

I debiti delle famiglie

LA PORTABILITÀ

Contro il caro-tassi
la strada stretta
della surrogazionePasso per passo come orientarsi
tra le clausole di un nuovo contrattoPAGINA A CURA DI
Angelo Busani
Franca Deponti

Continua a salire la tensione tra banche, clienti, notai, Antitrust e Governo sulla crisi dei mutui e su come è possibile cercare di agevolare i cittadini che hanno sottoscritto un prestito-cassa a tasso variabile e non ce la fanno più con la rata.

Intanto che i "rimedi" si accavallano (si veda la pagina a fianco) aumenta tra i consumatori la confusione sui passi reali che si possono compiere. Molti sono i punti dubbie e "trappole" giuridiche a cui è difficile sfuggire se si vuole utilizzare la procedura indicata dalla Bersani-bis (Dl 7/2007, convertito in legge 40/2007). A cominciare proprio dalla terminologia che è in realtà la prima cosa a dover essere spiegata ai più (e, a volte, anche agli addetti ai lavori).

IL PROBLEMA

La norma introdotta dal decreto Bersani rispolvera uno strumento del Codice civile da sempre inutilizzato

Di questi tempi tutti parlano di «portabilità del mutuo». E tale è l'espressione della Bersani con la quale si è voluto stimolare la concorrenza tra banche cercando di rendere agevole la sostituzione di un vecchio mutuo con uno nuovo e meno oneroso.

Per realizzare questo obiettivo, il legislatore ha puntato a rivivificare il meccanismo della cosiddetta «surrogazione per volontà del debitore», da sempre contenuto nel Codice civile (articolo 1202) ma praticamente mai utilizzato, perché denso di problematiche operative (si veda il servizio sotto).

Che cosa è

Ma in che cosa consiste di preciso? Si tratta di "prendere" una vecchia ipoteca (la cui efficienza può essere minata sotto tanti aspetti e questo dunque va ben

controllato), "staccarla" dal vecchio mutuo e "legarla" a un nuovo mutuo concesso da una banca che non era parte del vecchio mutuo e che quindi ha necessità di controllare che nella vecchia pratica fosse tutto in ordine, in quanto, come detto, dalle procedure seguite in passato potrebbero derivare problemi nella gestione della nuova pratica di mutuo.

In realtà (e al di là delle critiche dell'Antitrust e del successivo intervento dell'Abi) per realizzare la surrogazione si possono seguire varie strade:

a) quella più facile è la stipula di un unico atto, nel quale convergono il mutuatario, la vecchia banca e la nuova banca;

b) quella più articolata è la stipula di tre diversi atti: il nuovo mutuo, l'atto di quietanza e l'atto di surroga;

c) quella "intermedia" è suddivisa in due atti: il nuovo mutuo e un altro atto, nel quale siano contenute sia la quietanza che la dichiarazione di surroga.

Indubbiamente, più la procedura si complica, meno si riesce a realizzarla. Inoltre, con la surrogazione la nuova banca marca indubbiamente una "sconfitta" per la vecchia banca, che si vede messa fuori dal vecchio mutuo a causa delle condizioni più favorevoli praticate al cliente nel nuovo mutuo. Quindi, non è comunque da escludere che la vecchia banca non faccia esattamente "ponti d'oro" per favorirne l'esito.

Nell'esempio riprodotto qui a sinistra si è cercato di presentare e di spiegare - clausola per clausola - i passaggi che si devono fare per arrivare alla stipula del nuovo mutuo, prendendo come ipotesi l'atto unico: con tutti gli "alert" del caso. Il procedimento in sintesi funziona così:

- si stipula un nuovo mutuo con una nuova banca; il nuovo mutuo si qualifica come finalizzato (cosiddetto «mutuo di scopo») a procurare la provvista (soldi) per estinguere il vecchio mutuo;
- si utilizza il ricavato del nuovo mutuo per andare a estinguere il vecchio mutuo e si dichiara alla vecchia banca che, per effettua-

re l'estinzione, si utilizza denaro proveniente da un nuovo mutuo; ● si deve ottenere dalla vecchia banca una quietanza di estinzione del vecchio mutuo; la vecchia banca prende atto della dichiarazione del debitore di essersi procurato, mediante un nuovo mutuo, i fondi per estinguere il vecchio;

● si stipula l'atto di surrogazione e il debitore dichiara di sostituire la nuova banca alla vecchia banca nelle garanzie (l'ipoteca, ma anche una eventuale fideiussione) che assistevano il vecchio mutuo, con la conseguenza appunto di "portare" (da qui il termine "portabilità") la vecchia ipoteca a garanzia del nuovo mutuo.

