimi registri (54).

12. Il ruolo del notaio nelle ipotesi di estinzione del debito ipotecario contestualmente alla vendita (ed eventuale nuovo mutuo ipotecario) avente ad oggetto lo stesso immobile

La nuova procedura "semplificata" di cancellazione, per quanto è stato finora illustrato, non assicura alcuna certezza, e non può quindi in alcun modo funzionare, in tutti i casi, estremamente frequenti nella prassi, in cui la cancellazione avviene contestualmente al pagamento, ad opera dell'acquirente dell'immobile ipotecato, di una somma che viene destinata ad estinguere il debito preesistente. In questi casi, per definizione, il notaio è chiamato a prestare il proprio ministero in un momento in cui l'ipoteca non può essere per definizione ancora estinta, dovendo trascorrere da quel momento almeno trenta giorni per la produzione di tale effetto, sempreché - in teoria - il conservatore effettui la cancellazione d'ufficio nei termini prescritti.

Ci si trova, in realtà, in una situazione ancor peggiore rispetto al passato, quando il disposto dell'art. 2878, n. 3, c.c. consentiva almeno di ritenere immediatamente estinta l'ipoteca per effetto dell'estinzione dell'obbligazione garantita. Eppure, anche allora tale "estinzione automatica" dell'ipoteca non forniva sufficienti certezze all'acquirente (ed alla nuova banca mutuante), e si rendeva quindi necessario ricorrere ad un atto autentico, contenente il consenso del creditore alla cancellazione ipotecaria.

Per il futuro, la nuova procedura - quale delineata dai commi 8-sexies e seguenti dell'art. 13 in commento - non consentirà a maggior ragione al notaio di *garantire un'efficace tutela all'acquirente o al nuovo creditore*, fino a quando la cancellazione d'ufficio non è materialmente avvenuta.

Di tutto ciò il notaio non può non informare le parti dell'atto. È, infatti, suo dovere prioritario quello di *informazione e chiarimento* in ordine alla portata degli atti dallo stesso ricevuti ed autenticati, e delle loro conseguenze giuridiche (55). Il che, nel caso di specie, signifi-

ca che il notaio non può dare alle parti certezze che non esistono; e, in particolare non può dare assicurazione alcuna alle parti circa l'estinzione dell'ipoteca sulla base di una mera scrittura privata non autenticata (la "comunicazione") contenente una "dichiarazione di scienza", certamente revocabile anche per errore (arg. ex art. 2732 c.c.) oltre che per talune cause sopravvenute, e della quale non ha potuto verificare personalmente l'apposizione della firma, i poteri di rappresentanza, la legittimazione in generale, la capacità di agire. Per non parlare della possibilità di una successiva azione revocatoria che investa i pagamenti, e che - in assenza di cancellazione ipotecaria - potrebbe secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale determinare reviviscenza della garanzia ipotecaria, ai sensi dell'art. 2881 c.c.

Proprio per evitare tutte le problematiche connesse ad una mera dichiarazione di scienza il codice civile - sulla scia del *Code Napoléon* e del codice civile del 1865, e in un contesto comparatistico che si muove con decisione nella medesima direzione (56) - richiede, all'art. 2882 c.c., un atto negoziale di consenso (per il quale l'intervento notarile prescritto al fine di dare certezza riguardo ai profili della conformità a legge, della capacità, della legittimazione).

Il notaio, quindi, in assenza di consenso a cancellazione ipotecaria, avente i requisiti formali prescritti dall'art. 2882 c.c., non potrà riportare nei propri atti se non la dichiarazione dell'alienante che il debito è pagato, il che verrà presumibilmente ritenuto insufficiente nella stragrande maggioranza dei casi (si tenga presente che, in caso di

Note:

(54) Per un'istruttiva analisi sulla portata del principio di autenticità nell'ordinamento francese, cfr. Piedelievre, *La publicité foncière*, in *Traité de droit civil*, diretto da Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 2000, p. 46 ss.; Masounabe-Puyanne, *De l'authenticité des pièces déposées à l'appui des mentions hypothécaires*, in *JCP (La semaine juridique)*, éd. G, 1963, I, p. 1754. In particolare, quest'ultimo autore evidenzia come sia avviso unanime della giurisprudenza e della prassi amministrativa francese (e riconosciuto anche nella relazione ministeriale al *Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955*, che disciplina la pubblicità immobiliare in Francia), che il principio di autenticità, e quindi l'intervento necessario del notaio per la formazione dei titoli destinati alla pubblicità nei registri immobiliari, siano finalizzati ad assicurare l'esattezza dei dati inseriti nei suddetti registri, in una con la validità e regolarità dell'atto pubblicato (Masounabe-Puyanne, *loc. cit.*: "de l'avis unanime, l'art. 4 du décret n'a posé le principe de l'authenticité de tous les actes sujets à publicité ... qu'afin d'assurer l'exactitude rigoureuse des renseignements portés sur le fichier immobilier et la régularité de l'acte publié en prevenant, par l'intervention d'un notaire, les erreurs ou incertitudes susceptibles d'entacher la documentation"); nonché ad effettuare controlli la cui esecuzione, altrimenti, dovrebbe essere posta sotto la responsabilità del conservatore ("l'exigence de l'authenticité pour ces actes est, en effet, fondée sur la nécessité de garantir la responsabilité du conservateur").

