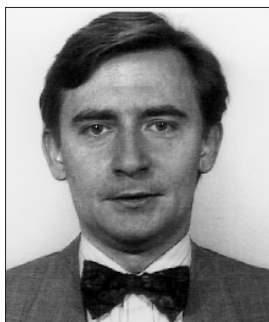


Sulla causalità della costituzione della cartella ipotecaria al portatore



FRANCESCO NAEF, avvocato e notaio, Lugano

Indice:

1. Introduzione
2. Esigenze formali per la costituzione
 - 2.1 Costituzione per contratto
 - 2.2 Costituzione per atto unilaterale
 - 2.3 Due ipotesi antitetiche
3. La sanzione del vizio di forma
 - 3.1 Il principio di causalità
 - 3.2 Il caso dell'abuso di diritto
 - 3.3 Altre soluzioni?
4. Conclusioni
 - 4.1 In generale
 - 4.2 Per il creditore ipotecario
 - 4.3 Per il notaio

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (Paulus, D. 41,1,31pr)

1. Introduzione

Chi vuol comperare una casa, ma non dispone di tutta la liquidità necessaria a pagarne il prezzo, risolve normalmente il dilemma ricorrendo al credito ipotecario. Sceglie l'istituto di credito che gli offre le migliori condizioni, e si fa promettere la concessione di un mutuo garantito (di solito) da una cartella ipotecaria al portatore di pari importo gravante l'immobile in questione che, se non già esistente, promette a sua volta di costituire.

Stessa cosa fa chi, con le medesime liquidità, è già proprietario di un terreno e vuole costruirvi una casa.

Così fa anche il commerciante a titolo professionale d'immobili che, per l'acquisto di un immobile, ottiene un finanziamento ipotecario, garantito da cartelle ipotecarie al portatore di futura emissione.

Concluso tale accordo con l'istituto di credito, bisogna creare la cartella ipotecaria al portatore (che ancora non esiste) che deve essere consegnata in garanzia del mutuo. A tal fine, per risparmiare le spese notarili legate ad una costituzione in forma di atto pubblico¹, si fa spesso capo alla procedura prevista dall'art. 20 cpv. 1 RRF: il costituente-proprietario del fondo presenta all'ufficio del registro

fondario una richiesta, in semplice forma scritta, d'emissione di cartella ipotecaria al portatore, magari conferendo all'istituto di credito procura per il ritiro del titolo. Se la somma del mutuo deve essere pagata con urgenza, magari prima del rilascio del titolo o addirittura prima della presentazione della richiesta d'emissione², spesso si fa comunque capo ad un notaio, non perché costituisca la cartella mediante atto pubblico, ma affinché faccia in qualche modo da garante del buon fine dell'operazione; in tal caso il notaio riceve l'importo mutuato, è incaricato di prendere consegna del titolo ipotecario una volta emesso, s'impegna – magari "irrevocabilmente" - a consegnarlo al creditore, o addirittura s'impegna nei suoi confronti a crearlo.

Le conseguenze ed i rischi di tal modo di procedere, nel caso in cui il proprietario si rifiuti, magari dopo aver già ricevuto l'importo mutuato, di perfezionare la creazione della cartella ipotecaria al portatore o di consegnarla al mutuante, sono ben noti: il creditore non può, in assenza di un atto pubblico di costituzione di pegno immobiliare ex art 799 cpv. 2 CC, obbligare giudizialmente il proprietario-debitore a costituire il titolo e a consegnarglielo³.

Ovvio quindi che il creditore ipotecario tiri un respiro di sollievo una volta entrato in possesso dell'agognato titolo ipotecario.

Ma può davvero dormire sonni tranquilli? Il diritto di pegno immobiliare, che il debitore si era impegnato a costituire e che ha effettivamente creato con la semplice forma scritta dell'art. 20 cpv. 1 RRF, esiste materialmente? E l'eventuale diritto di pegno manuale sulla cartella?

Il quesito non sembra esser stato veramente risolto in dottrina, dove spesso si è dato gran peso al principio della sicurezza del diritto od a considerazioni pragmatiche⁴.

- 1 D. STAEHELIN, Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung, AJP/PJA 1998 368; A. KOLLER, Kreditsicherung mittels Eigentümerschuldbriefen: direkte oder indirekte Sicherung?, ZGRG 1998, 88 e rif.
- 2 Ad esempio quando l'importo mutuato serva al pagamento del prezzo, ove il contratto di compravendita preveda che questo debba essere soluto al momento della firma dell'atto, cioè prima del trapasso di proprietà.
- 3 DTF 71 II 262 c. 2; in merito ai rischi del notaio, C. BRÜCKNER, Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten-Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit, RNRF 1996, 243; H.-R. SCHÜPBACH, Gestation de la cédule hypothécaire et naissance du droit de gage, RNRF 1990, 149.
- 4 D. STAEHELIN, Basler Kommentar, Basilea 1998, ad art. 854 CC, n. 19; R. BÄR, Wertpapierrechtliche Aspekte von Schuldbrief und Gült, NB 1985, 39; H.-R. SCHÜPBACH, Constitution du gage immobilier (Forme des actes et actes de forme), in: Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, Basilea 1999, 86; P.-H. STEINAUER, A propos de la constitution des cédules hypothécaires, RNRF 1997, 301; più dettagliato, C. BRÜCKNER (n. 3), 235.

È stato recentemente esaminato dal Tribunale federale⁵ con una sentenza che può convincere nel risultato, ma che ha lasciato irrisolte diverse questioni.

Merita quindi ancora qualche riflessione.

2. Esigenze formali per la costituzione

Alla costituzione di una cartella ipotecaria al portatore si applica, come per gli altri pegni immobiliari, l'art. 799 cpv. 1 CC: il pegno immobiliare nasce coll'iscrizione nel registro fondiario, riservate le eccezioni previste dalla legge. Tale iscrizione (che è seguita dall'emissione fisica del titolo) avviene in virtù di una dichiarazione scritta del proprietario disponente (l'atto di disposizione), che si fonda su di un valido titolo giuridico (la causa)⁶.

La forma dell'atto di disposizione non dà adito a problemi, essendo sempre quella scritta.

Le questioni di forma si pongono quindi unicamente riguardo al titolo giuridico; la forma da rispettare dipende dal carattere unilaterale o bilaterale della causa⁷.

2.1 Costituzione per contratto

Per l'art. 799 cpv. 2 CC il contratto di pegno immobiliare richiede per la sua validità l'atto pubblico.

Se un proprietario si obbliga nei confronti di una determinata persona a costituire una cartella ipotecaria, tale obbligo deve quindi essere rivestito della forma dell'atto pubblico, sia per la cartella nominativa sia per quella al portatore⁸. L'atto pubblico deve contenere tutti gli elementi oggettivamente essenziali del contratto di pegno⁹, ma non comporta necessariamente la presenza del creditore ipotecario¹⁰. Alla medesima forma è soggetto il precontratto (22 CO), in altre parole la promessa del proprietario di costituire la cartella ipotecaria¹¹ che non contenga però ancora tutti gli elementi oggettivamente essenziali del contratto di pegno¹². Infine pure tutte le susseguenti modifiche dei punti oggettivamente essenziali della cartella ipotecaria sono soggette alla medesima forma (art 12 CO)¹³, salvo quelle che liberano il gravato¹⁴.

Per la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza del Tribunale federale l'esigenza dell'atto pubblico si applica non solo all'impegno assunto dal proprietario di un fondo di costituire una cartella ipotecaria al portatore e di consegnarla *in proprietà* ad un terzo in garanzia di un credito¹⁵, ma anche all'obbligo di dare in *pegno manuale* al creditore una cartella ipotecaria al portatore che non è ancora stata creata¹⁶; infatti l'accordo di dare in pegno una cartella ipotecaria che non è stata ancora creata ingloba necessariamente l'obbligo di costituire un diritto di pegno immobiliare, obbligo soggetto appunto alla forma dell'art. 799 cpv. 2 CC.