Lo scopo della surrogazione, come detto, è quello di permettere l'utilizzo delle vecchie garanzie a servizio del nuovo mutuo. Quindi, più che parlare di portabilità del mutuo, sarebbe più corretto parlare di portabilità dell'ipoteca.

Le differenze

La surrogazione, pertanto, differisce radicalmente dalla rinegoziazione: nel primo caso si cambia il mutuo (e inevitabilmente si cambia banca); nel secondo caso si ridefiniscono, con la stessa banca, le condizioni (tasso, durata, commissioni, eccetera) del mutuo già in corso.

Peraltro, la banca non è costretta ad aderire alla richiesta del cliente di rinegoziare il vecchio mutuo che è un contratto già stipulato. Nella surrogazione, invece, la vecchia banca riceve una somma pari a quella dovuta per estinguere il vecchio mutuo e non può rifiutarsi di surrogare la nuova banca nelle garanzie che assistevano il vecchio mutuo. Può solo rifiutarsi di essere presente in contemporanea alla nuova banca.

In questo caso:

- debitore e nuova banca fanno il nuovo mutuo;
- debitore e vecchia banca fanno l'estinzione del vecchio mutuo e la quietanza;
- il debitore fa la surroga da solo (atto unilaterale).

Il percorso. Non cambiano i presupposti e le trappole giuridiche

Garantiti costi minori
ma gli ostacoli restano

Forse l'insuccesso che finora ha contraddistinto le operazioni di portabilità (si veda sempre la pagina a fianco) derivano proprio dal fatto che, facendo ritornare in auge la surrogazione, non si è colta l'occasione per levare di torno i gravi acciacchi che questa procedura aveva manifestato nel passato.

I principali problemi irrisolti sono i seguenti:

a) secondo la maggior parte degli studiosi il debitore potrebbe opporre alla nuova banca tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre alla vecchia banca e dipendenti dal vecchio contratto di mutuo (per esempio: se il vecchio contratto avesse avuto un vizio di invalidità o di inefficacia, la nuova banca potrebbe sentirsi opporre questo rilievo, e ciò anche se il nuovo mutuo sia stato stipulato senza alcuna imperfezione);

b) sempre secondo l'opinione dominante e la Cassazione, le formalità pubblicitarie inserite nei registri immobiliari tra la data di iscrizione dell'ipoteca a garanzia del vecchio mutuo e la data in cui viene pubblicizzata la surrogazione potrebbero avere la prevalenza, cosicché la vecchia

ipoteca messa a garanzia del nuovo mutuo potrebbe subire l'affermazione della priorità di diritti di terzi (ad esempio in caso di fallimento) nel frattempo resi pubblici nei registri.

Insomma, la procedura di surrogazione non è un'operazione banale che si risolve con un paio di firme su qualche modulo.

Il notaio

Nella procedura non sempre serve l'intervento del notaio.

Il nuovo mutuo non è necessariamente un atto notarile: tuttavia, difficilmente la nuova banca rinuncia all'atto pubblico o autentico perché questa è la condizione per poter disporre della copia esecutiva in caso di insolvenza del mutuatario (senza titolo esecutivo, infatti, il processo di espropriazione va preceduto dalla causa per accertare il credito e ordinare al debitore il pagamento).

Anche per la quietanza non serve il notaio, perché la legge dispone che è sufficiente un semplice atto scritto.

L'atto notarile è invece imprescindibile per la surroga, e cioè per l'atto con cui il debitore dichiara di attribuire alla nuova

banca le garanzie che assistevano l'operazione estinta. Infatti questo atto va pubblicato nei registri immobiliari e deve essere in forma autentica.