(55) Tondo, *Dovere per il notaio di informazione e consulenza*, in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 315; Cass. 3 gennaio 1994 n. 5325, in *Corriere giur.*, 1994, p. 1268, con nota di Porcari, *Obbligo di informazione: monito della Cassazione ad avvocati e notai*; Cass. 26 maggio 1993 n. 5926, in *Resp. civ.*, 1994, p. 256.

(56) Cfr. le disposizioni delle varie leggi europee, riportate in Petrelli, *Mutui bancari e cancellazione di ipoteche: novità nel decreto legge Bersanibis*, in questa *Rivista*, 2007, p. 121 ss.

concessione di un nuovo mutuo fondiario, questo per espressa disposizione di legge - art. 38 del d.lgs. n. 385/1993 - deve essere assistito da ipoteca "di primo grado").

In conclusione, *certamente il notaio non potrà dare "assicurazioni" alle parti sulla definitiva idoneità della "comunicazione bancaria" ai fini dell'estinzione ipotecaria* (idoneità che comunque richiederebbe - a parte i rischi derivanti dall'art. 2881 c.c. - ulteriori accertamenti estranei rispetto al mero documento eventualmente esibitogli, come appunto quelli relativi all'effettiva estinzione del debito, alla decorrenza del termine in assenza di fatti impeditivi, ai poteri di rappresentanza ed all'identità del firmatario della comunicazione). Egli non potrà fornire certezze né in relazioni notarili preliminari o definitive, né nel corpo degli atti di compravendita o di mutuo successivamente stipulati. Se lo facesse, oltre a commettere probabilmente un illecito deontologico, si assumerebbe gravissime responsabilità, in relazione ad elementi che non ricadono sotto il suo controllo. Ovviamente, le parti - debitamente informate dal notaio in ordine a quanto sopra - potranno eventualmente e liberamente decidere di assumere a proprio carico il "rischio", e quindi - salvo che nei casi di "immobili da costruire", di cui *infra* - di acquistare diritti sull'immobile ancora ipotecato confidando nel positivo esito del procedimento di cancellazione d'ufficio.

13. La "semplificazione" del procedimento di cancellazione in rapporto alla disciplina degli acquisti di immobili da costruire

L'art. 8 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, detta una disciplina particolare in relazione agli atti traslativi di diritti reali su immobili da costruire o in corso di costruzione, che risultino gravati da ipoteche. In particolare, ai sensi del suddetto articolo 8, *"Il notaio non può procedere alla stipula dell'atto di compravendita se, anteriormente o contestualmente alla stipula, non si sia proceduto ... al perfezionamento di un titolo per la cancellazione o frazionamento dell'ipoteca a garanzia ... gravante sull'immobile"*.

La disposizione va letta alla luce della legge delega (legge 2 agosto 2004, n. 210), il cui art. 3, lett. n), richiede che gli *"atti che permettono l'esecuzione delle formalità nei registri immobiliari siano posti in essere prima della stipula dell'atto definitivo di compravendita, o contestualmente alla stessa"*. La *ratio* della previsione normativa va ravvisata nell'esigenza di garantire la tutela dell'acquirente, in considerazione della posizione di "debolezza contrattuale" in cui lo stesso si trova nelle fattispecie negoziali in esame, ed in particolare nell'esigenza di evitare il pregiudizio che - in presenza di un'ipoteca o un pignoramento - potrebbe derivare dall'espropriazione forzata dell'immobile trasferito (57). *Prima della "semplificazione" in oggetto, pertanto, si concludeva nel senso che la stipula dell'atto di compravendita fosse consentita solo a condizione del perfezionamento - previo o contestuale - di un*

atto di consenso a cancellazione in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata (in quanto solo un titolo avente i requisiti formali previsti dall'art. 2882, comma 2, c.c., poteva "permettere l'esecuzione della formalità nei registri immobiliari"); non era, pertanto, reputata sufficiente una mera scrittura non autenticata con la quale il creditore si impegnasse a tal fine (58). Tale conclusione appariva, d'altronde, assolutamente coerente, a fronte della natura negoziale (e della irrevocabilità) dell'atto di consenso a cancellazione, che garantiva quindi l'acquirente, secondo i voti del legislatore, da rischi di evizione dell'immobile acquistato.

