

Studio n. 696-2008/C

La "rinegoziazione" dei mutui (*)

(Approvato dalla Commissione studi civilistici il 30 ottobre 2008)

"C'era una casa bellissima

che un brutto mutuo stregò.

Ma il sortilegio questa notte finirà..."

Afterhours (Naufragio sull'isola del tesoro,

I milanesi ammazzano il sabato, Universal Domestic 2008)

Sommario: 1. Definizione e ambito applicativo della rinegoziazione. - 2. La sopravvenienza e i suoi rimedi. - 3. Analisi economica dei rimedi alle sopravvenienze. - 4. Analisi giuridica: la prospettiva comparatistica. - 5. La rinegoziazione nell'ordinamento italiano. - 6. Requisiti e presupposti della sopravvenienza. - 7. La rinegoziazione dei mutui nelle novità legislative: una scelta anticoncorrenziale? - 8. Rinegoziazione dei mutui e concetto di sopravvenienza. - 9. La forma della rinegoziazione. - 10. La gratuità della rinegoziazione. - 11. Le clausole che vietano la rinegoziazione. - 12. Disciplina e problemi della rinegoziazione governativa. - 13. La rinegoziazione dopo i recenti provvedimenti. - 14. Analisi giuridica della nuova crisi dei mutui.

1. Definizione e ambito applicativo della rinegoziazione

La rinegoziazione è un rimedio non ablativo di gestione delle sopravvenienze contrattuali non impossibilitanti ⁽¹⁾.

Tale rimedio non può riferirsi ad altro che a quei determinati contratti in cui il passare del tempo sia elemento rilevante della fattispecie contrattuale. Ma questo avviene sia nei contratti di durata in senso stretto (in cui la durata è elemento centrale del contratto che concorre a determinarne la tipologia contrattuale; l'esecuzione protratta nel tempo concorre a definire i tratti della causa contrattuale stessa; il legame tra interessi e tempo è così forte da rientrare nella caratterizzazione del tipo contrattuale); sia nei contratti in cui il differimento dell'esecuzione è espressione unicamente di una modalità dell'adempimento: infatti l'art. 1467 c.c., che è la norma in cui si accentra la trattazione civilistica delle sopravvenienze rilevanti, applica indistintamente la sua disciplina ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita ⁽²⁾.

Tra queste figure si inserisce, poi, la tematica dei *relational contracts*, caratterizzati dalla continuità della relazione economica intercorrente tra le parti, consentendo il passaggio da una logica di puro scambio tra gli operatori economici ad una di natura associativa, in cui la stabilizzazione di relazioni contrattuali nel tempo garantisce a ciascuna parte vantaggi reciproci.

2. La sopravvenienza e i suoi rimedi.

Si può definire sopravvenienza l'evento che produce uno squilibrio nel sinallagma funzionale durante l'esecuzione del contratto.

I rimedi contro tale squilibrio possono essere di tre tipi:

A) in primo luogo il rischio può essere allocato interamente presso la parte inadempiente (*pacta sunt servanda*): o questa tiene fede all'impegno, oppure si espone allo scioglimento del contratto e al risarcimento del danno.

B) In secondo luogo la sopravvenienza può essere considerata una valida esimente giuridica: il contratto si scioglie ed il rischio viene ripartito tra i due contraenti perché l'inadempiente non deve risarcire il danno e ciascuno sopporta gli oneri che gli sono propri.

C) La terza strada è quella che consiste nel concedere al promittente la possibilità di chiedere alla controparte la rinegoziazione del contratto, le cui condizioni sono ormai mutate per via della sopravvenienza: anche mediante la rinegoziazione è probabile che vi sia una

ripartizione del rischio tra i contraenti, in quanto l'equilibrio verrà raggiunto attraverso un compromesso.

3. Analisi economica dei rimedi alle sopravvenienze

Prima di procedere ad una analisi giuridica dei rimedi, potrebbe chiedersi quale dei tre debba considerarsi ottimale sotto il profilo pratico. In ciò si è aiutati dall'analisi economica del diritto.

Un'indagine di questo tipo consente di verificare che:

A) la dottrina tradizionale ⁽³⁾ utilizza il criterio allocativo del *superior risk bearer* (colui che meglio può sopportare l'allocatione del rischio, ad esempio assicurandosi contro di esso), e giunge alle medesime conclusioni dettate dal principio *pacta sunt servanda*. Questa posizione è stata, però, oggetto negli ultimi anni di numerose critiche, in particolare basate sull'inadeguatezza ad affrontare eventi realmente straordinari ed imprevedibili (contro i quali è di fatto impossibile assicurarsi) e sulle distorsioni a livello economico che si vengono a realizzare sotto forma di guadagni inattesi ed ingiustificati per il contraente che non subisce la sopravvenienza. Il principio *pacta sunt servanda*, seppure proprio di una concezione economica fortemente liberale e di stampo ottocentesco, non realizza dunque soluzioni conformi al principio di efficienza economica.

B) Lo scioglimento del vincolo giuridico su richiesta di una delle due parti porta alla cessazione del rapporto commerciale divenuto diseconomico, e induce le parti a rivolgersi nuovamente al mercato al fine di rinvenire la prestazione necessaria anche presso nuovi *partners*. Questa ricerca, peraltro, impegna tempo, risorse e denaro (i costi transattivi che riguardano ciascuna attività negoziale): si tratta verosimilmente della soluzione più favorevole al mercato della concorrenza, tuttavia è assolutamente irrealistico che possa realizzarsi in assenza di costi transattivi, se non altro inerenti alla necessità di conseguire le informazioni e gli assetti imprenditoriali necessari alla fornitura della prestazione. Si tratta, quindi, di una scelta economicamente efficace solo se il vantaggio acquisibile riposizionandosi sul mercato è superiore ai costi relativi.

C) Infine la rinegoziazione, che appare l'opzione meno traumatica e costosa di riequilibrio delle sopravvenienze, anche se, indubbiamente, meno concorrenziale nella misura in cui tende alla conservazione della *partnership* originaria.

4. Analisi giuridica: la prospettiva comparatistica

Tornando ora all'analisi giuridica, fermo restando che la rinegoziazione volontaria trova pieno fondamento nel principio di libertà contrattuale e di autonomia delle parti, occorre principalmente verificare se la rinegoziazione possa anche essere imposta in sede giudiziale. Partendo da una lettura comparatistica, si offre un panorama variegato: ad es., il sistema inglese di *common law* appare votato al rispetto del principio fondamentale della *sanctity of contract*. Analogamente legato ad una forte matrice liberale è il modello francese, fermo alla formula *pacta sunt servanda* con l'eccezione, peraltro, dei contratti amministrativi, rispetto ai quali la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* invita le parti nelle proprie sentenze a rinegoziare i termini dell'accordo fino a riconoscere variazioni economiche dei corrispettivi nel caso in cui la rinegoziazione non abbia avuto un esito positivo.

Negli Stati Uniti si è consolidato un orientamento giurisprudenziale fondato sulla *doctrine of impracticability*, che trova le proprie origini nella *doctrine of impossibility* e quindi individua nello scioglimento senza risarcimento dei danni e senza possibilità di azioni in forma specifica, l'unico rimedio possibile alla sopravvenienza. Negli USA al momento attuale è soprattutto la dottrina a proporre una *equitable reformation of the price* per il tramite dell'intervento giudiziale. Ma l'ordinamento più favorevole alla rinegoziazione obbligatoria è la Germania. Qui, partendo dalla teoria della presupposizione di *Windscheid*, e giungendo alla sua evoluzione in senso oggettivo dovuta ad *Oertmann* con la tesi del "fondamento contrattuale", grazie anche alla grande crisi inflazionistica che aveva investito la Germania nel primo dopoguerra, ebbe ben presto ad affermarsi il rimedio dell'*Anpassung*, ovvero dell'adeguamento contrattuale disposto dal giudice. Tale rimedio, dopo una lunga esperienza pratica è stato da ultimo legalmente recepito nel nuovo § 313 del BGB, rubricato proprio "lesione del fondamento contrattuale", che ha definitivamente legittimato un'attività della corte che scavalchi il principio *pacta sunt servanda* "se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti ..." ⁽⁴⁾.

Occorre, infine, notare che una posizione favorevole alla rinegoziazione obbligatoria si trova espressa in maniera sostanzialmente uniforme nelle codificazioni internazionali: nei principi UNIDROIT (art. 6.2.2. per la definizione di *hardship*; art. 6.2.3 per gli strumenti di tutela delle parti, entrambe abilitate a chiedere la rinegoziazione, fermo restando che nel caso di mancato accordo entro un lasso di tempo ragionevole, ciascuna parte potrà fare ricorso al giudice o a un arbitro); nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti ⁽⁵⁾ (meglio conosciuti come codice Lando, dal nome del presidente della Commissione che ne ha curato la redazione: art. 6.111); ed infine nel *Code Européen des Contrats* ⁽⁶⁾, a cura dell'accademia dei giuristi europei di Pavia (art. 157). Considerando che tali codificazioni internazionali recepiscono prassi

consolidate negli affari internazionali e quindi prestano ascolto alle esigenze della società civile, si può in definitiva concludere che, pur permanendo sacche di resistenza come il *common law* tradizionale inglese, l'esame dei sistemi ha messo in evidenza un generale *trend* ad individuare nell'adeguamento contrattuale il rimedio più opportuno volto a tutelare gli interessi della parte debitrice della prestazione.

5. La rinegoziazione nell'ordinamento italiano

La dottrina giuridica italiana ha ben presto raccolto le indicazioni degli studi di *law and economics*, evidenziando anzitutto come il principio *pacta sunt servanda* non sia confacente ai parametri di efficienza economica ⁽⁷⁾.

L'analisi ha altresì evidenziato che all'interno del codice civile sono rintracciabili una serie di regole legali tali da potersi affermare che il principio di conservazione del negozio abbia una portata generale (art. 1322 - autonomia contrattuale; art. 1367 - interpretazione conservativa del contratto; art. 1419 - nullità parziale; art. 1424 - conversione del negozio nullo; art. 1432 - mantenimento del contratto rettificato; art. 1467, che costituisce la previsione normativa centrale in materia di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e che espressamente prevede, al terzo comma, con i limiti che esamineremo, la rinegoziazione del contratto). Analogamente nei contratti speciali: art. 1664 in tema di appalto, art. 1561 in tema di somministrazione; art. 1710 in tema di mandato, artt. 1897 e 1898 in tema di assicurazione.