La nuova disciplina

In questo panorama che cosa ha cambiato, dunque, la legge Bersani? In realtà non ci sono state innovazioni alla tradizionale disciplina della surrogazione e, quindi, i problemi appena segnalati sono rimasti irrisolti. La Bersani ha mirato essenzialmente a tagliare i costi fiscali e delle commissioni bancarie, disponendo che:

a) non si perdono i benefici fiscali del vecchio mutuo

b) non si paga l'imposta sostitutiva sul nuovo mutuo, pari, a seconda dei casi, allo 0,25 o al 2% dell'importo erogato;

c) non si paga alcun tipo di imposta (registro, bollo, ipotecaria) per l'operazione di surrogazione

d) le banche - ed è questo il vero "nodo dell'operazione" - non possono imporre costi per effettuare la procedura di surrogazione né possono impedirle o renderla onerosa imponendo il pagamento di commissioni.

Le possibilità. Il trasferimento di ipoteca e di accordi può richiedere fino a tre atti

Le garanzie. Per le banche è difficile rinunciare alla presenza del notaio

I passi per non commettere errori

IL CONTENUTO (ipotesi di documento unico)



Tra i sottoscritti signori:
1) TIZIO (debitore) (dati anagrafici)
2) CAIO (funzionario della Nuova Banca) (dati anagrafici e dati della Banca)
3) SEMPRONIO (funzionario della Vecchia Banca) (dati anagrafici e dati della Banca)



premesse che:

a) il signor TIZIO è attualmente debitore nei confronti della «Vecchia Banca» della somma di complessivi 1.000 euro, di cui 900 euro per capitale, 60 euro per interessi e 40 euro per rate scadute e interessi di mora, in virtù del contratto di mutuo di cui all'atto del notaio Romolo Romani in data 12 dicembre 1999 rep. n. 12345, a garanzia del cui rimborso è stata iscritta ipoteca presso l'agenzia del Territorio di Milano in data 15 dicembre 1999 al n. 1919 per la complessiva somma di 2.500 euro;

b) al fine di estinguere anticipatamente il finanziamento ipotecario sopra citato, il signor TIZIO ha richiesto alla «Nuova Banca» l'erogazione di un nuovo mutuo dell'importo di 1.000 euro;

c) è altresì intenzione del signor TIZIO avvalersi della facoltà di surrogare la «Nuova Banca» alla «Vecchia Banca» ai sensi dell'articolo 1202 del Codice civile e dell'articolo 8 Dl 7/2007 convertito in legge 40/2007;

tutto ciò premesso si conviene quanto segue



Articolo 1) Nuovo mutuo

La «Nuova Banca» concede a mutuo al signor TIZIO, che accetta, la somma di 1.000 euro, da destinare all'estinzione del debito di cui in premessa alla lettera a); detta somma è incorporata nell'assegno circolare n. 121212 emesso (dietro istruzioni del signor TIZIO) dalla «Nuova Banca» in data odierna all'ordine della «Vecchia Banca».

(Seguono le clausole "ordinarie" del contratto di mutuo)



Articolo 2) Estinzione del vecchio mutuo

Il signor TIZIO, a estinzione del debito di cui in premessa alla lettera a), consegna alla «Vecchia Banca» che, a mezzo del sottoscritto suo rappresentante, accetta, l'assegno circolare n. 121212 emesso in data odierna dalla «Nuova Banca» all'ordine della «Vecchia Banca» e recante la somma di 1.000 euro, dichiarando che questa somma deriva dall'erogazione del mutuo di cui all'articolo 1 del presente contratto



Articolo 3) Quietanza

La «Vecchia Banca», ricevuto il pagamento di cui all'articolo 2 del presente contratto, dichiara estinto il proprio credito derivante dal contratto di cui in premessa alla lettera a), rilascia quietanza di questo pagamento e prende atto della dichiarazione del signor TIZIO circa la provenienza della somma utilizzata per l'estinzione dal contratto di mutuo di cui all'articolo 1 del presente contratto



Articolo 4) Dichiarazione di surroga

Il signor TIZIO, con il consenso della «Nuova Banca» e della «Vecchia Banca», a fronte delle pattuizioni che precedono, dichiara di surrogare la «Nuova Banca» nelle garanzie prestate alla «Vecchia Banca» a tutela del credito di cui in premessa alla lettera a) e, in particolare, nell'iscrizione ipotecaria pure indicata nella lettera a) della premessa al presente contratto. Per effetto di questa surroga, la ipoteca di cui alla lettera a) della premessa con oggi si considera data in garanzia delle obbligazioni assunte dal signor TIZIO con la «Nuova Banca» per effetto del presente contratto



