

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/10/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35592-responsabilit-contrattuale-del-creditore-per-mancato-consenso-alla-cancellazione-di-ipoteca>

Autore: Marra Prospero

Responsabilità (contrattuale) del creditore per mancato consenso alla cancellazione di ipoteca

Nota a CASS. CIV. SEZ. III 20/06/2013 N. 15435

RESPONSABILITÀ (CONTRATTUALE) DEL CREDITORE PER
MANCATO CONSENSO ALLA CANCELLAZIONE DI IPOTECA:
NOTA A CASS. CIV. SEZ. III 20/06/2013 N. 15435

di PROSPERO MARRA

SOMMARIO: 1. La massima. - 2. Il fatto di causa. - 3. Presupposto per la nascita dell'obbligo di consentire alla cancellazione. - 4. Obblighi, oneri e soggetti interessati. - 5. Natura della responsabilità e prova del danno.

1. L'obbligazione del creditore di prestare il proprio consenso alla cancellazione dell'ipoteca, una volta che il debito si è estinto, riveste natura contrattuale, per cui spetta alla parte che asserisce di essere stata danneggiata dal permanere dell'iscrizione sul bene dare la prova di aver subito il danno, che non è *in re ipsa*, posto che il creditore non è obbligato a chiedere di sua iniziativa la cancellazione, gravando tale onere su chiunque vi abbia interesse e a maggior ragione sul proprietario dell'immobile.

(massima redazionale)

Il creditore non solo è obbligato a prestare il proprio consenso nelle forme prescritte dalla legge alla cancellazione, dovendo in caso contrario rispondere dei danni, ma è tenuto altresì ad attivarsi nei modi più adeguati alle circostanze, affinché il consenso così prestato pervenga al debitore; tale obbligo nasce solo a seguito dell'estinzione dell'intero debito, potendo egli eventualmente rinunciare a tale integrale adempimento, in base ad una scelta di opportunità ed in tal modo derogando alla disciplina codicistica, non avendo la normativa in parte qua natura di norma imperativa.

(massima redazionale)

2. Il proprietario di immobili ipotecati citò in giudizio il creditore ipotecario per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni derivati dalla mancata prestazione del consenso alla cancellazione dell'ipoteca e dal conseguente permanere dell'iscrizione sui beni. Sostenne che alla prestazione del consenso il creditore era tenuto in base all'asserito integrale pagamento del debito garantito. Le corti di merito respinsero le richieste ritenendo non essere stata fornita la prova in ordine alla effettiva esistenza del danno lamentato, essendo tra l'altro emerso che il mancato consenso alla cancellazione si giustificava in base al permanere di una parte del debito garantito. La Cassazione, ritenuto corretto l'operato dalla Corte di Appello, ha rigettato il ricorso del proprietario enunciando i principi di cui alle massime che precedono.

La vicenda, estremamente lineare, consente quindi alla Suprema Corte di pronunciarsi su vari aspetti inerenti alla cancellazione della formalità quando l'ipoteca sia estinta; nella concisa motivazione, il Collegio ha occasione di riferirsi a vari arresti precedenti che fa propri senza citarne gli estremi precisi; solo per uno vi è riferimento esplicito (Cass. n. 10893 del 1999), e, stranamente, proprio sull'unica puntuale citazione la redazione della sentenza lascia qualcosa a desiderare, per una svista (*infra*) che, unita alla stringatezza della sentenza ed alla carenza di riferimenti, pur nella correttezza e condivisibilità del contenuto, contribuisce a lasciare l'impressione di un argomentare apodittico e non rigoroso.

Prescindendo dall'ordine in cui sono trattati dalla sentenza, che segue la sequenza di argomenti dettata dai motivi del ricorso, prendiamo brevemente in considerazione i punti principali della questione.

