

MUTUI BANCARI E CANCELLAZIONE DI IPOTECHE NOVITA' NEL DECRETO LEGGE BERSANI-BIS

* Pubblicato in *Notariato*, 2007, p. 110.

Il commento di Gaetano Petrelli

Il 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 (impresa in un giorno)", in vigore dal giorno 2 febbraio 2007, contiene, agli artt. 6, 7 e 8, alcune rilevanti disposizioni riguardanti i mutui ipotecari bancari, la surrogazione e l'estinzione delle relative ipoteche.

Estinzione dell'ipoteca a garanzia di mutuo bancario.

L'art. 6 del D.L. n. 7/2007, sotto la rubrica (peraltro erronea, come si vedrà) "Semplificazione nel procedimento di *cancellazione* dell'ipoteca nei mutui immobiliari", recita quanto segue:

- 1. Ai fini di cui all'articolo 2878, n. 6), del Codice civile, se il creditore è soggetto esercente l'attività bancaria, l'ipoteca iscritta a garanzia di obbligazioni derivanti da contratto di mutuo si estingue automaticamente decorsi trenta giorni dall'avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita, che viene comunicata dal creditore alla conservatoria e al debitore, salvo che, ricorrendo giustificato motivo ostativo, nella medesima comunicazione il creditore non abbia presentato alla conservatoria apposita dichiarazione di permanenza dell'ipoteca. Ricevuta quest'ultima dichiarazione, il conservatore procede d'ufficio entro il giorno successivo alla sua annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca. Ai fini del presente comma non è necessaria l'autentica notarile.*
- 2. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari statali incompatibili con le disposizioni di cui al comma 1 e le clausole in contrasto con le prescrizioni del presente articolo sono nulle ai sensi dell'articolo 1418 del Codice civile.*

La disposizione - la cui *ratio* sembra doversi individuare nell'esigenza di semplificare la procedura di estinzione dell'ipoteca a seguito dell'estinzione del debito garantito, riducendone il costo complessivo - dà luogo a diversi problemi applicativi, che saranno di seguito evidenziati. Anticipando, brevemente, le conclusioni, può dirsi che *la nuova procedura di "estinzione ipotecaria" opera sullo stesso piano dell'art. 2878, n. 3, c.c.: come quest'ultima norma non dava, fino ad oggi, certezze sull'estinzione del debito e quindi dell'ipoteca, così tali certezze non vengono assicurate dalla nuova disposizione che - sotto il profilo in esame - si limita a prorogare l'estinzione richiedendo il decorso di ulteriori trenta giorni.*

E' peraltro necessario, in primo luogo, delimitare l'ambito di applicazione della disposizione, tenendo conto del fatto che - prevedendo una specifica causa di estinzione

dell'ipoteca circoscritta ad alcune determinate ipoteche bancarie, e consentendo un'annotazione nei registri immobiliari in assenza di atto autentico - *la stessa si pone 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 una *rilevante deroga all'art. 2878, n. 3), c.c.*, a norma del 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"¹ previsto (la "dichiarazione di permanenza dell'ipoteca" da parte del creditore bancario);

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.)².

Pertanto, *in quanto derogatoria ed eccezionale, la disposizione non è suscettibile di interpretazione estensiva o estensione analogica*.

In primo luogo, il primo comma dell'art. 6 prevede una *specificca causa di estinzione dell'ipoteca (a garanzia di mutui bancari), diversa rispetto alla cancellazione*; il suddetto comma, infatti, fa riferimento all'art. 2878, n. 6, c.c. (a tenore del quale l'ipoteca si estingue "con lo spirare del termine a cui l'ipoteca è stata limitata"). E' quindi erronea la rubrica che parla di "semplificazione del procedimento di cancellazione". Del resto, *appare improprio anche il riferimento al n. 6 dell'art. 2878 c.c., che presuppone una determinazione - da parte del creditore, nella nota di iscrizione - di un termine "convenzionale" dell'ipoteca* in deroga a quello ventennale previsto dall'art. 2847 c.c., mentre in questo caso si ha solamente una deroga all'art. 2878, n. 3, del codice civile, posticipando l'estinzione dell'ipoteca bancaria rispetto all'estinzione dell'obbligazione (*misura, questa, dettata evidentemente a favore non del mutuatario, ma della banca mutuante*; in altri termini, appare evidente come *per il mutuatario fosse più favorevole il disposto dell'art. 2878, n. 3, c.c., che determinava un'estinzione immediata dell'ipoteca, a parità di certezze per la futura circolazione immobiliare*).

Come risulta dal testo del primo comma dell'art. 6, nonché dalla rubrica, la "semplificazione" riguarda *solo le ipoteche a garanzia di "mutui"*. 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 (anche, quindi finanziamenti qualificabili come aperture di credito e simili)*; per le quali tutte l'ipoteca si estinguerà solo per le cause ordinarie previste dall'art. 2878 c.c. (tra le quali 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 suddetta "semplificazione" opera, inoltre, solo nel caso in cui il creditore sia "soggetto esercente attività bancaria"; con *esclusione quindi di tutte le altre fattispecie in cui vi sia una diversa connotazione (non "bancaria") della parte creditrice* (creditore persona fisica, persona giuridica o ente non lucrativo, società finanziaria o comunque

¹ Sulla nozione di "fatto impeditivo", cfr. SENOFONTE, *Il concetto di fatto impeditivo*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli 1978, p. 507.

² 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.

non bancaria). Casi, anche questi, nei quali l'estinzione dell'ipoteca ha luogo nei soli casi previsti dall'art. 2878 c.c.

Ancora, la "semplificazione" non riguarda le fattispecie di estinzione parziale dell'obbligazione garantita, a fronte delle quali la legge prevede l'obbligo o la facoltà di ridurre l'ipoteca (riduzioni di somma o restrizioni di beni); tali ipotesi certamente non sono da ricomprendersi nel novero dell'estinzione "semplificata" dell'ipoteca, già per il semplice motivo che danno luogo semplicemente alla relativa riduzione (che non costituisce causa di estinzione dell'ipoteca). Del resto, limitando l'esame alle formalità ipotecarie, la diversa natura delle formalità di cancellazione e di riduzione si desume già 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). 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.), di cui evidentemente il legislatore non ha voluto far carico al conservatore.

Sono comunque escluse dalla nuova disciplina le trascrizioni, di qualsiasi tipo (in particolare le trascrizioni di domande giudiziali, di pignoramenti, sequestri, per la cessazione dei cui effetti, con evidenza nei confronti dei terzi, occorre in ogni caso la cancellazione).

Sempre riguardo all'ambito di applicazione, l'art. 6, comma 1, del D.L. n. 7/2007 prevede che la comunicazione da effettuarsi da parte della banca (alla "conservatoria" e al debitore) abbia ad oggetto la "estinzione" del mutuo. Per estinzione può probabilmente intendersi *qualsiasi causa di estinzione, anche se non satisfattiva, e quindi anche diversa dall'adempimento* (quindi anche transazione, remissione del debito totale o parziale, compensazione, confusione, ecc.).

L'art. 6 non contiene alcuna precisazione di ordine restrittivo in relazione alla *qualifica soggettiva del soggetto mutuatario* (che può essere, quindi, indifferentemente persona fisica o giuridica, società o altro ente). Un dubbio potrebbe nascere dalla collocazione della disposizione nell'ambito del Capo I del decreto legge (intitolato alle "misure urgenti per la tutela dei consumatori"); in realtà, a prescindere dal consueto argomento del valore solo sussidiario, ai fini interpretativi, delle rubriche ed intitolazioni dei testi normativi³, nulla autorizza a ritenere che il termine "consumatori" sia stato qui utilizzato nel senso tecnico di cui al d. lgs. n. 206/2005, e non piuttosto in un'accezione molto più generica (in contrapposizione, quindi, al soggetto bancario che opera "professionalmente" nel mercato creditizio), come sembrerebbe deporre la circostanza che, nel testo dell'art. 6, nessuna qualificazione soggettiva del soggetto mutuatario è richiesta.

Con riguardo agli aspetti applicativi, l'art. 6 richiede una semplice "comunicazione" da parte del creditore, svincolata da oneri formali (autentica notarile). Si tratta, evidentemente, di una "dichiarazione di scienza", con cui il creditore comunica al

³ 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.

conservatore l'avvenuta "estinzione del mutuo" (mentre l'atto di consenso, che l'art. 2882 richiede, in linea generale, quale titolo per la cancellazione dell'ipoteca, è invece una dichiarazione negoziale di volontà). Tale dichiarazione di scienza, in quanto diretta al debitore, può probabilmente definirsi quietanza in senso tecnico; mentre quella indirizzata al conservatore dei registri immobiliari è probabilmente qualificabile come confessione stragiudiziale resa ad un terzo (con gli ulteriori effetti, quindi, previsti dall'art. 2735, comma 1, c.c.).

