

LA RESPONSABILITÀ DA ISCRIZIONE IPOTECARIA SPROPORZIONATA: È DAVVERO EXTRA CONTRATTUALE?

Di Gianfranco Orlando

| 457

SOMMARIO: 1. *L'oscurità del fondamento dell'ingiustizia del danno da iscrizione ipotecaria eccessiva.* – 2. *L'orientamento contrario alla possibilità di riconoscere il diritto al risarcimento dei danni al debitore che subisce un'iscrizione ipotecaria eccessiva a favore del debitore.* – 3. *La necessità di coordinare i rimedi connessi all'iscrizione ipotecaria eccessiva. In particolare, l'equivoca possibilità di configurare un concorso tra la generale responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e la speciale responsabilità extracontrattuale ex art. 96 c.p.c.* – 4. *L'equivoco inquadramento della fattispecie nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Necessità di un cambiamento di prospettiva: riconduzione della responsabilità per iscrizione ipotecaria eccessiva all'ambito della responsabilità contrattuale.*

ABSTRACT. *L'attuale inquadramento della responsabilità da iscrizione ipotecaria sproporzionata è frutto di un lungo processo di maturazione: dalle originarie negazioni della sua stessa esistenza, si è di recente giunti ad un più consapevole riconoscimento in virtù di un ricco ventaglio di argomenti. L'ordinanza in commento si inserisce in questo percorso evolutivo, il quale però non si è forse ancora concluso: il recepimento giurisprudenziale della natura "contrattuale" di questa responsabilità costituirà il prossimo passo?*

The current classification of the liability for grossly disproportionate mortgage registration is the outcome of a long process of maturation: from the original denials of its very existence, it has recently come to a recognition of the same by a rich range of arguments. The sentence in question is part of this evolutionary way which, however, perhaps has not yet been concluded: will the judicial reception of the "contractual" nature of this liability be the next step?



1. L'oscurità del fondamento dell'ingiustizia del danno da iscrizione ipotecaria eccessiva.

Che l'iscrizione di un'ipoteca possa dar luogo ad "eccessi" è un pericolo che è stato da tempo messo in risalto dalla dottrina. Già scorrendo la trattatistica dell'inizio del secolo scorso si ha occasione di leggere analisi intorno all'esigenza di circoscrivere entro precisi limiti i poteri del creditore che intenda iscrivere un'ipoteca giudiziale. Dalla lettura di quelle pagine emerge, in particolare, la consapevolezza che, se è certamente vero che il creditore «...può usare largamente di questo diritto [di iscrivere unilateralmente l'ipoteca, *nda*], onde ottenere la sicurezza del suo credito, non deve abusarne, dando originariamente alla iscrizione una estensione eccessiva, e continuando a colpire i beni che pervengono nel debitore, mentre quelli già colpiti precedentemente garantiscono a sufficienza la prestazione principale dovuta in virtù della sentenza e dei suoi accessori»¹. Ci si chiede, in sostanza, se l'ordinamento possa rassegnarsi a un creditore che tenga nei confronti del proprio debitore un comportamento – mosso dalle più varie ragioni, che vanno dal dispetto alla concorrenza o anche solo alla colposa incuranza – che abbia come effetto quello di farlo apparire carico di un onere maggiore del vero, ricoprendolo così – come dice la massima dell'ordinanza in commento – di «... discredito sociale e professionale e, conseguentemente, di blocco del patrimonio e dell'attività (...)»².

Ma per quanto la percezione di questo pericolo sia sempre stata piuttosto evidente, altrettanto nitidi sono stati anche i dubbi sull'inquadramento delle norme che consentono di prevenirlo. Sin dall'inizio della riflessione sul tema, infatti, è stata ricorrente la domanda sul *se e per quale ragione* il creditore iscrivente debba risponderne.

Per la comprensione dei profili indicati appare senz'altro opportuna una breve analisi storico-tematica delle ragioni che hanno resistito alla possibilità di riconoscere al debitore il rimedio generale del risarcimento dei danni per l'iscrizione ipotecaria

eccessiva³: la comprensione degli sforzi che è stato necessario mettere in opera per superare queste resistenze, consentirà di toccare quasi con mano i punti problematici della fattispecie in esame. È proprio in questo panorama, peraltro, che si inserisce l'ordinanza in commento, la quale offre spunti di riflessione senz'altro utili per superare incertezze perpetuatesi a lungo. Purtroppo, però, non tutto è chiarito, rimanendo nella penombra alcuni aspetti di non secondario rilievo, quale ad esempio – e nientemeno – quello che concerne la stessa natura (extracontrattuale o contrattuale) della responsabilità di cui si discute. Questione evidentemente centrale, poiché è solo sulla base della risposta ad essa che è possibile ricostruire il fondamento della responsabilità del creditore iscrivente e, di conseguenza, la tutela da apprestare, a cominciare dal giudizio di liceità della condotta. L'aspetto che più preme segnalare, quindi, è che probabilmente il percorso di progressivo riconoscimento della responsabilità in esame non è ancora concluso: anche l'ordinanza in commento, infatti, pur giungendo ad alcune importanti e condivisibili conclusioni, rimane ancorata ad una visione limitata. Ma procediamo con ordine.

2. L'orientamento contrario alla possibilità di riconoscere il diritto al risarcimento dei

³ Il contrasto giurisprudenziale emerge chiaramente già, vigente il codice civile del 1865, nel volume del *Rep. Foro it.* del 1935 che, alla voce *Ipoteca* alla c. 1124, riporta al n. 64 la sentenza App. Catania, 25 gennaio 1935, contraria alla riconoscibilità di una responsabilità risarcitoria a carico del creditore iscrivente una somma eccessiva («Non risponde di danni il creditore che, in virtù della sentenza di condanna generica, accenda ipoteca per una somma eccessiva rispetto al credito suo»), e al contempo riporta al n. 65, in senso opposto, Trib. Venezia, 12 maggio 1934, secondo cui: «L'iscrizione di ipoteca giudiziale in base a sentenza condannatoria ai danni in via generica, quando sia fatta per somma superiore al quinto dell'importo dichiarato dovuto dal giudice, legittima la domanda di risarcimento di danno quando sia provata la colpa dell'iscrivente»; su quest'ultima scia v. la sentenza, di poco precedente, App. Genova, 24 aprile 1933, in *Rep. Foro it.* 1933, voce *Ipoteca*, c. 834, n. 25, e le successive App. Genova, 14 gennaio 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Ipoteca*, c. 1054, n. 53 e, seppur con qualche limitazione, App. Bologna, 29 dicembre 1938, *cit.*