Non deve invece ossequiare tale forma la promessa di consegnare in proprietà od in pegno manuale una cartella ipotecaria al portatore già esistente¹⁷. Determinante, per la scelta della forma, è quindi sapere se, al momento dell'impegno preso dal proprietario verso il terzo, la cartella esisteva già oppure no. Più precisamente il Tribunale federale ritiene

decisivo il momento della presentazione all'Ufficio del registro fondiario dell'istanza d'emissione della cartella: se l'impegno del proprietario è antecedente è indispensabile la forma dell'atto pubblico, se posteriore no¹⁸.

2.2 Costituzione per atto unilaterale

L'art. 20 cpv.1 RRF dispone che il documento giustificativo da produrre per l'iscrizione di una servitù stabilita sul proprio fondo, o di una cartella ipotecaria o di rendita fondiaria al portatore o intestata al proprietario stesso, consiste nella richiesta del proprietario presentata per iscritto.

Secondo il tenore strettamente letterale della disposizione, per la costituzione di una cartella ipotecaria al portatore sarebbe sempre sufficiente la (sola) richiesta del proprietario in forma scritta; non sarebbe quindi mai necessa-

- 5 Sentenza del Tribunale federale 24.9.1998 in re *G. F./B. d. G* (5C.139/1998).
- 6 Art. 963 cpv. 1, 965 cpv. 1 e 3 CC.
- 7 H.-R. SCHÜPBACH (n. 3), 133.
- 8 H. LEEMANN, *Berner Kommentar*, Berna 1925, ad art. 799 CC, n. 28, 35; B. TRAUFFER, *Basler Kommentar*, Basilea 1998, ad art. 799 CC, n. 9; P.-H. STEINAUER (n. 4), 294; sbagliano in tal punto F. JELMINI/E. ITEM/G. BONAFEDE, *Manuale pratico del notaio*, Locarno 1996, 290, per i quali solo la costituzione di una cartella ipotecaria *nominativa* deve avvenire per atto pubblico.
- 9 Sull'argomento: DTF 123 III 97 c.2; B. TRAUFFER (n. 8), ad art. 799 CC, n. 12; C. BRÜCKNER (n. 3), 230.
- 10 B. TRAUFFER (n. 8), ad art. 799 CC, n. 8 con rif.; P.-H. STEINAUER (n. 4), 295 e segg.; *contra*: J. SCHMID, *Basler Kommentar*, Basilea 1998, ad art. 965 CC, n. 22; *idem*, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, Friburgo 1988, n. 541.
- 11 DTF 71 II 262 c. 1.
- 12 Altrimenti si tratterebbe già del contratto di pegno, DTF 118 II 32 c. 3c; H.-R. SCHÜPBACH (n. 4), 96.
- 13 DTF 123 III 97 c. 2.
- 14 DTF 75 I 337 (340); B. TRAUFFER (n. 8), ad art. 799 CC, n. 14; P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, III, Berna 1996, n. 2978 e segg.
- 15 DTF 88 II 162 c. 3a; H. LEEMANN (n. 8), ad art 799 CC, n. 28; D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 14; M. VOLLENWEIDER, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, Friburgo 1994, 40; D. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen*, RNRf 1987, 287.
- 16 DTF 121 III 97 c. 3a, 71 II 262 c. 3, confermate dalla sentenza del Tribunale federale 24.9.1998 (n. 5) c. 2b/aa; D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 20; D. ZOBL, *Berner Kommentar*, Berna 1996, ad art. 901 CC, n. 151; C. BRÜCKNER (n. 3), 231, 234; P. MOSER, *Die Verpfändung von Grundpfandtiteln*, Zurigo 1989, 106; P.-H. STEINAUER (n. 14), n. 3157d; *contra*: B. FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Basilea 1997, n.461; H.-R. SCHÜPBACH (n. 4), 95.
- 17 H. LEEMANN (n. 8), ad art. 859 CC, n. 17; D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 20; H.-R. SCHÜPBACH (n. 4), 94.
- 18 DTF 88 II 162 c.3a; D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 20.

rio stipulare per atto pubblico un contratto di pegno immobiliare¹⁹. Tale interpretazione sarebbe però in insanabile contrasto col disposto dell'art. 799 cpv. 2 CC, per il quale la costituzione di ogni pegno immobiliare²⁰ su base contrattuale può avvenire unicamente a seguito di atto pubblico; il suo significato è quindi diverso, anche considerato che si tratta di semplice norma di attuazione che, in quanto tale, non può che confermare la situazione risultante dal diritto materiale²¹.

L'eccezione, prevista dall'art. 20 cpv. 1 RRF, alla regola generale dell'atto pubblico ha perciò senso unicamente nel caso previsto dall'art. 859 cpv. 2 CC, e cioè per la "cartella ipotecaria del proprietario"²², ove creditore ipotecario e proprietario si confondono nella medesima persona, vuoi proprietario ne è il portatore²³. In tal caso non esiste un materiale negozio causale; ed è proprio perché non c'è né vi può essere un contratto che non si applica l'esigenza di forma dell'art. 799 cpv. 2 CC²⁵; siccome proprietario e creditore ipotecario si confondono nella medesima persona si può del resto comprendere l'abbandono dell'esigenza della forma notarile, poiché non c'è una parte bisognosa di protezione²⁶. Non essendovi un contratto, la causa dell'atto di disposizione del proprietario è unicamente la sua libera e spontanea volontà²⁷, ed è quindi sufficiente che questa sia espressa nella richiesta d'emissione della cartella in forma scritta.

Determinante, per ammettere la forma scritta, non è quindi il solo fatto che la cartella ipotecaria sia *al portatore*, ma piuttosto che si tratti di una *cartella ipotecaria del proprietario*, in altre parole che la causa giuridica della sua creazione sia la libera e spontanea volontà del proprietario.

2.3 Due ipotesi antitetiche

Resta da chiedersi se le due ipotesi di costituzione di cartella ipotecaria al portatore citate si contrappongano escludendosi, oppure possano coesistere contemporaneamente. In altre parole, se un proprietario si è impegnato – senza rispettare la forma dell'atto pubblico – a costituire una cartella ipotecaria al portatore da consegnare ad una determinata persona, può comunque costituirla "unilateralmente" nella semplice forma scritta dell'art. 20 cpv. 1 RRF?

Che io sappia, il Tribunale federale ha fino ad oggi lasciato irrisolto il quesito. In un caso del 1986 non è entrato nel merito, dichiarando inammissibile il ricorso per difetto di legittimazione del ricorrente²⁸. In un altro del 1998 ha esplicitamente lasciato aperta la questione, ritenendo che l'invocazione di tale vizio di forma costituisse comunque, nella fattispecie, un abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CC²⁹.

Invece, per prassi, non unanime ma diffusa, delle autorità del registro fondiario di diversi cantoni³⁰ la questione deve essere risolta negativamente; è essenziale individuare se esista o no (di fatto) un'impegno a costituire una cartella ipotecaria al portatore, da consegnare ad una determinata persona, antecedente alla creazione del titolo: se esiste, la stessa non può essere costituita che per atto pubblico, l'art. 20

cpv. 1 RRF essendo in tal caso inapplicabile.