Di detta comunicazione l'art. 6, comma 1, non richiede espressamente una "annotazione" a margine della iscrizione ipotecaria, né tantomeno una "cancellazione" (l'art. 6 rinvia all'art. 2878, n. 6), e non al n. 1), che riguarda la cancellazione ipotecaria). Dal testo della norma si desume, infatti, che solo la "dichiarazione di permanenza" della ipoteca è oggetto di annotazione (l'art. 6, comma 1, stabilisce espressamente che l'annotazione ha luogo "ricevuta quest'ultima dichiarazione", riferendosi alla dichiarazione di permanenza dell'ipoteca). Rimane dubbia ed incomprensibile, pertanto, la finalità della comunicazione negli altri casi (così come il comportamento che in concreto il conservatore dovrà adottare allorché la riceve), ed auspicabile la sua soppressione in sede di conversione in legge del decreto.

La suddetta "comunicazione" dà luogo peraltro a *notevoli problemi*. Da un lato, poiché pone il conservatore nella *necessità di "interpretarla"* al fine di individuare 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.). E' vero che *il conservatore non deve procedere ad alcuna cancellazione a fronte della suddetta comunicazione*, ma non sembra inutile rammentare che la dottrina più autorevole ha sempre escluso che la mera quietanza sia sufficiente al fine di autorizzare una cancellazione⁴, proprio per la sua "non definitività" e "non decisività" ai fini dell'estinzione dell'obbligazione e quindi della garanzia. In ogni caso, ammesso e non concesso che il conservatore debba dare in qualsiasi modo evidenza della suddetta comunicazione nei registri immobiliari, la stessa non sembra in alcun modo avere effetto "costitutivo" ai fini dell'estinzione dell'ipoteca. Detto in altri termini, *se per qualsiasi caso l'obbligazione non è estinta, l'esistenza della "comunicazione" della banca non ne determina l'estinzione, il che comporta la sopravvivenza dell'ipoteca nonostante la possibile contraria evidenza dei registri immobiliari (con conseguente lesione dell'affidamento dei terzi e, quindi, della fede pubblica).*

Poiché, inoltre, per tale comunicazione è *esclusa la necessità di qualsiasi autentica notarile*, vi è un *serio pericolo di frode* (nulla impedirebbe al medesimo debitore, o ad altro soggetto diverso dalla banca, di sottoscrivere la comunicazione "spacciandosi" per rappresentante della banca"), con *gravissimo pericolo per l'affidabilità dei registri immobiliari: non sembra dubbio, infatti, che tale "falsa comunicazione" non avrebbe alcuna idoneità ad estinguere l'ipoteca, nonostante l'apparenza da essa ingenerata.*

⁴ 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 ordina 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.

Conclusioni, queste, che legittimano anche sotto il profilo sistematico l'interpretazione - basata sul tenore testuale dell'art. 6, comma 1 - che *esclude non solo la necessità, ma anche la possibilità - pena il risarcimento degli eventuali danni - di qualsiasi annotazione, a margine dell'iscrizione, della comunicazione bancaria di estinzione del debito*. Rimane, come già detto, la constatazione della *totale "inutilità" della relativa segnalazione all'ufficio dei registri immobiliari*, e quindi la necessità di una opportuna modifica in sede di conversione del D.L. n. 7/2007.

L'estinzione dell'ipoteca (che si produce *ipso iure* - "automaticamente", ai sensi del comma 1 dell'art. 6 - decorsi trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione) "viene comunicata" dal creditore alla conservatoria e al debitore. L'espressione sembra doversi interpretare nel senso di un *vero e proprio obbligo del creditore di effettuare tale comunicazione*, decorsi trenta giorni dall'estinzione del mutuo. Obbligo - conseguente al disposto di carattere generale contenuto nell'art. 1200 del codice civile - che *non sembra, peraltro, eliminare l'ulteriore obbligo di prestare il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca*⁵, *ove quest'ultima formalità sia richiesta dal debitore a tutela di un proprio interesse, per la maggiore sicurezza che la cancellazione gli accorda*. Non occorre, infatti, dimenticare che la presenza - sia pure solo formale - dell'iscrizione ipotecaria, può creare *incertezze ai fini della successiva circolazione dell'immobile*, e proprio in funzione di ciò la giurisprudenza ha riconosciuto sussistere l'obbligo del creditore di prestare il consenso alla cancellazione anche allorché l'ipoteca sia meramente apparente, perché preceduta da trascrizioni a carico del debitore⁶, o addirittura perché nulla⁷, e anche se non perenta e non rinnovata⁸. Lo stesso legislatore 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 trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie successive alla trascrizione del pignoramento", come tali quindi inefficaci. *A maggior ragione, pertanto, il debitore avrà facoltà di richiedere alla banca mutuante di procedere, in alternativa o in aggiunta alla suddetta "comunicazione", alla normale procedura di cancellazione, prestando il proprio consenso ai sensi dell'art. 2882 c.c.*

Rimane da comprendere come si coordinino le riflessioni suesposte con il contenuto del secondo comma dell'art. 6, che dichiara la *nullità delle clausole contrattuali in contrasto* con le previsioni del medesimo articolo. Probabilmente la soluzione risiede nel ritenere *precluse 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 al medesimo 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 l'art. 6 in esame non riguarda i soli "consumatori" e non è assistita da alcuna previsione di irrinunciabilità *ex post* della tutela (del tipo di quella prevista dall'art. 143 del d. lgs. n. 206/2005). Il debitore potrebbe avere interesse a non sostenere le spese per la suddetta "comunicazione" (tasse ipotecarie se dovute, commissioni bancarie eventualmente previste nell'atto di mutuo), e a far perimere l'ipoteca per

⁵ 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 *Notariato*, 2000, p. 119, in *Riv. not.*, 2000, p. 441, ed in *Vita not.*, 2000, p. 316.

⁶ Cass. 27 marzo 2001 n. 4428, in *Riv. not.*, 2002, 1, 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.

⁷ Cass. 2 aprile 2001 n. 4793, in *Vita not.*, 2001, p. 824.

⁸ Cass. 16 febbraio 1994 n. 1505, in *Vita not.*, 1994, p. 1348.

decorso del ventennio; in alternativa, potrebbe aver interesse ad ottenere una formalità maggiormente "garantista", come quella della cancellazione (magari perché un terzo acquirente, o la banca che concede il nuovo mutuo, richiede tali garanzie). Pertanto, per le ragioni più disparate, *sembra che il debitore - nel cui esclusivo interesse è previsto l'obbligo di comunicazione della banca - possa rinunziarvi.*

D'altra parte, in assenza di diversi accordi con il debitore, successivi all'estinzione del debito, *non sembra che la banca possa rifiutare l'esecuzione di tale comunicazione all'ufficio dei registri immobiliari per il solo fatto di non aver ricevuto il pagamento delle suddette spese* (non vi è qui corrispettività di prestazioni, e quindi è inapplicabile qualunque *exceptio inadimpleti contractus*).

Da evidenziare, come già accennato, che la *ratio* legislativa di ridurre il costo della cancellazione non appare adeguatamente soddisfatta; *il legislatore si è astenuto dal dichiarare invalide le pattuizioni dei mutui bancari che prevedono commissioni bancarie per la cancellazione ipotecaria (commissioni che probabilmente saranno destinate ad aumentare in conseguenza dei nuovi adempimenti a carico della banca).*

L'art. 6, comma 1, del D.L. n. 7/2007 dispone che l'estinzione dell'ipoteca si verifica a meno che, in presenza di un "giustificato motivo ostativo, nella medesima comunicazione il creditore non abbia presentato alla conservatoria apposita *dichiarazione di permanenza dell'ipoteca*. Ricevuta quest'ultima dichiarazione, il conservatore procede d'ufficio entro il giorno successivo alla sua annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca". La disposizione dà luogo a diversi dubbi interpretativi.

Innanzitutto, la disposizione - salvo chiarire che non si verifica l'effetto estintivo - non precisa espressamente cosa avvenga dell'ipoteca una volta che la "dichiarazione di persistenza" sia stata annotata: peraltro sembra possa farsi agevolmente ricorso ai principi generali, e ritenere quindi 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.