Sul primo orientamento – quello contrario al riconoscimento della responsabilità risarcitoria – v. già App. Venezia, 29 maggio 1912 in *Rep. Foro it.*, 1912, voce *Ipoteca*, c. 721, nn. 31 e 32; App. Venezia, 07 giugno 1912, in *Rep. Foro it.*, 1913, voce *Ipoteca*, n. 13 (ma v. *ivi* anche il n. 12); Cass., 31 luglio 1926, n. 2632 in *Rep. Foro it.*, 1926, I, voce *Ipoteca*, c. 1123, n. 31 ed in *Foro it.*, 1926, I, c. 1139 ss.; App. Catania, 25 gennaio 1935, in *Rep. Foro it.*, 1935, voce *Ipoteca*, c. 1124, n. 64; Trib. Piacenza, 11 agosto 1936, in *Rep. Foro it.*, 1937, I, voce *Ipoteca*, c. 1059, n. 49 e in *Foro it.*, 1937, c. 1580, con nota critica di G. PETRACCONE, *Eccessività di iscrizione ipotecaria e responsabilità per danni*; App. Milano, 15 novembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1938, voce *Ipoteca*, n. 72, c. 1056; App. Bologna, 29 dicembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Ipoteca*, n. 48, c. 995.

¹ E. BIANCHI, *Delle ipoteche, in Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, cur. P. Fiore, VIII, vol. II, 2° ed., Napoli-Torino, 1908, p. 256.

² Riconobbe rilevanza al dolo e alla colpa del creditore App. Bologna, 29 dicembre 1938, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce *Ipoteca*, c. 995, n. 48, secondo cui: «il debitore che pretenda eccessiva o illegittima la iscrizione di una ipoteca sui suoi beni, non può reclamare nessun risarcimento dei danni se non provveda per ottenere la riduzione o la cancellazione della ipoteca, e non dimostri che il creditore abbia agito con dolo o con colpa». Sul punto, si rinvia all'ultimo paragrafo.



danni al debitore che subisce un'iscrizione ipotecaria eccessiva.

Le ragioni contrarie alla possibilità di riconoscere a favore del debitore il rimedio generale del risarcimento dei danni causati da un'iscrizione ipotecaria eccessiva possono essere compendiate richiamando un tetrastico di brocardi, sovente sparsi nelle diverse trattazioni giurisprudenziali e dottrinali sul tema.

a) *Ubi lex noluit tacuit*. L'idea che sembrò originariamente precludere la possibilità di riconoscere spazio ad un risarcimento del danno per iscrizione ipotecaria eccessiva si fondava sul silenzio della legge. In un primo tempo, infatti, non era raro leggere che: «...il silenzio della legge circa la responsabilità, per dolo o per colpa, di colui che accenda l'ipoteca giudiziale in maniera esuberante, non può non avere la sua importanza, fornendo un primo motivo per ritenere che il legislatore non abbia voluto ammetterla»⁴.

Tuttavia, l'argomento non ha mai persuaso molto, potendo essere facilmente ribaltato: «come credere, nel silenzio della legge, che siasi derogato al principio basilare per cui ogni fatto dannoso genera una obbligazione di risarcimento di danni»⁵? Invero, solo un grave fraintendimento della natura dei rapporti tra creditore ipotecario e debitore può indurre a pensare che *nessuna norma* preveda la possibilità di qualificare il pregiudizio derivante al debitore come un illecito: la responsabilità da atto illecito è sempre stata una previsione generale, che trovava il suo fondamento nell'art. 1151 c.c. del 1865 (corrispondente al vigente art. 2043 c.c.). Semmai – come si vedrà – il punto è stabilire se debba essere *questa* la norma generale da prendere in considerazione, ovvero – contrariamente al pensiero dominante – quella sulla responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.).

b) *Ubi lex voluit dixit*. Avvertendo, probabilmente, la debolezza dell'argomento del “silenzio della legge”, la giurisprudenza ha quasi sempre tentato di supportare la propria posizione invocando indici

normativi asseritamente segnalatori dell'impossibilità di riconoscere al debitore il diritto al risarcimento del danno da iscrizione ipotecaria eccessiva.

Un primo argomento di carattere “positivo”, richiamato in questo senso, faceva leva sul principio di universalità della responsabilità patrimoniale. Ad esempio, in Trib. Piacenza 11 agosto 1936⁶ si legge che: «...già l'art. 1948 cod. civ. [corrispondente all'attuale art. 2740 c.c., *nda*] col sottoporre a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni tutti i beni mobili ed immobili, presenti e futuri del debitore, dà un primo argomento per ritenere che la legge non pone limiti al creditore nelle iscrizioni dell'ipoteca giudiziale, consentendogli quindi di estenderla anche al di là dei fini della garanzia». A questo argomento, però, è stato agevole replicare che il principio di universalità della responsabilità patrimoniale non giustifica il potere del creditore di iscrivere un'ipoteca *eccessiva*⁷; osservazione alla quale può aggiungersi un'altra: «...non c'è una ragione stringente per la quale la funzione di generale garanzia per il creditore assolta dall'intero patrimonio, presente e futuro, del debitore (art. 2740 c.c.), non debba incontrare il limite dell'abuso del diritto»⁸ (su questo punto si tornerà più avanti). La verità è che responsabilità patrimoniale è sempre e comunque commisurata all'entità del debito esistente, come risulta anche dall'art. 496 c.p.c., che prevede la riduzione del pignoramento superiore all'ammontare dei crediti⁹, e, soprattutto, dall'art. 2910 c.c.,

⁴ Così, ad esempio, Cass., 31 luglio 1926, n. 2632, *cit.*

⁵ A. MONTEL, *Sulla responsabilità conseguente all'iscrizione di ipoteca per somma esorbitante*, in *Il notariato italiano*, 1941, p. 317 ss. successivamente raccolto in *Id.*, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino, 1971², p. 477, nt. 1 (da cui si cita e ove, da p. 479, si trova anche, a commento della sentenza Cass. 03 novembre 1961, n. 2548, la nota dal titolo *A proposito di responsabilità per eccesso di iscrizione ipotecaria*, in *Riv. dir. ipot.*, 1962, p. 135 ss.). Di questo A. – che riconosce la responsabilità risarcitoria solo in caso di iscrizione di somma eccessiva – v. anche *Iscrizione di ipoteca per somma esorbitante e responsabilità ex art. 1151 c.c.*, in *Giur. tor.*, 1937, c. 696 ss. e *Ancora in tema di responsabilità per eccesso di iscrizione ipotecaria*, in *Foro pad.*, 1962, I, c. 741 ss.