Articolo 5) Sussistenza della garanzia

La «Vecchia Banca»:

a) assicura che il credito garantito dall'ipoteca di cui alla lettera a) della premessa è tuttora di sua piena ed esclusiva titolarità, che esso pertanto non è stato mai oggetto di alcuna trasmissione o vincolo (né, in particolare, di cessione ai sensi della legge 30 aprile 1999 n. 130) e che prima d'ora non si è verificata alcuna causa di estinzione totale o parziale di detto credito diversa dal periodico pagamento delle rate di ammortamento;

b) conferma l'esistenza e la vigenza della iscrizione ipotecaria di cui in premessa alla lettera a) e di non averla mai rinunciata;

c) garantisce che quella iscrizione ipotecaria non è stata revocata, cancellata, ridotta, ristretta, postergata, permutata, posposta o ceduta; che non sono state pubblicate formalità in rettifica di detta iscrizione; e che non sono state proposte domande giudiziali aventi a oggetto la validità e l'efficacia di detta iscrizione e del suo titolo e, in particolare, domande di nullità, annullamento, revocatoria e simulazione;

d) prende atto della intenzione del signor TIZIO di surrogare la «Nuova Banca» alla «Vecchia Banca» in detta garanzia ipotecaria e si impegna pertanto a non esperire, a seguito della avvenuta estinzione del suo credito di cui in premessa alla lettera a), la procedura di cancellazione dell'ipoteca di cui all'articolo 13, comma 8-septies, Dl 7/2007, convertito in legge 40/2007.

A sua volta, il signor TIZIO garantisce che, posteriormente alla iscrizione ipotecaria di cui in premessa alla lettera a), non è stata pubblicata nei registri immobiliari alcun'altra formalità di trascrizione, di iscrizione o di annotamento concernente i beni oggetto dell'iscrizione di cui in premessa alla lettera a); e che detti beni hanno ancor oggi la medesima consistenza che essi avevano all'atto della iscrizione di cui in premessa alla lettera a).

Il signor TIZIO consente fin da ora, anche per i propri aventi causa a qualsiasi titolo, alla rinnovazione dell'ipoteca ove, decorsi 19 anni e 10 mesi dal giorno dell'iscrizione ipotecaria di cui in premessa alla lettera a), la «Nuova Banca» ancora vanti diritti di credito verso il signor TIZIO derivanti dal presente contratto



Articolo 6) Eccezioni opponibili

Il signor TIZIO e la «Nuova Banca» convengono e si danno reciprocamente atto che con oggi, fatta eccezione per le garanzie nelle quali la «Nuova Banca» è surrogata, si estingue qualsiasi posizione giuridica attiva o passiva derivante dal contratto di mutuo; e che ogni loro rapporto è esclusivamente disciplinato dal presente contratto.

Il signor TIZIO, in particolare, dichiara di rinunciare a sollevare nei confronti della «Nuova Banca», ove mai gli fosse da ora in avanti ancora consentito, tutte le eccezioni di nullità, annullamento e inefficacia che gli sarebbero spettate verso la «Vecchia Banca» in dipendenza del vecchio contratto di mutuo



Articolo 7) Consegna di documenti

La «Vecchia Banca» consegna alla «Nuova Banca», contestualmente alla sottoscrizione del presente contratto, tutti i documenti in suo possesso inerenti le garanzie oggetto di surrogazione, e precisamente i seguenti: (...)

LE SPIEGAZIONI

L'atto somma in sé tutte le operazioni (si potrebbero anche fare due o tre atti distinti). Occorre perciò la presenza della nuova banca (per concedere il nuovo mutuo), della vecchia banca (per dare quietanza) e del debitore (per surrogare la nuova banca alla vecchia banca)

La premessa rende espliciti i presupposti di fatto sui quali si basa il contratto. Poiché si estingue un vecchio mutuo con un nuovo mutuo occorre innanzitutto esplicitare i parametri del vecchio mutuo. Molto importante è l'importo del debito del cliente verso la vecchia banca: il capitale ancora da restituire, gli interessi maturati dal pagamento dell'ultima rata al giorno dell'estinzione, eventualmente gli interessi di mora dovuti per ritardi nel pagamento di rate scadute e di commissioni pretese dalla vecchia banca per l'anticipata estinzione. L'importo del nuovo mutuo non può superare l'importo del debito verso la vecchia banca, perché la vecchia ipoteca non può garantire un debito maggiore di quello che esiste all'atto dell'estinzione del vecchio mutuo. Se il nuovo mutuo eccede l'importo del vecchio debito, la parte eccedente risulta non garantita dalla vecchia ipoteca

