

Finanziamenti bancari: cancellazione di ipoteca, estinzione anticipata del mutuo e sua “portabilità”

Le recenti disposizioni di legge a tutela dei consumatori in tema di mutuo bancario.

Le novità aventi a oggetto la semplificazione della procedura di cancellazione della garanzia ipotecaria, la facoltà di estinzione anticipata e la c.d. portabilità del mutuo.

a cura di **Luca Amati***

LA QUESTIONE

Quali sono le novità introdotte a seguito dell’emanazione del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni nella legge 2 aprile 2007, n. 40, in merito alla cancellazione di ipoteca, all’estinzione anticipata del mutuo e alla sua “portabilità”? Quali sono le differenze tra rinegoziazione e sostituzione del mutuo?

INTRODUZIONE

Fino alla recentissima novella legislativa, nel nostro ordinamento il rapporto intercorrente tra il soggetto mutuante (di norma un istituto di credito) e il mutuatario (soprattutto persona fisica) non era sicuramente di tipo paritetico, connotato dall’ampio (forse troppo) potere contrattuale del soggetto erogatore del finanziamento, da un lato, e da una grande diffidenza, dovuta anche a una scarsa conoscenza delle norme, dall’altro.

Non è assolutamente un mistero che i contratti di mutuo bancari siano fortemente sbilanciati a favore della parte erogatrice: è la banca che ne prepara e redige il testo, configurando il rapporto (quasi sempre) come contratto per adesione, tanto che, il più delle volte, il mutuatario si trova – all’atto dell’erogazione del prestito – nella condizione di non potere fare altro che sottoscrivere, per l’appunto, un testo già predisposto altrove e pressoché immodificabile nella forma e nella sostanza.

La scarsa conoscenza delle norme, la poca chiarezza delle stesse, accompagnata il più delle volte da una certa riottosità a dilungarsi in articolate spiegazioni da parte di funzionari di banca e di pubblici ufficiali a volte oberati da troppo lavoro, fa il resto: spesse volte il clien-

* *Avvocato del Foro di Milano, Studio legale Goltara & Associati.*

te nemmeno sa a cosa ineriscano concetti quali rimborso anticipato, portabilità del mutuo, cancellazione di ipoteca, tasso fisso, tasso variabile ecc.

Il Legislatore, anche sulla spinta delle associazioni di consumatori, ha emanato alcune norme aventi la finalità di rendere un po' più snello e intelligibile il rapporto con l'istituto di credito erogatore, offrendo in pari tempo al cliente maggiori garanzie nella fase di esecuzione del contratto e fino alla conclusione dello stesso.

Verranno qui di seguito analizzate, in particolare, le nuove disposizioni in tema di cancellazione di ipoteca, di portabilità del mutuo bancario, di estinzione anticipata dello stesso, ponendo l'accento sulle differenze avuto riguardo alla normativa precedentemente in vigore.

LE NORME

Codice civile

Art. 2843 – *Annotazione di cessione, di surrogazione e di altri atti dispositivi del credito*

Art. 2878 – *Cause di estinzione delle ipoteche*

Art. 2882 – *Formalità per la cancellazione*

D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito nella legge n. 40/2007 – *Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche, la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli.*

Art. 7 – *Estinzione anticipata dei mutui immobiliari; divieto di clausole penali*

1. È nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche, sia tenuto a una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante.

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

Art. 8 – *Portabilità del mutuo; surrogazione*

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

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

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

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

Art. 13 – *Semplificazione del procedimento di cancellazione dell'ipoteca per i mutui immobiliari*

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

8 *septies*. Il creditore è tenuto a rilasciare al debitore quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e a tra-

smettere al conservatore la relativa comunicazione entro 30 giorni dalla stessa data, secondo le modalità di cui al comma 8 *octies*, e senza alcun onere per il debitore.