⁶ in *Foro it.*, 1937, I, c. 1580, con nota di G. PETRACCONI, *cit.*, e in *Giur. tor.*, 1937, c. 696 ss., con nota di A. MONTEL *cit.* in nt. 5.

⁷ Si veda Cass., 03 novembre 1961, n. 2548, in *Foro it.*, 1962, I, 262, secondo cui: «... l'eccezione al principio generale della responsabilità per atto illecito doveva risultare indiscutibilmente dal sistema della legge mentre nessuna delle disposizioni richiamate poteva condurre a questo risultato: non la norma dell'art. 2740 cod. civ., perché concerne la garanzia generica costituita da tutti i beni del debitore e non quella specifica della garanzia ipotecaria» (osservazione ripresa anche dall'ordinanza in commento).

⁸ Il brano virgolettato si legge in Cass. 5 aprile 2016, n. 6533, in *Giur. it.*, 2016, p. 2103 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE, *Quando il creditore può incorrere nell'abuso della garanzia patrimoniale del debitore*. La sentenza è pubblicata anche in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 1183 ss., con nota di V. BELLONIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale eccessiva e responsabilità aggravata del creditore*; in *Imm. e propr.*, 2016 p. 725 ss., con nota di A. CELESTE, *Responsabilità aggravata del creditore per ipoteca giudiziale oltre il valore della cautela tra abuso del diritto e giusto processo*; in *Rass. dir. civ.*, 1, 2017, p. 287 ss., con nota di S. GIOVA, *La responsabilità del creditore per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale sproporzionata*; in *Corr. Giur.*, 4, 2017, p. 482 ss., con nota di M. BELLANTE, *Responsabilità del creditore per eccesso di iscrizione ipotecaria sui beni del debitore*.

⁹ Dopo una prima fase in cui la giurisprudenza ha escluso qualsiasi forma di risarcimento a favore dell'esecutato per l'eccesso



che consente al creditore di conseguire «quanto gli è dovuto», e non altro¹⁰.

Un secondo argomento positivo (asseritamente) contrario alla risarcibilità del danno da iscrizione ipotecaria eccessiva passa(va) dall'affermazione dell'ampia facoltà conferita al creditore di cautelarsi, mediante l'ipoteca giudiziale, su *qualunque* dei beni immobili appartenenti al debitore. Così, la già citata sentenza del Trib. Piacenza, 11 agosto 1936, indicava a supporto della propria decisione l'art. 1986 (corrispondente al vigente art. 2828 c.c.), secondo cui l'ipoteca giudiziale «[...] può essere iscritta su qualunque degli immobili appartenenti al debitore, ed anche su quelli futuri man mano che gli pervengono, mentre, per quanto si attiene all'entità della somma, l'art. 1992, come si è visto, consente al creditore di farne la determinazione, ove questa manchi nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito o in atto posteriore. E l'applicazione dell'art. 1992 si verifica normalmente a proposito delle sentenze di condanna generica ai danni. Detta libertà nell'estensione dell'ipoteca anche al di là della necessità della garanzia, è, per altro, temperata dalla legge appunto con l'istituto della riduzione il quale non può essere inteso come diretto a correggere un atto illegittimo».

Anche contro questo argomento fu semplice, tuttavia, muovere l'obiezione – ripresa anche dall'ordinanza in commento – per cui la disposizione dell'art. 2828 c.c. non prevede un'eccezione incompatibile con il concorrente principio generale della responsabilità per atto illecito, in quanto «...si limita a riconoscere la facoltà di iscrivere l'ipoteca giudiziale su qualunque bene del debitore senza nulla stabilire circa l'ambito dell'iscrizione»¹¹. Con la sentenza del 5 aprile 2016, n. 6533, peraltro, la Corte di Cassazione ha chiarito che «non si vede per quale stringente ragione si debba leggere l'art. 2828 c.c., che abilita il creditore ad iscrivere ipoteca su qualunque immobile, presente e sopravvenuto del debitore, e quindi a scegliere su quanti e quali immobili iscrivere ipoteca, come abilitazione ad iscrivere ipoteca su tutti gli immobili. Anzi, proprio la strumentalità della garanzia reale rispetto a crediti determinati autorizza a ipotizzare che, ferma la libertà di scelta tra quali immobili, il valore degli stessi non possa non rapportarsi alla cautela ricono-

sciuta»¹². Nello stesso senso è, poi, possibile richiamare un'evoluzione normativa dal pregnante valore storico: proprio in riferimento all'ipoteca, il codificatore del '42 ha eliminato la figura dell'ipoteca generale prevista dal codice del 1865, mostrando così la volontà di superare un sistema di vincoli “assoluti” di garanzia¹³.

Un ulteriore argomento invocato in senso contrario alla risarcibilità del danno da ipoteca eccessiva faceva leva sul riconoscimento del valore legale dell'onere delle spese della riduzione dell'ipoteca, essendo queste poste a carico del debitore anche in caso di eccedenza del valore dei beni rispetto alla cautela da somministrarsi¹⁴. Proprio questa distribu-

¹² Cass. 5 aprile 2016, n. 6533, *cit.*

¹³ A. CHIANALE, *L'ipoteca*, 3° ed., Torino, 2017, p. 274 ss.