Oggi il panorama normativo, per quanto attiene ai "presupposti" della cancellazione ipotecaria, appare mutato, ma - alla luce del fondamento dell'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 - *non sembra che la nuova procedura "semplificata" possa soddisfare alle esigenze poste dalla norma*. Ciò perché la mera "comunicazione" da trasmettersi al conservatore da parte del creditore *non assicura all'acquirente una tutela paragonabile a quella rappresentata dall'atto autentico contenente il consenso alla cancellazione*, per tutti i motivi già più volte ricordati (incertezza sulla provenienza del documento in assenza di autentica; individuazione della legittimazione del sottoscrittore; revocabilità della comunicazione; possibilità di una successiva dichiarazione di permanenza dell'ipoteca; possibile "reviviscenza" dell'ipoteca ex art. 2881 c.c.).

Oltretutto, anche dal punto di vista esegetico e letterale, non può dirsi che la trasmissione al conservatore dei registri immobiliari della "comunicazione" possa dirsi equivalente al *"perfezionamento di un titolo per la cancellazione"*, visto che nella procedura semplificata la cancellazione avviene d'ufficio e *la comunicazione suddetta non costituisce "titolo" in senso tecnico* (e non lo è, oltre che dal punto di vista formale, anche in senso sostanziale, in quanto non ha la "stabilità" propria dei titoli veri e propri, quali il consenso negoziale alla cancellazione o l'ordine giudiziale corrispondente).

Le superiori riflessioni conducono, pianamente, alla conclusione per cui *gli atti individuati nell'art. 8 del d.lgs. n. 122/2005 (59) potranno essere in futuro stipulati, alternativamente, solo in presenza:*

Note:

(57) Su tale *ratio*, cfr. tra gli altri Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano 2005, p. 307 ss.; Pertile, *Obbligo di cancellazione dell'ipoteca antecedente la compravendita*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire*, a cura di Sicchiero, Padova 2005, p. 172.

(58) Il punto è pacifico: cfr. per tutti Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 325; Pertile, *Obbligo di cancellazione dell'ipoteca antecedente la compravendita*, cit., p. 175.

(59) Per l'individuazione del controverso ambito di applicazione della disposizione dell'art. 8, cfr. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, cit., p. 311 ss.; Rizzi, *D.lgs. n. 122 del 2005: assicurazione indennitaria, frazionamento del mutuo, revocatoria fallimentare e le altre novità legislative*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2005, 2, p. 1017 ss.; Avagliano, *Il divieto di vendita di immobile nell'art. 8 del D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122*, in *Riv. not.*, 2005, p. 1211 ss.; Bergamo, *Immobili*

(segue)

a) - di un atto notarile di consenso a cancellazione di ipoteca;

b) - della effettiva e definitiva cancellazione, operata d'ufficio dal conservatore dei registri immobiliari secondo la nuova disciplina all'esito del procedimento che inizia con la comunicazione del creditore; escluso comunque che detta comunicazione possa in alcun modo ritenersi, di per sé, idonea a tal fine, e che possa quindi autorizzare il notaio alla stipula degli atti in oggetto.

14. La disciplina transitoria

La disciplina transitoria della procedura semplificata di cancellazione ipotecaria è contenuta nei commi 8-*duodecies* e 8-*terdecies* dell'art. 13.

Innanzitutto viene precisato, al comma 8-*duodecies*, che tutte le disposizioni in oggetto trovano applicazione a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge 40/2007 (quindi a partire dal giorno 2 giugno 2007).

Pertanto, fino alla suddetta data, troveranno integrale applicazione gli artt. 2878 e 2847 del codice civile, e quindi le ordinarie cause di estinzione dell'ipoteca, e l'ordinaria procedura di cancellazione.

Occorrerà, inoltre, attendere l'emanazione del provvedimento dell'Agenzia del Territorio che individuerà le modalità della "comunicazione", finalizzata alla cancellazione "d'ufficio" dell'ipoteca: fino ad allora, e quindi eventualmente anche oltre il termine del 2 giugno 2007 (sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge n. 40/2007), detta procedura non potrà trovare applicazione.