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

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

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

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

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

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

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

LA FATTISPECIE

Cancellazione di ipoteca

Il testo normativo di riferimento è costituito dall'art. 13, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, ai commi da 8 *sexies* a 8 *quaterdecies*. Dalla lettura delle norme citate si evince come l'ambito di applicazione delle stesse debba essere ben delimitato e circoscritto sia da un punto di vista oggettivo che da un punto di vista soggettivo, avendo esse carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina generale prevista in tema di cancellazione di ipoteca, che resta tuttora in vigore per tutte le fattispecie non espressamente disciplinate dalla legge n. 40/2007.

► Ambito oggettivo di applicazione

Dispone il comma 8 *sexies* dell'art. 13, legge n. 40/2007, che la semplificazione in tema di cancellazione di ipoteca riguarda solamente le ipoteche costituite a garanzia di mutui. Ne deriva che risultano escluse dall'ambito applicativo della novella le ipoteche legali, quelle giudiziali, e, da ultimo, anche quelle volontarie costituite a garanzia di debiti non derivanti da un rapporto di mutuo (ad esempio: da un'apertura di credito).

Conseguentemente, per ciò che concerne le ipotesi che restano escluse dal perimetro operativo dell'art. 13, l'ipoteca continuerà a estinguersi solo in forza delle cause ordinarie previste dall'art. 2878 c.c., prima fra tutte quella prevista dal n. 1) del citato articolo, che prevede il consenso del creditore ipotecario raccolto in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata nelle firme ex art. 2882 c.c.

Vi è da sottolineare il fatto che la c.d. "semplificazione" non riguarda le fattispecie di estinzione parziale dell'obbligazione, per la quale la legge prevede, a seconda dei casi, l'obbligo o la facoltà per il creditore di consentire alla riduzione dell'ipoteca, che si attuerà o mediante riduzione della somma iscritta a garanzia, o mediante restrizione avuto riguardo ai beni oggetto dell'ipoteca stessa.

► **Ambito soggettivo di applicazione**

1) *Rispetto al soggetto mutuante*: la semplificazione in esame troverà applicazione nel solo caso in cui il creditore sia «soggetto esercente attività bancaria o finanziaria», ivi compresi, anche se menzionati (ne sfugge la ragione) in un diverso comma (8 *quaterdecies*), gli enti di previdenza obbligatoria nel caso in cui concedano finanziamenti ai propri iscritti.

La disciplina in oggetto, derogatoria rispetto a quella generale, trova quindi applicazione unicamente con riguardo alle ipoteche iscritte a favore dei suddetti creditori professionali, con ciò escludendo quindi tutti quei rapporti nei quali vi sia una diversa qualificazione giuridica del soggetto mutuante (valga per tutti l'esempio del creditore persona fisica che concede un prestito a un amico); in detti casi opererà la normativa generale prevista dagli artt. 2878 e 2882 c.c.

2) *Rispetto al soggetto mutuatario*: a differenza che dal punto di vista del soggetto mutuante, per quanto concerne la qualificazione del soggetto mutuatario, la legge non prescrive restrizioni di sorta, il che lascia intendere come la procedura di cancellazione semplificata debba trovare applicazione in presenza di qualsiasi soggetto, sia persona fisica che giuridica, quindi non solo (come si pensava in un primo tempo) ai soggetti persone fisiche consumatori.

► **Estinzione automatica dell'ipoteca**

1) *Presupposti*: il comma 8 *sexies* dell'art. 13 prevede (fermi gli ambiti di applicazione soggettivi e oggettivi descritti *supra*) l'estinzione automatica dell'ipoteca alla data di estinzione dell'obbligazione, prevedendo, in buona sostanza, una causa estintiva ulteriore rispetto alla cancellazione dell'ipoteca.

Però, dal combinato disposto del citato comma 8 *sexies* con il successivo comma 8 *novies* notiamo che la portata innovativa della norma è mitigata, *rectius*, condizionata alla mancata comunicazione, da parte del creditore, della dichiarazione di permanenza dell'ipoteca, ricorrendo giustificati motivi.

Di fatto, il Legislatore incorre in un evidente errore logico-giuridico, allorquando da un lato prevede che l'ipoteca sia passibile di estinzione immediata alla data di avvenuta estinzione dell'obbligazione garantita e dall'altro dispone che l'estinzione non si verifichi in presenza della citata dichiarazione di permanenza, da comunicarsi entro il termine di trenta giorni.