¹⁴ Al riguardo, è utile precisare che questo argomento poteva in astratto essere fatto valere (solo) per contrastare la risarcibilità derivante da eccesso *nei beni vincolati*: solo in caso di restrizione dell'ipoteca, infatti, l'art. 2877 c.c. prevede che le spese vengano imputate al debitore (sul punto v. S. GIOVA, *op.cit.*, p. 304). E fu soprattutto da questa disciplina (diversa rispetto a quella prevista per la riduzione per somma eccessiva) che germinò il nutrito orientamento che riconosce la responsabilità risarcitoria solo in caso di iscrizione di somma eccessiva (negandola, invece, in caso di eccesso nei beni coinvolti): in dottrina v. A. MONTEL (v. *retro* nt. 5); G. PETRACCONE, *op.cit.*, c. 1580 ss.; inizialmente favorevole ad un generalizzato riconoscimento della responsabilità del creditore si era mostrato G. GORLA, *Art. 2877*, in R. NICOLÒ -V. ANDRIOLI-G. GORLA, *Tutela dei diritti (Art. 2740-2899)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1945, p. 619 e, nell'edizione del 1958, p. 641, nella quarta edizione dell'opera, però, la responsabilità viene limitata al caso di eccesso nella determinazione del credito: v. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno-Delle ipoteche (Art. 2784-2899)*⁴, medesimo Commentario, 1992, p. 482, ove si afferma che «per l'argomento che si trae *ex art.* 2877 1° comma e perché si tratta di un titolo che dà diritto ad iscrivere ipoteca generale, sembra da escludere la responsabilità per eccesso rispetto ai beni», allineandosi, così, alla maggior parte della dottrina che, per lo più, limitava la responsabilità alla sola ipotesi di eccesso della somma iscritta (non anche dei beni coinvolti); D. RUBINO, *L'ipoteca mobiliare e immobiliare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1956, p. 493 (peraltro solo in caso di riduzione giudiziale, perché in quella volontaria, se richiesta dal proprietario, sarebbe implicita la rinuncia ai danni); G. TONI, nota anepigrafa di Cass., 3 febbraio 1967, n. 311, in *Riv. dir. ipot.*, 1969, p. 133; P. DE LISE - L. COSSU, *Della tutela dei diritti, Delle ipoteche art. 2808 - 2899*, in *Comm. teorico-pratico al codice civile*, dir. V. de Martino, Novara, 1974, p. 582 ss. (anche in caso di riduzione volontaria, a seconda dei casi, discostandosi sul punto dall'opinione di Rubino); G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Le ipoteche*, in *Comm. cod.civ.*, Torino, 1976², p. 335; A. BUSANI, *Responsabilità del creditore per eccessiva iscrizione ipotecaria su beni del debitore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2000, p. 617 ss.; F. MANFREDINI, *La responsabilità per eccesso di iscrizione ipotecaria*, in *Notariato*, 4, 2000, p. 318; C. FOSCHINI, *Restrizione dell'oggetto ipotecato e riduzione della somma ipotecata: le differenti discipline*, nota a Cass. 4 aprile 2001, n. 4968, in *Giur. it.*, 2002, p. 270. In giur. v. Trib. Venezia, 12 maggio 1934, *cit.*; App. Genova, 24 aprile 1933, *cit.*; Cass. 03 novembre 1961, n. 2548, *cit.*; Cass., 24 luglio 2007, n. 16308; Cass., 07 maggio 2007, n. 10299, in *Mass. Foro it.*, 2007, 74.

di pignoramento (v. Cass. 1° aprile 2005, n. 6895, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 590 ss.), più di recente sembra invece ammetterlo (Cass. 3 settembre 2007, n. 18533, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2402). Cfr. inoltre Cass. 17 ottobre 1994, n. 8464, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 22; Cass. 14 maggio 2007, n. 10993, in *Dir. ind.*, 2007, p. 327 ss.

¹⁰ A. CELESTE, *op.cit.*, p. 727.

¹¹ come dà conto Cass. 3 novembre 1961, n. 2548, *cit.* Negli stessi termini l'ordinanza in commento.



zione dell'onere sarebbe prova del fatto che non si possano ravvisare nella condotta del creditore gli estremi un fatto illecito «...perché questo postula che chi lo ha commesso se ne assuma tutte le conseguenze dannose e tra queste conseguenze vi sarebbero per prime (...) quelle costituite dalle spese necessarie per eseguire la riduzione, spese che invece la legge pone a carico del richiedente»¹⁵. Così argomentava, ad esempio, Cass. 3 novembre 1961, n. 2548¹⁶: «...l'eccezione al principio generale della responsabilità per atto illecito extracontrattuale risulta indubitabilmente dalla disposizione dell'art. 2877 cod. civ., in cui le spese necessarie per eseguire la riduzione sono sempre a carico del richiedente quando la riduzione è stata chiesta per avere i beni compresi nell'iscrizione un valore eccedente la cautela da somministrarsi: sono a carico del creditore solo quando la riduzione abbia luogo per eccesso nella determinazione del credito. Ora non si saprebbe vedere una responsabilità per danno quando, è per espressa disposizione di legge, le stesse spese della procedura di riduzione nella prima ipotesi considerata – che è quella che ricorre nella presente controversia – sono a carico del debitore e non del creditore»¹⁷.

A non persuadere, tuttavia, è proprio quest'ultimo argomento. E ciò, per la verità, non tanto per quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza del 2016, ossia perché: «...l'essere poste le spese della riduzione di ipoteca, chiesta per l'eccesso rispetto al valore dei beni ipotecati, in capo al "richiedente" – che peraltro solo in linea di normalità coincide con il debitore – ha la sua ragionevole spiegazione, oltre che nell'interesse preponderante ed impellente che il debitore può avere a liberare beni vincolati e "fuori mercato", anche nella difficoltà, e conseguente soggettività, della valutazione dei beni da farsi da parte del creditore senza procedere ad un accertamento tecnico. Così, come l'essere le spese in argomento poste in capo al creditore, quando la riduzione/restrizione dell'ipoteca è chiesta per l'eccesso nella determinazione del credito garantito, ha una plausibile ragione nell'essere egli il solo in condizioni di conoscerne e di stimarne meglio l'ammontare (ragioni, peraltro, non disconosciute dalle decisioni che hanno affermato

l'indirizzo ora sottoposto a revisione, cfr. Cass. n. 4968 del 2001)»; con questo argomento, infatti, la Suprema Corte si limita a pensare che la peculiare distribuzione dell'onere delle spese sia frutto della logica della “prossimità delle valutazioni” tipica delle iscrizioni ipotecarie. Più vicina alla verità pare, invece, l'opinione di chi osserva che l'art. 2877 c.c., è norma «...destinata a non trovare applicazione nel caso di iscrizione su più beni di valore eccessivo rispetto al credito, situazione questa in cui, in virtù del principio di autoresponsabilità, le spese dovranno certamente ricadere sul creditore, che utilizzando il proprio diritto con modalità eccessive rispetto a quelle corrispondenti alla diligenza insita nei rapporti tra privati o per fini ultronei rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento, sarà onerato del pagamento delle spese necessarie a rimuovere gli effetti negativi della sua condotta»¹⁸. Questa interpretazione chiarisce che la norma disciplina le sole ipotesi in cui l'iscrizione viene fatta in virtù di determinazioni prudenti (cioè non contrarie alle più elementari regole di correttezza), non di quelle abusive (cioè finalizzate ad ottenere, per mezzo dello strumento lecito della garanzia, vantaggi ingiusti), per le quali non possono che trovare applicazione i principi generali.