Al termine di questa carrellata si evidenzia soltanto, per le finalità argomentative di cui in appresso, che gli stessi meccanismi di indicizzazione, comunemente impiegati a soddisfare esigenze tipiche dei contratti a lungo termine per aggirare l'inadeguatezza del principio nominalistico (art. 1277 c.c.), costituiscono null'altro che esempi di rinegoziazione automatica volti a salvaguardare l'equilibrio negoziale e il mantenimento del vincolo giuridico.

Il problema, in Italia, non è quindi se sia ammissibile una rinegoziazione volontaria, quanto se siano rintracciabili fondamenti normativi di un obbligo legale di rinegoziazione.

Ora, autorevolissima dottrina (Macario, Sacco, Roppo) ritiene che alcune clausole generali presenti nel nostro sistema codicistico siano utilizzabili per sopperire all'assenza di una disciplina *ad hoc* e per imporre ai contraenti una nuova fase negoziativa volta a recuperare il risultato economico originariamente voluto: si tratta degli artt. 1366 - interpretazione di buona fede - 1374 - interpretazione del contratto - e 1375 - esecuzione secondo buona fede. Il dubbio, però, comune a tutte le ipotesi di ricostruzione di un obbligo legale di rinegoziazione, attiene alla difficoltà di raccordo tra le citate clausole generali e la specifica regola di gestione del rischio contrattuale insita nell'art. 1467, che riconosce il diritto alla rinegoziazione solo a

favore del contraente avvantaggiato, mentre a quello svantaggiato consente solo di chiedere la risoluzione. Non è questa la sede per trattare la questione; vero è che attualmente, e salve le considerazioni indotte dalle norme più recenti di settore, al di là del caso in cui una apposita clausola convenzionale sia contenuta nell'accordo originario, l'art. 1467 c.c. sembra costituire una sorta di *limen* invalicabile. Maggiori aperture, invece, offre l'art. 1468 c.c., ma solo per i contratti con obbligazioni di una sola parte.

La rinegoziazione implicherebbe l'esame di altre questioni importanti: l'obbligo (convenzionale o legale) di rinegoziazione, è un'obbligazione di mezzi o di risultato? E' evidente che si tratta di una questione di non poco conto, anche per i riflessi che dalla sua soluzione vengono gettati su un altro problema fondamentale, ovvero se l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione possa sfociare in una esecuzione specifica in sede giurisdizionale (cosa che sembrerebbe una vera e propria necessità logica, in quanto sarebbe assurdo che la rinegoziazione finisse per sfociare nel medesimo rimedio di risoluzione e risarcimento che l'obbligo di rinegoziazione intende evitare).

Ancora: che tipo di responsabilità è quella derivante dall'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione: si è in tema di *culpa in contrahendo* (responsabilità precontrattuale con risarcimento del semplice interesse negativo) o di *culpa in re-contrahendo* (responsabilità contrattuale con diritto a vedere risarcito l'intero interesse positivo)?

6. Requisiti e presupposti della sopravvenienza

Resta da trattare per cenni almeno un altro argomento di inquadramento generale: l'individuazione dei requisiti legali e dei presupposti applicativi dell'eccessiva onerosità. Una prima delimitazione della sfera di efficacia è puntualizzata nel primo comma dell'art. 1467 c.c. nella misura in cui viene previsto che il rimedio riguardi esclusivamente i contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita. Di ciò in parte si è già detto. Inoltre, sulla base della dottrina assolutamente prevalente, l'art. 1467 c.c. è precluso solo quando entrambe le prestazioni contrattuali siano state adempiute ⁽⁸⁾.

Avvicinandosi al tema specifico, vale al pena di ricordare che è tuttora discusso se il mutuo sia un contratto a prestazioni corrispettive e, in caso di risposta affermativa, quali siano le prestazioni reciprocamente collegate dal vincolo sinallagmatico; ed è altresì discussa la questione, solo in parte sovrapponibile, se il mutuo sia un contratto con obbligazioni di entrambe le parti o di una sola parte ⁽⁹⁾. Ciò comporta conseguenze non irrilevanti per la questione *de quo*: nel caso, infatti, si sostenga che il mutuo è contratto con obbligazioni per entrambe le parti, il 1467 c.c. nega il rimedio manutentivo al debitore onerato, il quale è

legittimato solo a proporre la domanda di risoluzione, sebbene il suo interesse possa essere quello di mantenere in vita il contratto. Il rimedio della *reductio ad equitatem* è concesso solo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza (per evitare la risoluzione). Se, invece si ritenga che il mutuo è contratto con obbligazioni da una sola parte, la richiesta di riconduzione ad equità spetta direttamente alla parte onerata (art. 1468 c.c.). Quest'ultima soluzione sembra quella preferita in dottrina ed è quella in cui si inseriscono più armonicamente anche i recenti provvedimenti normativi in tema di rinegoziazione dei mutui.

I requisiti degli avvenimenti determinanti la sopravvenienza sono due: l'imprevedibilità e la straordinarietà, criteri distinti e non coincidenti, seppur a volte capaci di sovrapporsi. E' imprevedibile l'evento che non sia ragionevolmente ipotizzabile secondo il metro della capacità di previsione dell'uomo medio (radice di soggettività); è straordinario un fatto che non si manifesta ripetutamente né regolarmente nel tempo (criterio oggettivo). Ora sembra del tutto logico che se le parti abbiano anticipatamente previsto e considerato, ad esempio, con una clausola di indicizzazione, l'evento poi realizzatosi, non possano accedere al rimedio dell'art. 1467 c.c. L'affermazione, valida in linea di principio, trova però un'importante deroga a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione del 29 giugno 1981, n. 4249 ⁽¹⁰⁾. L'eccezione si riferisce nello specifico alle clausole di indicizzazione e alla possibilità, oggi giorno riconosciuta, che si possa comunque agire, al fine di ottenere la risoluzione del contratto, nel caso in cui l'imprevedibilità dell'evento, contemplato nel contratto per mezzo della clausola, si sia manifestata attraverso proporzioni inimmaginabili, tali da rendere vana la clausola stessa. Precedentemente al 1981, parte della dottrina e la totalità della giurisprudenza erano concordi nel ritenere che in presenza di una clausola di indicizzazione non vi potesse essere spazio per la risoluzione per eccessiva onerosità, poiché o la clausola era idonea a perequare in concreto il bilanciamento fra le prestazioni, e dunque non vi era il requisito della onerosità sopravvenuta per il contraente debitore, oppure la clausola, pur essendo inidonea a coprire l'entità dell'accadimento preventivato, comunque doveva essere ritenuta indice della volontà insindacabile delle parti di garantirsi avverso solamente alcuni rischi economici, assumendosi invece l'alea dei rimanenti.

Il concetto di eccessiva onerosità, secondo l'interpretazione dominante presso la dottrina e la giurisprudenza si sovrappone al concetto di alea normale: si tratta dell'alea economica prevista dall'art. 1467, comma 2° c.c. (e non giuridica, prevista dall'art. 1469 c.c.). Si ritiene che il contratto sia eccessivamente oneroso, e dunque soggetto al 1467 c.c., quando la turbativa determini una sperequazione nel rapporto di valore fra le prestazioni tale da eccedere il limite di oggettiva tollerabilità insito in ogni affare i cui effetti si protraggono nel tempo: è necessaria quindi un'alterazione macroscopica dell'equilibrio iniziale (negli USA: *modification of the essential nature of the contractual performance*; in Germania: *lesione del fondamento contrattuale*).

7. La rinegoziazione dei mutui nelle novità legislative: una scelta anticoncorrenziale?

7. Una prima considerazione da fare, in base alle osservazioni di carattere generale che precedono, è che se la rinegoziazione può costituire un rimedio economicamente efficace di composizione delle sopravvenienze, non è, per altro verso, il rimedio più favorevole al mercato, rispetto al quale lo strumento di maggiore incentivazione alla concorrenza è quello che consente il cambiamento del *partner*, cioè lo scioglimento. Mutui di sostituzione e mutui con surrogazione sotto l'aspetto mercantile sono pertanto senz'altro più idonei ad incentivare la concorrenza tra le banche. Occorre dunque prendere atto di un cambiamento di rotta del legislatore rispetto alla legge 40/2007 c.d. Bersani *bis*): cambiamento che si è manifestato sia, durante la passata legislatura, con l'art. 2, comma 450 della l. 244/2007 (finanziaria per il 2008) ⁽¹¹⁾, sia, con il nuovo governo, con l'art. 3 del d.l. 93/2008, convertito con modificazioni, con la l. 126/2008 ⁽¹²⁾.

Il tema della portabilità del mutuo introdotta dalla Bersani *bis*, anche se non dovesse aver ancora registrato l'"esplosione" del fenomeno del trasferimento delle ipoteche da banca a banca, ha avuto sicuramente un effetto trainante sul capitolo rinegoziazione del mutuo: infatti, pur di non rischiare di perdere i propri clienti, gli istituti di credito si sono resi più disponibili a ridiscutere le condizioni del mutuo preesistente.

Questa considerazione fattuale può aver costituito l'occasione per l'introduzione proprio nell'art. 8, dedicato e intitolato alla surrogazione, di un nuovo ultimo inciso in calce al comma terzo, che tratta esclusivamente della rinegoziazione. Sotto l'aspetto sistematico si tratterebbe, quindi, di una norma "erratica", qui depositata a seguito dell'alluvione di commenti, sia pretese e resistenze delle parti sociali, sia dubbi tecnico applicativi dei giuristi, suscitati dall'entrata in vigore della Bersani *bis*.

Potrebbe però anche esservi una diversa spiegazione. Come nel primo comma dell'art. 8 della Bersani *bis* la presenza di un accordo già raggiunto sulla non esigibilità del credito o su un termine a favore del creditore, non è di ostacolo ad una facoltà legale pienamente derogativa di tale accordo, quella di esercitare il diritto previsto dall'art. 1202 c.c. (si veda il testo normativo: "...non preclude al debitore l'esercizio della facoltà..."); così, il nuovo inciso finale del terzo comma potrebbe interpretarsi come se la presenza di un accordo già raggiunto con la nuova banca possa essere comunque bloccato con una contromossa difensiva della banca originaria che si renda disponibile alla rinegoziazione. Insomma la replica della banca originaria potrebbe giuridicamente costituire un impedimento al definitivo perfezionamento dell'accordo tra debitore e nuova banca, ovvero una giusta causa di recesso per il debitore dall'accordo già

raggiunto con la nuova banca. Sarebbe, pertanto, una disposizione a difesa della vecchia banca, per poter opporsi all'aggressività di soggetti bancari o finanziari più "dinamici": volendo, anche una mossa di contenimento di una concorrenzialità sregolata.