Più correttamente, si può affermare che l'estinzione dell'ipoteca non è automatica, bensì

frutto di una fattispecie giuridica a formazione progressiva, costituita *in primis* dalla circostanza che l'obbligazione debitoria sia estinta e, *in secundis*, dal decorso del termine di trenta giorni senza che sia intervenuta la dichiarazione di permanenza da parte del creditore ipotecario.

Pur in assenza di una disposizione normativa *ad hoc*, pare potersi affermare che, in caso di comunicazione di permanenza comunicata all'Agenzia del territorio e al debitore, l'iscrizione ipotecaria conserverà la propria efficacia fino allo scadere del ventennio.

Si evidenzia che il giustificato motivo ostativo alla base della comunicazione della dichiarazione di permanenza non è individuato analiticamente dal Legislatore, essendo lasciato alla responsabilità del creditore, con tutte le derivate conseguenze in punto responsabilità in caso di dichiarazioni mendaci.

2) *Operatività*: ai sensi dell'art. 13, comma 8 *septies*, il creditore ipotecario, una volta verificatasi un'ipotesi estintiva dell'obbligazione, è tenuto a rilasciare al soggetto debitore regolare quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione stessa, e a trasmettere la relativa comunicazione al Conservatore, entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla data stessa; in caso di inosservanza di quest'obbligo l'unica conseguenza sarà individuabile nella responsabilità civile del soggetto mutuante per i danni derivanti dal ritardo nella cancellazione dell'ipoteca.

Tale adempimento, posto dalla legge a carico del creditore, non richiede un'iniziativa del mutuatario al quale, per espressa disposizione normativa, non sono addebitabili le relative spese.

Ai sensi e per gli effetti del successivo comma 8 *decies*, il Conservatore dei registri immobiliari, decorso inutilmente il termine di trenta giorni per la dichiarazione di permanenza del creditore, e in presenza della comunicazione di estinzione di cui *supra*, procede d'ufficio alla cancellazione dell'ipoteca entro lo strettissimo termine individuato nel giorno successivo (al trentesimo); è necessario rilevare che l'osservanza di detto termine sarà (e lo dimostreranno i fatti) praticamente impossibile, avuto particolare riguardo alla Conservatorie territorialmente competenti per i grandi centri urbani (Milano e Roma, per citare due esempi).

Estinzione anticipata del mutuo

Anche se potrebbe apparire in un certo senso illogico e anche se la materia è discussa, la richiesta di estinzione anticipata del mutuo (feneratizio) da parte del mutuatario è stata da sempre considerata inadempimento, poiché dalla cessazione del rapporto dipende un mancato titolo del mutuante a richiedere interessi per la residua parte di tempo di durata del mutuo originariamente prevista: per comprendere meglio questo meccanismo, potrebbe essere utile un esempio.

Se, si ponga, in un mutuo originariamente previsto per una durata di 10 anni, il mutuatario richiede di saldare il suo debito dopo (diciamo) 7 anni, egli dovrà corrispondere al mutuante l'intero capitale residuo e gli interessi già venuti a maturazione; il contratto, però, stabiliva che il mutuante dovesse continuare a percepire interessi sul denaro prestato per altri tre anni.

Il mutuatario perciò (nell'ottica del contratto) non consente al mutuante di percepire gli in-

teressi sul previsto impiego del capitale per gli anni restanti; in questo consisterebbe l'inaidempimento, poiché egli si era obbligato a pagare il prestito ottenuto con un prezzo (interessi) stabilito in base alla durata del rapporto e per questo numericamente assommante a un dato importo.

L'argomento, spinoso quanto pochi in materia, è in concreto interpretato come azione che danneggia il mutuante in termini di lucro cessante; è fonte di dibattuta dialettica l'obiezione che il mutuante, tipicamente una banca, nel momento in cui delibera la concessione del mutuo, a sua volta si garantisce la provvista di denaro necessaria per l'operazione calcolandola con riferimento alla durata prevista e dunque prevedendo costi e accantonamenti (oltre che i suoi propri ammortamenti) in funzione di tale operazione, come dimostrerebbe la dettagliata previsione di un piano di ammortamento, solitamente allegato al contratto di mutuo.