c) *Lex specialis derogat lex generalis*. Assumendo un diverso punto di vista, la resistenza alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno al debitore che subisce un'iscrizione ipotecaria eccessiva è stata altresì fondata sulla presenza di rimedi tipici e speciali, volti ad ovviare proprio all'inconveniente dell'eccesso. Nella misura in cui, si diceva, l'ordinamento prevede degli strumenti *ad hoc*, è a questi che il soggetto leso deve ricorrere. Così si orientava, ad esempio, Trib. Piacenza, 11 agosto 1936, secondo cui: «le particolari ed analitiche disposizioni del codice in ordine all'istituto della riduzione (...), nel loro complesso, forniscono motivi per non consentire un richiamo ad altre disposizioni di legge anche di carattere generale, quale quella dell'art. 1151 cod. civile».

Anche questa argomentazione però, per quanto apparentemente lineare, non convince, quantomeno se si considera attentamente il rapporto tra norme generali e speciali: una norma speciale può valere come deroga ad una norma generale solo nei limiti in cui si riveli assolutamente incompatibile con essa. E ciò non è possibile dirlo, ad esempio, quando si è di fronte a due danni diversi, quali sono quello dato «...sia in punto di perdita di stima da parte del sistema creditizio, sia in punto di "effetto valanga"

¹⁵ G. TONI, *op.cit.*, p. 132 s.

¹⁶ Cass. 3 novembre 1961, n. 2548, *cit.*

¹⁷ L'orientamento fu confermato successivamente da Trib. Perugia, 25 ottobre 1963 in *Rep. Giur. it.*, 1964, voce *Ipoteca*, n. 8, secondo cui: «L'art. 2877 c.c. introduce una eccezione al principio generale della responsabilità per atto illecito extracontrattuale, con la conseguenza che è inammissibile l'azione di risarcimento per danno nel caso che la riduzione della ipoteca sia stata richiesta per eccesso nel valore dei beni ipotecati, e ciò in conseguenza della facoltà concessa dalla legge al creditore di iscrivere ipoteca su tutti i beni del debitore».

¹⁸ D. ACHILLE, *Eccesso di iscrizione ipotecaria e "principio" di proporzionalità delle garanzie rispetto al credito*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2018, p. 469 s.



rappresentato dalle iscrizioni ipotecarie eseguite dagli altri istituti di credito una volta che, ingiustamente o imprudentemente, [l'istituto bancario] aveva iscritto ipoteca in assenza dei presupposti¹⁹; l'altro dato dalla permanenza nei registri immobiliari dell'ipoteca "eccessiva" (almeno fino al momento in cui la mancata tempestiva attivazione della riduzione, secondo diligenza, possa rendere lo stesso debitore corresponsabile del danno)²⁰. La diversità di ambito mostra la ragione per cui è possibile riconoscere la concorrenza tra tutela in forma specifica (qual è, a ben vedere, l'istituto della riduzione) e rimedio risarcitorio. Su questo punto – non secondario per la tesi che si intende sostenere in questa nota – si tornerà anche più avanti.

d) *Qui iure suo utitur neminem laedit*. Viene in considerazione, infine, l'argomento più suadente e, al contempo, più errato dal punto di vista concettuale. Già nella giurisprudenza più risalente si legge, ad esempio, che: «Il creditore, iscrivendo l'ipoteca giudiziale, per quanto estesa, *si vale di un proprio diritto*, il quale non trova temperamento che nell'istituto della riduzione»²¹. Ed anche la citata Cass. 31 luglio 1926, n. 2632, concludeva il proprio ragionamento affermando la legittimità dell'esecuzione di un'iscrizione ipotecaria eccessiva «... costituendo l'estensione della ipoteca giudiziale, anche al di là della necessità della garanzia, *un diritto del creditore*».

Gli argomenti portati a conferma di questa posizione si traevano, oltre che dalla serie di norme già analizzate, da alcune di carattere generale. Così, ad esempio, si affermava che: «Oltre che dal fatto di essere la legge stessa ad accordare detta libertà [del creditore, *nda*], lo si ricava dal disposto dell'articolo 2026 [corrispondente all'odierno art. 2874 c.c., *nda*], che accomuna per la riduzione le ipoteche giudiziali e quelle legali, rispetto alle quali è inconcepibile qualsiasi idea di atto illegittimo»²². Ciò si affermava soprattutto in considerazione del fatto che il pericolo di "eccesso" è sovente causato dalla

fisiologica indeterminatezza del credito, ragion per cui si osservava che «l'iscrizione di ipoteca giudiziale con estensione esuberante di fronte al credito garantito non può mai costituire atto illecito»²³. Ciò in indusse una parte della dottrina e della giurisprudenza a confinare la responsabilità del creditore al solo caso in cui il danno si verifica per dolo, riducendo gli effetti della responsabilità di chi iscrive ipoteca eccessiva per colpa all'obbligo di pagare le spese della riduzione derivanti dall'eccesso di iscrizione²⁴.

Ma, come è facile evidenziare, che l'iscrizione ipotecaria "eccessiva" corrisponda all'esercizio di un "diritto" costituisce un postulato piuttosto debole: un conto è che l'ordinamento preveda un diritto, tutt'altro è dedurre da questo la liceità del comportamento che lo esercita in modo "eccessivo" (e, dunque, per definizione, non corrispondente allo statuto assiologico del diritto stesso). Mentre, per quanto riguarda l'elemento soggettivo della condotta del creditore, è evidente il limite di qualsiasi impostazione che non la ricostruisca (innanzitutto) alla luce della natura della responsabilità di cui si discute. Anche per questa ragione, quindi, conviene adesso porsi più vicini a tale questione.