Questa è ad esempio l'opinione del Dipartimento di giustizia del Cantone Ticino. La procedura semplificata dell'art. 20 cpv. 1 RRF è applicabile unicamente in presenza di un vero atto di disposizione unilaterale, e cioè quando il proprietario chiede che sia costituita sul proprio fondo una cartella ipotecaria al portatore e che gli venga consegnata personalmente; se al contrario sull'istanza stessa è indicato che la consegna deve avvenire ad un terzo, ed in particolare ad una banca, si deve presumere l'esistenza di un accordo precedente in tal senso, e quindi si deve esigere

-
- 19 Così F. JELMINI/E. ITEM/G. BONAFEDE (n. 8), 290.
 20 E quindi pure la cartella ipotecaria, sia essa nominativa o al portatore, cf. supra (n. 8).
 21 DTF 121 III 97 c. 3c.
 22 O titolo di pegno del proprietario (Eigentümergrundpfandtitel), J. SCHMID (n. 10), ad art. 965 CC, n. 22; H. HUBER, Zur Änderung der eidgenössischen Grundbuchverordnung vom 18. November 1987, RNRF 1989, 136.
 23 "Eigentümerschuldbrief".
 24 "Nicht begebener Inhaberschuldbrief".
 25 DTF 121 III 97 c.3b con rinvii; sentenza del Tribunale federale 24.9.1998 (n. 5) c. 2b; Processi verbali della commissione di periti per il Codice civile svizzero, III, Seduta mattutina del 24 aprile 1903, ad art. 840, 11; A. HOMBERGER, Zürcher Kommentar, Zurigo 1938, ad art. 965 CC, n. 29; H. LEEMANN (n. 8), ad art. 859 CC, n. 2; D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 15; C. WIELAND, Zürcher Kommentar, Zurigo 1909, ad art. 859 CC, n. 6; P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurigo 1995, 768; B. DEILON-SCHIEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zurigo 1997, 41; G. GAUTSCHI, Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Davos 1928, 182; M. VOLLENWEIDER (n. 15), 41; H. SCHNYDER VON WARTENSEE, Die Errichtung von Schuldbrief und Gült für den Verkehr und die Einreden des Schuldners nach Art. 872 ZGB, Dornbirn 1922, 46.
 26 G. ABRAVANEL, Le gage immobilier en droit suisse, Losanna 1928, 68; J. DOLEZAL, Les actes juridiques des droits réels soumis à la forme écrite, Toloschenaz 1987, 113; H. M. RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Grundriss des schweizerischen Sachenrecht, II, Berna 1986, § 18, n. 24; *contra*: D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n.15 con rif.
 27 E non la sua volontà contrattuale, per utilizzare la terminologia di H.-R. SCHÜPBACH, (n. 4), 68, 81.
 28 112 II 430 e segg.
 29 Sentenza del Tribunale federale 24.9.1998 (n. 5) c. 2c; in verità ci si potrebbe domandare se il TF non abbia implicitamente risolto il quesito, affermando che il ricorrente violava l'art. 2 cpv. 2 CC invocando il vizio di forma del suo impegno di costituzione della cartella ipotecaria, proprio perché l'aveva ciononostante eseguito – *conoscendone o non potendone ignorare il vizio formale* – costituendo ex art. 20 cpv. 1 RRF la cartella: accertato che il ricorrente conosceva il difetto di forma, significa che vi era appunto stato un vizio formale nella costituzione del titolo ipotecario!
 30 Prassi elencata da D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 16 e 17.

l'atto pubblico per la creazione del titolo ipotecario³¹.

Nel medesimo senso va anche la prassi di Basilea Città ove, per una precisa direttiva interna dell'ufficio del registro fondiario, ogni istanza di emissione di cartella ipotecaria al portatore ex art. 20 cpv. 1 RRF deve contenere l'indicazione che al momento della sua presentazione non esistono accordi con terzi in merito alla consegna del titolo, e che il richiedente ha preso nota che in caso contrario sia il diritto di pegno che il titolo risultano nulli³².

L'opinione citata può fondarsi sulla definizione stessa di "cartella ipotecaria del proprietario" data da parte della dottrina. Per alcuni autori, che parteciparono all'elaborazione del Codice civile, la volontà unilaterale del proprietario è sufficiente per la creazione di una cartella ipotecaria al portatore se questa viene consegnata al proprietario stesso che la conserva nell'attesa di negoziarla³³, ciò che presuppone l'assenza di qualsiasi impegno precedentemente assunto verso terzi in tal senso³⁴. Dottrina più recente ha ribadito che la procedura semplificata dell'art 20 cpv. 1 RRF si applica solo al caso della creazione di CIP nella forma della "cartella ipotecaria del proprietario", e cioè quando il titolo sia da consegnare al proprietario stesso che ne è quindi il primo portatore e che la conserva per eventuali future esigenze³⁵. Infine c'è chi ha osservato, molto pertinentemente, che la semplice forma scritta non può più esser sufficiente quando la volontà "unilaterale" del proprietario *coincida* con l'impegno a costituire a pegno a favore di terzi la futura cartella ipotecaria³⁶; se la costituzione del titolo fa seguito ad un impegno già esistente o almeno già determinato nei confronti di un creditore, si è in presenza di una costituzione bilaterale necessitante quindi la forma dell'atto pubblico³⁷.

Recentemente è stata però sostenuta l'opinione contraria³⁸. Secondo un autore, le due procedure di creazione della cartella ipotecaria possono coesistere *contemporaneamente*: il proprietario che ha contratto l'impegno, nullo per vizio di forma, di creare il titolo non perde il diritto di utilizzare la procedura dell'art 20 cpv. 1 RRF per creare comunque il titolo³⁹. Anche altri sembrano giungere allo stesso risultato, più per motivi pratici⁴⁰ o legati alla sicurezza del diritto⁴¹.

A mio avviso, l'opinione delle autorità del registro fondiario ticinesi e basilesi (e degli altri cantoni) è più convincente di queste ultime tre voci di dottrina.

Infatti, come rilevato in precedenza, la forma dell'atto pubblico non è stata ritenuta necessaria nel caso della "cartella ipotecaria del proprietario" (nominativa o al portatore) proprio perché in tal caso non esiste, per definizione, alcun contratto⁴². L'elemento distintivo è dunque la *causa*, unilaterale o bilaterale, dell'atto di disposizione del proprietario. Cumulare o confondere le due ipotesi significa però negare l'esistenza stessa della distinzione, e quindi svuotare di significato l'art. 799 cpv. 2 CC; la causa è unilaterale o bilaterale, o si è in presenza dell'ipoteca del proprietario oppure no. I due modi di creazione di una cartella ipotecaria al portatore non possono quindi che escludersi a vicenda, anche poiché, in tale ambito, non è possibile convertire un atto bilaterale nullo per vizio di forma in un atto unilaterale⁴³, visto che in tal modo si eluderebbe uno degli

scopi dell'atto pubblico, che è quello di proteggere il proprietario disponente da impegni immobiliari affrettati⁴⁴.

In virtù dell'art. 18 CO⁴⁵, il quesito che si pone, all'ufficiale del registro fondiario⁴⁶ ma soprattutto al giudice⁴⁷, è quindi quello a saper quale sia la *vera* causa dell'atto di disposizione del proprietario, a prescindere dalle denominazioni eventualmente inesatte adoperate per errore nell'istanza di emissione. Ma il carattere vincolante o meno della causa è irrilevante, per il quesito a sapere appunto quale sia tale vera causa: prima si deve determinare la vera causa, solo in seguito, a seconda che sia bilaterale o unilaterale, si può decidere se era soggetta al rispetto di esigenze di forma, e quindi se sia vincolante o no. Pretendere che proprio perché la causa bilaterale non è vincolante per vizio di forma, allora la causa non può che essere unilaterale, mi sembra essere una finzione teorica, che stravolge inoltre l'ordine logico del ragionamento; in pratica, significa affermare che un impegno non vincolante non può mai esser la causa di un atto di disposizione, ipotesi invece della quale tratta espli-

31 Dipartimento di giustizia del cantone Ticino, Circolare in materia di registro fondiario c-c1/1-91, 2-3; idem, Circolare 9.4.1990 sull'applicazione dei decreti federali urgenti contro la speculazione fondiaria, 15.

32 Direttiva citata da C. BRÜCKNER (n. 3), 238

33 C. WIELAND (n. 25), ad art. 859 CC, n. 1; E. HUBER, Zehn Vorträge des Herrn Prof. EUGEN HUBER über Ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Berna 1911, 268; idem, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des Schweizerischen Grundpfandrechts, Basilea 1898, 78; idem, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, III, Basilea 1889, § 91, 503; V. ROSSEL/F.-H. MENTHA, Manuel du droit civil suisse, III, Losanna 1922/1931, n.1595^{bis}.