A tale obiezione si ribatte che, soprattutto nel caso decisamente prevalente che la concessione di mutui sia oggetto proprio dell'attività d'impresa del mutuante, l'anticipata estinzione debba considerarsi a tutto titolo elemento del rischio di impresa e dunque materia che non dovrebbe poter riguardare (e riverberarsi su) un mutuatario che intenda per etica (per certi aspetti socialmente considerati lodevoli) o per vantaggio risolvere al più presto una situazione debitoria; che di questo rischio d'impresa il mutuante sia ben al corrente sin dal principio, tanto da non potersi conferire all'estinzione anticipata carattere di eccezionalità, ma che anzi questa sia considerata uno dei possibili esiti del rapporto, sarebbe dimostrato dalla ordinaria presenza di apposite previsioni contrattuali sullo sconto.

Ciò premesso, sia i mutui a tasso fisso che i mutui a tasso variabile possono essere estinti in via anticipata, cioè prima della scadenza naturale dell'efficacia del contratto, restituendo il capitale residuo (cioè il debito non ancora rimborsato).

► **La previsione della penale**

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2007, in caso di estinzione anticipata, per i motivi sopra esposti, la banca applicava una penale: tale penale veniva di norma calcolata in percentuale sul debito residuo che veniva anticipatamente estinto. Per i mutui a tasso fisso le penali erano usualmente comprese tra il 2% e il 4%, mentre per i mutui a tasso variabile le penali arrivavano normalmente al 2,5%.

Quindi, per fare un esempio pratico, se si voleva estinguere un mutuo con debito residuo di 50.000 euro e che prevedeva una penale di estinzione anticipata dell'1%, bisognava restituire una somma pari a 50.500 euro.

► **Divieto di pattuire penali da febbraio 2007**

Da febbraio 2007 per i nuovi mutui destinati all'acquisto della "prima casa" la normativa impedisce la penale di estinzione anticipata. Le penali restano valide per i mutui stipulati fino a tutto gennaio 2007.

La portata innovativa dell'art. 7, comma 1, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, così come convertito nella legge n. 40/2007, è evidente.

Si prevede, per la prima volta, la nullità di pattuizioni e clausole penali a carico del mutuatario in dipendenza dell'estinzione anticipata del mutuo.

Tale nullità sembrerebbe riguardare solo le clausole relative ai contratti di mutuo, con ciò escludendo ulteriori contratti di finanziamento esulanti dal "tipo" mutuo.

Quanto al *dies a quo*, la nullità riguarda tutti i contratti di mutuo stipulati dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 7/2007, e quindi a partire dal giorno 2 febbraio 2007.

Dalla lettura delle norme, i mutui (affinché operi la nullità delle penali) debbono possedere i seguenti requisiti:

- deve trattarsi di mutui contratti da persona fisica (sia nella veste di privato che di soggetto che eserciti attività di impresa);
- deve trattarsi di contratti di mutuo stipulati al fine dell'acquisto o della ristrutturazione di unità immobiliari;
- dette unità immobiliari devono essere destinate ad abitazione o allo svolgimento dell'attività economica o professionale della persona fisica mutuataria; infatti, non si fa più menzione (come invece accadeva nel testo originario del decreto legge) solamente dell'acquisto della c.d. "prima casa".

► Procedura di rinegoziazione

Infine, è fondamentale evidenziare che i commi da 5 a 7 del citato art. 7, prevedono una procedura per la rinegoziazione dei mutui stipulati prima dell'entrata in vigore della novella, e che contengano le penali in caso di estinzione anticipata, imponendo, in capo al soggetto erogatore del mutuo, un vero e proprio obbligo di rinegoziazione e non una semplice facoltà in tal senso.