Quanto alla rinegoziazione governativa del d.l. 93/2008, già i primi commenti ne hanno chiaramente denunciato il forte impatto anti-concorrenziale: un modo per aggirare la "portabilità" dei mutui, la cui realizzazione si assume ostacolata dalle banche, come è evidenziato dall'avvio di una istruttoria da parte dell'Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza (Antitrust o AGMC) ⁽¹³⁾, e dalla sua rapida conclusione con l'irrogazione di multe a carico di 23 Istituti per un totale complessivo di quasi dieci milioni di Euro ⁽¹⁴⁾. Proprio ora, è stato affermato, che la "portabilità" sembra pronta a partire, la possibilità per il cliente di rinegoziare con la banca originaria il mutuo a condizioni di immediato sollievo ridurrebbe l'incentivo a cercare attivamente presso altre banche condizioni veramente migliori e anzi finirebbe per legare il cliente alla banca per un periodo di tempo più lungo ⁽¹⁵⁾. Di tale osservazione, condivisa da tutti i commentatori, si fa interprete l'AGMC con la segnalazione AS452, secondo la quale nell'adottare la convenzione prescritta dall'art 3 del d.l. 93/2008, è necessario:

a) esplicitare la possibilità che le banche adottino, dandone puntuale informazioni ai clienti, condizioni migliorative rispetto a quanto già previsto nel provvedimento, rendendo così chiaro che la convenzione indica condizioni non vincolanti e derogabili a vantaggio dei mutuatari;

b) evitare che la convenzione non disincentivi il ricorso a strumenti alternativi, previsti dalla legge nell'interesse dei consumatori, quali la surrogazione del mutuo (c.d. portabilità);

c) infine, fornire alla clientela massima trasparenza e completa informativa in modo che il mutuatario possa mettere chiaramente a confronto le condizioni economiche derivanti dall'adesione all'una o all'altra delle possibilità offerte dalla legge ⁽¹⁶⁾. Sotto tale ultimo aspetto, l'Authority non fa che ribadire la natura della rinegoziazione come contratto con il consumatore al quale, pertanto, vanno assicurati i diritti fondamentali garantiti dal Codice del consumo, tra cui quelli dell'art. 2 lett. e): alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali.

8. Rinegoziazione dei mutui e concetto di sopravvenienza

Nel tentativo, arduo, di fornire organicità e coerenza agli interventi legislativi, i primi commenti tendono a distinguere la rinegoziazione *volontaria*, disciplinata dal nuovo testo dell'art. 8 della l. 40/2007, dalla rinegoziazione *obbligatoria*, introdotta dal d.l. 93/2008 ⁽¹⁷⁾. In

realità di rinegoziazione riguardo ai mutui si è cominciato a parlare il 2 aprile 1997, quando venne fatta la prima rilevazione del tasso soglia anti-usura ai sensi della legge 108/1996. Sul tema si concentrò, nell'occasione di un convegno promosso dal Notariato a fine 1998, l'attenzione della dottrina: l'intervento del prof. Presti può ritenersi a tutt'oggi la base delle riflessioni in tema di rinegoziazione dei mutui ⁽¹⁸⁾. Da quel pregevole contributo si traggono, al fine delle presenti riflessioni, due spunti. Il prof. Presti, anzitutto, parla di rinegoziazione; si ritiene correttamente, in quanto in quegli anni la fissazione dei requisiti dell'usura in termini obiettivi avvenne contestualmente alla repentina caduta del costo del denaro, creando la problematica dei mutui c.d. "sopravvenuti usurari": si passava da tassi di interesse a doppia cifra ai più contenuti costi del denaro registrato da decenni; cosicché la sperequazione delle prestazioni acquisì verosimilmente tutte le caratteristiche di eccessività tradizionalmente impiegate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Il prof. Presti afferma, inoltre, ed è questo il secondo spunto di riflessione, che la rinegoziazione può avvenire senza atto in forma notarile.

Quanto al primo punto, c'è da chiedersi se l'attuale nuova crisi dei mutui ipotecari costituisca effettivamente una generale situazione di sopravvenienza giuridicamente rilevante ai danni dei mutuatari. Si è già visto quali siano le caratteristiche legali della sopravvenienza e, alla stregua di tali parametri non sembrerebbe, a prima vista, che l'attuale situazione sia agevolmente riconducibile a tali caratteristiche, in quanto era abbastanza prevedibile che il costo del denaro non avrebbe potuto essere in eterno così basso come quello registrato tra la metà del 2003 e oltre la metà del 2005 (tasso BCE al 2%) ⁽¹⁹⁾.

Il d.l. 93/2008 reca, però, una novità: la norma infatti dispone una presunzione legale assoluta di eccessività della sopravvenienza.

Si dovrebbe allora chiedere se la presunzione legale di eccessività introdotta dal legislatore sia coerente con i requisiti dottrinali e giurisprudenziali di valutazione delle sopravvenienze ai sensi dell'art. 1467 c.c. Questo, si ripete, è discutibile: è evidente come a partire dall'ultimo trimestre del 2005 vi sia stato un aumento del costo del denaro, ma, almeno fino all'estate del 2007, si è trattato di un aumento tutt'altro che straordinario e imprevedibile, e forse anche tutt'altro che eccessivo: due punti percentuali in più, è vero, ma del tutto in linea con gli aumenti disposti dalla politica monetaria della BCE. Con ciò non si vuol dire che il d.l. sia sbagliato, ma che probabilmente l'eccessività della sopravvenienza deve giustificarsi sulla base di considerazioni particolari, senz'altro estranee ai ragionamenti sin qui condotti da dottrina e giurisprudenza. Quali? si tratta di almeno tre motivi:

a) si è verificato un vizio operativo nell'indice di adeguamento: l'Euribor si è mosso non solo, come erano tutti abituati a ritenere, per effetto della politica monetaria delle banche centrali, ma anche per la diffidenza instauratasi tra le banche commerciali a seguito della crisi

dei *subprimes*, della carenza di liquidità e del *credit crunch*: il discostamento dell'Euribor dovuto a questo fattore eccezionale è pari a circa un punto percentuale;

b) si è verificato un crollo, forse non del tutto imprevedibile ma certamente ingente, del valore dei *collaterals* ed in particolare delle garanzie immobiliari (il che non vuol dire auspicare che la soluzione della crisi, come dicono alcuni economisti, risieda nel forzoso recupero dei valori immobiliari ante-crisi, cosa che assomiglierebbe tanto a "drogare" il mercato);

c) vi è stata un'incentivazione all'indebitamento eccessivo e irragionevole probabilmente a diversi livelli (anche politici); ma soprattutto al livello più basso, quello della contrattazione con i consumatori, l'attività di promozione è risultata carente di trasparenza: se il punto potesse essere ricondotto all'errore come vizio del consenso del soggetto finanziato, il rimedio del mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c.c.) non sarebbe lontano dal concetto di rinegoziazione. L'opacità è stata agevolata dalla deresponsabilizzazione delle banche indotta dalla prassi finanziaria di cartolarizzare i debiti, cioè di impacchettarli in un portafoglio di valori e di rivenderli a terzi mediante emissione di titoli per un prezzo valutato in ordine alla futura redditività dei mutui contenuti nel portafoglio, associandovi anche operazioni su "derivati". Queste operazioni di alta finanza sono state ripetute per diverse volte, al punto che i quotidiani specializzati hanno calcolato che la piramide finanziaria abbia raggiunto l'ammontare di dodici volte il PIL mondiale ⁽²⁰⁾. Quando i finanziamenti alla base dei prodotti finanziari derivati hanno cominciato a scricchiolare, improvvisamente anche i valori dei titoli su di essi basati sono crollati; essi sono divenuti pressoché invendibili e le banche che si erano indebitate a breve contando di rifinanziare i propri debiti offrendo in garanzia tali titoli hanno subito una crisi di liquidità: di qui la richiesta di denaro ma anche la difficoltà ad ottenerlo, per il timore che la banca richiedente, essendo eventualmente sovra esposta in prodotti finanziari a rischio e per di più non agevolmente individuabili, potesse rimanere insolvente. Questa diffidenza ha fatto aumentare il costo del denaro sul mercato interbancario e quindi gli indici di riferimento, tra cui l'EURIBOR, che è quello più frequentemente adottato nei contratti di mutuo, con la conseguenza di aggravare ancora di più la posizione dei mutuatari.

Non è facile dire se queste considerazioni valgano a fondare una nuova lettura dei requisiti legali della sopravvenienza oppure costituiscano l'ennesimo effetto asistemico di una legislazione che si esprime solo per obiettivi; quand'anche così fosse, si tratterebbe comunque di un effetto asistemico di minore impatto in quanto comunque circoscritto entro limiti temporali. Nel testo normativo sono resi assoggettabili a rinegoziazione i mutui stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto (29 maggio 2008): la presunzione legale di eccessività può, infatti, concepirsi solo nell'ambito di un ristretto periodo di tempo, a pena di rivoluzionare non solo il concetto ordinamentale di sopravvenienza, che sarebbe ancora il meno, ma di minare l'intero mercato di contrattazione dei tassi. Si tratta di una norma

necessariamente eccezionale e straordinaria, limitata ai contratti stipulati entro un determinato periodo ed attuabile solo entro tre mesi dall'invio delle comunicazioni bancarie.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte può forse individuarsi un indice di chiarimento sistematico nel disposto normativo della finanziaria 2008, ove, in effetti, non si parla mai di rinegoziazione bensì di "ricontrattazione". Si propone, pertanto, di individuare, con questo termine (ricontrattazione), un'attività del genere rinegoziale ma basata non sul presupposto di una sopravvenienza legale, quanto su considerazioni extra giuridiche di opportunità economico-sociale e di mercato. Anche la rinegoziazione obbligatoria del d.l. 93/2008 sarebbe dunque, in realtà, una ricontrattazione.