Sotto un diverso profilo, 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 alla banca nei casi di pericolo di azioni revocatorie relative ai pagamenti effettuati*: ma se è così la disposizione deroga gravemente - a tutto vantaggio della banca 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; è vero che l'art. 1200 è ritenuto pattiziamente derogabile⁹, ma è altresì vero che la deroga legislativa in esame mal si concilia con una disposizione, come quella contenuta nell'art. 6 in esame, a sua volta parte di un *decreto legge "recante misure urgenti per la tutela dei consumatori"*, mentre la *facoltà in esame, come del resto la deroga all'art. 2878, n. 3, c.c., sono a tutto favore delle banche.*

Ulteriore problema interpretativo nasce dal fatto che la "medesima comunicazione" di cui parla l'art. 6, comma 1 (a proposito del "contenitore" nel quale inserire la "dichiarazione di permanenza dell'ipoteca") è quella stessa con la quale il creditore deve dare atto dell'estinzione del debito garantito; ma allora, *perché il fatto impeditivo dell'estinzione possa funzionare come tale, è indispensabile che, almeno in questo caso, la comunicazione della banca al debitore ed all'ufficio dei registri immobiliari abbia luogo prima del decorso del termine di trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione.*

⁹ CACCAVALE, *Importo dell'ipoteca. Ipoteca integrativa. Clausole in deroga al diritto di chiedere la cancellazione dell'ipoteca*, in *Mutui ipotecari*, a cura del Comitato regionale notarile lombardo, Milano 1999, p. 234 ss.

Perché si verifichi il suddetto "fatto impeditivo" dell'estinzione dell'ipoteca, sulla base del tenore letterale della disposizione in commento, sembra invece che sia *indispensabile la comunicazione sia al debitore che 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 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). *Questa esigenza di tutela dei terzi giustifica la prescrizione, in capo al conservatore, di procedere "entro il giorno successivo" (alla ricezione della comunicazione) all'annotazione a margine dell'iscrizione*¹⁰. In definitiva, deve ritenersi - nonostante il dettato normativo non proprio chiarissimo - che la banca debba effettuare la comunicazione prima della scadenza del termine di trenta giorni, e che - al fine di non trarre in inganno i terzi neanche per un momento - *entro il trentesimo giorno dall'estinzione del debito il conservatore debba eseguire l'annotazione della causa impeditiva dell'estinzione dell'ipoteca*.

L'art. 6 non chiarisce espressamente il valore da attribuirsi alla nuova annotazione: le esigenze di tutela dei terzi, sopra evidenziate, inducono peraltro ad attribuire *alla suddetta annotazione efficacia "dichiarativa"* (analoga a quella comunemente riconosciuta alle annotazioni previste dall'art. 2843 c.c.), e conseguentemente a ritenere *inopponibili ai terzi la "proroga" della durata dell'ipoteca in mancanza della medesima formalità* (dubbia appare, invece, la possibilità di riconoscere a detta annotazione un'efficacia addirittura costitutiva, nei rapporti tra creditore e debitore).

Sarà, ovviamente, da approfondire *l'impatto sistematico della deroga in esame*, in particolare l'eventuale effetto derogatorio anche riguardo al disposto generale dell'art. 1200 c.c., e quindi all'eventuale facoltà della banca di rifiutare - per "giustificato motivo ostativo" - anche eventualmente il consenso alla cancellazione ipotecaria ai sensi dell'art. 2882 c.c.: la natura eccezionale della disciplina in esame sembra, peraltro, deporre in senso negativo.

A norma del secondo comma dell'art. 6, "a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari statali incompatibili con le disposizioni di cui al comma 1 e le clausole in contrasto con le prescrizioni del presente articolo sono nulle ai sensi dell'articolo 1418 del codice civile". La disposizione sembra da interpretarsi nel senso che sia concesso alle banche creditrici ed all'Agenzia del territorio un termine di sessanta giorni entro il quale adeguare procedure e comportamenti alle nuove previsioni (con la conseguenza, sembrerebbe, che potrebbe non scattare, nei primi sessanta giorni dall'entrata in vigore, l'obbligo del creditore bancario sopra descritto; mentre invece non sembra dubbio che la nuova disciplina delle comunicazioni ed annotazioni possa essere attuata sin da subito).

Merita particolare attenzione la *deroga al principio di autenticità*, prevista dall'art. 6, comma 1, del D.L. n. 7/2007, riguardo all'*annotazione della "dichiarazione di*

¹⁰ 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 18.3.2002). 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.

permanenza dell'ipoteca"; la relativa comunicazione, da parte della banca, *costituisce titolo per detta annotazione, ma ciò nonostante non è necessaria l'autentica notarile*. Si tratta di aspetto di notevole gravità, ove si consideri che per effetto della suddetta dichiarazione l'ipoteca "sopravvive" in deroga all'art. 2878, n. 3, c.c., ed allo stesso art. 6, comma 1, del D.L. n. 7/2007 ¹¹. *La rilevanza di tale effetto nei confronti dei terzi - unitamente al possibile pregiudizio che i terzi potrebbero subire in conseguenza della eccezionale sopravvivenza della garanzia ipotecaria all'estinzione del debito garantito - suscita notevoli dubbi in ordine alla scelta legislativa, ed al funzionamento della nuova procedura, avuto riguardo agli obblighi e responsabilità del conservatore dei registri immobiliari*.

Sotto un primo profilo, *non sembra 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 ¹²)*. L'eventualità che dalla "proroga della durata" dell'iscrizione ipotecaria possano derivare dei danni deve, peraltro, far riflettere in ordine ai doveri di controllo da parte del conservatore dei registri immobiliari.

In primo luogo, ci si chiede *in che modo il conservatore accerterà che il documento da annotare* - contenente, oltre alla dichiarazione di estinzione del debito, la dichiarazione di persistenza dell'ipoteca - *"provenga" dal creditore bancario (rectius da un suo rappresentante, legale o volontario)*. La verifica dei poteri di rappresentanza è centrale, considerata anche la gravità degli effetti dell'annotazione in esame, che possono dar luogo ad una conseguente responsabilità civile del conservatore, ove i presupposti per la sopravvivenza dell'ipoteca non sussistano. *A tale verifica - come a qualsiasi verifica attinente alla legittimazione delle parti - è tenuto, nella procedura tradizionale, il notaio, ai sensi dell'art. 54 del r.d. n. 1326/1914 (regolamento notarile), ed in funzione di ciò si ritiene comunemente che il conservatore ne sia esonerato ¹³, conformemente a quanto normalmente praticato, e talvolta espressamente sancito a livello legislativo, anche in altri ordinamenti ¹⁴.*

¹¹ Soprattutto occorre evidenziare che *le deroghe apportate dall'art. 6, comma 1, in commento, appaiono apportate nell'esclusivo interesse della banca mutuante, non certo del mutuatario*. Ciò vale, si è visto, per la annotazione della "dichiarazione di permanenza dell'ipoteca", ma vale anche per l'ulteriore termine di trenta giorni necessario per l'estinzione dell'ipoteca medesima, accordato in deroga all'art. 2878, n. 3, c.c. Il presunto risparmio dei costi, pertanto, riguarda operazioni che sono effettuate nell'interesse esclusivo della banca.

¹² Cfr. BOERO, *Le ipoteche*, cit., p. 852 ss. (ed ivi riferimenti).

¹³ 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.

¹⁴ 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

Evidentemente nel caso in esame, non essendovi il filtro del controllo notarile della legittimazione, *il conservatore dovrà egli stesso - a pena di responsabilità civile - verificare i poteri di rappresentanza, facendosi esibire documentazione (plausibilmente con efficacia probatoria piena, quindi in forma autentica) da cui risultino i poteri di rappresentanza* di chi ha effettuato la "comunicazione". Ciò comporterà un'ulteriore difficoltà, *per il medesimo conservatore, nel caso in cui la procura sia conferita "per relationem" ad una qualifica* (ad esempio, procura conferita a tutti i quadri direttivi di 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 tale qualifica. Con l'ulteriore difficoltà nascente dal fatto che l'eccezionalità della disposizione in esame, e la peculiarità dell'atto di cui si discute (la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca) 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.).