34 V. ROSSEL/F.-H. MENTHA (n. 33), n.1468; vedi anche supra (n. 25).

35 H. DESCHENAUX, Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, V/II,2, Friburgo 1983, 241; P. MOSER (n. 16), 60; H. M. RIEMER (n. 26), § 18, n. 23; P. SIMONIUS/T. SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, II, Basilea 1990, 247, n. 6; P. TUOR/B. SCHNYDER/J. SCHMID (n. 25), 765; cf. anche supra (n. 22).

36 P.-H. STEINAUER (n. 14), n. 2952a.

37 J. DOLEZAL (n. 26), 114.

38 Che però non è del tutto nuova, cf. C. VOLKART, Aktuelle Fachfragen, RNRF 1926, 267.

39 C. BRÜCKNER (n. 3), 235.

40 D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 ZGB, n. 19.

41 H.-R. SCHÜPBACH (n. 4), 86.

42 Cf. supra pto. 2.2.

43 C. BRÜCKNER (n. 3), 238.

44 B. SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Berna 1986, ad art. 11 CO, n. 168.

45 Che si applica anche agli atti unilaterali, DTF 115 II 323 c. 2b; W. WIEGAND, Basler Kommentar, Basilea 1996, ad art. 18 CO, n. 53 con rif.; P. JÄGGI/P. GAUCH, Zürcher Kommentar, Zurigo 1980, ad art. 18 CO, n. 80 e segg.

46 H. HOMBERGER (n. 25), ad art 965 CC, n. 56; H. DESCHENAUX (n. 35), 412; B. DEILLON-SCHEGG (n. 25), 305.

47 Ad esempio nell'ambito di una successiva domanda di rettifica del registro fondiario ex art. 975 CC.

citamente l'art. 974 cpv. 2 CC.

Se proprietario e creditore si sono già accordati prima della presentazione dell'istanza d'emissione del titolo ipotecario a registro fondiario sulla sua costituzione e successiva consegna in pegno o proprietà, la causa dell'atto di disposizione del proprietario non è evidentemente la sua volontà libera e spontanea, ma la sua volontà contrattuale, donde l'applicabilità dell'art. 799 cpv. 2 CC; in tal caso permettere ancora la creazione della cartella ipotecaria ex art. 20 cpv. 1 RRF significherebbe permettere l'elusione fin troppo facile delle regole sulla forma⁴⁸.

Le obiezioni pratiche sollevate da taluni⁴⁹ non mi sembrano condivisibili, né comunque decisive, rispetto all'esigenza di non rendere lettera morta l'art. 799 cpv. 2 CC, e lo scopo di protezione del proprietario disponente che tal norma si prefigge. Del resto, anche i sostenitori dell'opinione contraria ammettono, ma solo *de lege ferenda*, che sarebbe auspicabile il ricorso all'atto pubblico anche per la costituzione di una cartella ipotecaria al portatore in via unilaterale⁵⁰.

In realtà detta soluzione s'impone in gran parte già *de lege lata*. L'idea che stava alla base della "cartella ipotecaria del proprietario" era infatti, come già indicato, quella di un titolo creato dal proprietario per tenerlo nel cassetto per future esigenze⁵¹; si voleva con tale istituto rispondere ad un'esigenza della prassi quotidiana, favorendo la "mobilitazione" del valore del suolo, il proprietario potendo creare una cartavalore per certi versi simile alla moneta, in un'epoca in cui il credito ipotecario non era prerogativa solo degli istituti di credito, ma diffuso anche tra i privati⁵². Oggi la situazione è profondamente differente: il credito ipotecario è concretamente appannaggio degli istituti di credito, non vi è alcun mercato per le cartelle ipotecarie⁵³, e nessuno ne costituisce una (anche per i costi di iscrizione a registro fondiario) per tenerla nel cassetto⁵⁴, ma perché si è già accordato con un creditore in tal senso⁵⁵. Basta quindi prendere atto della nuova situazione e constatare che la vera "cartella ipotecaria del proprietario" non esiste più nella prassi (o è comunque un caso rarissimo), e che la causa giuridica della costituzione di una cartella ipotecaria è (quasi) sempre un contratto; donde la necessità dell'atto pubblico.

3. La sanzione del vizio di forma

Ammettiamo ora che – come indicato nell'Introduzione e come spesso accade – un proprietario si sia impegnato, oralmente o in forma scritta, a costituire una cartella ipotecaria al portatore sul proprio fondo, da consegnare in proprietà o in pegno manuale ad un istituto di credito, e che abbia in seguito presentato l'istanza di emissione della cartella sulla base dell'art. 20 cpv. 1 RRF, senza fare alcun accenno all'esistenza del precedente impegno, ottenendo così l'iscrizione nel registro fondiario e l'emissione del titolo, poi consegnato al creditore ipotecario⁵⁶. Secondo quanto indicato in precedenza, la vera causa dell'atto di disposizione del proprietario non è la sua libera volontà⁵⁷, bensì un contratto che, non rispettando la forma dell'atto pub-

blico, non è vincolante. Quali conseguenze comporta tale vizio formale sul diritto reale che il proprietario ha voluto così costituire?

3.1 Il principio di causalità

Il sistema dei diritti reali del Codice civile svizzero, su questo punto più vicino al diritto romano di altri codici europei⁵⁸, si fonda sul principio di causalità che vale sia in materia immobiliare⁵⁹ sia in materia mobiliare⁶⁰. Per tale principio un diritto reale è costituito unicamente da un atto di disposizione⁶¹ che si fondi su di un valido titolo giuridico (la causa); in altre parole, la validità dell'atto di disposizione dipende da quella della sua causa⁶²: rivelandosi inesistente o non vincolante il titolo giuridico, l'atto di disposizione risulta inefficace. Tale inefficacia ha per conseguenza l'ine-

- 48 In tal senso, in merito al caso analogo della "servitù del proprietario", E. PETITPIERRE, Basler Kommentar, Basilea 1998, ad art. 733 CC, n. 14; P. PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, V/3, Friburgo 1978, 50.
- 49 In particolare C. BRÜCKNER (n. 3), 235.
- 50 D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 ZGB, n. 19; C. BRÜCKNER (n. 3), 247; H.-R. SCHÜPBACH (n. 4), 110.
- 51 Cf supra (n. 33–35).
- 52 E. HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, III, Berna 1902, 196; idem, System (n. 33), §91, 504; C. BRÜCKNER (n. 3), 244; V. ROSSEL/F.-H. MENTHA (n. 33), n. 1595^{bis}.
- 53 C. BRÜCKNER (n. 3), 244.
- 54 E. A. FISCHER, Interimsurkunden im Grundpfandrecht, Basilea 1977, 2.
- 55 M. MÜLLER, Orientierung des Chefs des Eidg. Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht an der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter vom 22. September 1995 in Luzern, RNRF 1995, 400.
- 56 Analogo è il caso dell'utilizzo abusivo della procedura dell'art. 20 cpv. 1 RRF per *modificare* su di un punto essenziale (ad esempio, l'aumento della somma garantita) un titolo già esistente e già detenuto da un creditore ipotecario, cf. in tal senso P.-H. STEINAUER (n. 14), n. 2978.
- 57 Che è la causa apparente, ma inesistente, sulla base della quale il diritto di pegno immobiliare è stato iscritto a registro fondiario.
- 58 B. SCHMIDLIN/C. A. CANNATA, Droit privé romain, I, Losanna 1988, 188; per un'analisi storico-comparatistica, C. A. CANNATA, Traditio causale e traditio astratta: una precisazione storico-comparatistica, in: Scritti in onore di Rodolfo Sacco, Milano 1994, 155 e segg.
- 59 Art. 974 cpv. 2 CC.
- 60 DTF 55 II 302 c. 2; in merito al pegno manuale, B. FOËX (n. 16), n. 85 con rif.
- 61 Trasferimento del possesso per i mobili, richiesta d'iscrizione nel registro fondiario per gli immobili.
- 62 A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, IV/1/1, Berna 1981, Systematischer Teil, n. 88; H. REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, I, Berna 1991, n. 347; P.-H. STEINAUER Les droits réels, I, Berna 1997, n. 137.

sistenza del diritto reale che l'atto di disposizione era destinato a costituire⁶³. Il disponente può quindi rivendicare la cosa mobiliare della quale ha già trasferito il possesso (art. 641 cpv. 2 CC). In materia immobiliare, se l'iscrizione a registro fondiario è già avvenuta, essa non corrisponde al diritto materiale, e quindi chiunque sia pregiudicato nei propri diritti reali può chiederne la cancellazione (art. 975 CC). Oltre a ciò, l'inesistenza del diritto reale può essere invocata nell'ambito di una procedura esecutiva o fallimentare.