9. La forma della rinegoziazione

La legge 244/2007 ha cercato di consacrare e di agevolare la possibilità per il creditore originario e per il debitore di pattuire la variazione delle condizioni del contratto di mutuo in essere, vietando che per la stessa possano essere richieste al mutuatario spese bancarie, e consentendo che possa essere formalizzata mediante scrittura privata semplice anche non autenticata. L'innovazione è stata introdotta, nel modo che abbiamo visto, nell'ambito della disciplina della surrogazione dell'ipoteca (la "portabilità").

Questa specifica rinegoziazione è sempre di carattere volontario: pertanto, l'inciso iniziale appare una inutile duplicazione dei principi generali (art. 1321 c.c.), mentre il vero senso del provvedimento risiede nell'introduzione di vincoli disciplinari. Sotto l'aspetto regolamentare, le novità apportate dal nuovo terzo comma sono la prescrizione di gratuità e di libertà di forma dell'accordo modificativo.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto (la libertà di forma), come visto, la dottrina aveva già riconosciuto che in caso di rinegoziazione il ruolo del notaio è del tutto eventuale: la norma ha dunque solo recepito e confermato l'orientamento prevalente. Per la verità si sono avuti in passato (soprattutto in occasione della crisi dei mutui c.d. sopravvenuti usurari) diversi casi pratici in cui anche la rinegoziazione è stata stipulata per atto formale (pubblico o autentico) al fine di ottenerne una tuzioristica annotazione a margine della nota di iscrizione, e quindi di cercare di rendere eventualmente opponibili le modifiche ai terzi. Si trattava, però, di prassi più prudentiale che giuridicamente necessaria in quanto l'unica modifica riguardava il tasso di interessi e, necessariamente, *in melius* per il debitore. In omaggio ad un preteso principio di tassatività delle annotazioni a margine è stato anche ritenuto che l'annotazione dell'accordo modificativo, legalmente atipica, avrebbe avuto al massimo funzione di mera pubblicità notizia; ed alcuni Conservatori dei Registri Immobiliari/Direttori delle Agenzie del Territorio si sono

addirittura rifiutati di procedere alle richieste formali: il tutto, per quanto detto, senza particolari conseguenze pratiche.

Senz'altro la nuova norma, nel consentire la libertà di forma, non può rendere d'ufficio opponibile una modifica di cui non si abbia alcuna conoscibilità generale. Resta quindi da verificare se fossero, e se tuttora siano, fondate le preoccupazioni che hanno indotto le banche ad esigere tali tipi di annotazioni: se così fosse, il disposto normativo, che non vieta la forma pubblica o autentica del patto modificativo, ma semplicemente ne predica la superfluità, sarebbe più che inutile, sbagliato.

Ora, a differenza della rinegoziazione dei mutui sopravvenuti usurari, di cui prevalentemente trattava il prof. Presti, l'attuale crisi comporta che l'accordo modificativo possa concretarsi in maniere molto diverse. Un eventuale accordo di riduzione del tasso, analogamente a quanto verificatosi per i mutui sopravvenuti usurari, in nessun modo pregiudica eventuali creditori del debitore successivi all'iscrizione di ipoteca, i quali, anzi, potranno godere di una più ampia capienza del patrimonio a loro garanzia, che il debitore medesimo farà senz'altro adeguatamente valere sulla base del patto modificativo. Al contrario, però, è oggi anche possibile che il tasso aumenti: si pensi all'ipotesi in cui il debitore, al classico fine di dormire sonni tranquilli, si decida a optare per un tasso fisso di importo maggiore del tasso variabile originario. In questi casi appare del tutto congruo con i principi che reggono la pubblicità immobiliare rendere edotti eventuali futuri creditori, che facciano legittimamente affidamento sul patrimonio immobiliare del debitore, del peggioramento delle condizioni del prestito. Il medesimo ragionamento vale in relazione alle modifiche alla durata, in quanto l'allungamento della stessa oltre a produrre un probabile aumento dell'ammontare degli interessi (aumento che potrebbe non verificarsi solo se, contestualmente al prolungamento, venisse anche pattuita una notevole riduzione del tasso e/o un'anticipata restituzione parziale del capitale), comporta anche, e inevitabilmente, il prolungamento del periodo di indisponibilità sostanziale del bene ipotecato.

Il punto è di tale rilevanza da chiedersi non più solo se sia necessaria l'annotazione dell'accordo modificativo, ma, addirittura, se l'annotazione sia sufficiente e non debba richiedersi una nuova iscrizione. Com'è noto l'estensione dell'ipoteca agli interessi è operativa solo se in sede di iscrizione viene enunciata la misura degli stessi (art. 2839, n. 5 c.c.): "[...] il che va correlato con l'esigenza di evitare ai terzi indagini troppo onerose, da estendersi al di fuori delle risultanze dei registri immobiliari, circa la loro esistenza ed entità" ⁽²¹⁾. Al punto che "la loro mancata o insufficiente indicazione non consente una semplice rettifica (con annotazione), ma solo una iscrizione suppletiva, o una di rettifica che richiami la prima, e dalla quale sorge una distinta ipoteca con relativo nuovo grado (sicché rimane preclusa se nel frattempo il bene è stato alienato a un terzo)" ⁽²²⁾. Anche il tempo della esigibilità è requisito della nota di iscrizione (art. 2839 n. 6 c.c.). Quanto alla proroga della scadenza è stato ritenuto

che, a differenza dal caso che la stessa sia relativa ad un credito ad esecuzione istantanea, qualora riguardi un'obbligazione ad esecuzione continuata o periodica, essa "crea un nuovo rapporto, cui pertanto la primitiva ipoteca, per la sua specialità, non può estendersi, come in caso di sostituzione dell'oggetto, ma si può solo costituire una nuova, con relativo grado, mediante apposita concessione" ⁽²³⁾.

La dottrina riportata giustifica un atteggiamento prudente. Tuttavia, pur con le perplessità che possa indurre un ragionamento di tipo abducente, è giocoforza ritenere che:

a) una nuova iscrizione non sia richiesta. Nuova iscrizione vorrebbe dire nuovo grado, nuova istruttoria, nuove spese: in realtà proprio ciò che si vuole evitare con la rinegoziazione. Supporti giuridici sembrano potersi trarre per analogia dall'art. 39 T.U.B., in tema di possibilità di indicare nell'atto di erogazione (e di annotare in margine all'iscrizione) il saggio degli interessi; e dall'art. 1231 c.c. per effetto del quale ogni modificazione accessoria dell'obbligazione, tra cui l'apposizione o l'eliminazione di un termine, non produce novazione e quindi non determina l'estinzione dell'ipoteca (art. 1232 c.c.);

b) l'annotazione de quo, da ritenersi necessaria, seppur legalmente atipica, abbia "efficacia dichiarativa, sebbene in un senso più ampio di quello che assume normalmente l'espressione con riferimento alla trascrizione, e quindi necessaria non solo al fine della soluzione del conflitto fra più aventi causa dal medesimo autore, ma nei confronti di tutti i terzi (fra cui principalmente gli altri creditori)" ⁽²⁴⁾; e, inoltre, che tale efficacia sia attribuibile al quadro "D" della nota di iscrizione, che è l'unico luogo in cui possono materialmente inserirsi i patti modificativi.

In definitiva, nonostante la genericità del nuovo disposto normativo, dovrebbe ritenersi del tutto ragionevole la pretesa della banca di rendere edotti eventuali futuri creditori del debitore dell'eventuale peggioramento delle condizioni di prestito; e quindi, in tali casi, di adottare la forma (pubblica o autentica) idonea a rendere possibile l'annotazione. In ogni caso, e cioè sia che si ritenga l'annotazione necessaria in ragione della funzione dichiarativa attribuitale, sia che si ritenga la stessa avere effetti di mera pubblicità-notizia facoltativa, sono pienamente superabili le eventuali incertezze dei Direttori delle Agenzie del Territorio a eseguire le annotazioni ⁽²⁵⁾.

L'art. 3 del d.l. 93/2008 non trattava espressamente di forma. Tuttavia, già la disciplina dettata dall'originario comma quinto ("le banche [...] formulano ai clienti interessati [...] l'accettazione della proposta è comunicata dal mutuatario alla banca [...] entro tre mesi dalla comunicazione della proposta stessa") sembrava francamente dare quasi per scontato che del notaio non vi fosse bisogno. Il legislatore della conversione ha inteso definire la questione precisando che l'ipoteca continua ad assistere il mutuo "senza il compimento di alcuna

formalità, anche ipotecaria". Tuttavia, siccome, come si vedrà, anche la rinegoziazione governativa può comportare effetti peggiorativi per il mutuatario, dovrebbero trarsi le medesime conseguenze in materia di forma e di pubblicità previste per la rinegoziazione volontaria della l. 244/2007.

Deve quindi ritenersi sempre necessaria l'annotazione e quindi l'intervento notarile, ogni qualvolta la rinegoziazione comporti un peggioramento della posizione contrattuale del mutuatario? Se il principio di affidamento ha una sua rilevanza, la risposta non pare avere alternative. *De iure condito*, l'ostacolo potrebbe forse superarsi mediante una interpretazione coordinata degli artt. 2839, 2855 e 2809 c.c. che attribuisca prevalente efficacia, nella tutela dell'affidamento dei terzi, all'importo della somma iscritta (art. 2809 c.c.) più che al tasso menzionato nella nota di iscrizione (2839 c.c.), nel senso che l'ipoteca "copra" il credito fino all'importo iscritto, in qualunque modo il credito venga concretamente liquidato anche, per ipotesi, sulla base di un tasso modificato *in peius* o di una durata allungata ⁽²⁶⁾: si tratta però di un percorso ancora tutto da approfondire. *De iure condendo*, si potrebbe, sull'esempio della riforma francese ⁽²⁷⁾ che prescrive la pubblicità della clausola di ricaricabilità in funzione di opponibilità ai terzi, imporre una analoga pubblicità alla convenzione che, all'interno del contratto originario, ammetta entro determinati limiti la eventuale futura rinegoziazione dei termini dell'accordo.

10. La gratuità della rinegoziazione

Con riguardo alla gratuità, posto che il legislatore del 2007 nel sancire, con l'efficacia che si è vista, la libertà di forma, ha escluso dai suoi pensieri la possibilità stessa di un intervento notarile da remunerare, è evidente che il "senza spese" riguarda in questo contesto, esclusivamente le spese bancarie; ed anche in questo caso l'efficacia sostanziale del divieto è dubbia essendo tutto da verificare che il mancato introito a titolo di commissione di rinegoziazione non si riverberi su un maggiore importo del tasso rinegoziato.