A monte vi è, però, un problema ancor più grave: *come farà il conservatore ad accertare che la "firma" apposta in calce alla "comunicazione" appartiene al suddetto rappresentante legale?* Il problema, di non facile soluzione, non può certo essere eluso. D'altra parte, appare difficilmente utilizzabile lo strumento dell'autentica amministrativa, che è prevista dalla legge (art. 21 del d.p.r. n. 445/2000) solo in relazione a specifici atti diretti alla pubblica amministrazione, e precisamente le "istanze", e le "dichiarazioni sostitutive" di atto notorio o di certificazioni (ma questa "comunicazione" non sembra equiparabile ai suddetti documenti). Anche nel caso in cui si ritenesse utilizzabile lo strumento dell'autentica amministrativa, questa certo non accelererebbe la procedura rispetto all'autentica notarile, ed inoltre nessun controllo relativo a capacità, legittimazione o rappresentanza competerebbe al pubblico ufficiale autenticante.

Analoghe difficoltà (e responsabilità) sorgono in relazione al *necessario controllo relativo alla capacità di agire del sottoscrittore della comunicazione*.

In ogni caso, tutta la nuova procedura prevista dall'art. 6 del D.L. n. 7/2007 dà luogo ad una situazione complessiva di incertezza in tutti i casi, *numerosissimi, in cui la cancellazione avviene contestualmente al pagamento, ad opera dell'acquirente, di una somma che viene destinata ad estinguere il debito preesistente*. Come, in passato, il disposto dell'art. 2878, n. 3, c.c. (quindi la mera quietanza di pagamento) non dava sufficienti certezze all'acquirente (ed alla nuova banca mutuante), parimenti per il futuro la nuova procedura dell'art. 6 del d.l. non consentirà in alcun modo al notaio di *garantire, in tali casi, un'efficace tutela all'acquirente o al nuovo creditore*. Addirittura *la situazione appare, con il decreto legge n. 7/2007, peggiorata - sia dal punto di vista della posizione del debitore che da quello della sicurezza della successiva circolazione giuridica* - in quanto l'estinzione dell'ipoteca non avviene, nei casi in esame, immediatamente, ma dopo il decorso del termine di trenta giorni dal pagamento (in ipotesi, contestuale alla vendita ed al nuovo mutuo).

Certamente, ed in ogni caso, *il notaio non potrà dare assicurazioni alle parti sulla base di una mera scrittura privata non autenticata (la "comunicazione") contenente*

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".

una "dichiarazione di scienza", certamente revocabile anche per errore (arg. ex art. 2732 c.c.), e della quale non ha potuto verificare personalmente apposizione della firma, poteri di rappresentanza, legittimazione in generale, 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 un orientamento determinare reviviscenza delle garanzie¹⁵. Proprio per evitare tutte le problematiche connesse ad una mera dichiarazione di scienza il codice civile richiede, all'art. 2882 c.c., un atto 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 non potrà attestare 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 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").

Considerato tutto ciò, quindi, *certamente il notaio non potrà dare "assicurazioni" alle parti sulla idoneità della "comunicazione bancaria" ai fini dell'estinzione ipotecaria* (idoneità che richiede ulteriori accertamenti estranei al mero documento, come appunto quelli relativi all'effettiva estinzione del debito, alla decorrenza del termine senza fatti impeditivi, ai poteri di rappresentanza ed all'identità del firmatario della comunicazione), *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.

Alla luce delle superiori riflessioni, lo scopo propostosi dal legislatore con l'art. 6 del decreto legge n. 7/2007 appare sostanzialmente mancato. Può apparire, allora, istruttivo il confronto con un *altro ordinamento* di tradizione civilistica vicina alla nostra, quello *francese*, recentemente riformato, quanto alla materia ipotecaria, nel 2006. 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 civile¹⁶. 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 ciò è effettuato in quanto detto controllo è operato dal notaio¹⁷, come avviene del resto anche in altri sistemi (in quello inglese diversi controlli ad opera del Registrar sono eliminati allorché esiste 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*);

¹⁵ Sulla problematica, cfr. MAJO, *La garanzia "rediviva"*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2006, p. 124; RUSSO, *Inefficacia di trasferimento immobiliare e non reviviscenza dell'ipoteca iscritta*, in *Fallimento*, 1993, p. 188.

¹⁶ *"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"*.

¹⁷ *"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"*.

la medesima ordinanza 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 pubblico notarile, che certifichi l'"accordo" del creditore ai fini della cancellazione¹⁸.

Più in generale (come è possibile verificare dai testi legislativi riportati in appendice), negli altri sistemi europei 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 registri¹⁹.

Lo scopo di "semplificazione" e "diminuzione dei costi" della cancellazione potrebbe, allora, essere conseguito - *de iure condendo* - in altro modo:

- da un lato dichiarando - sul modello di quanto previsto dall'art. 7 del decreto legge n. 7/2007 - la nullità delle clausole dei mutui bancari che prevedano commissioni a favore della banca (che non si giustificano se non in funzione dell'attività di sottoscrizione degli atti di consenso a cancellazione, non essendo richiesti alla banca controlli o accertamenti di alcun tipo, che fanno carico al notaio);

- d'altro lato, modificando la disposizione codicistica sulla durata dell'ipoteca (che oggi dura venti anni a prescindere dalla durata del mutuo garantito, essendo sostanzialmente disapplicata, nell'interesse esclusivo delle banche, la disposizione dell'art. 2878, comma 6, c.c., che consente di apporre un termine all'ipoteca, da indicarsi nella nota di iscrizione).

Riguardo, in particolare, a quest'ultimo punto, appare interessante la previsione dell'art. 2434 del codice civile francese, come modificato nel 2006, nel quale si prevede per l'ipoteca una durata variabile in dipendenza di quanto indicato dal creditore nell'iscrizione, con un termine massimo, ma con l'ulteriore limite inderogabile che la durata dell'ipoteca non può eccedere un anno rispetto alla durata del credito garantito, se di durata determinata²⁰. Tale modifica - a differenza del testo attuale - opererebbe

¹⁸ "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".

¹⁹ 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").

²⁰ Art. 2434 code civil, commi 1 e 2:

"L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier en se conformant aux dispositions qui suivent.

decisamente nell'interesse del mutuatario (che potrebbe evitare le spese di cancellazione, ivi comprese quelle notarili, nei casi di estinzione fisiologica del mutuo per ultimazione dell'ammortamento). Del resto, anche a fronte ad esempio di un mutuo decennale, per il quale sia fissata per ipotesi una durata dell'ipoteca pari a 11 anni, la banca potrebbe rinnovare l'iscrizione ipotecaria in caso di mora del debitore.

Sarebbe, quindi, allo scopo sufficiente modificare l'art. 2847 c.c., adeguandolo in base alle soluzioni prescelte, ed evitando di creare un pericoloso *vulnus* alla sicurezza delle contrattazioni, ed alla certezza delle risultanze dei registri immobiliari, introducendo in esso elementi non risultanti da atti autentici, previo rigoroso controllo di legalità ad opera del notaio.

"Portabilità dei mutui" e surrogazione per pagamento.

L'art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, contiene la seguente disposizione:

"1. In caso di mutuo bancario, apertura di credito o altri contratti di finanziamento bancario, la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore, non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1202 del codice civile.

2. Nell'ipotesi di surrogazione ai sensi del comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato. L'annotamento di surrogazione può essere richiesta al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

3. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1.

4. La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa."

La norma si pone, sostanzialmente, anche qui l'obiettivo di agevolare il procedimento di "sostituzione" di un mutuo con altro concesso da diversa banca, eliminando gli ostacoli attualmente esistenti e diminuendone il costo.

Lo strumento a tal fine utilizzato è la surrogazione per pagamento (per volontà del debitore), quale disciplinata dall'art. 1202 del codice civile: meccanismo, questo, il cui funzionamento richiede, ai sensi della suddetta norma codicistica:

1) - che nel nuovo atto di mutuo sia indicata espressamente la relativa destinazione all'estinzione del mutuo precedente;

2) - che nella quietanza, rilasciata dal precedente creditore, si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata (dal nuovo mutuo)²¹.

Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années."

²¹ Non è possibile, in questa sede, approfondire le problematiche nascenti dall'istituto della surrogazione per pagamento; su tale istituto, cfr. per tutti CANNATA-PROSPERETTI-VISINTINI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, Torino 1999, p. 156; CARPINO, *Pagamento con surrogazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1988; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano 1958; D'AVANZO, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, in *Codice civile. Commentario. Libro delle obbligazioni*, I, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze 1948, p. 57; GIANOLA, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, XIX, Torino 1999, p. 233; CAGNASSO, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma 1993; MAGAZZU', *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, p. 1519.