Sempre dalla suddetta data del 2 giugno 2007 decorrerà il termine di trenta giorni, previsto dai commi 8-*septies* e 8-*novies* (rispettivamente per la comunicazione di estinzione e per la comunicazione di permanenza dell'ipoteca), per i mutui ipotecari estinti subito dopo la data di entrata in vigore della stessa legge n. 40/2007. Quindi, a titolo esemplificativo, se un mutuo ipotecario viene estinto il 30 aprile 2007, il termine di trenta giorni non decorre da tale data, bensì dal 2 giugno 2007.

Ai sensi del comma 8-*terdecies* dell'art. 13, "per i mutui di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*duodecies* estinti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge e la cui ipoteca non sia stata ancora cancellata alla medesima data, il termine di cui al comma 8-*septies* decorre dalla data della richiesta della quietanza da parte del debitore, da effettuarsi con lettera raccomandata con avviso di ricevimento". Il legislatore si è posto, qui, il problema della nascita dell'obbligo del creditore di effettuare la comunicazione dell'estinzione del debito al conservatore dei registri immobiliari (obbligo che, a regime, sorge automaticamente per effetto dell'estinzione dell'obbligazione, senza necessità di richiesta ad opera del mutuatario); e l'ha risolto nell'unico modo praticabile: escludendo, cioè, ogni applicazione automatica "immediata" della nuova disciplina, e prevedendo invece che nessun obbligo scatti, in capo al creditore, se non è prima intervenuta una ri-

chiesta di quietanza da parte del debitore (richiesta dalla quale decorrerà il termine di trenta giorni per provvedere alla comunicazione di estinzione ed all'eventuale dichiarazione di permanenza dell'ipoteca). Viene, quindi, rimessa all'iniziativa del mutuatario l'attivazione della procedura di cancellazione semplificata; tenendo anche conto del fatto che lo stesso debitore potrebbe non avere in concreto interesse a sostenere le spese e tasse necessarie per la cancellazione.

Ai sensi del comma 8-*duodecies*, ultimo periodo, dell'art. 13, decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge n. 40/2007, "sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari statali incompatibili con le disposizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*undecies* e le clausole in contrasto con le prescrizioni di cui ai commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* sono nulle e non comportano la nullità del contratto.

Quale esempio di disposizione regolamentare (parzialmente) abrogata in quanto incompatibile può citarsi quella contenuta nel Provvedimento del Direttore dell'Agenzia del Territorio in data 28 febbraio 2002, che prevede un termine di novanta giorni per eseguire la cancellazione ipotecaria. Non è, invece, in alcun modo incompatibile con la nuova disciplina la previsione dell'art. 2878, n. 1, c.c., che prevede quale causa di estinzione dell'ipoteca la cancellazione (che rimane, quindi, causa estintiva dell'ipoteca anche nella disciplina speciale, sia pure con la diversa procedura "semplificata" prevista dal comma 8-*decies* dell'art. 13). Neanche può parlarsi di "abrogazione", anche se parziale, per quanto riguarda il disposto dell'art. 2882 c.c. (che prevede, quale titolo per la cancellazione dell'ipoteca, il consenso del creditore prestato in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, o la sentenza passata in giudicato). Il coordinamento dell'art. 13, comma 8-*decies*, con l'art. 2882 c.c. deve piuttosto porsi su un diverso piano, e precisamente:

– il debitore ha diritto a che la cancellazione abbia luogo con la procedura semplificata di cui al comma 8-*decies*, e conseguentemente, ogni disposizione legislativa e regolamentare che tale diritto precluda deve considerarsi abrogata o comunque incompatibile con la nuova disciplina;

– correlativamente, però, nei casi in cui il debitore reputi per sé vantaggiosa (perché più spedita e comunque maggiormente confacente alle sue esigenze) la procedura "ordinaria" ex art. 2882 c.c., egli ha diritto a che la stessa venga attuata in tali termini.

Nota:

(segue nota 59)

gravati da ipoteca e divieto di stipula, in Riv. dir. priv., 2006, p. 220 ss.; Baralis, L'art. 8 D.lgs. 122/2005: obblighi e responsabilità notarili, in Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d.lgs. 122/2005 e prospettive, a cura della Fondazione Italiana per il notariato, Milano 2006, p. 87 ss.; Rizzi, Gli strumenti di tutela: il ruolo del notaio, in La tutela dell'acquirente di immobili da costruire, a cura del Consiglio notarile di Firenze, Pistoia e Prato, Napoli 2006, p. 149 ss.