Dopo l'art. 7 della l. 40/2007 in tema di compenso per l'estinzione anticipata, è questa la seconda, e non ultima, volta che il legislatore interviene a prescrivere l'illiceità di un compenso bancario. La terza volta è il comma tre-*bis* dell'art. 8 del medesimo provvedimento, in tema di surrogazione; la quarta è data dall'ultimo comma dell'art. 3 del d.l. 93 in tema di rinegoziazione obbligatoria. Ora, a parte ogni considerazione circa le contraddizioni di principio di legislatori che a parole si ergono a paladini del libero mercato e della concorrenza, e dai profeti del libero mercato si lasciano incensare davanti all'opinione pubblica, si comincia nutrire qualche dubbio sulla stessa legittimità giuridica di imporre ripetutamente a soggetti privati prestazioni gratuite. Non che non si comprenda l'esigenza sociale a base di questo tipo di

provvedimenti restrittivi; e neppure è sconosciuta l'urgenza equitativa di fronteggiare comportamenti bancari e finanziari a dir poco sconcertanti. Sotto l'aspetto giuridico, tuttavia, non possono nascondersi delle perplessità sostanziali e di metodo. In definitiva la pretesa legislativa incontrerebbe maggiormente le esigenze di giustizia trasportando la vicenda sul terreno della trasparenza: venga detto definitivamente con chiarezza che la remunerazione del credito può essere rappresentata solo dalla voce interessi che deve tener conto di tutti i costi bancari; si elimini tutto quel sottobosco di spese accessorie costanti nel corso del rapporto, e si faccia coincidere il tasso nominale con quello effettivo (salvo l'ineliminabile effetto finanziario inerente alla durata e alle scadenze di rateazioni); si prenda atto che l'elaborazione di indici quali l'ISC e l'APR (*Annual Percentage Rate*) non sono riusciti a computare affidabilmente tutte le *fees* che gravano sul credito e che non appena colpite da illegittimità risorgono sotto diverso nome ⁽²⁸⁾: l'ultimo *trend* appare il *cross selling* di prodotti assicurativi.

11. Le clausole che vietano la rinegoziazione

Il problema delle clausole che vietano la rinegoziazione può porsi evidentemente solo rispetto alla disciplina dell'art. 8 della l. 49/2007, in quanto un patto di questo genere avente ad oggetto la rinegoziazione governativa sarebbe palesemente *contra legem* per una banca che avesse aderito alla Convenzione MEF-ABI. Il comma 3° dell'art. 8, come visto, dispone: "Resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, ...". La questione non è superflua come potrebbe apparire, posto che trae spunto da clausole concretamente incontrate in alcune minute bancarie ⁽²⁹⁾.

Per cercare di valutare la portata della clausola occorre fare un passo indietro e tornare a verificare che tipo di rinegoziazione sia la "pattuizione di variazione" disciplinata dal legislatore della finanziaria 2008. Se il divieto previsto dalla clausola è da intendersi come divieto di ricontrattazione volontaria, potrebbe senz'altro affermarsi che tale clausola è giuridicamente superflua: nulla, infatti, vieta alle parti, a prescindere da quanto scritto nell'accordo originario, di tornare sulle proprie posizioni e modificare, se sono d'accordo tra loro, le condizioni contrattuali. Per la verità la asimmetria di competenza esistente tra le parti può fare gioco ai danni del debitore, il quale farà affidamento sulla efficacia della clausola e quindi sarà dissuaso anche solo dall'affrontare il tentativo di ricontrattazione; tuttavia, la clausola non sembra potersi ritenere affetta da un vizio ulteriore o diverso dalla mancanza di trasparenza, per le conseguenze giuridiche tuttora incerte, ma prevalentemente orientate nel senso di abilitare il soggetto debole ad un'azione non di nullità ma di risarcimento dei danni, ove verificati ⁽³⁰⁾.

Se, invece il divieto riguardasse la rinegoziazione in senso stretto, allora la clausola sarebbe volta ad escludere una possibile legittima pretesa del mutuatario nel caso si verificano delle sopravvenienze giuridicamente o legalmente rilevanti (art. 1468 c.c.); e, qualora provenisse da un consumatore, potrebbe ritenersi invalida per abusività ai sensi dell'art. 33 comma 1° del Codice del Consumo, nella misura in cui comporti un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Diverse conclusioni per le clausole eventualmente contenute nei contratti di mutuo che prescrivano il diritto della banca ad un compenso per il caso di rinegoziazione: queste non sembrano poter sfuggire ad una sanzione di invalidità, seppur parziale in ragione degli interessi in gioco, in quanto in aperto contrasto con norme imperative.

12. Disciplina e problemi della rinegoziazione governativa

La Convenzione MEF-ABI è aperta all'adesione delle banche ⁽³¹⁾ e degli intermediari finanziari; le banche che aderiscono alla convenzione sono obbligate a formulare ai clienti "interessati" (la prassi ha sciolto un dubbio interpretativo nel senso che le proposte sono state trasmesse a tutti i clienti nella situazione di aver contratto un mutuo a tasso variabile e non solo ai clienti che abbiano manifestato un esplicito interesse al rimedio) la proposta di rinegoziazione che, se accettata, esplicherà i suoi effetti a decorrere dalla prima rata in scadenza successiva al 1 gennaio 2009. La complessa normativa non si limita ad imporre la rinegoziazione, ma ne precisa i contenuti: si tratta, pertanto, di una rinegoziazione oltre che obbligatoria anche "regolata", scelta di per sé limitativa di una potenziale maggiore concorrenza sul punto. La soluzione è analoga a quella impiegata dalla Bersani *bis* all'art. 7 per disciplinare la sorte delle penali di anticipata estinzione contenute nei mutui stipulati anteriormente all'entrata in vigore della l. 40/2007. Nella misura in cui sui contenuti non è richiesta una sostanziale manifestazione di volontà delle parti, è del tutto evidente che tecnicamente parlare di rinegoziazione può apparire fuori luogo: rinegoziazione e sostituzione automatica di clausole sono rimedi contrapposti e alternativi ⁽³²⁾. Vero è, però, che a differenza della Bersani *bis* la nuova procedura conferisce alle banche dei margini di miglioramento volontario del trattamento minimo da offrirsi obbligatoriamente, e che le modalità di formulazione delle proposte tendono a coinvolgere i clienti in una scelta di alternative, e pertanto suscitano manifestazioni giuridiche di volontà più consapevoli.

Sui contenuti di questa rinegoziazione governativa era già stato raggiunto con l'Abi il 21 maggio un pre-accordo, che è rimasto sostanzialmente invariato: la rata variabile dei mutui (esclusivamente quelli stipulati a tasso variabile per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale ⁽³³⁾) viene sostituita da un rata fissa, calcolata in base

al tasso d'interesse medio del 2006, che resta invariata per tutta la durata del mutuo; la differenza tra l'importo della rata dovuta secondo gli accordi originari e quella risultante dalla rinegoziazione viene addebitata su di un nuovo conto di finanziamento accessorio. In sostanza, una volta rideterminata la rata rinegoziata, rimane sullo sfondo come riferimento attivo il piano di ammortamento originario con le sue rate che si evolvono secondo le condizioni contrattuali originarie: la differenza tra l'importo della rata secondo il piano originario tempo per tempo calcolato e quello della rata rinegoziata non sarà quindi sempre uguale, ma potrà variare secondo i mutamenti del parametro di riferimento originario; e se il parametro originario scende al punto da determinare una rata inferiore a quella risultante dalla rinegoziazione, il mutuatario continua a pagare la rata rinegoziata, ma la differenza favorevole viene accreditata al mutuatario sul predetto conto.

La sostituzione della rata variabile con quella fissa alleggerisce nell'immediato il peso del mutuatario, consentendogli di pagare una rata non certo bassa come quella degli anni 2003-2005, ma almeno parametrata alla media del 2006 (che ha registrato comunque una crescita dell'Euribor di circa un punto e mezzo percentuale), e quindi più vicina a quella preventivata nel momento in cui fu acceso il mutuo. E' ormai chiaro, però, che in termini reali non vi è uno sconto, ma solo una proroga, a volte molto lunga, dei termini di pagamento; anzi, siccome è ormai ben noto che più lungo è il tempo di restituzione maggiori sono gli interessi da pagare, l'ammontare da restituire sarà in termini assoluti maggiore di quello che verrebbe pagato secondo il contratto originale, perché sulla differenza accantonata sul conto accessorio maturano interessi: questo effetto potrà essere attenuato, al limite annullato, solo se i tassi di mercato evolveranno in modo favorevole, cioè scenderanno.

In definitiva, come è stato osservato, "il mutuo toccato dalla Convenzione non diventa a tasso fisso, restando a tasso variabile. Fisse divengono solo le rate che via via bisogna pagare" ⁽³⁴⁾; "la misura prevista (ed imposta) dal d.l. consiste in una dilazione onerosa *ex lege*, e non in una modifica migliorativa sostanziale delle condizioni negoziali originariamente previste" ⁽³⁵⁾. Resta solo da precisare che il mutuo in realtà diventa a tasso misto o, meglio ancora, si trasforma in un prodotto unitario ma complesso, composto da una prima parte corrispondente al mutuo originario a tasso variabile ma con rata costante, e da una appendice finanziaria il cui capitale è costituito dal saldo del conto accessorio, regolato a tasso fisso. In tal modo, da un lato si evidenzia la differenza tra la soluzione normativa ed i mutui variabili a rata costante già noti alla prassi e qualche volta generatori di problematiche e tensioni ⁽³⁶⁾; dall'altro la lettura unitaria della fattispecie favorisce la risposta positiva sia alla questione della detraibilità fiscale anche degli interessi maturati sul conto accessorio, sia a quella della surrogabilità con un mutuo nuovo dell'intero prodotto, e non solo del mutuo originario.