3. Nella vicenda oggetto di giudizio si è dibattuto circa l'estinzione del debito garantito a seguito di un (asserito) pagamento, il che conduce all'unico caso in cui si rinviene un riferimento normativo di portata generale all'obbligo del creditore di consentire alla cancellazione dell'ipoteca. Nel caso in cui l'obbligazione garantita sia estinta a seguito di pagamento si ritiene pacificamente che tale obbligo discenda dalla norma di cui all'art. 1200 cc., che tratta in generale della liberazione da tutte le garanzie, reali *in primis*. La norma dice "creditore che ha ricevuto il pagamento" e benché dunque non vi sia un espresso riferimento all'"integrale pagamento", non vi è dubbio che in tal senso debba essere intesa, come anche ritenuto dalla Corte. In base a ciò, nella vicenda che qui si esamina, proprio l'accertamento in fatto, nei precedenti gradi di giudizio, del non integrale pagamento ha consentito ai giudici di ritenere fondato il rifiuto al consenso e su tale decisione nulla ha avuto giustamente da rilevare in negativo la Cassazione. Altro è la circostanza che il creditore, come la stessa Suprema Corte ricorda, potrebbe consentire alla cancellazione anche in mancanza di integrale soddisfazione, per "*una scelta di opportunità ed in tal modo derogando alla disciplina codicistica, non avendo la normativa in parte qua natura di norma imperativa*"; del resto, se il creditore è libero di lasciare il proprio credito sprovvisto di garanzia *ab initio*, a maggior ragione può rinunciare alla garanzia dopo parziale adempimento; nell'uno e nell'altro caso siamo nell'ambito delle libere determinazioni e non dell'obbligo di cui si discorre, per cui il sopra riportato passo della sentenza può considerarsi pleonastico o, a tutto concedere, un *obiter*.

Va ricordato in ultimo che la questione dell'obbligo di consenso alla cancellazione di ipoteca in caso di estinzione della garanzia non è così semplice come in apparenza potrebbe sembrare. Il sostanziale venir meno

dell'ipoteca può derivare da molteplici cause, (*cf.* art. 2878). Né tale elenco è ritenuto tassativo, per cui possono verificarsi numerosi casi concreti di ipoteca illegittimamente iscritta (ad es. Cass. 6958/1994: ipoteca iscritta su beni risultati in seguito appartenenti a soggetto diverso dal debitore). Si tratta di un ampio ventaglio di possibili vicende differenti dal fatto in commento e che esulano dai limiti della presente nota, ma cui si accenna per rendere avvertiti che, quando l'estinzione della garanzia segua a cause diverse dal pagamento, possono avanzarsi dubbi, in mancanza di un esplicito referente normativo, non certo sul diritto alla cancellazione, ma sulla nascita di un correlato obbligo di consenso in capo al creditore.

4. Vanno tenute distinte, da un lato, l'attività di prestazione del consenso alla cancellazione e, dall'altro, l'attività di richiesta al conservatore di eseguire la cancellazione. Alla prima è obbligato il creditore (per dettato espresso dell'art. 1200 e per l'assurdità di immaginare un simile obbligo su soggetti diversi); della seconda è onerato qualsiasi interessato: principalmente il debitore, ma, in ipotesi chiunque, anche il creditore. In tale circostanza, comunque, sempre di onere, non di obbligo, si tratterebbe, con tutte le conseguenze del caso, a cominciare dall'impossibilità di configurare una responsabilità per danni in capo all'onerato rimasto inerte. Concetti e categorie giuridici troppo nitidi per poterli ritenere suscettibili di fraintendimento o bisognosi di ulteriore precisazione. E tuttavia la Cassazione è stata chiamata ad intervenire (n. 10893/1999) per censurare come "*sicuramente erronea*" l'affermazione del giudice di merito che aveva ritenuto il creditore non solo obbligato al consenso ma anche alla richiesta di cancellazione.

La Cassazione in esame ritiene di dover dare risalto al punto e, conformandosi all'arresto del 1999, spende, come anticipato, l'unico richiamo esplicito ad un precedente. Peccato che proprio su questo aspetto sia incorsa in un infortunio redazionale, in conseguenza del quale essa pare ritenere gravato dall'obbligo al consenso il debitore, cosa del tutto impensabile (soprattutto perché illogico, come detto). Ed invece ciò è quanto si legge in motivazione al momento in cui viene citata la precedente 10893/1999 (punto 3.1 della motivazione, primo paragrafo: "*gravando l'adempimento dell'obbligo al consenso su chiunque vi abbia interesse e a maggior ragione sul proprietario dell'immobile*"). Che si tratti di una svista è evidente non solo per l'abnormità dell'affermazione, ma anche perché più avanti la 10893/1999 è citata correttamente (punto 3.2 della motivazione, penultimo paragrafo: "*grava su chiunque vi abbia interesse l'onere di chiedere la cancellazione e, quindi, in primo luogo sul debitore, proprietario dell'immobile soggetto a vincolo*"). Nulla di grave o

irreparabile solo che si presti attenzione nella lettura; cosa che tuttavia non pare scontata se nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione della sentenza due importanti testate di informazione giuridica, nell'estrarre la massima (a tale data quella ufficiale non era ancora disponibile), riportavano acriticamente la versione errata, il che non può che essere motivo di confusione riguardo punti su cui, come si notava sopra, non dovrebbero sussistere incertezze.