3. La necessità di coordinare i rimedi connessi all'iscrizione ipotecaria eccessiva. In particolare, l'equivoca possibilità di configurare un concorso tra la generale responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e la speciale responsabilità extracontrattuale ex art. 96 c.p.c.

Oltre agli argomenti – analizzati nel precedente paragrafo – volti a negare *ab imis* la possibilità di riconoscere un risarcimento del danno in capo al debitore, il campo in esame è sempre stato caratterizzato anche da numerosi tentativi di ridimensionamento della responsabilità, come emerge, ad esempio, dalla linea di pensiero che ha puntato a limitarla al (solo) ambito processuale²⁵. Come già accennato, in sostanza l'idea è che, data al creditore la

¹⁹ così, efficacemente, il ricorso che ha condotto all'ordinanza in commento, per come riportato nella stessa.

²⁰ L'obbligo per il debitore di provvedere alla riduzione o alla cancellazione sembra un prerequisito per il riconoscimento della responsabilità risarcitoria del creditore per App. Bologna, 29 dicembre 1938, *cit*. Si segnala la posizione di A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, cont. P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 600 s., in part. nt. 35, ove si precisa che il riconoscimento della responsabilità risarcitoria per l'ipotesi di palese abuso del diritto è una tesi «...con la quale si potrebbe anche concordare, con la riserva della incidenza del comportamento del creditore che, richiesto, aderisca subito alla riduzione; comportamento che dovrebbe essere idoneo a determinare l'eliminazione del danno risarcibile».

²¹ App. Venezia, 07 giugno 1912, *cit*.

²² Trib. Piacenza, 11 agosto 1936, *cit*.

²³ E. PACIFICI-MAZZONI, *Trattato dei privilegi e delle ipoteche*, I, in *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Torino 1930, p. 332, nt. 1 (ma, come segnalato da D. ACHILLE, *op.cit.*, nt. 10, detta precisazione compare nell'edizione citata, riveduta e commentata dalla nuova giurisprudenza e a cura di G. Venuti).

²⁴ Così G.P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II, 2° ed., Milano-Torino-Roma 1918, p. 509.

²⁵ Ma v. S. GIOVA, *op.cit.*, p. 299, la quale opportunamente rileva che la questione «assume rilievo anche al di fuori della dimensione processuale e a prescindere dal presupposto della inesistenza del credito a iscriverne ipoteca (*melius* dell'insussistenza del credito garantito)».



facoltà prevista dall'art. 2838 c.c. di stabilire, nella nota, la somma per cui l'iscrizione deve essere eseguita, se poi la iscriva per una somma superiore alle necessità della garanzia fa comunque uso di un suo diritto che è moderato dalla facoltà del debitore di chiedere la riduzione. A fronte del potere del creditore di determinare discrezionalmente i beni da vincolare, dovrebbe dunque essere il debitore ad attivarsi per chiedere la riduzione nel caso in cui il creditore esageri; e solo se questi persista nell'eccesso resistendo in giudizio con mala fede e o colpa grave verrà ad integrarsi a suo carico una responsabilità ex art. 96 c.p.c.²⁶. Il che è senz'altro vero ma, come si è presto notato, questo tipo di responsabilità non esclude certo – anzi, semmai, si aggiunge a – quella riconoscibile già sul piano sostanziale perché «...i danni, quando sussistono, discendono già dall'iscrizione eccessiva, non dalla successiva resistenza in giudizio»²⁷.

Tale inquadramento non contrasta con l'impossibilità, sostenuta da un orientamento, di un concorso tra le due norme in relazione al medesimo fatto²⁸. Nell'ordinanza in commento, la Cassazione

²⁶ Sulla possibilità di riconoscere la responsabilità ex art. 96, comma 1°, c.p.c. a carico del creditore iscrivente ipoteca su beni di valore eccedente rispetto al credito garantito v. G. TAMBURRINO, *op. loc. cit.*, nt. 19; App. Torino, 31 luglio 1959, in *Arch. resp. civ.*, 1963, p. 193; Cass., 3 novembre 1961, n. 2548, *cit.*; Cass., 3 febbraio 1967, n. 311, *cit.*; Cass., 07 marzo 1967, n. 529, in *Giust. civ.*, 1967, I, 892 e Cass., 9 novembre 1994, n. 9307, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Spese giudiziali civili*, n. 45, secondo cui il creditore che ha iscritto ipoteca su beni di valore eccedente l'importo del credito da cauzionare può incorrere nella responsabilità di cui all'art. 96 c.p.c. solo se sia accertata l'inesistenza del diritto o se, convenuto per la riduzione dell'ipoteca, abbia resistito con dolo o colpa grave, restando esclusa ogni concorrente responsabilità extracontrattuale per fatto illecito, atteso che non sarebbe configurabile concorso tra la responsabilità aquiliana regolata dall'art. 2043 cod. civ. e la responsabilità invero esaustivamente regolata dall'art. 96 c.p.c. Sulla esaustività della normativa contenuta nell'art. 96, comma 1°, c.p.c., anche Cass., 01 febbraio 1993, n. 1212, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2547.

²⁷ D. RUBINO, *op. cit.*, p. 493, che peraltro – forse eccedendo – sostiene così l'esclusione della responsabilità processuale per gli eventuali danni derivanti da un'iscrizione eccessiva nei beni vincolati.