Ricorrendo tali presupposti, il nuovo creditore mutuante è surrogato in tutti i diritti e garanzie già spettanti al precedente creditore. Il vantaggio, quindi, consiste nella possibilità di evitare l'iscrizione di una nuova ipoteca e la cancellazione della precedente (con relativi costi, anche notarili), procedendo alla mera surrogazione della seconda banca mutuante in luogo della prima.

Ai fini suddetti, fino ad oggi era possibile procedere in due modi alternativi:

a) - facendo intervenire il precedente creditore, al fine di prestare la quietanza, nel nuovo atto di mutuo, in modo quindi da redigere un unico atto notarile, senza spese aggiuntive per la surrogazione che non fossero quelle relative all'annotazione prevista dall'art. 2843 c.c.²²;

b) - in alternativa, redigendo apposito "atto di quietanza", che peraltro doveva essere munito di forma autentica per costituire titolo idoneo all'annotazione prevista dal suddetto art. 2843 c.c.

L'art. 8 del d.l. in esame modifica in parte il suddetto panorama normativo, in quanto:

1) - per tutti i finanziamenti bancari (non solo i mutui, quindi, in questo caso), si prevede il diritto alla surrogazione del debitore senza che il creditore si possa opporre in presenza di un termine di rimborso a suo esclusivo favore o dell'inesigibilità attuale del credito (comma 1);

2) - si prevede espressamente la surrogazione nelle garanzie, con la precisazione che "*L'annotamento di surrogazione può essere richiesta al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata*" (comma 2);

3) - si dichiara la nullità delle eventuali clausole che impediscano o rendano onerosa la suddetta surrogazione (ad esempio attribuendosi alla banca creditrice un potere di opporsi alla surrogazione per timore di azioni revocatorie relative al pagamento o per altre cause; o con la previsione contrattuale di clausole penali o simili) (comma 3). *Non sembrano invece illegittime le clausole contrattuali che precludano l'adempimento del terzo (ex art. 1181 c.c.)*, considerato che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c., il pagamento avviene ad opera del debitore, sia pure con provvista ricavata da un finanziamento concesso da un terzo;

4) - si prevede espressamente che la surrogazione non comporta "*il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa*" (comma 4).

I problemi interpretativi nascono essenzialmente dalle disposizioni sopra indicate ai commi 2 e 4.

Quanto al comma 2, da un lato la *previsione "senza formalità"* sembrerebbe far intendere, a prima vista, che la quietanza del primo creditore non debba essere più redatta per atto notarile; ma tale lettura sembra poi smentita dalla successiva previsione che richiede "*copia autentica di atto pubblico o scrittura privata*". Anche se la legge non lo dice espressamente, *sembra comunque che debba trattarsi di scrittura privata autenticata*: infatti il *principio di autenticità* è espressamente sancito - anche per le annotazioni - dagli artt. 2657 e 2656, e specificamente per le annotazioni ipotecarie dall'art. 2843, comma 3, c.c.²³, e *senza una deroga espressa* (del tipo di quella prevista dall'art. 6 del decreto legge n. 7/2007 che espressamente menziona la "autentica notarile") non può ritenersi accantonato tale principio fondamentale, vero e proprio cardine del sistema ipotecario italiano. Anche perché sorgerebbero notevoli problemi connessi al controllo di legalità e di legittimazione del soggetto che rilascia la quietanza, non dissimili da quelli già descritti a proposito dell'art. 6, che rendono

²² V. tale soluzione in PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, I, Milano 2001, formula I.99.2.

²³ Per la necessità di un titolo autentico a supporto della domanda di annotazione ipotecaria, cfr. tra gli altri RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 354 ss.; CHIANALE, *I diritti reali*, 6 - *Ipoteca*, cit., p. 308.

implausibile una tale lettura. D'altra parte, la legge richiede una "copia autentica", che non avrebbe senso se il documento originale non fosse autentico. *In tal senso, del resto, è sempre stato interpretato il disposto dell'art. 2300, secondo comma, del codice civile, in base al quale - riguardo agli atti modificativi di società di persone - "se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica".* Anche in questo caso non si dice che forma deve avere l'originale e si parla solo dell'autenticità della copia, eppure da sempre si ritiene, in conformità ai principi generali, che debba trattarsi di atto pubblico o di scrittura privata autenticata da notaio²⁴, ed in conformità a ciò si è orientata la prassi amministrativa. Infine, anche l'art. 2821 c.c., a proposito del titolo per l'iscrizione ipotecaria, parla di "scrittura privata" *tout court*, essendo l'autenticazione della medesima richiesta, in conformità al più volte richiamato principio generale, dal successivo art. 2835 c.c.

La dizione "senza formalità", quindi, non può che riguardare gli altri aspetti del procedimento di annotazione; sembra - anche se il condizionale è d'obbligo - che la disposizione implichi la *non necessità della redazione, sull'apposito supporto informatico, della domanda di annotazione, e che quindi il conservatore debba procedere alla medesima annotazione sulla base di qualsiasi richiesta, presentata anche "informalmente"*, cioè al fine di facilitare al mutuatario il perfezionamento dell'operazione di surrogazione.

L'ulteriore aspetto problematico è quello desumibile dal comma 4, sopra riportato: poiché non può, evidentemente, trattarsi delle "agevolazioni per l'acquisto della prima casa" relative all'imposta di registro o all'imposta sul valore aggiunto. Ma non può trattarsi neanche del trattamento di favore relativo all'imposta sostitutiva del mutuo (fissata nel 2% nel caso di mutuo contratto per l'acquisto di abitazione diversa dalla prima): infatti il trattamento dello 0,25% non è trattamento agevolato ma ordinario (semmai è maggiorato quello fissato al 2%), e soprattutto l'aliquota ridotta non è condizionata dal mantenimento di un determinato mutuo per un certo periodo di tempo, ma riguarda il diverso profilo della natura di prima o ulteriore abitazione del fabbricato al cui acquisto è finalizzato il mutuo. Neanche la disposizione può riguardare l'estinzione anticipata del finanziamento prima del termine di diciotto mesi e un giorno dalla sua accensione, sia perché è stato più volte chiarito che le successive vicende del finanziamento non incidono sul trattamento previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973, sia in quanto non vi è alcun collegamento tra estinzione anticipata e "prima casa".

Potrebbe, allora, venire in considerazione l'art. 15, comma 1, lett. b), del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917 (testo unico in materia di imposte sui redditi), a proposito della detrazione fiscale relative ad interessi ed oneri accessori, spettante in relazione al mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale, secondo cui *"L'acquisto della unità immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. Non si tiene conto del suddetto periodo nel caso in cui l'originario contratto è estinto e ne viene stipulato uno nuovo di importo non superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati"*. Potrebbe, cioè, darsi che il legislatore - confondendo ancora una volta i concetti di "prima casa" e di "abitazione principale" - abbia voluto consentire la perdurante detraibilità degli interessi contratti per il nuovo mutuo anche in assenza delle condizioni richieste dal suddetto art. 15, comma 1, lett. b) (quindi anche se il nuovo mutuo sia *"superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati"*). Ed in effetti, questa sembrerebbe l'unica

²⁴ TONDO, *Documentazione notarile di atti modificativi di società di persone*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, III, Milano 1992, p. 45; TONDO, *Pubblicità dell'atto modificativo di società di persone*, in *Studi e Materiali*, I, Milano 1986, p. 47; TONDO, *Sull'autenticazione di atti concernenti società personali*, in *Riv. not.*, 1980, p. 110.

spiegazione plausibile di una disposizione - altrimenti destinata a rimanere priva di effetto - la cui adozione sembrerebbe imposta dall'esigenza di assicurare, in conformità al principio di conservazione degli atti normativi, un significato alla previsione legislativa²⁵.

Sempre sotto il profilo tributario, occorre infine rilevare che - secondo l'attuale orientamento dell'amministrazione finanziaria - *l'operazione di surrogazione usufruisce del trattamento tributario agevolato previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973* (anche ai fini dell'annotazione da effettuarsi ai sensi dell'art. 2843 c.c.), *unicamente nel caso in cui la nuova operazione di finanziamento che dà luogo alla surrogazione usufruisca, in quanto finanziamento bancario a medio o lungo termine, delle suddette agevolazioni*²⁶.

Estinzione anticipata dei mutui e clausole penali.

L'art. 7 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, recita:

"1. È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto della prima casa, sia tenuto a una determinata prestazione a favore della banca mutuante.