► Portabilità del mutuo

L'art. 8 del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, si pone, sostanzialmente, anche qui l'obiettivo di agevolare il procedimento di "sostituzione" di un mutuo in corso con altro concesso da diverso istituto di credito, eliminando gli ostacoli attualmente esistenti e diminuendone il costo, senza che questa operazione gravi in alcun modo in capo al soggetto mutuatario.

I vantaggi offerti sono evidenti, se solo si consideri l'offerta sempre più ampia e variegata di mutui che prevedono modalità di rimborso alquanto differenti tra di loro, sicché il mutuatario ben potrebbe essere invogliato, in pendenza della restituzione dell'importo di cui al mutuo originario, e valutato il ventaglio di opzioni disponibili, a proseguire la restituzione del finanziamento con un diverso istituto di credito, a condizioni economiche più vantaggiose rispetto alle precedenti.

In termini giuridici la portabilità si realizza attraverso l'istituto della surrogazione di cui all'art. 1202 del Codice civile (e precisamente surrogazione per volontà del debitore) che disciplina appunto il subentro della nuova banca nella garanzia ipotecaria già iscritta a favore dell'originario creditore.

L'istituto della surrogazione per volontà del creditore già esisteva nel Codice civile prima dell'intervento del c.d. decreto Bersani *bis*; la novità del provvedimento normativo sta nel fatto che ora non è più legittimo che la banca precluda al debitore l'esercizio di questa facoltà, impedendo o rendendo oneroso l'esercizio della surrogazione, infatti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 8, comma 3, D.L. n. 7/2007, il relativo patto è viziato da nullità (espressa e non virtuale). Altra particolarità del provvedimento è la previsione secondo la quale (art. 8, comma 4, D.L. n. 7/2007) «la surrogazione per volontà del debitore non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa», disposizione questa di grande impatto po-

litico, ma che non fa altro che ribadire quanto già prevedevano alcune circolari del ministero delle Finanze emanate durante la vigenza di precedenti governi (circolare 95/E del 12 maggio 2000 secondo la quale nel caso in cui venga estinto un vecchio mutuo e ne venga acceso uno nuovo di importo non superiore alla quota capitale residua, maggiorata delle spese e degli oneri correlati, si continua a beneficiare della detrazione prevista dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 13 bis del Tuir, come modificato dalla legge 23 dicembre 1988, n. 448, anche se il soggetto mutuante è diverso da quello originario) o lo stesso art. 15, comma 1, lett. b) del Tuir, in tema di rinegoziazione di mutui.

L'atto di surrogazione deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata (autenticata); la surrogazione deve poi essere annotata nei registri immobiliari a cura del Conservatore, senza formalità, né costi aggiuntivi in capo al mutuatario, ferma l'allegazione di copia autentica dell'atto di surrogazione (vedi art. 2843 c.c.).

L'espressione «senza formalità» utilizzata dal Legislatore in senso atecnico, sta a significare che verrà eseguita d'ufficio dal Conservatore, senza che il contraente-consumatore debba farsi carico di presentare (compilare) una nota (domanda di annotazione), ma semplicemente sulla scorta del titolo.

Per effetto della surrogazione per volontà del debitore dunque la nuova banca subentra nella garanzia ipotecaria già iscritta dal creditore originario e ciò dovrà risultare nei registri immobiliari da un'annotazione a margine dell'iscrizione ipotecaria.

La sostituzione del mutuo attraverso la surrogazione del nuovo creditore nella garanzia ipotecaria già iscritta può verosimilmente comportare un risparmio di costi, nella misura in cui, per accendere un rapporto contrattuale con una nuova banca e per sostituire il mutuo, non sia necessario cancellare la vecchia ipoteca e iscriverne una nuova.

In questi termini vi sarà un concreto risparmio anche in termini di costi notarili, se al notaio non verrà richiesto di iscrivere una nuova ipoteca, ma semplicemente di stipulare un nuovo mutuo e annotare la surrogazione.

Evidentemente il pubblico ufficiale avrà il compito di accertare e garantire alla nuova banca la validità dell'ipoteca già iscritta; in questi termini è di tutta evidenza che, normalmente, il ricorso al ministero del notaio che originariamente aveva stipulato il primo mutuo comporterà minor lavoro e conseguentemente minori spese.