²⁸ Così, ad esempio, Cass., 03 novembre 1961, n. 2548, *cit.*: «La questione deve essere considerata anche sotto il profilo dell'art. 96 c.p.c. (...), e cioè sotto il profilo di una responsabilità meramente processuale, conseguente al comportamento del creditore nel giudizio di riduzione dell'ipoteca. Questa Corte, dopo vivi contrasti, ha affermato che l'art. 96 cod. proc. civ. regola tutte le ipotesi di responsabilità processuale e che nessuna di esse è disciplinata dalla norma generale dell'art. 2043 cod. civ.; di conseguenza, quando il danno si fa derivare da uno degli atti indicati nell'art. 96 comma secondo (esecuzione di provvedimenti cautelari, trascrizione di domande giudiziali, iscrizione di ipoteche giudiziali, inizio o compimento dell'esecuzione forzata), se si accerta l'inesistenza del diritto, in base al quale gli atti predetti siano stati eseguiti, è applicabile la norma del secondo comma della disposizione predetta con la

osserva opportunamente che: «Diversamente da quanto pure da questa Corte in passato sostenuto (in tal senso v. Cass., 23/8/2011, n. 17523; Cass., 3/3/2010, n. 5069; Cass., 26/11/2008, n. 28226; Cass., 17/10/2003, n. 15551), deve negarsi che la previsione della speciale responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c., escluda la possibilità di un concorso - in quanto compatibile - con la disciplina generale dell'illecito civile ex art. 2043 c.c. (cfr., con riferimento alla trascrizione illegittima, Cass., Sez. Un., 23/3/2011, n. 6597)». La scelta è fondata sull'idea che: «La condotta prudente e diligente nonché informata al rispetto del principio di buona fede o correttezza va dal creditore mantenuta non solo in caso di ricorso a rimedi processuali (dovendo astenersi dal proporre in particolare istanze (es., di fallimento) o richieste di provvedimenti cautelari o dal proporre domande infondate), bensì, ancor prima e a prescindere, nell'esercizio dei propri diritti contrattuali o negoziali e in termini generali nell'ambito dei comuni rapporti della vita di relazione (cfr. Cass., 2/4/2021, n. 9200; Cass., 30/6/2014, n. 14765; Cass., 15/2/2007, n. 3462; Cass., Sez. Un., 15/11/2007, n. 23726), essendo il titolare di diritti, poteri e facoltà tenuto ad esercitarli senza abusarne (cfr. Cass., 15/10/2012, n. 17642; Cass., 4/5/2009, n. 10182; Cass., 5/3/2009, n. 5348)». In definitiva, nella prospettiva adottata dalla Corte la responsabilità processuale ex art. 96 c.p.c. si configura sì come una *species* da inquadrare nel più ampio *genus* della responsabilità extracontrattuale²⁹, ma il danno da iscrizione ipotecaria sproporzionata riguarda situazioni che prescindono dal(l'instaurazione abusiva del) processo, collocandosi già «...sul piano dei sostanziali rapporti della vita comune di relazione». E in effetti non c'è dubbio che sia proprio così, posto che un processo potrebbe non venire mai in essere e che tuttavia un danno per il debitore si può verificare.

conseguenza che l'azione di risarcimento è subordinata all'accertamento del difetto di normale prudenza dell'attore o del creditore precedente; se, invece, indiscussa l'esistenza del diritto, manchino le altre condizioni e gli altri presupposti degli atti predetti (nullità formali, abusi ed eccessi negli atti medesimi), la responsabilità processuale s'inquadra nell'ipotesi del primo comma dello stesso articolo con la conseguenza che essa sussiste solo se si sia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave (Cass. 19 ottobre 1959 n. 2954; 20 ottobre 1959 n. 2979; 22 dicembre 1959 n. 3576; 9 agosto 1960 n. 2340; 24 ottobre 1960 n. 2882)».

²⁹ E. GRASSO, *Della responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali*, in *Comm. cod. proc. civ.*, cur. E. Allorio, I, 2, Torino 1973, p. 1032; G. BONGIORNO, voce *Responsabilità aggravata*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p.1; M.P. GASPERINI, *Domanda cautelare e responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 888; S. SATTÀ – C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, II, 13ª ed., Padova, 2000, p. 131.



In tale quadro, peraltro, oltre a prendere atto del fatto che altro è il piano della vita di relazione («...sia in punto di perdita di stima da parte del sistema creditizio, sia in punto di "effetto valanga" rappresentato dalle iscrizioni ipotecarie eseguite dagli altri istituti di credito una volta che, ingiustamente o imprudentemente, [l'istituto bancario] aveva iscritto ipoteca in assenza dei presupposti»), altro è il piano dello specifico pregiudizio causato dall'aver attivato un giudizio (sanzionato dall'art. 96 c.p.c.), si potrebbe fare anche un passo in più, evidenziando maggiormente la diversità dei piani in discussione. L'impressione, infatti, è che la situazione normativa di cui si tratta non descrive un rapporto di genere a specie tra norme non solo per la diversa configurazione del danno cui s'è già fatto cenno, ma anche per una ragione più profonda, legata alla natura della responsabilità in esame.

4. L'equivoco inquadramento della fattispecie all'ambito della responsabilità extracontrattuale. Necessità di un cambiamento di prospettiva: riconduzione della responsabilità per iscrizione ipotecaria eccessiva nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Nell'ordinanza in commento, la Cassazione si inserisce nell'orientamento attualmente dominante, che è compatto nell'ascrivere la responsabilità per iscrizione ipotecaria eccessiva alla responsabilità extracontrattuale. Ad un diverso inquadramento, tuttavia, si sarebbe forse più opportunamente pervenuti se solo si fosse preso atto del fatto che tra creditore ipotecario e debitore *preesiste* un rapporto obbligatorio³⁰: l'esercizio scorretto della garanzia integra violazione degli obblighi imposti dal rapporto giuridico garantito, onde occorre pensare che la responsabilità di cui si tratta è di natura contrattuale³¹.

³⁰ V., *ex multis*, L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072: «Si dice contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte».

³¹ A questa stessa conclusione perveniva (concisamente, ma con tono perentorio) un'autorevole – ancorché quasi del tutto isolata – voce del panorama dottrinario: D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., p. 493 s., nt. 54, ove si legge che: «Contrariamente alla comune opinione, la responsabilità è contrattuale»; di recente v. C. GHIONNI, *Ipoteca esorbitante e responsabilità del creditore*, in *www.comparazionediritto.it*, p. 13. La natura contrattuale della responsabilità è stata contestata: «...in quanto il diritto di iscrivere ipoteca giudiziale (per l'ipotesi di eccesso di somma da cautelare) non deriva da contratto, ma dalla legge, che autorizza il creditore ad iscrivere ipoteca, quando la sentenza di condanna non determini esattamente la somma per cui può essere richiesta la misura cautelare» (così

Certo, le difficoltà di ricondurre la fattispecie in esame nell'ambito della responsabilità contrattuale non sono di poco momento³². D'altra parte, però, il legame giuridico che corre tra garante e garantito è tra soggetti specifici: appare, dunque, quantomeno anomalo applicare ad esso un modello di responsabilità normalmente destinato a svolgere una funzione preventiva e ristorativa dei danni provocati tra estranei (e addirittura tra "passanti"), specialmente in un periodo storico in cui tale consapevolezza appare ormai perfettamente acquisita – seppur in riferimento a fattispecie diverse da quella in esame – dalla giurisprudenza di legittimità³³.