Problematico, anzitutto, l'inquadramento della Convenzione nel quadro delle fonti normative ⁽³⁷⁾. Per primo il Consiglio dei Ministri approva il 21 maggio 2008 il testo del

provvedimento, il quale viene poi emanato con decreto legge in data 27 maggio 2008, n. 93: esso all'art. 3 prevede la stipulazione entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto stesso di una convenzione tra MEF e ABI avente ad oggetto la rinegoziazione dei mutui per la prima casa. Lo stesso 27 maggio 2008 l'AGCM detta i requisiti, sopra indicati, cui dovrà attenersi la Convenzione per evitare procedure limitative della concorrenza tra le banche. Il 19 giugno 2008 viene sottoscritta la Convenzione, composta da una premessa e nove articoli. Il 24 luglio, con legge n. 126 viene convertito il d.l. 93/2008 con modifiche anche relative al citato art. 3.

A mero titolo di constatazione si osservano, quali elementi di l'atipicità dell'*iter* di formazione del provvedimento normativo:

- l'intervento dell'AGCM con la propria segnalazione, sia per la tempistica di emanazione (è nella stessa data del decreto legge), sia per l'autorevolezza esercitata sulla convenzione, e sulla legge di conversione che ne recepiscono in pieno le indicazioni;
- il fatto che la Convenzione sia stata siglata prima della conversione del decreto: cosicché è la legge a uniformarsi alla Convenzione e non il contrario; in particolare la norma convertita pare preoccuparsi di fornire substrato legale, *ex post*, al dispositivo convenzionale.

A tacer d'altro, appare quindi legittimo domandarsi, ma a tal quesito altri darà risposta, se l'eventuale inosservanza della convenzione costituisca una violazione di legge o un inadempimento contrattuale, e quale tipo di azione abbia eventualmente a disposizione il mutuatario a propria difesa. Mentre un autore, seppur a mero titolo di "prima nota" di commento, nega l'esistenza di un diritto del cliente alla prestazione nei confronti diretti della banca interessata ⁽³⁸⁾, e un altro nel medesimo solco, esclude un diritto di opzione a favore del cliente ⁽³⁹⁾, altri, invece, ammette l'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.* ⁽⁴⁰⁾. Certo insospettisce il titolo del provvedimento "Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie", il quale sembra preoccuparsi più che di soggetti di diritto, di strumenti per il sostegno del consumo e dell'economia.

La premessa della Convenzione, subito si preoccupa di aderire alle osservazioni dell'AGCM precisando che "la rinegoziazione dei mutui costituisce per la clientela interessata uno strumento aggiuntivo e non sostitutivo di una gamma più ampia di valide opportunità fra le quali continua a vigere quella della portabilità dei mutui". La precisazione è sostanzialmente ripresa anche dalla legge di conversione nel modificare il comma primo dell'art. 3 d.l. 93/2008. Anche l'art. 1 della Convenzione ribadisce il concetto, precisando che le banche e gli intermediari che aderiscono alla stessa devono fornire ai clienti interessati una informativa trasparente, chiara ed esaustiva in ordine alle varie opportunità:

I) continuare a rimborsare il mutuo secondo il piano di ammortamento originario;

II) proporre una rinegoziazione *ad hoc*;

III) avvalersi della portabilità del mutuo;

IV) ricorrere alla rinegoziazione obbligatoria;

V) "usufruire anche di più di una di tali diverse opportunità, in particolare cumulando quella *sub III*) a quella *sub IV*)".

La prima costituisce un'opportunità solo in un senso un po' pleonastico, essendo il regolamento che si suppone il mutuatario abbia interesse a modificare. E', però, anche giusto evidenziare che la rinegoziazione potrebbe anche non essere conveniente: sia per il mutuatario che si trovi oltre la metà dell'ammortamento ed abbia già pagato la quota più significativa di interessi, il quale otterrebbe ben pochi benefici dalla riduzione della rata, sia per il titolare di un mutuo all'inizio dell'ammortamento e di lunga durata, per il quale il pericolo è un ulteriore allungamento ed un costo complessivo molto ingente ⁽⁴¹⁾: una segnalazione di questo tipo appare dunque molto opportuna. Quanto all'ultima opzione, escluso certamente che si possano avere in contemporanea una portabilità ed una rinegoziazione, che rimangono strumenti necessariamente distinti, il "legislatore" ha evidentemente inteso affermare che può rinegoziarsi anche un mutuo stipulato, purché prima del 29 maggio 2008, ai sensi dell'art. 8 della legge Bersani *bis*, e, viceversa, che un mutuo rinegoziato ai sensi della procedura governativa può essere successivamente oggetto di surrogazione ai sensi del citato art. 8 ovviamente, in questo caso, se il cliente e una nuova banca trovano l'accordo sul punto.

Dal successivo art. 3 si ricava, inoltre, che è soggetto a rinegoziazione obbligatoria anche un mutuo precedentemente rinegoziato volontariamente.

Il secondo comma dell'art. 1 prevede che possano aderire alla Convenzione anche i soggetti cui siano stati ceduti i mutui nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione. Implicitamente, questo sembra voler dire che è esclusivamente la *spv* il soggetto tenuto alla rinegoziazione; e, quindi, che se la *spv* non vuole rinegoziare perché non aderisce alla Convenzione, o perché, pur avendo aderito, non fornisce l'*originator* di apposito potere ad agire, inutilmente il mutuatario si rivolgerà alla sua banca. Ciò, se non andiamo errati, finisce per sancire l'indisponibilità da parte della banca originaria di accedere a richieste di rinegoziazione, ma anche di portabilità ⁽⁴²⁾, senza il consenso della società cessionaria, con conseguente limitazione dell'ambito di operatività di entrambe le norme. Qualora, invece, la *spv* aderisca alla Convenzione, la medesima disposizione in commento assicura *ex lege* al soggetto incaricato della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento la facoltà di agire per la rinegoziazione anche in assenza di una specifica procura.

Ma non finisce qui. La legge di conversione ha integrato il sesto comma del decreto legge prescrivendo la non necessità di formalità ipotecarie *“altresì nel caso in cui, per effetto della rinegoziazione, il titolare del conto di finanziamento accessorio sia soggetto diverso dal cessionario del mutuo nell’ambito di un’operazione di cartolarizzazione con cessione di crediti. In tal caso la surroga nelle garanzie opera di diritto, senza il compimento di alcuna formalità, anche ipotecaria, ma ha effetto solo a seguito dell’integrale soddisfacimento del credito vantato dal cessionario del mutuo oggetto dell’operazione di cartolarizzazione.”*

La disposizione appare in verità un po’ inquietante. Sembra di capire che nel caso in cui un mutuo cartolarizzato venga rinegoziato, sarebbe possibile pattuire che il conto accessorio sia in titolarità di un soggetto diverso dalla *spv*, e quindi verosimilmente dell’*originator* (o anche di terzi?): si avrebbe, quindi, una rinegoziazione “a tre”? L’ipoteca, in conformità alle norme sulla cartolarizzazione ⁽⁴³⁾ segue il credito ceduto senza necessità di alcuna annotazione (sostituita dalla pubblicazione sulla G.U.), ma a seguito dell’integrale soddisfacimento del credito della *spv* si trasferisce (ritrasferisce?) “di diritto” al diverso titolare del conto accessorio (*originator?*), a tutela del rimborso del medesimo: questo nuovo trasferimento, dunque, non viene pubblicizzato né tramite annotazione né tramite pubblicazione su G.U.

A parte il fatto che non si comprende come possa aversi un “integrale soddisfacimento” del cessionario (*spv*) se a questi non venga attribuito anche il conto accessorio, i commenti della stampa a questa specifica problematica appaiono prescindere del tutto dalla disciplina legale. Posto che il rischio per le operazioni di cartolarizzazione è che le società veicolo, a fronte dell’abbassamento delle rate, abbiano meno disponibilità immediate per far fronte ai propri impegni con gli investitori, la soluzione che emerge dalle pagine quotidiane è che la rinegoziazione venga stipulata dalle banche *originator*, cui resterebbe l’onere di versare direttamente alle *spv* la differenza rispetto alla rata rinegoziata versata dal mutuatario. Nulla di questo è previsto dalla legge o dalla Convenzione, riconoscendosi che questo passaggio della Convenzione Abi-Governo è ancora poco chiaro dal punto di vista legale, e confermandosi quindi le preoccupazioni delle agenzie di *rating* circa le obbligazioni italiane legate ai mutui ⁽⁴⁴⁾. Una soluzione radicale, ma forse l’unica logica del problema, consiste nel riacquisto del mutuo da parte della medesima banca *originator*.

Il comma 3° dell’art. 1 dispone, di nuovo in aderenza alle indicazioni dell’ AGMC, e, anche in questo caso, seguita dalla legge di conversione (commi 1 e 8-*bis*), che le disposizioni legislative costituiscono uno standard minimo, restando ferma la possibilità di proporre alla clientela interessata, “in via generalizzata”, condizioni economicamente ancor più favorevoli. Ci si domanda, qui, se la Convenzione imponga agli aderenti un obbligo di parità di trattamento, ai mutuatari un diritto a non essere discriminati, e quindi, in sintesi, un disincentivo all’esercizio della facoltà delle banche di proporre condizioni migliorative ⁽⁴⁵⁾. In caso di riposta

affermativa, rimane comunque aperta la possibilità della rinegoziazione volontaria prevista dal terzo comma dell'art. 8 l. 40/2007.

L'art. 2 dispone che possono formare oggetto di rinegoziazione i mutui "a tasso variabile e a rata variabile per tutta la durata del mutuo". Sembrano quindi esclusi:

- quelli a tasso variabile ma con rata fissa, in cui le variazioni del tasso si ripercuotono contrattualmente sulla durata del mutuo;
- quelli a tasso misto, fatta forse eccezione per quelli che pure abilitando il mutuatario alla scelta, di fatto siano stati regolati sempre a tasso variabile.

La norma appare restrittiva rispetto al testo di legge che si riferisce genericamente ai mutui "a tasso variabile". Peraltro, la derogabilità delle norme in senso più favorevole al mutuatario giustifica la prassi adottata volontariamente da alcune banche di comprendere nell'offerta anche altre tipologie di mutui, tra cui quelli a tasso misto, quelli con *cap*, quelli con opzione sulla tipologia di tasso, ecc. ⁽⁴⁶⁾

Può trattarsi di mutui stipulati o anche "accollati a seguito di frazionamento". In questo caso la Convenzione appare più liberale rispetto al testo di legge risultante dalla conversione, il quale parla solo di mutui "stipulati": però, evidentemente, la derogabilità in senso più favorevole delle norme di legge è applicabile sia alle concrete proposte bancarie, sia alla stessa Convenzione, con la differenza, in quest'ultimo caso, che il trattamento più favorevole sarà obbligatorio per tutte le banche che abbiano aderito alla Convenzione.