Da un punto di vista operativo, prima di procedere a un'operazione di sostituzione del mutuo, il contraente consumatore dovrà dunque comparare preventivamente e analiticamente:

- a) da un lato i costi che comporterebbe il mantenimento del vecchio mutuo in termini di interessi, anche alla luce del fatto che la gran parte dei contratti oggi in essere prevedono piani finanziari «alla francese», cioè con capitale crescente e interessi decrescenti;
- b) dall'altro i costi connessi alla stipulazione del nuovo mutuo, derivanti dall'apertura di un nuovo rapporto bancario, dalla prestazione del notaio per la stipula del contratto e l'annotazione della surrogazione a margine dell'ipoteca, dall'eventuale assicurazione del rapporto ecc. Va infine ricordato che, per espressa previsione normativa, l'atto di surroga è esente da imposte.

Sostituzione del mutuo, portabilità e rinegoziazione dello stesso

Da ultimo, è da sottolineare come, nella realtà operativa, spesso si equivochi tra i concetti

di sostituzione, portabilità del mutuo e di rinegoziazione dello stesso; si tratta in realtà di fattispecie dai presupposti e conseguenze ben differenti, come sinteticamente si va di seguito a esporre.

Per “portabilità”, come abbiamo appena visto, intendiamo il procedimento di “sostituzione” di un mutuo in corso con altro concesso da diverso istituto di credito, ma che non comporta l’estinzione dello stesso.

Per “sostituzione” si intende l’estinzione del vecchio debito mediante l’erogazione di un nuovo finanziamento: si chiude un contratto e se ne stipula un altro. Perciò i contraenti possono restare gli stessi o anche mutare, come quando il nuovo mutuo viene erogato da una banca diversa.

Con “rinegoziazione” del mutuo invece ci si riferisce solo alla modifica di alcune clausole contrattuali, per esempio la durata complessiva del rimborso.

Questo vuol dire che la rinegoziazione può avvenire esclusivamente tra gli stessi contraenti, cioè che banca e mutuatari non possono cambiare. In effetti si tratta semplicemente della modifica alle condizioni di un contratto che, per la rimanente parte, continuerà a sussistere. Le due soluzioni differiscono soprattutto in flessibilità. Con la sostituzione si può modificare tutto, dall’importo al tipo di tasso, dai mutuatari all’immobile ipotecato.

La rinegoziazione permette invece di modificare solo pochi dettagli, di solito la durata residua del rimborso o, in rari casi, il tipo di tasso applicato.

Quando l’esigenza interessa questo genere di variazioni, la rinegoziazione è da preferire senz’altro alla sostituzione di mutuo a causa del significativo contenimento dei costi.

L’operazione può infatti essere condotta con un semplice scambio di corrispondenza tra banca e cliente, senza richiedere obbligatoriamente la presenza del notaio.

LA GIURISPRUDENZA

Trattandosi di novella legislativa, non esiste, ovviamente, alcun contributo giurisprudenziale in proposito. Si riporteranno alcune significative pronunce emanate anteriormente all’entrata in vigore della novella.

ESTINZIONE DELL’IPOTECA E RELATIVA LIBERAZIONE DEL DEBITORE

Cassazione civ., Sez. III, 2 novembre 2000, n. 14337

A norma dell’art. 2881 c.c., l’ipoteca che è venuta meno a seguito della cancellazione, può essere nuovamente iscritta con un nuovo grado nella prelazione se il titolo giustificativo di essa – nel caso di specie il contratto di mutuo – non è estinto. (*Giust. civ. Mass., 2000, 2242; Giust. civ., 2001, I, 1014, osservazione di TRIOLA*)