Il diritto tedesco è invece fondato sul principio dell'astrazione, in virtù del quale la validità dell'atto di disposizione deve esser esaminata indipendentemente da quella del titolo giuridico, e cioè in maniera astratta⁶⁴. La giustificazione di tale principio essendo l'esigenza di garantire la sicurezza delle transazioni, lo stesso diventa inutile o comunque poco comprensibile in un ordinamento giuridico, come quello svizzero, che preveda la protezione dei terzi di buona fede⁶⁵.

Applicando il principio di causalità alla cartella ipotecaria creata con le modalità indicate in precedenza, la conseguenza, in linea di massima, mi pare chiara⁶⁶. Siccome la causa giuridica indicata nella richiesta d'emissione della cartella ipotecaria al portatore⁶⁷ è in realtà inesistente, e la vera causa di tale atto di disposizione è un contratto giuridicamente non vincolante, la richiesta del disponente è inefficace, e perciò inesistente è il diritto di pegno immobiliare ciononostante iscritto a registro fondiario e nullo è il titolo che lo dovrebbe incorporare. Nel caso in cui il titolo sia stato consegnato in pegno manuale al creditore, pure tale diritto di pegno è inesistente⁶⁸.

Il proprietario del fondo, ma anche dei terzi titolari di diritti di pegno immobiliare o di altri diritti reali limitati di rango posteriore⁶⁹, possono perciò chiedere la cancellazione della cartella ipotecaria indebitamente iscritta, con l'azione in rettifica del registro fondiario (art. 975 CC). Inoltre sia il proprietario del fondo gravato, sia il debitore, sia i creditori chirografari nel fallimento (art. 127 cpv. 1 RFF) o terzi beneficiari di diritti reali limitati sul fondo possono invocare l'inesistenza del diritto di pegno immobiliare (o di quello manuale sulla cartella ipotecaria) in occasione di una procedura di esecuzione per debiti, ad esempio con l'azione in disconoscimento del pegno (art. 83 cpv. 2 LEF), con quella in contestazione dell'elenco oneri (art. 140 cpv. 2 LEF) o della graduatoria fallimentare (art. 250 cpv. 2 LEF).

Il limite di tale conseguenza è da ricercare nell'effetto derivante dalla fede pubblica del quale gode l'iscrizione, anche se indebita, a registro fondiario: il terzo che, in buona fede, ha acquistato un diritto reale riferendosi all'iscrizione, è protetto nel suo acquisto (art. 973 cpv. 1 CC). Ciò significa che non appena la cartella ipotecaria indebitamente iscritta è ceduta ad un terzo di buona fede, il diritto reale, fino allora inesistente, è costituito⁷⁰, e quindi la situazione risultante dal registro fondiario torna a corrispondere col diritto materiale. Evidentemente, solo terzi all'oscuro dell'esistenza dell'impegno non vincolante del proprietario possono beneficiare di tale protezione, e non certo colui nei confronti del quale il proprietario ha contratto l'impegno nullo⁷¹: quest'ultimo, che non si vede come potrebbe so-

stenere di aver creduto in buona fede che il titolo sia stato creato nel rispetto della forma prevista dall'art. 799 cpv. 2 CC⁷², non può nemmeno prevalersi dell'esclusione delle eccezioni secondo gli 865, 866 e 872 CC. Neanche la prescrizione acquisitiva dell'art. 661 CC gli può essere d'aiuto, vuoi perché inapplicabile alla costituzione di un diritto di pegno immobiliare⁷³, vuoi per l'assenza del requisito della buona fede.

3.2 Il caso dell'abuso di diritto

Secondo il Tribunale federale, e parte della dottrina⁷⁴, un contratto invalido per vizio di forma ai sensi dell'art. 11 cpv. 2 CO è da ritenere assolutamente nullo, e tale nullità può essere invocata anche da terzi, ed è rilevabile d'ufficio⁷⁵. La nullità può però essere irrilevante, tra le parti, se chi la invoca incorra in un abuso di diritto, che è pure rilevabile d'ufficio⁷⁶. Per decidere se colui che fa valere un vizio

- 63 A. MEIER-HAYOZ (n. 62), n. 89; H. REY (n. 62), n. 378 e segg.; B. FOËX (n. 16), n. 85 con rif.; B. SCHNYDER, *Das Verhältnis von Grundbucheintrag und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts*, NB 1991, 242 e segg.; H.-R. SCHÜPBACH (n. 3), 132.
- 64 W. WIEGAND, *J. von Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlino 1995, Vorbem. Zu §§ 929ff., n. 13 e segg..
- 65 A. MEIER-HAYOZ (n. 62), n. 91; H. REY (n. 62), n. 357; P. PIOTET, *Transfers de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires*, Berna 1992, n. 27.
- 66 D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 18.
- 67 Cioè la "libera e spontanea" volontà del disponente.
- 68 Sempre in virtù del principio di causalità, ove si ammetta – con la giurisprudenza e la dottrina dominante (n. 16) – che il contratto di pegno manuale su cartella ipotecaria di futura creazione sia soggetto alla forma dell'atto pubblico. La soluzione sarebbe identica anche sposando la tesi – sostenuta dalla dottrina minoritaria (n. 16) – della validità dell'obbligo, stipulato in forma libera, di costituire il pegno manuale; il diritto di pegno immobiliare sarebbe comunque inesistente, e la cartella ipotecaria sarebbe quindi un titolo senza alcun valore, ovvero inatto ad essere oggetto di pegno manuale, cf. T. BAUER, *Basler Kommentar*, Basilea 1998, ad art. 884 CC, n. 45; D. ZOBL, *Berner Kommentar*, Berna 1982, ad art. 884 CC, n. 163; K. OFTINGER/R. BÄR, *Zürcher Kommentar*, Zurigo 1981, ad art. 884, n. 20; *contra*: B. FOËX (n. 16), n. 565 e segg.
- 69 H. HOMBERGER (n. 25), ad art. 975 CC, n. 15; F. OSTERTAG, *Berner Kommentar*, Berna 1917, ad art. 975 CC, n. 17; H. DESCHENAUX (n. 35), 676.
- 70 La causa della costituzione non è più quella inefficace, bensì la buona fede del terzo, H.-R. SCHÜPBACH (n. 3), 132.
- 71 H. HOMBERGER (n. 25), ad art. 973 CC, n. 1, 9; F. OSTERTAG (n. 69), ad art. 973 CC, n. 1, 13; J. SCHMID (n. 10), ad art. 973 CC, n. 2.
- 72 D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 18; H. LEEMANN (n. 8), ad art. 872 CC, n. 12.
- 73 Almeno secondo l'opinione prevalente, B. TRAUFFER (n. 8), ad art. 799 CC, n. 7 con rif.
- 74 Tra tanti, H. LEEMANN, *Berner Kommentar*, Berna 1920, ad art. 657 CC, n. 43; H. OSER/W. SCHÖNENBERGER, *Zürcher Kommentar*, Zurigo 1929, ad art. 11 CO, n. 28.
- 75 DTF 106 II 146 c. 3, 98 II 313 c. 2, 92 II 323 c. 2.

di forma abusi del proprio diritto, si devono apprezzare tutte le circostanze del caso, e non si può quindi far capo a principi rigidi; certo è che l'esecuzione reciproca di un contratto formalmente nullo, se volontaria e soprattutto consapevole della nullità stessa, può essere un importante indizio in tal senso, a meno che altre circostanze non impongano chiaramente la conclusione contraria⁷⁷.