2. Le clausole apposte in violazione del divieto di cui al comma 1 sono nulle di diritto e non comportano la nullità del contratto.

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai contratti di mutuo stipulati dopo l'entrata in vigore del presente decreto.

²⁵ Sul principio di conservazione degli atti normativi, cfr. per tutti SORRENTI, *L'interpretazione conforme a costituzione*, Milano 2006, p. 123; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, p. 173 ss.; FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano 1999, p. 285; Cons. Stato 29 marzo 2001 n. 4/01, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Legge*, n. 50.

²⁶ Appare utile riportare per esteso uno stralcio della Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 27 dicembre 2002, n. 12/T: "La questione interpretativa può ritenersi, comunque, definitivamente risolta con l'emanazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 4970 dell'8 aprile 2002 (in "il fisco" n. 35/2002, fascicolo n. 1, pag. 5647, n.d.r.). La Suprema Corte ha innanzitutto osservato che "... il presupposto per il riconoscimento del beneficio sull'annotamento delle surroghe è sempre costituito dalla circostanza che la surroga abbia la propria causa giustificativa in un finanziamento da parte di un'azienda ed istituto di credito che esercitano il credito a medio e lungo termine e che corrispondano, in luogo dell'imposta ordinariamente prevista, l'imposta sostitutiva di cui al successivo art. 17 dello stesso decreto del Presidente della Repubblica". Sulla base della necessità della sussistenza di un rapporto di "inerenza", la Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che mentre "... l'agevolazione fiscale potrà essere - ad esempio - riconosciuta quando l'istituto di credito, concedendo un finanziamento per estinguere delle preesistenti obbligazioni garantite da ipoteca, si surroghi al creditore ipotecario ...", il beneficio "... non potrà essere invece riconosciuto nel caso in cui la surroga avvenga a favore di un terzo per motivi non connessi ad una operazione agevolata, perché il solo fatto che l'ipoteca abbia inizialmente assistito un finanziamento a medio e lungo termine, ed abbia perciò goduto di agevolazione, non consente di trasmettere analogo beneficio a tutti coloro che subentrino, per ragioni diverse dal finanziamento a lungo e medio termine, nella garanzia stessa". In ordine all'indirizzo giurisprudenziale appena esaminato, *L'Avvocatura generale dello Stato, con il parere più volte citato, ha sottolineato che l'estensione del regime sostitutivo non è razionalmente giustificata quando la surrogazione "... è dovuta al compimento di una operazione ... del tutto estranea alle previsioni normative ..., perché in questo caso il creditore ipotecario finirebbe per fruire indebitamente del beneficio fiscale per la sola circostanza, estrinseca e formale, di subentrare in una garanzia originariamente costituita per un rapporto agevolato*". Il predetto Organo legale ha, quindi, concluso che "Entro questi limiti ed a questa condizione deve perciò confermarsi l'indirizzo espresso con risoluzione ministeriale 21 aprile 1989, n. 400352, secondo cui 'nel concetto di pagamento di imposta sostitutiva relativa a finanziamenti devono intendersi ricompresi tutti i provvedimenti, atti e contratti inerenti all'operazione medesima, e non, come nella specie, del tutto autonomi ed indipendenti rispetto al pregresso rapporto obbligatorio originato dal finanziamento ...'".

4. *Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al presente articolo, per acquisto della prima casa si intende l'acquisto effettuato da una persona fisica della casa dove intende stabilire la propria residenza.*

5. *L'associazione bancaria italiana e le associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, definiscono, entro tre mesi dalla entrata in vigore del presente decreto, le regole generali di riconduzione a equità dei contratti di mutuo in essere, mediante, in particolare, la determinazione della misura massima dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo.*

6. *In caso di mancato raggiungimento dell'accordo di cui al comma 5, la misura della penale idonea alla riconduzione a equità è stabilita dalla Banca d'Italia e costituisce norma imperativa ai sensi dell'articolo 1419, comma 2, del Codice civile ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere.*

7. *In ogni caso le banche non possono rifiutare la rinegoziazione dei contratti di mutuo stipulati prima della entrata in vigore della presente legge, nei casi in cui il debitore proponga la riduzione dell'importo della penale entro i limiti stabiliti ai sensi dei commi 5 e 6".*

Da rilevare, sinteticamente:

- la previsione di nullità di pattuizioni e clausole penali a carico del mutuatario in dipendenza dell'estinzione anticipata del debito;

- la nullità riguarda *solo le clausole relative ai mutui (con esclusione quindi degli altri finanziamenti)*; il riferimento espresso alla "banca mutuante" conduce alla conclusione che *non vi è sanzione di nullità per le clausole eventualmente contenute nei contratti di mutuo stipulati con altri soggetti "non bancari"* (ad esempio, enti previdenziali, società finanziarie, soggetti privati);

- la nullità opera sia in relazione all'estinzione totale che a quella parziale;

- la medesima nullità riguarda tutti i contratti di mutuo stipulati dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 7/2007: non è dubbio, quindi, che *la nullità operi immediatamente con l'entrata in vigore del decreto legge*;

- la nullità è parziale e *non importa comunque mai la nullità del contratto* (non deve essere quindi operata la valutazione di "essenzialità" ordinariamente richiesta dall'art. 1419, comma 1, c.c.); peraltro, in base al nuovo orientamento della Corte di Cassazione²⁷, tale nullità parziale implica *illecito disciplinare del notaio ai sensi dell'art. 28 della legge notarile*;

- per il combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 7, la nullità riguarda solo i *mutui contratti da una persona fisica per l'acquisto dell'abitazione principale* (la disposizione parla, incredibilmente ed attecnicamente, di "prima casa", ma nel quarto comma si chiarisce che si tratta del luogo in cui del luogo in cui il mutuatario persona fisica intende stabilire la propria residenza, quindi non è se non l'abitazione principale); pertanto *le clausole suddette possono tuttora essere inserite - quantomeno nei mutui fondiari, perché per i mutui ipotecari si pone il problema della interpretazione dell'art. 10 del d.l. n. 223/2006 - nei mutui contratti da soggetti diversi da persone fisiche, ovvero da persone fisiche per scopi diversi da quello dell'acquisto dell'abitazione principale*. Non sembra comunque necessario, in nessun caso, inserire negli atti di

²⁷ Cass. 7 novembre 2005 n. 21493, in *Vita not.*, 2006, p. 372; in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1496, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Clausola nulla per contrasto con norma imperativa e responsabilità disciplinare del notaio rogante*; ed in *Gazz. not.*, 2006, p. 424, con nota di CASTALDO, *In tema di responsabilità disciplinare del notaio, in particolare: nullità di una singola clausola di uno statuto societario e momento consumativo dell'illecito disciplinare*.

mutuo la *clausola sulla destinazione della somma mutuata*, sia in positivo che in negativo;

- non sembrerebbero, a prima vista, in contrasto con la nuova previsione le clausole contrattuali che disciplinano *l'imputazione dei pagamenti*, anche in deroga all'art. 1194 c.c., ed eventualmente prevedano la necessità di imputare eventuali pagamenti parziali innanzitutto alle spese connesse al finanziamento e/o agli interessi o comunque ratei già scaduti ²⁸;

- il riferimento, in alternativa, all'estinzione "anticipata" ovvero "parziale" del mutuo (*rectius* della "obbligazione") sembra riguardare *sia il pagamento anticipato di un credito "non ancora scaduto", sia il pagamento appunto "parziale" dell'obbligazione anche se scaduta* (il che consente, probabilmente, di valutare con una certa tranquillità le *clausole che condizionano l'estinzione anticipata al pagamento dei "debiti già scaduti"*, per spese legali e giudiziali, interessi e debito per capitale);

- i commi da 5 a 7 prevedono una procedura per la rinegoziazione dei mutui precedentemente stipulati, che contengano le suddette penali, precisandosi che in capo alla banca sussiste un vero e proprio obbligo di rinegoziazione ²⁹.

Appendice - Disposizioni legislative in Europa riguardanti cancellazione e surrogazione ipotecaria

Francia

Code civil

Article 2434

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 26 Journal Officiel du 24 mars 2006)

L'inscription conserve le privilège ou l'hypothèque jusqu'à la date que fixe le créancier en se conformant aux dispositions qui suivent.

Si le principal de l'obligation garantie doit être acquitté à une ou plusieurs dates déterminées, la date extrême d'effet de l'inscription prise avant l'échéance ou la dernière échéance prévue est, au plus, postérieure de un an à cette échéance, sans toutefois que la durée de l'inscription puisse excéder cinquante années.