Cassazione civ., Sez. III, 1° ottobre 1999, n. 10893

Eseguito il pagamento del debito a garanzia del quale è stata iscritta l’ipoteca, il creditore soddisfatto, ai sensi dell’art. 1200 c.c., è unicamente obbligato a prestare il consenso alla cancellazione dell’iscrizione, ma non è anche obbligato a chiedere, di sua iniziativa, la cancellazione; poiché nessuna norma gli impone questa condotta. Il creditore soddisfatto deve, tuttavia, attenersi affinché il suo consenso pervenga nella disponibilità del debitore e questi possa allegarlo all’istanza di cancellazione da rivolgere al Conservatore della quale l’atto in parola costituisce l’inevitabile corredo. (*Riv. notariato, 2000, 441; Notariato, 2000, 119, nota di FIGURELLI e VIGNOLI; Vita not., 2000, 316; Nuova giur. civ. commentata, 2000, I, 582, nota di BUSANI; Giur. it., 2000, 2059*)

ESTINZIONE ANTICIPATA DEL CONTRATTO DI MUTUO**Tribunale di Bari 11 maggio 2005**

Il meccanismo negoziale che si risolve nella erogazione di un mutuo di scopo a lungo termine, destinato a consentire al cliente un'operazione di investimento mediante l'acquisto immediato di prodotti finanziari, custoditi dalla stessa banca e garantiti da copertura assicurativa, espressamente prevista dall'art. 1, comma 6, lett. c), t.u. fin. (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e assicura un investimento che, per un verso, consente attraverso l'acquisto delle obbligazioni il recupero a scadenza del mutuo delle somme restituite ratealmente dal cliente, e, per l'altro verso, permette con maggiori margini di rischio di speculare sulle oscillazioni di mercato relative al valore dei fondi azionari e di conseguire, in caso di andamento favorevole, margini di guadagno aggiuntivo nel lungo termine, non dà luogo a nullità per violazione delle regole di correttezza, specificate dall'art. 21 t.u. fin. cit. se risultano assolti gli obblighi di informazione attiva e passiva e non siano emersi elementi tali da far dubitare dell'adeguatezza dell'operazione rispetto alle qualità del cliente. La clausola di recesso che prevede la facoltà del cliente di estinguere anticipatamente il finanziamento, corrispondendo alla banca, oltre interessi e oneri maturati sino al momento di esercizio, un importo determinato dalla somma delle rate a scadere attualizzata mediante la applicazione del tasso *swap* di pari durata a quello della scadenza del finanziamento diminuito di uno *spread* calcolato in base ai criteri e secondo le normative di legge, non è strutturata come clausola penale, ma è volta a disciplinare la consueta facoltà di estinzione anticipata del mutuo, attraverso un meccanismo di attualizzazione delle rate a scadere.

LA DOTTRINA

Per i primi commenti alla recentissima novella legislativa si rimanda ai principali riferimenti dottrinali.

Per ulteriori approfondimenti dottrinali

- GENTILI, «Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario», in *Contratti*, 2007, n. 5;
- PETRELLI, «Cancellazione di ipoteche a garanzia di muti nella legge 2 aprile 2007, n. 40», in *Notariato*, 2007, 291 ss.

LE CONCLUSIONI

Con la conversione in legge del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, è proseguito il progetto dell'attuale Governo (in particolare del ministro Bersani) volto a porre in essere delle misure finalizzate alla liberalizzazione in settori chiave dell'attività economica, anche al fine di favorire i consumatori che (almeno nelle intenzioni) dovrebbero trarre un guadagno da una maggiore trasparenza e concorrenza nei servizi loro offerti.

È tuttavia evidente che affinché la lettera della legge espliciti realmente e pienamente i propri effetti sarà necessario che i soggetti interessati, nel caso che ci occupa gli istituti di credito, prestino la loro collaborazione affinché il rapporto con il cliente consumatore sia improntato, al di là degli obblighi imposti dal Legislatore, a un maggior grado di trasparenza e chiarezza rispetto al passato.

Inoltre, è lecito chiedersi se la concorrenza realizzerà davvero una maggiore circolazione dei servizi di credito; in altre parole, superato il periodo di "entusiasmo" iniziale, si avrà davvero un progressivo e costante miglioramento delle condizioni offerte ai consumatori? La risposta potrà arrivare solo nei prossimi anni.