Visto che, nonostante le critiche di molti⁷⁸, tale giurisprudenza non è stata fino ad oggi modificata⁷⁹, la stessa può essere ritenuta consolidata e probabilmente non destinata a mutare nel prossimo futuro, anche considerato che, in dottrina, non vi è unanimità di vedute sulle possibili soluzioni alternative⁸⁰.

Questa giurisprudenza è stata recentemente applicata anche al caso della cartella ipotecaria al portatore costituita dal proprietario fondiario con la procedura dell'art. 20 cpv. 1 RRF, e che faceva invece seguito ad un impegno in tal senso, non vincolante per vizio di forma. Il Tribunale federale ha infatti deciso, seguendo un orientamento di dottrina⁸¹, che il proprietario, che conosceva la nullità del suo impegno e lo ha ciononostante adempiuto creando il titolo ipotecario e consegnandolo in pegno al creditore, incorre in abuso di diritto invocando in seguito tale vizio formale, con la conseguenza che la sua azione in riconoscimento del pegno immobiliare (art. 83 cpv. 2 LEF) ed in rettifica del registro fondiario (art. 975 CC) è stata respinta⁸².

Nel caso di specie la soluzione scelta era probabilmente corretta, trattandosi di un'applicazione coerente dei noti principi giurisprudenziali sulle conseguenze dei vizi di forma. Facendo però astrazione dal caso specifico, si deve constatare che il (solo) ricorso al divieto dell'abuso di diritto non risolve tutte le questioni, poiché lascia intatta l'incertezza giuridica sull'esistenza o meno del diritto reale iscritto a registro fondiario, impedendo quindi al creditore ipotecario in possesso del titolo di dormire sonni tranquilli.

Infatti il divieto dell'abuso di diritto ha un effetto limitato. Tale divieto rende sì irrilevante il vizio di forma, ma solo *inter partes*, e cioè nei rapporti tra le parti contraenti⁸³; tale divieto non ha quindi per effetto di sanare la nullità, trasformando un contratto nullo in uno valido⁸⁴. In virtù del principio di causalità il diritto di pegno immobiliare rimane materialmente inesistente, perché la sua iscrizione è avvenuta senza un valido titolo giuridico⁸⁵.

Ciò significa che, quello che è vietato al proprietario del fondo, lo possono invece fare i terzi. Non si vede quindi cosa impedisca, ad esempio, a dei creditori ipotecari, o beneficiari di altri diritti reali limitati di rango posteriore, di eccepire la nullità della cartella ipotecaria al portatore creata senza valido titolo giuridico, nell'ambito di un'azione in contestazione dell'elenco oneri (art. 140 LEF), o di rettifica del registro fondiario (art. 975 CC).

3.3 Altre soluzioni?

Anche per questo motivo, in dottrina la teoria della nullità assoluta del contratto viziato nella forma, temperata solo dall'eccezione dell'abuso di diritto, è stata criticata. Ci si

potrebbe dunque domandare se le soluzioni alternative proposte⁸⁶, quali regole generali per ogni caso di vizio di forma, possano essere più corrette, in particolare per quanto riguarda la cartella ipotecaria al portatore creata con le modalità sopra descritte.

Secondo l'opinione di diversi autori, il vizio di forma non comporta una nullità assoluta, ma unicamente un'invalidità *sui generis* o nullità relativa, e cioè un'invalidità unicamente *inter partes*, non rilevabile d'ufficio dal giudice ma unicamente dall'ufficiale del registro fondiario, e che non si manifesta finché una delle parti non la invoca; se ciò non avviene o non può più avvenire (perché in contrasto col divieto dell'abuso di diritto) la nullità è sanata ed il contratto, da non vincolante, diventa vincolante a tutti gli effetti: un'eventuale iscrizione a registro fondiario fondata su tale causa non è quindi (più) indebita ai sensi dell'art. 974 cpv. 2 CC⁸⁷. A tale teoria è stato però giustamente obiettato che non si comprende come possa un contratto invalido diventare improvvisamente valido⁸⁸; la stessa, ammettendo che l'ese-

-
- 76 DTF 104 II 99 c. 2b, 98 II 313 c. 2, 86 II 398 c.1 con rinvii.
 77 DTF 104 II 99 c. 3c, 92 II 323 c. 3; 90 II 295 c.5.
 78 Cf. da ultimo H. LAIM, Basler Kommentar, Basilea 1998, ad art. 657 CC, n. 62 e gli autori ivi citati.
 79 DTF 116 II 700 c. 3b, 112 II 107 c. 3b; cf. anche la DTF 112 II 330 c. 2 che è stata probabilmente sopravvalutata da chi ha ritenuto di intravedervi l'annuncio di una futura modifica di giurisprudenza, come osservato da R. JEANPRÉTRE, JT 1987 I 79: "Sur le moyen tiré de l'execution du contrat vicié, le présent arrêt accroît la jurisprudence. On ne saurait dire qu'il l'enrichit."
 80 In tal senso: P.-H. STEINAUER, La forme authentique en droit fédéral, in: La forme authentique, Journée juridique à l'intention des notaires, Friburgo 1989, 28.
 81 D. STAHELIN (n. 4), ad art. 854 CC, n. 18; R. BÄR (n. 4), 39; P.-H. STEINAUER (n. 4), 301.
 82 Sentenza del Tribunale federale 24.9.1998 (n. 5) c. 2c.
 83 DTF 104 II 99 c. 2b, 98 II 313 c. 2, 86 II 398 c.1 con rinvii; H. LAIM (n. 78), ad art. 657 CC, n. 61.
 84 M. BAUMANN, Zürcher Kommentar, Zurigo 1998, ad art. 2 CC, n. 274; B. SCHMIDLIN (n. 44), ad art. 11 CO, n. 36; A. KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I, Berna 1996, n. 778.
 85 DTF 86 II 398 c. 1; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Berna 1961, ad art. 657 CC, n. 133; B. SCHMIDLIN (n. 44), ad art. 11 CO, n. 36; F. FURRER, Heilung des Formmangels im Vertrag, Zurigo 1992, 100 con rif.; *contra*: A. KOLLER (n. 84), n. 778, 779, il quale però è evidentemente ispirato dal § 313 BGB, e quindi da un ordinamento giuridico fondato sul principio dell'astrazione, profondamente diverso – su tal punto – da quello svizzero fondato sul principio di causalità.
 86 Che, essendo tante e dalle mille sfaccettature, vengono in seguito rozzamente riassunte e raggruppate.
 87 A. MEIER-HAYOZ (n. 85), ad art. 657 CC, n.130 e segg. con rif.; la teoria è stata in seguito sostenuta e precisata da diversi altri autori, cf. H. LAIM (n. 78), ad art. 657 CC, n. 62; a simili risultati, ma con una costruzione un po' diversa, giunge F. FURRER (n. 85), 71 e segg.

cuzione volontaria dell'impegno viziato lo possa sanare, misconosce inoltre che le regole di forma tendono a proteggere le parti contro loro stesse, e che quindi la nullità deriva direttamente dal mancato ossequio della forma, a prescindere dalla volontà delle parti⁸⁹. Infine dietro l'invalidità sui generis si nasconderebbe in realtà un'annullabilità⁹⁰, in altre parole un diritto formatore risolutivo, concesso alla parte bisognosa di protezione, che però non trova il minimo fondamento nell'art. 11 CO⁹¹. A ciò aggiungerei che è strana la distinzione tra le facoltà dell'ufficiale del registro fondiario e quelle del giudice: se il vizio di forma deve essere rilevato d'ufficio dal primo⁹², non si comprende perché il secondo non lo dovrebbe fare⁹³.