E' da escludersi, per contrarietà ai principi generali (*res inter alios acta etc.*) che il debitore originario accollante, non liberato dalla banca accollata, possa essere tenuto nei confronti di quest'ultima alle condizioni eventualmente peggiorative negoziate dall'accollatario.

E' previsto che possano usufruire della rinegoziazione anche i mutuatari inadempienti, purché non sia già intervenuta la risoluzione del contratto originario: non dovrebbe, quindi, essere di ostacolo alla rinegoziazione l'intervenuta decadenza dal beneficio del termine ⁽⁴⁷⁾.

Prima della Convenzione si era sostenuto ⁽⁴⁸⁾ che sotto il profilo pratico-formale la norma non potesse che riferirsi ad un mutuo concretamente esistente nel 2006: da ciò si ricavava che restavano esclusi dalla rinegoziazione i mutui stipulati dall'1 gennaio 2007 in poi. L'art. 3 della Convenzione ribalta la conclusione, confermando però la validità delle argomentazioni a supporto: pertanto dispone che per i mutui successivi al 31 dicembre 2006 l'importo della rata non si calcola sulla base della media dei tassi del 2006, bensì semplicemente applicando il tasso corrispondente alla prima rata "di ammortamento" successiva alla stipula (o alla precedente rinegoziazione volontaria, o all'accollo). Sarebbe stato forse meglio fare riferimento

al tasso vigente al momento della stipulazione (o accollo), onde consentire al mutuatario di avvalersi dell'eventualmente più favorevole tasso di entrata; mentre resta problematico il caso in cui il mutuo, stipulato o accollato dopo il 31 dicembre 2006, non sia ancora entrato in ammortamento, per la previsione contrattuale di un periodo di preammortamento.

Il comma 2° dell'art. 3, reca la disciplina del conto accessorio.

Sul conto accessorio decorrono interessi ad un tasso fisso pari all' IRS a dieci anni al momento della rinegoziazione; tale parametro nel decreto era maggiorato di mezzo punto percentuale, mentre nella testo risultante dalla conversione è solo "maggiorabile fino ad un massimo" di uno *spread* dello 0,50 annuo. Allo scadere della durata contrattuale originariamente prevista il debito risultante dal conto accessorio, costituito dal saldo tra le differenze delle rate e dagli interessi sulle stesse maturate, costituirà un'appendice del finanziamento da restituirsi in rate costanti uguali all'ammontare della rata rinegoziata, mentre la sua durata e il suo ammortamento "è calcolato sulla base dello stesso tasso cui è regolato il conto accessorio purché più favorevole la cliente".

Si ha, pertanto, un effetto anatocistico. Com'è noto l'anatocismo bancario è disciplinato restrittivamente dall'art. 120 TUB e dalla delibera del CICR del 9 febbraio 2000, che di tale articolo costituisce l'attuazione. Il legislatore è ben conscio della situazione e, pertanto, dispone il nuovo regolamento, "anche in deroga, *laddove fosse applicabile* ⁽⁴⁹⁾, a quanto stabilito ai sensi dell'art. 120, comma 2°, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993". Non è ben chiaro quale sia il dubbio di "applicabilità", stante la chiarezza delle norme richiamate per derogarvi ⁽⁵⁰⁾. In ogni caso è certo che, a prescindere dalla deroga, l'anatocismo introdotto dal decreto avrebbe goduto della legittimità consentita dal brocardo interpretativo per cui *lex specialis derogat generali, o anche lex posterior derogat priori*.

E' dubbia, invece, l'entità della deroga. Sulla base del confronto tra le disposizioni del terzo e quinto comma della legge, sorge qualche perplessità applicativa, al punto da temersi che l'anatocismo sia doppio: una volta al decorso di ogni anno dalla formazione del conto accessorio, un'altra alla scadenza della durata originaria. La capitalizzazione annuale non è, in effetti, prevista con totale chiarezza nel disposto normativo ⁽⁵¹⁾; tuttavia si legge che alcune banche, nella volontà di disporre condizioni più favorevoli al mutuatario, "non prevedono alcuna capitalizzazione periodica sul conto di finanziamento accessorio" ⁽⁵²⁾.

Sempre il medesimo secondo comma, in coerenza con quanto previsto al precedente art. 2, prevede l'addebito sul conto di finanziamento accessorio anche delle eventuali rate scadute e non pagate prima del 29 maggio 2008, "nonché di quant'altro maturato fino alla data di rinegoziazione". La mente va immediatamente agli interessi di mora, per i quali è quindi prevista una ulteriore deroga alla delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 (Art. 3, comma 2°:" Su

questi interessi (*scil.*: di mora) non è consentita la capitalizzazione periodica"): per l'effetto che verrebbe legittimato un anatocismo alla terza potenza.

Incertezze sussistono anche sui meccanismi di variazione del piano di ammortamento. Sembra che alcune banche rielaborino il piano integralmente *ex novo* sulla base del nuovo tasso dalla data di efficacia della rinegoziazione, ampliando l'importo degli interessi che compongono le nuove rate; ciò che potrebbe invece essere senz'altro evitato mantenendo l'ammortamento invariato almeno con riguardo alle quote del capitale.

Sarebbe auspicabile che tali perplessità venissero fugate, in modo da evitare applicazioni differenziate o, peggio ancora, opportunistiche.

L'art. 4 della Convenzione espressamente dispone che "l'estinzione anticipata del mutuo oggetto di rinegoziazione ai sensi della presente convenzione non comporta l'applicazione di penali. Non si applicano penali neanche in caso di rimborso anticipato del saldo del conto accessorio". L'auspicio è che il riferimento esclusivo al concetto di "penale" non riapra una discussione nominalistica sulla natura del compenso per l'anticipata estinzione; e, inoltre, che non si pretenda di mantenere la penale (o in qualsiasi altro modo la si voglia chiamare) in caso di anticipata decurtazione parziale. Certo, è, però, che la genericità della disposizione sembra spazzare via anche le penali ricontrattate ad equità sulla base della disciplina transitoria disposta dall'art. 7 della l. 40/2007 ⁽⁵³⁾: e questo potrebbe portare a tentativi di resistenza sulla base delle argomentazioni letterali sopra riportate.

Il comma 3° dell'art. 5 della Convenzione esplicita i contenuti dell'offerta di rinegoziazione che si aggiungono a quelli di cui al comma primo dell'art. 1 e a quelli del comma quinto dello stesso art. 5, relativi alle comunicazioni annuali successive alla rinegoziazione: l'entità delle informazioni che devono essere obbligatoriamente rese al cliente appare impegnativa sia sotto il profilo quantitativo sia per la difficoltà di fornire previsioni "in funzione dell'evoluzione dei tassi di interesse". A parte i problemi di comprensibilità, per il mutuatario, di tali dati, la loro predisposizione sarà sicuramente costosa per le banche ⁽⁵⁴⁾. Se a questo ulteriormente si aggiungono i costi derivanti dalla gestione del conto accessorio, potrà forse mettersi in dubbio, sotto il profilo dell'analisi economica, l'efficacia della soluzione normativa. E' vero che per il mutuatario tutta l'operazione è senza spese; tuttavia non possono che ribadirsi le perplessità, già sopra evidenziate, mediante ulteriore riferimento a quanto chiaramente esposto da un commentatore: "Essendo noto che "nessun pasto è gratis" e che qualsiasi operazione commerciale o negoziale comporta dei costi, grandi o piccoli che siano, l'imposizione di operazioni "senza costi a carico del consumatore" significa solo che questi costi sono trasferiti su altre operazioni e su altri soggetti. I principi di diritto comunitario sui servizi di interesse economico generale vorrebbero che queste scelte di traslazione di costi, per ragioni sociali, fossero trasparenti, cioè chiarissero come e dove gli oneri debbano essere

traslati. Il legislatore italiano sembra indifferente a questo aspetto.”⁽⁵⁵⁾ A confronto si veda l’analogo provvedimento emanato recentemente in Spagna: nei prossimi due anni le famiglie indebitate potranno chiedere alle banche di migliorare le condizioni dei mutui e in particolare di allungare il termine del rimborso dei prestiti, senza costi aggiuntivi (commissioni bancarie e notarili), *che saranno a carico dello Stato*, essendo ciò reso possibile dal *surplus* di bilancio registrato nel 2007⁽⁵⁶⁾. In tema si aggiunga che il terzo comma dell’art. 6 della Convenzione nel sancire la gratuità dell’operazione per il mutuatario si esprime in termini così ampi e generici da far sorgere il ragionevole dubbio che non solo i costi di rinegoziazione siano esclusi, ma anche qualsiasi altro costo amministrativo “per tutta la durata residua del mutuo”, seppur già contrattato e non connesso in senso stretto con la rinegoziazione.

L’art. 5 comma 4° della Convenzione non precisa il termine entro cui il mutuatario deve eventualmente aderire alla proposta di rinegoziazione: a ciò “supplisce” il comma settimo dell’art. 3 del decreto, invariato sul punto, il quale dispone che l’accettazione della proposta da parte del mutuatario è comunicata alla banca (basta la spedizione o necessita il ricevimento?) “entro tre mesi dalla comunicazione della proposta stessa”: essendo incerto se si tratti della data di spedizione o della data di ricevimento della proposta, occorrerà che i clienti siano molto prudenti ed attenti nel rispetto delle date, a pena di vedersi rifiutare la concessione della rinegoziazione.

Il comma 1° dell’art. 6 della Convenzione, in ciò sostenuto da un apposita modifica inserita nel decreto dalla norma di conversione⁽⁵⁷⁾, conferma il disposto del decreto per cui le garanzie già iscritte a fronte del mutuo oggetto di rinegoziazione continuano ad assistere, secondo le modalità convenute, il rimborso del debito che risulti alla data di scadenza di detto mutuo, senza il compimento di alcuna formalità al riguardo “anche ipotecaria”. Su questo in generale si rinvia alle osservazioni precedenti (al paragrafo 9). Non sembra comunque possa derivarne che qualora il mutuo, già infraventennale, per effetto della surrogazione si allunghi oltre i venti anni, non occorra neanche la formalità di rinnovazione (art. 2847 ss. c.c.). Quanto poi all’ulteriore inciso aggiunto dalla legge di conversione (“fermo restando quanto previsto dall’art. 39, comma 5°, del Testo Unico delle leggi in materia Bancaria e Creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385”) ma non ribadito nella Convenzione, esso conferma il diritto del debitore alla riduzione della somma ipotecata, a seguito dell’estinzione della quinta parte del debito originario, ovvero alla restrizione dei beni colpiti ove risulti che quelli rimanenti costituiscono una garanzia sufficiente: la riserva appare forse pleonastica, comunque di scarsa applicazione pratica.