Per altro verso, l'utilità di ricorrere al modello della responsabilità contrattuale appare evidente ove solo si rifletta sul fatto che, come si accennava, nel-

E. PROTETTI, *L'ipoteca nella giurisprudenza*, Padova, 1971, p. 172), ma – come chiariva Mengoni nell'opera citata alla nota precedente – la responsabilità è contrattuale tutte le volte in cui si abbia inadempimento di un'obbligazione "quale che sia la fonte" (che può essere anche legale, extracontrattuale, ecc.). Significativamente aperturista rispetto alla possibilità di riconoscere la natura contrattuale della responsabilità contrattuale fu anche Montel (in *Ancora in tema di responsabilità per eccesso di iscrizione ipotecaria*, cit., p. 480), ma limitatamente all'ipotesi in cui la somma è esorbitante rispetto ad un ammontare prestabilito, mentre la escludeva nell'ipotesi in cui l'ammontare sia unilateralmente determinato dal creditore. Tuttavia, come si è già detto e come preciserà nella nota successiva, per riconoscere la responsabilità contrattuale non occorre che "contrattuale" sia anche la fonte dell'obbligazione.

³² Per compiere questa operazione, infatti, di regola occorrerebbe previamente individuare l'*inadempimento di un'obbligazione* che giustifichi l'invocazione della responsabilità, cosa che per la garanzia, com'è noto, è alquanto problematico. Per definizione infatti, nonostante le numerose e autorevoli voci di segno contrario, la garanzia non è un'obbligazione. Nondimeno, per la fattispecie in esame, far leva sulla natura "non obbligatoria" della garanzia per escludere la natura contrattuale della responsabilità che discende dal cattivo esercizio della stessa, sarebbe un fuor d'opera. Non occorre dimenticare, infatti, che la garanzia è pur sempre accessoria rispetto ad un'obbligazione principale; e l'accessorietà postula un elemento principale – il credito garantito – rispetto al quale l'esercizio scorretto della garanzia non può essere logicamente separato. Di qui la possibilità di affermare che l'esercizio scorretto della garanzia determina una responsabilità di natura contrattuale.

³³ Cass., sez.un., 26 giugno 2007, n. 14712, in banca dati *Pluris*: «È opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la qualificazione "contrattuale" è stata definita da autorevole dottrina come una *sineddoche* (quella figura retorica che consiste nell'indicare una parte per il tutto), giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire» (punto 4.4.1 della motivazione).

la fattispecie esaminata i principali dubbi sono sorti proprio sull'individuazione della "fonte" di siffatta responsabilità: stante il *silenzio della legge*, s'è detto, l'interpretazione non può ritenere illecito l'*esercizio di un diritto*, donde la tesi tradizionale traeva dalla *specialità* degli strumenti di tutela, la loro *esclusività*. Ma se per la responsabilità extracontrattuale occorre dimostrare l'esistenza di una norma che dia rilevanza al danno, per la responsabilità contrattuale, invece, il parametro dell'ingiustizia è dato direttamente dal titolo, che costituisce la cornice sufficiente entro la quale leggere e valutare le condotte delle parti: la violazione dei vincoli imposti da tale rapporto giuridico è di per sé ingiusta, perché contrario all'obbligazione preesistente (che prevede ovviamente un *corretto* esercizio della garanzia e per le *finalità* che gli sono proprie!).

È, dunque, forse possibile chiudere il cerchio aperto all'inizio: la fonte della responsabilità contrattuale del creditore iscrivente un'ipoteca eccessiva è da individuare nella violazione degli obblighi che derivano dal preesistente rapporto di credito, non potendosi ritenere lecita la condotta del creditore che dia all'iscrizione ipotecaria una estensione eccessiva ovvero continui a colpire i beni che pervengono al debitore anche quando quelli già colpiti precedentemente garantirebbero a sufficienza la prestazione principale dovuta.

Chiuso il cerchio, è forse possibile dire che l'ostacolo ad una soddisfacente comprensione della fattispecie in esame nasce proprio dall'averla acriticamente ricondotta, fin dall'inizio, all'ambito della responsabilità extracontrattuale. Tale qualificazione costringe, infatti, l'interprete ad affrontare gli oneri argomentativi tipici di questo modello rimediale – lo dimostrano, ad esempio, le discussioni sulla rilevanza del solo dolo o anche della colpa del creditore iscrivente³⁴ – che non solo sono notoriamente più gravosi di quelli della responsabilità contrattuale ma, essendo inappropriati, riflettono inevitabilmente delle criticità sull'applicazione delle regole giuridiche.

³⁴ V., ad esempio, B. MARIANI, *Della ipoteca immobiliare. Manuale teorico-pratico*, Milano, 1958, p. 400 ss., secondo cui «...il risarcimento dei danni si deve concedere ogni qualvolta il creditore abbia agito in mala fede, abbia abusato del suo diritto di fissare l'entità della somma o dei beni da indicare nella iscrizione, dimostrando di voler nuocere al suo debitore (...). Se, invece, non c'è colpa né dolo, il debitore deve servirsi del mezzo legale della riduzione – mezzo eccezionale messo a sua disposizione appunto per ristabilire l'equilibrio – ma non può chiedere un risarcimento» (*ivi*, p. 402) (possibilità peraltro esclusa in caso di riduzione volontaria, se richiesta dal proprietario, perché in essa sarebbe implicita la rinuncia ai danni; l'A. configura anche una responsabilità del conservatore in caso di iscrizione di ipoteca legale ai sensi dei nn. 1 e 2 dell'art. 2817 c.c.); v. anche F. S. GENTILE, *Le ipoteche. Commento agli artt. 2808 a 2899 del codice civile*, Roma, 1961, p. 394.