Si l'échéance ou la dernière échéance est indéterminée, notamment dans le cas prévu à l'article L. 314-1 du code de la consommation, ou si l'hypothèque est assortie d'une

²⁸ Sull'istituto dell'imputazione dei pagamenti, cfr. RODEGHIERO, *L'imputazione del pagamento*, Padova 2005; BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova 1989; FRANGINI, *L'imputazione dei pagamenti*, in *Mutui ipotecari*, a cura del Comitato regionale notarile lombardo, Milano 1999, p. 301; BIANCA, *Imputazione del pagamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1997; TOMASSETTI, *La natura giuridica dell'imputazione di pagamento (nota a Cass. 13 dicembre 2005 n. 27405)*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 904; MOSCATI, *Osservazioni in tema di imputazione dei pagamenti (nota a Cass. 13 dicembre 2005 n. 27405)*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 9, p. 978.

²⁹ MARASCO, *La rinegoziazione del contratto*, Padova 2006; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000; GAMBINO, *Obbligo di rinegoziare e atto dovuto*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1374; BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano 2005, p. 409.

clause de rechargement prévue à l'article 2422, la durée de l'inscription est au plus de cinquante années au jour de la formalité.

Si l'échéance ou la dernière échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription, la durée de l'inscription est au plus de dix années au jour de la formalité.

Lorsque la sûreté garantit plusieurs créances et que celles-ci sont telles que plusieurs des trois alinéas précédents sont applicables, le créancier peut requérir soit, pour chacune d'elles, des inscriptions distinctes, soit une inscription unique pour l'ensemble jusqu'à la date la plus éloignée. Il en est de même lorsque le premier de ces trois alinéas étant seul applicable, les différentes créances ne comportent pas les mêmes échéances ou dernières échéances.

Article 2440

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 28 Journal Officiel du 24 mars 2006)

Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. La radiation s'impose au créancier qui n'a pas procédé à la publication, sous forme de mention en marge, prévue au quatrième alinéa de l'article 2422.

Article 2441

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 29 Journal Officiel du 24 mars 2006)

Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

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.

Article 2416

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 19 Journal Officiel du 24 mars 2006)

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié.

Article 2430

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14, art. 24 Journal Officiel du 24 mars 2006)

Sont publiées par le conservateur, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment

dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur.

Il en est de même pour les dispositions par acte entre vifs ou testamentaires, à charge de restitution, portant sur des créances privilégiées ou hypothécaires. *Sont publiées sous la même forme les conventions qui doivent l'être en application de l'article 2422.*

Les actes et décisions judiciaires constatant ces différentes conventions ou dispositions et les copies, extraits ou expéditions déposés au bureau des hypothèques en vue de l'exécution des mentions doivent contenir la désignation des parties conformément au premier alinéa des articles 5 et 6 du décret du 4 janvier 1955. Cette désignation n'a pas à être certifiée.

En outre, au cas où la modification mentionnée ne porte que sur parties des immeubles grevés, lesdits immeubles doivent, sous peine de refus du dépôt, être individuellement désignés.

Article 2433

(inséré par Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 art. 14 Journal Officiel du 24 mars 2006)

Il est loisible à celui qui a requis une inscription ainsi qu'à ses représentants ou *cessionnaires par acte authentique* de changer au bureau des hypothèques le domicile par lui élu dans cette inscription, à la charge d'en choisir et indiquer un autre situé en France métropolitaine, dans les départements d'outre-mer ou dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Décret n°55-22 du 4 janvier 1955

Décret portant réforme de la publicité foncière - version consolidée au 24 mars 2006

Article 4

Modifié par Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 art. 54 (JORF 24 mars 2006).

Tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique. Toutefois, même lorsqu'ils ne sont pas dressés en la forme authentique, les procès-verbaux des délibérations des assemblées générales préalables ou consécutives à l'apport de biens ou droits immobiliers à une société ou par une société peuvent être publiés à la condition d'être annexés à un acte qui en constate le dépôt au rang des minutes d'un notaire.

Les actes reçus par les officiers publics ou ministériels étrangers et les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être publiés ou constituer le titre d'une inscription de privilège ou d'hypothèque que s'ils ont été légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des affaires étrangères et déposés au rang des minutes d'un notaire français ou s'ils ont été rendus exécutoires en France. Ils doivent être accompagnés, s'ils sont rédigés en langue étrangère, d'une traduction en français, certifiée soit par le fonctionnaire susvisé, soit par un interprète habituellement commis par les tribunaux. Les expéditions, copies, extraits ou bordereaux déposés pour être conservés au bureau des hypothèques doivent, en outre, porter toutes les mentions

exigées par les articles 5 à 7 du présent décret et les articles 2428 et 2434 nouveaux du code civil.

Belgio

Loi 16 DECEMBRE 1851. - Loi hypothécaire - CODE CIVIL LIVRE III TITRE XVIII: Des privilèges et hypothèques.

(NOTE : art. 19 modifié avec effet à une date indéterminée par L. 2002-06-26/55, art. 83, 021; par L. 2005-07-03/46, art. 44, 026; par L. 2006-07-11/44, art. 34, qui modifie L 2002-06-26/55, art. 83)

Art. 2 (L. 10-10-1913, art. 1) - Les jugements, *les actes authentiques et les actes sous seing privé, reconnus en justice ou devant notaire, seront seuls admis* à la transcription. *Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme.*

Les notaires et tous ceux, officiers publics ou autres, qui sont chargés de donner l'authenticité aux actes sujets à transcription, seront tenus de requérir la formalité dans les deux mois de leur date.

Si l'acte assujetti à la transcription a pour objet des immeubles situés dans plusieurs ressorts, le délai ci-dessus est porté à trois mois. (L 1995-02-09/35, art. 2, 012; En vigueur : indéterminée).

Art. 5 - La cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même que *la subrogation* à un droit semblable, *ne pourra être opposée au tiers, si elle ne résulte d'actes énoncés en l'article 2, et s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties.*

Il en est de même de la cession du rang hypothécaire, ainsi que de la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite. (L 10-10-1913, art. 3) Le conservateur indiquera, au bas du bordereau, le changement opéré sur ses registres. En cas de cession d'une créance privilégiée, ou hypothécaire non inscrite, ou de subrogation à un droit semblable, le cessionnaire ne pourra, par l'inscription, conserver l'hypothèque ou le privilège que pour autant que l'acte de cession soit passé dans la forme requise à l'égard des créances inscrites.

Art. 92 (2157) - *Les inscriptions sont rayées ou réduites du consentement des parties intéressées ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, ou en vertu d'un jugement déclare exécutoire nonobstant opposition ou appel.* (L 10-10-1913, art. 8).

Le cessionnaire d'une créance hypothécaire ne peut consentir de radiation ou de réduction, si la cession ne résulte d'*actes énoncés dans l'article 2.*

Le mandat à l'effet de rayer ou de réduire doit être exprès et authentique.

Art. 93 (2158) - Ceux qui requièrent la radiation ou la réduction déposent, au bureau de conservateur, soit *l'expédition de l'acte authentique ou l'acte en brevet, portant consentement*, soit l'expédition du jugement.

Un extrait littéral de l'acte authentique suffit, lorsqu'il y est déclaré, par le notaire qui l'a délivré, que l'acte ne contient ni conditions ni réserves.

Les actes de consentement à radiation ou réduction, passés en pays étrangers, ne sont exécutoires en Belgique qu'après avoir été visés par le président du tribunal de la situation des biens, qui vérifiera leur authenticité, ainsi qu'il est dit en l'article 77.

Inghilterra e Galles

Statutory Instrument 2003 No. 1417 - The Land Registration Rules 2003

Documents executed by attorney

61.

(1) If any document executed by an attorney is delivered to the land registry, there must be produced to the registrar -

(a) the instrument creating the power, or

(b) a copy of the power by means of which its contents may be proved under section 3 of the Powers of Attorney Act 1971, or

(c) a document which under section 4 of the Evidence and Powers of Attorney Act 1940 or section 7(3) of the Enduring Powers of Attorney Act 1985 is sufficient evidence of the contents of the power, or

(d) a certificate by a conveyancer in Form 1.

(2) If an order under section 8 of the Enduring Powers of Attorney Act 1985 has been made with respect to a power or the donor of the power or the attorney appointed under it, the order must be produced to the registrar.