Secondo un altro orientamento, l'impegno nullo per vizio di forma non sarebbe inesistente, ma costituirebbe un'obbligazione naturale che quindi⁹⁴, se volontariamente eseguita, non potrebbe più dar luogo a restituzione⁹⁵; eccezione a tal principio farebbe però il caso in cui la prescrizione di forma miri non solo alla protezione delle parti, ma anche a quella di terzi o di interessi generali⁹⁶. Questa teoria è stata criticata siccome problematica, visto che la definizione di obbligazione naturale non è data dalla legge, e quella data dalla dottrina è incerta⁹⁷. Del resto, la stessa non risulta applicabile proprio al caso in cui la forma negletta sia quella dell'atto pubblico⁹⁸, con la conseguenza che il titolo giuridico rimane non vincolante, e l'eventuale iscrizione quindi indebita ai sensi dell'art. 974 cpv. 2 CC⁹⁹.

Vi è poi un autore che afferma che il ricorso alla teoria dell'abuso di diritto non è più necessario poiché, in concreto, è generalmente ammesso da dottrina e giurisprudenza che l'esecuzione volontaria di un contratto formalmente viziato ha un effetto sanante¹⁰⁰; spingendosi controcorrente sostiene che qualsiasi esecuzione, e quindi anche quella non consapevole del vizio di forma, del contratto ne sana l'invalidità¹⁰¹. Tale teoria è però evidentemente ispirata al diritto tedesco¹⁰² e, applicata alla costituzione o al trasferimento di un diritto reale, consacrerebbe, almeno di fatto, il principio dell'astrazione: l'iscrizione a registro fondiario comporterebbe sempre la costituzione del diritto reale, a prescindere dalla validità della causa¹⁰³. Tale soluzione mi sembra quindi impraticabile, poiché in netto contrasto col principio di causalità, che è fermamente ancorato nell'ordinamento giuridico svizzero¹⁰⁴.

In conclusione, non mi pare che alcuna delle soluzioni alternative proposte sia destinata, almeno per il prossimo futuro, a far modificare la giurisprudenza del Tribunale federale, che peraltro è approvata anche da parte della più recente dottrina¹⁰⁵.

Le opinioni suesposte, così come quella del Tribunale federale, sembrano però tutte tendere ad un risultato simile: l'esecuzione di un impegno non vincolante per vizio di forma, se volontaria ed in conoscenza appunto del carattere non vincolante, ha un effetto "benefico" sullo stesso. Volendo trasporre il ragionamento al caso della cartella ipotecaria al portatore¹⁰⁶, si potrebbe sostenere che la stessa, a prescindere dal fatto che sia stata preceduta dall'impegno a costituirla nullo per vizio di forma, può essere validamente creata dal proprietario nella forma dell'art. 20 cpv. 1 RRF, ma solo

se questi vi proceda *ben sapendo* di non aver nessun obbligo di farlo. E ciò non in virtù di un miracoloso effetto guaritore legato all'esecuzione dell'impegno nullo, ma piuttosto grazie alla precisa applicazione del principio di causalità. Se il proprietario conosce la nullità del suo impegno e ciononostante richiede l'emissione della cartella ipotecaria, allora agisce (veramente) per sua *libera e spontanea volontà*. La vera causa del suo atto di disposizione non è quindi (più) la sua volontà contrattuale, bensì la sua volontà libera o unilaterale; il suo atto di disposizione è quindi valido ed efficace perché fondato su valida causa: l'iscrizione a registro fondiario non è indebita e la cartella ipotecaria al portatore così creata è perciò valida *erga omnes*. Aggiungerei però, per non rendere lettera morta l'art. 799 cpv. 2 CC, che deve trattarsi di una vera *cartella ipotecaria del proprie-*

88 B. SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückskauf – Bemerkungen zur neuen Lehre und Rechtsprechung, RDS 1990 I, 227; idem, Les dessous de table, SJ 1989, 511 la definisce giustamente una "guérison miraculeuse".

89 P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berna 1997, 263; B. SCHMIDLIN, Der formungültige (n. 88), 229; P. TERCIER/J.-F. DUCREST, La Simulation, FJS 606, Ginevra 1988, 17.

90 Soluzione suggerita da D. GUGGENHEIM, Le droit suisse des contrats, I, Ginevra 1991, 63.

91 F. FURRER (n. 85), 65; B. SCHMIDLIN, Der formungültige (n. 88), 228.

92 Art 965 cpv. 1 e 3 CC.

93 H. LEEMANN (n. 74), ad art. 657 CC, n. 57.

94 In virtù del principio "nec actio nec repetitio".

95 B. SCHMIDLIN (n. 44), ad art. 11 CO, n.41 e segg.

96 B. SCHMIDLIN (n. 44), ad art. 11 CO, n. 112 e 115; idem, Der formungültige (n. 88), 236.

97 F. FURRER (n. 85), 61; J. SCHMID, Die öffentliche (n. 10), n. 667.

98 Il cui scopo è non solo di proteggere le parti da transazioni immobiliari precipitose, ma anche di garantire la sicurezza giuridica di tali operazioni e, segnatamente, una conduzione attendibile ed affidabile del registro fondiario, DTF 119 II 135 c. 2b.

99 J. SCHMID, Die öffentliche (n. 10), n. 667; A. KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückskauf, San Gallo 1989, n. 221.

100 H. MERZ, Vertrag und Vertragschluss, Friburgo 1992, n. 451.

101 H. MERZ (n. 100), n. 438–440.

102 § 313 Abs. 2 BGB.

103 Ciò che è la conseguenza estrema del principio dell'astrazione, P. PIOTET (n. 65), n. 30; A. VON TUHR, Eigentumsübertragung nach Schweizerischem Rechte, RDS 1921, 43.

104 L'art. 974 cpv. 2 CC sancisce con grande chiarezza che l'iscrizione a registro fondiario non ha – al contrario del § 313 Abs. 2 BGB – effetto sanante, ed è perciò indebita se fondata su di un titolo giuridico non vincolante.

105 P. ENGEL (n. 89), 264; I. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Berna 1998, n. 31.36; P. SIMONIUS/T. SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, I, Basilea 1995, § 10, n. 38.

106 E presupponendo comunque l'insufficienza della teoria dell'abuso di diritto.

tario, e che quindi questi ne deve essere (veramente) il primo portatore¹⁰⁷.

Analogo ragionamento vale anche per l'eventuale diritto di pegno manuale in seguito costituito sulla cartella ipotecaria¹⁰⁸.

4. Conclusioni

4.1 In generale

L'istituto della "cartella ipotecaria del proprietario", così come immaginato dal legislatore all'inizio del secolo, è divenuto desueto: nessuno crea più una cartella ipotecaria al portatore da tenere nel cassetto per future esigenze. Ciò che invece è ancora molto attuale è l'abuso di tal istituto per aggirare l'esigenza dell'atto pubblico prevista dall'art. 799 cpv. 2 CC, al fine di risparmiare tempo e spese notarili.

La cartella ipotecaria al portatore creata con il citato abuso è affetta da un vizio nascosto che, in virtù del principio di causalità, può comportare la nullità del titolo, che può manifestarsi al momento meno opportuno, e cioè quando il creditore ipotecario vuol far capo alla garanzia che crede di avere. Il debitore ipotecario, il proprietario o terzi possono ottenere, in occasione di una procedura esecutiva e fallimentare o in una procedura giudiziaria autonoma, l'accertamento dell'inesistenza del diritto di pegno immobiliare contenuto nel titolo e quindi la nullità dello stesso, così come dell'eventuale diritto di pegno manuale sul titolo, oltre che la sua cancellazione a registro fondiario.