Alla luce di tali riflessioni deve essere interpretata anche la disposizione del comma 8-duodecies, di nullità delle clausole contrattuali in contrasto con le previsioni in esame (60): il suo significato va, quindi, ravvisato nel precludere deroghe preventive - mediante "clausole" contrattuali - al diritto del debitore ad ottenere, dalla banca mutuante, il comportamento prescritto (comunicazione dell'estinzione del debito all'ufficio dei registri immobiliari e ad esso stesso debitore); ma, una volta avvenuta l'estinzione, nulla vieta che il debitore possa, nel proprio interesse, chiedere alla banca un consenso a cancellazione di ipoteca o altro comportamento idoneo al soddisfacimento del medesimo interesse. Anche perché la previsione della nullità di clausole contrattuali non è in alcun modo equiparabile alla irrinunciabilità *ex post* della tutela (del tipo di quella prevista dall'art. 143 del D.lgs. n. 206/2005). Il debitore potrebbe avere interesse, ad esempio, a far perire l'ipoteca per decorso del ventennio, al fine di evitare il pagamento di tasse e imposte ipotecarie; potrebbe, soprattutto, aver interesse ad ottenere una formalità più veloce e "garantista", quale quella rappresentata dall'atto notarile di consenso alla cancellazione, che assicura dal rischio di una successiva dichiarazione di "permanenza" dell'ipoteca e comunque elimina lo *spatium deliberandi* di trenta giorni accordato al creditore dalla nuova disciplina (magari perché un terzo acquirente, o la banca che concede il nuovo mutuo, richiede tali garanzie). Per-

tanto, per le ragioni più disparate, non sembra dubbio che il debitore - nel cui esclusivo interesse è previsto l'obbligo di comunicazione della banca - possa rinunziarvi, purché successivamente o contestualmente all'estinzione dell'obbligazione garantita.

Per quanto concerne, infine, la decorrenza della previsione di nullità delle clausole contrattuali in contrasto con le nuove disposizioni (sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione), essa sembra comportare la conseguenza che le clausole contenute nei contratti di mutuo stipulati nei primi sessanta giorni da detta entrata in vigore (e quindi fino al giorno 1 giugno 2007) dovranno ritenersi valide a tutti gli effetti, la nullità operando solo per i contratti stipulati successivamente: il legislatore ha, evidentemente, concesso uno *spatium temporis* a banche ed altri creditori professionali al fine di adeguare i propri schemi contrattuali alla nuova disciplina.

Nota:

(60) L'art. 13, comma 8-duodecies, dispone che le clausole in contrasto con le prescrizioni di cui ai commi da 8-sexies a 8-terdecies sono nulle e non comportano la nullità del contratto. La disposizione, nell'escludere in radice la nullità dell'intero contratto, si pone come derogatoria rispetto alla disposizione dell'art. 1419, comma 1, del codice civile, in quanto adotta senz'altro la regola *vitiatur sed non vitiat*, a prescindere da ogni valutazione di essenzialità della clausola - avuto riguardo all'intento delle parti - rispetto al complessivo regolamento negoziale.

CD-ROM

Notariato
Raccolta delle annate

L'autorevolezza dei contenuti della Rivista di riferimento per i Notai italiani con tutti i vantaggi di una banca dati:

- indici di classificazione ipertestuali
- ricerche per estremi e a testo libero
- consultazione più veloce ed efficace di tutta la documentazione
- gestione personalizzata dei documenti grazie alla funzionalità di archiviazione, stampa, memorizzazione e annotazione.

La raccolta completa di tutti i numeri della prestigiosa rivista Ipsoa "Notariato" interamente dedicata al "mondo notarile". I fascicoli della rivista sono riportati integralmente rispettando la tradizionale suddivisione in sezioni.

CONTENUTO

Editoriale: un osservatorio privilegiato sulle tematiche d'attualità giuridica

Giurisprudenza: le sentenze della Corte di Cassazione e le principali pronunce della Corte Costituzionale e dei giudici di merito, compresa la volontaria giurisdizione, tutte massimale e arricchite da approfonditi e accurati commenti redatti dai più qualificati giuristi

Tecniche contrattuali: clausole e modelli contrattuali commentati relativi a nuove leggi o a nuove esigenze emerse nella pratica professionale

Argomenti: approfondimenti d'Autore su temi di particolare rilevanza

Normativa: i testi commentati dei provvedimenti legislativi

Documenti: prassi amministrativa e documenti del Consiglio Nazionale del Notariato

Prezzo Abbonamento:

€ 315,00 + IVA 20%

Canone annuo di aggiornamento:

€ 130,00 + IVA 20%

Speciale sconto 50% per gli abbonati alla rivista Notariato: soli € 157,50 + IVA 20% anziché € 315,00 + IVA 20%

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)

- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

- **www.ipsoa.it**