(3) In this rule, "power" means the power of attorney.

Cancellation of a unilateral notice

86. - *(1) An application to cancel a unilateral notice under section 36 of the Act must be made in Form UN4.*

(2) An application made under section 36(1)(b) of the Act must be accompanied by -

(a) evidence to satisfy the registrar of the applicant's entitlement to be registered as the proprietor of the estate or charge to which the unilateral notice the subject of the application relates, or

(b) a conveyancer's certificate that the conveyancer is satisfied that the applicant is entitled to be registered as the proprietor of the estate or charge to which the unilateral notice the subject of the application relates.

(3) The period referred to in section 36(3) of the Act is the period ending at 12 noon on the fifteenth business day after the date of issue of the notice or such longer period as the registrar may allow following a request under paragraph (4), provided that the longer period never exceeds a period ending at 12 noon on the thirtieth business day after the issue of the notice.

(4) The request referred to in paragraph (3) is one by the beneficiary to the registrar setting out why the longer period referred to in that paragraph should be allowed.

(5) If a request is received under paragraph (4) the registrar may, if he considers it

appropriate, seek the views of the person who applied for cancellation and if after considering any such views and all other relevant matters he is satisfied that a longer period should be allowed he may allow such period (not exceeding a period ending at 12 noon on the thirtieth business day after the issue of the notice) as he considers appropriate, whether or not the period is the same as any period requested by the beneficiary.

(6) A request under paragraph (4) must be made before the period ending at 12 noon on the fifteenth business day after the date of issue of the notice under section 36(2) of the Act has expired.

(7) A person entitled to be registered as the beneficiary of a notice under rule 88 may object to an application under section 36(1) of the Act for cancellation of that notice and the reference to the beneficiary in section 36(3) includes such a person.

Cancellation of a notice (other than a unilateral notice or a matrimonial home rights notice)

87. - (1) An application for the cancellation of a notice (other than a unilateral notice or a matrimonial home rights notice) must be in Form CN1 and be accompanied by *evidence to satisfy the registrar* of the determination of the interest.

(2) Where a person applies for cancellation of a notice in accordance with paragraph (1) and *the registrar is satisfied* that the interest protected by the notice has come to an end, *he must cancel* the notice or make an entry in the register that the interest so protected has come to an end.

(3) If the interest protected by the notice has only come to an end in part, the registrar must make an appropriate entry.

Application to cancel a restriction

97. - (1) An application to cancel a restriction must be made in Form RX3.

(2) The application must be accompanied by *evidence to satisfy the registrar* that the restriction is no longer required.

(3) *If the registrar is satisfied* that the restriction is no longer required, *he must cancel* the restriction.

Application to withdraw a restriction from the register

98. - (1) An application to withdraw a restriction must be made in Form RX4 and accompanied by the *consents* required under paragraphs (2) to (5).

(2) Subject to paragraphs (3), (4) and (5) an application to withdraw a restriction may only be made by or with *the consent of all persons who appear to the registrar to have an interest in the restriction*.

(3) An application to withdraw a restriction that requires the *consent of a specified person* may only be made by or with the *consent of that person*.

(4) An application to withdraw a restriction that requires *notice to be given to a specified person* may only be made by or with the *consent of that person*.

(5) An application to withdraw a restriction that requires a *certificate to be given by a specified person* may only be made by or with the *consent of that person*.

(6) No application may be made to withdraw a restriction -

(a) that is entered under section 42(1)(a) of the Act and reflects some *limitation on the registered proprietor's powers of disposition imposed by statute or the general law*,

(b) that is entered in the register following an application under rule 94,

(c) that the registrar is under an obligation to enter in the register,

(d) that reflects a *limitation under an order of the court or registrar*, or an undertaking given in place of such an order,

(e) that is entered pursuant to a court order under section 46 of the Act.

(7) The registrar may accept a *certificate given by a conveyancer that the conveyancer holds any consents required*.

Spagna

Decreto de 8 de Febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

82. *Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.*

Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva.

Si constituida la inscripción o anotación por escritura pública procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien ésta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas especiales que sobre determinadas cancelaciones se comprenden en esta Ley.

A solicitud del titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada, podrá procederse a la cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado a que se refiere el artículo 11 de esta Ley y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, para las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca.

136. Las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujetarán a las reglas establecidas en los títulos II y IV para las inscripciones y cancelaciones en general, sin perjuicio de las especiales contenidas en este título.

156. La cancelación de las inscripciones de hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso se efectuará presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual deben constar haberse inutilizado en el acto del otorgamiento los títulos endosables, o solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, a la cual se acompañen, inutilizados, los referidos títulos, o bien previo ofrecimiento y consignación del importe de los títulos hecha en los casos y con los requisitos prevenidos en los artículos 1172 y siguientes del Código Civil.

Las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador se cancelarán totalmente si se hiciere constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados.

Asimismo, procederá la cancelación total si se presentasen, por lo menos, las tres cuartas partes de los títulos emitidos y se asegurase el pago de los restantes, consignando su importe y el de los intereses que procedan en el establecimiento público destinado al efecto. La cancelación, en este caso, deberá acordarse por sentencia, previos dos llamamientos por edictos, publicados en el BOE, y tiempo de dos meses cada llamamiento, a cuantos se consideren con derecho a oponerse a la cancelación.

Podrán también cancelarse parcialmente dichas hipotecas presentando acta notarial de estar recogidas y en poder del deudor, debidamente inutilizadas, obligaciones por un valor equivalente al importe de la hipoteca parcial que se trate de extinguir, siempre que dichas obligaciones asciendan, por lo menos, a la décima parte del total de la emisión. En este caso, si son varias las fincas hipotecadas, podrán cancelarse completamente las inscripciones de hipoteca de una o varias fincas, cuya responsabilidad sea igual al valor de las obligaciones recogidas, o liberarse parcialmente todas ellas a prorrata, o en proporción a sus respectivas responsabilidades.

También podrá cancelarse parcialmente la hipoteca cuando se presente acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del deudor, debidamente inutilizadas, obligaciones equivalentes al total importe de la responsabilidad porque esté afecta a la hipoteca una finca determinada, aunque dichas obligaciones no asciendan a la décima parte del total de la emisión. En este caso sólo podrá cancelarse la inscripción de la hipoteca que grave la finca que se trate de liberar.

Las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador podrán cancelarse totalmente si la Entidad emisora declara que no han sido puestas en circulación; justifica la declaración con una certificación de su contabilidad expresiva de que no ha habido el ingreso en caja correspondiente al valor de los mismos, y publica sendos anuncios en el «Boletín Oficial» de la provincia y en un diario, si lo hubiere, de la localidad en que radiquen las fincas y en donde esté domiciliada la Entidad, notificando al público su propósito de solicitar la cancelación.

Cuando en virtud de una Ley o como consecuencia de lo establecido en la escritura de emisión se hubieren constituido consorcios, asociaciones o sindicatos de obligacionistas con facultades de cancelar, procederá la cancelación si el acuerdo correspondiente hubiera sido aprobado por los tenedores que representaren las tres cuartas partes de los títulos en circulación.

164. Las hipotecas legales inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias.

296. *Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen:*

1. Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente, en el término señalado en la Ley, los títulos que se presenten en el Registro.
2. *Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.*
3. Por no cancelar, sin fundado motivo, alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente.
4. *Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley.*
5. Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley.

Decreto, de 14 de febrero de 1947, por el que se publica el Reglamento Hipotecario (B.O.E. del 16 de abril de 1947)

179. Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria.

Portogallo

Codigo civil

Art. 714

O acto de constituição ou modificação da hipoteca voluntaria, quando recaia sobre bens imoveis, deve constar de escritura publica ou de testamento.

Art. 731

A renuncia a hipoteca deve ser expressa e exarada em documento autenticado, nao carecendo de aceitação do devedor ou do autor da hipoteca para produzir os seus efeitos.

Os administradores de patrimonios alheios nao podem renunciar as hipotecas constituídas em beneficio das pessoas cujos patrimonios administram.

Grecia

Codice civile

Art. 1266

The right for the inscription of a mortgage referred to in the preceding section shall be conferred by *unilateral declaration made before a notary* and identifying the immovable to which relates the mortgage.

Art. 1319

A renunciation of the right of mortgage shall take place by a unilateral declaration made before a notary.

Such renunciation shall not abolish a right of action that may exist against any person held under a personal obligation.

Art. 1325

The consent of the creditor for cancellation shall be given by a unilateral declaration before a notary.