La prima operazione da compiere è dunque la concessione del nuovo mutuo da parte della nuova banca. A parte la questione dell'importo di cui si è detto sopra, non esiste alcuna limitazione per le clausole che il nuovo mutuo deve contenere. Perciò il nuovo mutuo può differire dal vecchio mutuo sotto qualsiasi aspetto: durata, commissioni bancarie, parametro di indicizzazione, spread, eccetera

Il nuovo mutuo è un mutuo cosiddetto «di scopo» e perciò deve essere esplicitamente finalizzato (nel nostro caso, l'erogazione deve essere diretta a estinguere la precedente operazione). Quindi, non solo nella concessione del mutuo occorre dichiarare lo scopo, ma occorre anche che - quando la vecchia banca viene pagata - il cliente renda esplicito che la somma utilizzata deriva dalla stipula di un nuovo mutuo

Ricevendo il pagamento a quietanza, la vecchia banca non solo deve rilasciare la relativa quietanza - e cioè la dichiarazione in base alla quale nulla è più dovuto dal cliente in dipendenza del vecchio mutuo - ma deve anche dare atto, nell'ambito della quietanza, di aver ricevuto dal cliente la dichiarazione sulla provenienza della somma utilizzata per estinguere la vecchia operazione

Stipulato il nuovo mutuo e pagata la vecchia banca, è l'ora della surrogazione, cioè dell'atto con il quale il debitore "manda" la vecchia ipoteca (e, in generale, tutte le garanzie concesse come, ad esempio, un'eventuale fideiussione rilasciata per il vecchio mutuo) a garantire le obbligazioni derivanti dal nuovo contratto di mutuo. La surrogazione è una dichiarazione unilaterale del debitore che ha appunto per effetto quello di far subentrare la nuova banca nelle garanzie che assistevano il credito della vecchia banca

La nuova banca viene garantita dalle garanzie del vecchio mutuo e quindi, in particolare, dalla vecchia ipoteca. Pertanto, bisogna verificare che la vecchia ipoteca sia esistente e stabile e quindi non sia, in tutto o in parte, venuta meno e conservi ancora il suo grado originario. Inoltre, visto che la garanzia è un accessorio del credito garantito e che se cade il credito cade anche la garanzia, vanno verificate l'esistenza del credito derivante dal vecchio mutuo e la validità del contratto da cui questo credito deriva.

Per effetto del pagamento estintivo si estingue pure l'ipoteca iscritta a garanzia del debito pagato. In questo caso, per legge, le banche devono promuovere la procedura di cancellazione dell'iscrizione dai registri immobiliari. Occorre allora stare molto attenti a che, una volta estinto il vecchio mutuo con finalità di surrogazione, non parta "d'ufficio" la procedura di cancellazione e che quindi la nuova banca si trovi ad aver concesso un mutuo non assistito da alcuna garanzia.

Altro problema è quello delle "movimentazioni" dei registri immobiliari intervenute tra la data di iscrizione della vecchia ipoteca e la data in cui avviene l'annotazione della surrogazione. Specie in caso di fallimento del debitore, la Cassazione ha sostenuto che la nuova banca creditrice non è tutelata contro le pretese del fallimento quando l'iscrizione nei registri della surrogazione avviene successivamente alla pubblicazione del provvedimento giudiziale di apertura della procedura. Anche se questo orientamento sarà probabilmente superato, è opportuno inserire nell'atto di surrogazione la dichiarazione di non opponibilità alla nuova banca delle pubblicazioni intervenute nel frattempo

Secondo l'opinione tradizionale, il debitore potrebbe opporre alla nuova banca tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre alla vecchia banca. La tesi si può oggi ritenere superata dalla considerazione che i rapporti tra cliente e nuova banca non possono che essere quelli che derivano dal nuovo mutuo. Comunque, visto che le eccezioni opponibili dal debitore alla nuova banca e relative al vecchio mutuo sono in buona misura rinunciabili, questa clausola consente alla nuova banca la maggior cautela possibile

La vecchia banca ovviamente deve consegnare alla nuova banca il documento recante la fideiussione che garantisce il vecchio mutuo e tutta la restante documentazione che necessita alla nuova banca per esercitare i suoi diritti di garanzia