Sull'obbligo di consenso la Corte ritiene poi di confermare quanto già affermato sempre da Cass. 10893/1999, nel senso che l'obbligo non è circoscritto alla semplice espressione del consenso: a tale manifestazione deve seguire una ulteriore attività di materiale messa a disposizione del debitore del documento che lo contiene, onde consentirgli la richiesta di cancellazione. Condivisibile specificazione, in senso teleologico, della condotta richiesta al creditore (del tutto inutile sarebbe un consenso manifestato ma non trasmesso o addirittura rimasto ignoto al debitore); precisazione altresì opportuna visto che in termini altrettanto espliciti non risultano altri precedenti oltre alla n. 10893/1999 e bisogna risalire alla n. 1012 del 1978 per rinvenire analogo concetto, peraltro da evincersi quale presupposto implicito di quanto in quell'occasione deciso.

5. Il principio più rilevante portato dalla sentenza in commento riguarda la predicata natura contrattuale della responsabilità per mancata espressione del consenso. Va ricordato che i precedenti in argomento sono quasi totalmente orientati nel senso della natura extracontrattuale di tale obbligo. A tale assunto si trova spesso unita la valutazione della sussistenza del danno "*in re ipsa*", per il solo fatto dell'omesso consenso alla cancellazione: svincolato il debitore dalla prova del danno, l'unica via di uscita per il creditore rimaneva costituita dalla dimostrazione della non illiceità della propria omissione. Solo più di recente tale tesi risulta modulata nel senso della sussistenza *in re ipsa* del danno ma solo "*quanto all'an debeat, essendo rimessa a successivo giudizio di determinazione e liquidazione la prova del quantum, il che non preclude che sia negata l'effettiva sussistenza del danno*" (Cass. 9093/1994). A ben vedere così si afferma che *in re ipsa* non è tanto il danno quanto la potenzialità di danno, il che è cosa diversa dal danno in concreto del quale infatti si richiede la prova. Tutto questo comunque in una cornice in cui ancora si sostiene esplicitamente la natura extracontrattuale della responsabilità.

La differente ricostruzione dettata con la sentenza in commento apre a diverse interessanti prospettive. Ad esempio si intravede che la qualificazione in termini contrattuali potrebbe essere la strada per dare fondamento all'obbligo di consenso alla cancellazione nei casi in cui

l'estinzione dell'ipoteca non segua al pagamento, ove l'obbligo del creditore non può essere collegato all'art. 1200. Tuttavia la questione necessita di approfondimento. Per stare invece alla sole certe conseguenze di tale qualificazione ricordiamo che essa determina l'applicazione del più lungo termine prescrizione del diritto al risarcimento (decennale) e la diversa distribuzione degli oneri probatori: non più la valutazione in termini di colpa della condotta omissiva del creditore; onere per il debitore di provare l'effettività del danno derivante dalla perdurante iscrizione (ritenuta non fornita nel caso di specie); contrapposta prova liberatoria a carico del creditore riguardo la non imputabilità a lui dell'inadempimento.

In qualcuno degli arresti precedenti la natura extracontrattuale della responsabilità è stata variamente e più o meno approfonditamente motivata; l'opposta tesi oggi sostenuta dalla decisione in commento viene semplicemente affermata, senza né cenno alla dottrina espressasi sul tema, né tantomeno autonoma elaborazione da parte della Corte. Il che invece avrebbe giovato, sia nel conferire un tono meno sintetico alla sentenza, sia soprattutto per chiarire bene l'intendimento della Corte, che, affermata la natura contrattuale della responsabilità, torna in seguito a parlare di insussistenza di *“fatto colposo del creditore”* riportando il discorso in bilico tra contrattuale ed extracontrattuale. A meno che le parole “fatto colposo” non debbano essere lette come “inadempimento”. Insomma, un po' troppo è “rimasto nella penna” del Collegio.