Non è detto che tale conseguenza estrema si avveri in ogni caso, molto dipendendo dalle circostanze del caso concreto, e dall'esito della procedura probatoria nella contestazione giudiziaria. Chi sostiene la nullità della cartella ipotecaria al portatore deve infatti provare l'esistenza dell'impegno, non assunto per atto pubblico e precedente alla presentazione dell'istanza di emissione all'ufficio del registro fondiario, di costituire il titolo e di consegnarlo al creditore. Fornire questa prova può essere impresa ardua, anche considerato che tali accordi sono spesso orali, e vengono confermati per iscritto unicamente dopo la presentazione dell'istanza di emissione; un indizio in tal senso può comunque essere il fatto che sull'istanza stessa sia già indicato che il titolo, una volta emesso, dovrà essere trasmesso ad un istituto di credito.

Anche provato tale fatto, la nullità della cartella ipotecaria non è la conseguenza ineluttabile. Se dagli atti emergono elementi atti a provare che il proprietario disponente ha presentato l'istanza di emissione ben conoscendo la nullità del suo impegno, il titolo può esser ritenuto validamente creato; tale conoscenza potrà forse essere presunta per un giurista, o per un professionista dell'immobiliare, ma non per altri.

Infine se il titolo, dopo la sua consegna al primo creditore ipotecario, è circolato, la protezione del terzo di buona fede comporterà la sanatoria del vizio.

4.2 Per il creditore ipotecario

Anche se la nullità del titolo non è la conseguenza ineluttabile, il creditore ipotecario assume un rischio supplementare, accettando in garanzia una cartella ipotecaria creata con l'abuso di cui si è detto sopra. Il semplice fatto che il suo diritto di pegno possa essere oggetto di una contestazione giudiziaria, dall'esito non scontato, costituisce un rischio che dovrebbe farlo riflettere. Ciò anche poiché le contestazioni possono provenire non solo dalla sua controparte contrattuale, ma anche da terzi che possono avere un interesse a far annullare il suo privilegio nell'ambito di una procedura esecutiva o fallimentare.

Nel caso di un finanziamento garantito da cartelle ipotecarie al portatore di futura emissione il creditore ipotecario ha perciò tutto l'interesse a pretendere che i titoli vengano creati con atto pubblico.

Disponendo della copia dell'atto pubblico che lo indica come creditore potrà del resto essere sicuro di avere in mano un titolo di rigetto provvisorio dell'opposizione ai sensi dell'art. 82 LEF, sicurezza che manca invece a chi dispone unicamente di una cartella ipotecaria al portatore emessa dopo il 1 gennaio 1997, visto che il nominativo del debitore non è più obbligatoriamente indicato¹⁰⁹.

4.3 Per il notaio

Il notaio ha tutto da perdere ad intromettersi (o a farsi coinvolgere) nell'elusione delle regole di forma previste dall'art. 799 cpv. 2 CC, camuffando un'emissione di cartella ipotecaria in via bilaterale, in una in via unilaterale. Il solo fatto che ci si rivolga al notaio, per una mansione che notarile non è¹¹⁰, dovrebbe farlo riflettere; infatti, probabilmente, l'unico motivo per coinvolgerlo in tale operazione è quello di scaricare parte della responsabilità sulle sue spalle, nel caso il proprietario disponente non dovesse rispettare il suo impegno di creare il titolo e consegnarlo al creditore.

Inoltre, anche se fino ad oggi il Tribunale federale sembra essere stato benevolo nei confronti del notaio che è in qualche modo coinvolto nella creazione del titolo con la procedura dell'art. 20 cpv. 1 RRF, affermando che egli non è comunque responsabile dell'eventuale vizio di forma¹¹¹, le circostanze possono cambiare. Non è infatti inusuale oggi che il creditore ipotecario affidi esplicitamente l'incarico al notaio di procedere ad una *valida* costituzione dei titoli;

107 Vale a dire che il registro fondiario deve aver consegnato il titolo al proprietario, e non a terzi.

108 In tal senso, A. KOLLER (n. 1), 97, nota 2.

109 D. STAEHELIN (n. 4), ad art. 858 CC, n. 7; idem, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basilea 1998, ad art. 82 LEF, n. 167; J. SCHMID, Eine erneute Änderung der Grundbuchverordnung, RNRF 1997, 70.

110 Nonostante, curiosamente, la tariffa notarile ticinese preveda un onorario per tale operazione, cf. art. 7 LTN.

111 DTF 112 II 430 c. 2c.

innanzi ad un mandato così chiaro, costituirebbe senz'altro un errore professionale¹¹² creare dei titoli nulli.

Il notaio che abbia ricevuto tale incarico non può dunque che adempierlo con la stipulazione di un atto pubblico.

Ein Inhaberschuldbrief kann durch Vertrag oder durch einseitige Willenserklärung des Eigentümers im Falle des Eigentümergrundpfandes errichtet werden. Da der Grundpfanderrichtungsvertrag der öffentlichen Urkunde bedarf, während hingegen für die einseitige Errichtung die schriftliche Form genügt, ist es entscheidend zu wissen, welches der wirkliche Rechtsgrund für die Errichtung des Schuldbriefes ist: Wenn nämlich der Eigentümer sich gegenüber Dritten verpflichtet hat, den Titel zu errichten, kann der Schuldbrief nur durch öffentliche Urkunde errichtet werden, weil der Rechtsgrund ein Vertrag und nicht der einseitige Wille des Eigentümers ist.

Ist der Inhaberschuldbrief trotzdem in einfacher schriftlicher Form erstellt worden, ist er kraft des Kausalitätsprinzips nichtig, da der Eintrag im Grundbuch aus einem nicht verbindlichen Rechtsgrund erfolgt ist. Die einzige Ausnahme ist gegeben, wenn der Eigentümer freiwillig und vor allem in Kenntnis der Formungültigkeit seine Verpflichtung trotzdem erfüllt hat.

Die Nichtigkeit des Schuldbriefes kann vom Eigentümer wie auch von Dritten durch eine Grundbuchberichtigungsklage oder durch eine Klage im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend gemacht werden.

Wenn, wie üblicherweise, der Eigentümer über die Bedingungen des Hypothekendarlehens bereits vor Einreichung der Grundbuchanmeldung des Schuldbriefes beim Grundbuchamt übereingekommen ist, so hat der Hypothekargläubiger volles Interesse, dass der Titel durch öffentliche Urkunde erstellt wird. Auch der Notar, wenn er von der erwähnten Verpflichtung des Eigentümers Kenntnis hat, kann nicht anders als die Form der öffentlichen Urkunde wählen.

Une cédula hypothécaire au porteur peut être constituée par contrat ou, dans le cas de la "cédula hypothécaire du propriétaire", par volonté unilatérale de celui-ci. Dès lors que le contrat de gage immobilier doit être passé en la forme authentique et, qu'au contraire, la forme écrite suffit pour la constitution unilatérale d'une cédula hypothécaire au porteur, il est décisif de connaître la vraie cause de la constitution de la cédula hypothécaire: si le propriétaire s'est déjà engagé envers un tiers à constituer le titre, il ne peut le faire que par acte authentique, car la cause de son acte de disposition n'est pas sa volonté unilatérale mais un contrat.

Dans ce cas, la cédula hypothécaire au porteur créée en simple forme écrite est nulle en vertu du principe de causalité, l'inscription au registre foncier étant alors fondée sur une cause qui n'est pas valable. Seul fait exception à ce principe le cas du propriétaire qui savait que son engagement n'était pas obligatoire et qui a néanmoins présenté volontairement et spontanément la réquisition d'inscription au registre foncier.

Cette nullité peut être soulevée par le propriétaire ou par des tiers, dans une procédure en rectification du registre foncier ou à l'occasion d'une poursuite pour dettes.

Quand, comme dans la majorité des cas, le propriétaire s'est déjà accordé sur les conditions du prêt hypothécaire avant de présenter la réquisition d'inscription au registre foncier, le créancier hypothécaire a tout intérêt à exiger la création du titre par acte authentique. Le notaire aussi, s'il a connaissance de l'engagement du propriétaire, ne peut que choisir la forme de l'acte authentique.

112 O come notaio, o come mandatario, cf. P.-H. STEINAUER (n. 80), 29.