In tema di ipoteca appare opportuno accennare al caso dei terzi garanti. La questione, in realtà, era stata sollevata già con riguardo alla “portabilità”, segnalandosi al proposito un contrasto tra chi, sulla base del disposto dell’art. 1204, comma 1° c.c., ritiene che la surrogazione abbia pieno effetto anche nei confronti dei terzi che hanno prestato garanzia per

il debitore ⁽⁵⁸⁾, e chi invece appare più tutelante delle ragioni del terzo garante per l'ipotesi che il nuovo mutuo comporti l'allungamento del debito, e correlativamente dell'impegno del terzo, per una durata eccedente quella del contratto originario ⁽⁵⁹⁾. Con riguardo alla rinegoziazione governativa la questione potrà accentrarsi sul valore da attribuirsi all'art. 1232 c.c. il quale, *a contrario*, esclude l'estinzione delle garanzie in mancanza di novazione; e quindi sul problema se la rinegoziazione costituisca o meno novazione. Non si ha difficoltà a constatare che, almeno secondo la dottrina prevalente, allungamento del termine e cambiamento del tasso non sono in genere sufficienti ad integrare la novazione. Tuttavia, appare francamente difficile analizzare in concreto le caratteristiche di un mutuo se non in relazione a tasso corrispettivo e durata: a tacer d'altro sono questi, e quasi esclusivamente questi, gli elementi che le parti contrattano in prospettiva della conclusione dell'accordo. Che una modifica di tali elementi così sostanziali finisca addirittura per travolgere gli interessi del terzo, induce forse a rivedere alcuni presupposti. Pertanto, almeno in via cautelativa, si ritiene anche in caso di rinegoziazione che all'atto debba intervenire il terzo garante, a pena del risarcimento del danno allo stesso arrecato, se non addirittura a pena di invalidità ⁽⁶⁰⁾.

Nulla dicono le nuove norme sulle altre garanzie (non iscritte): il punto si risolve quindi in base all'applicazione o meno dell'art. 1232 c.c.

L'ultimo comma dell'art. 6 della Convenzione precisa che la clientela interessata non sostiene altresì costi notarili, ove mai necessario l'intervento del notaio. Sotto l'aspetto sistematico del Codice Civile, la disposizione segnala un possibile dubbio del legislatore circa l'esenzione dal compimento di formalità pubblicitarie. Sotto l'aspetto sostanziale, invece, certamente esclude che il cliente debba pagare il notaio per il suo, eventuale, intervento. Ciò da un lato permette di interpretare in termini analoghi anche la disposizione del nuovo testo dell'art. 8 della l. 40/2007, in tema di portabilità, sul quale vi erano già state prese di posizione in termini da parte del Ministero ⁽⁶¹⁾, nonché della stessa AGMC ⁽⁶²⁾; dall'altro ripropone la questione dei costi notarili. L'articolato della Convenzione sotto l'aspetto letterale non differenzia i costi bancari da quelli notarili: "la clientela interessata non sostiene alcun costo amministrativo, ivi incluse commissioni bancarie, [omissis]. La clientela bancaria non sostiene altresì costi notarili, ecc."; potendo pertanto anche prestarsi all'interpretazione che ognuno si tiene i propri costi. Non occorre dire che chi scrive è totalmente contrario a questa lettura in considerazione del ruolo di controllo nell'interesse dell'ordinamento svolto dal notaio, che sarebbe totalmente pregiudicato da un'imposizione di gratuità. Inoltre, qualora l'intervento del notaio fosse necessario, ad esso il notaio non potrebbe sottrarsi ai sensi dell'art. 27 della legge professionale, mentre la banca è sempre libera di non aderire alla Convenzione. In ogni caso, sul punto, la Convenzione appare eccedere i limiti della "delega" legislativa: l'art. 8, del decreto, sul punto non modificato dalla legge di conversione, più chiaramente dispone che "le operazioni di rinegoziazione dei mutui sono esenti da imposte e tasse di alcun genere e per

esse le banche e gli intermediari finanziari non applicano costi nei riguardi dei clienti.” Pertanto il notaio, se interviene, lo paga la banca, e, per migliore chiarezza, sarebbe opportuno che il pagamento avvenisse in via diretta e non per tramite di rimborso al mutuatario.

Il testo di conversione in modo invariato rispetto al decreto dispone che “le operazioni di rinegoziazione dei mutui sono esenti da imposte e tasse di alcun genere”. Il terzo comma dell’art. 6 della Convenzione estende l’esenzione anche alle operazioni di portabilità, evidenziandosi un eccesso di delega innocuo in quanto confermativo delle disposizioni dettate sul punto dall’art. 8 della l. 40/2007 ⁽⁶³⁾.

Certamente permane altresì il diritto alla detraibilità degli interessi passivi ⁽⁶⁴⁾.

13. La rinegoziazione dopo i recenti provvedimenti

I recenti provvedimenti legislativi sinteticamente illustrati, contribuiscono a rafforzare la autorevole ricostruzione dottrinale favorevole alla sussistenza nel nostro ordinamento di un obbligo legale di rinegoziazione. Ciò non tanto per la portata normativa degli interventi: proprio in tema di surrogazione si è visto come le norme, per essere efficaci, non possano prescindere da un sostrato socio economico favorevole, oltre che da una struttura logico giuridica adeguata. L’argomento più significativo è dato proprio dal fatto che la rinegoziazione era già stata individuata dalla prassi come un meccanismo risolutivo dei problemi: essa però si era scontrata con alcune rigidità dei creditori interessati che le nuove leggi, in qualche maniera, anche approssimativa, hanno cercato di eliminare. Senz’altro, lo scopo è stato quello di risolvere problemi concreti: ad esempio, il rifiuto opposto dalle banche di rinegoziare (o anche surrogare) i mutui cartolarizzati; oppure l’atteggiamento di alcune banche, che assume carattere particolarmente vessatorio, di dimostrarsi sì disponibili ad una rinegoziazione in senso economico del mutuo ma solo o prevalentemente secondo le forme giuridiche di un mutuo di sostituzione, il quale è il sistema più costoso sia sotto l’aspetto fiscale che sotto l’aspetto professionale.

Il legislatore, in definitiva, ha tratto ispirazione dalla prassi, riconoscendo l’utilità sociale di un rimedio manutentivo, non ablativo, al punto da imporre l’utilizzo. Per quanto permangano dubbi circa la piena assimilazione delle ricontrattazioni introdotte e disciplinate dalle nuove norme al concetto tecnico di rinegoziazione, è indubbio che sia stato lanciato un segnale non trascurabile nella citata prospettiva generale di evoluzione del diritto interno verso le codificazioni internazionali più avanzate.

14. Analisi giuridica della nuova crisi dei mutui.

La crisi dei *subprimes* ha messo in evidenza alcuni aspetti rilevanti e degni di considerazione:

a) meccanismi opachi di valutazione dei beni immobili oggetto di garanzie, tramite mediazioni e consulenze effettuate con pochi scrupoli;

b) concessioni imprudenti di crediti per valore pari o superiore al valore del bene concesso in garanzia, in un periodo di "bolla" immobiliare. Si può ricordare, in senso opposto, la prudenza insita nelle regole di concessione del Credito Fondiario;

c) documentazione insufficiente e controlli inadeguati sui bilanci delle banche, posto che le problematiche finanziarie dei prodotti derivati risultano da società veicolo (*conduit*) i cui dati contabili restano separati rispetto a quelli delle banche di riferimento;

d) carenza dei sistemi di credito *on line*, che escludendo il rapporto personale e diretto tra la clientela e la banca, aumentano il rischio di reciproche incomprensioni (per conseguenza, viene registrata ufficialmente la continua nascita di piccole banche locali - un centinaio in tutto - avvenuta in Italia tra il 1993 e il 2005; nonché l'apertura nel 2007 di circa 900 nuovi sportelli bancari, che porta il totale a 33229, il numero più elevato negli ultimi sei anni);

e) insufficienza di regole valide per i mercati, carenza di linee politiche chiare, interventi di salvataggio estemporanei quanto provvidenziali, che agevolano la diffusione di comportamenti riconducibili a quello che è stato definito l'azzardo morale: come se nella famosa favola di *La Fontaine*, lo Stato venisse sempre in soccorso della cicala (la banca imprudente): chi glielo farebbe più fare alla formica di spendere l'estate a lavorare?

f) interesse pubblico e generale di un equilibrato mercato del credito immobiliare, come dimostrano, ad esempio, le agenzie para-governative statunitensi note come *Fannie Mae* e *Freddy Mac*, coinvolte in serie difficoltà di gestione e, da ultimo nazionalizzate dal governo ⁽⁶⁵⁾;

g) presenza sul territorio e lo sviluppo di associazioni di aiuto finanziario e di microcredito ⁽⁶⁶⁾, nonché diverse forme di *social lending*.

Ancora non sono chiari i termini in cui si uscirà da questa crisi finanziaria, che viene considerata tra le più gravi degli anni recenti. Il Fondo Monetario Internazionale ha previsto che la crisi costerà 945 miliardi di dollari. Molte banche ne stanno facendo le spese mediante veri e propri fallimenti, oppure svalutazioni (*write off*) dei propri *assets* finanziari, o soccorso da parte della mano pubblica, con estromissione di dirigenti ricchi e famosi (a volte in base a liquidazioni che li hanno resi ancor più ricchi, in un caso in forza di retata della polizia...), e con

il licenziamento di molto personale. Le critiche alle banche si appuntano sia su considerazioni di equità sia su considerazioni di inefficienza. Il presidente federale tedesco *Kohler* ha accusato le banche di aver trasformato i mercati finanziari in un mostro. Nel frattempo continua, secondo indicazioni della stampa italiane ed estera il *boom* dei derivati : secondo le stesse fonti gli enti locali italiani hanno sottoscritto 35 miliardi di Euro di operazioni finanziarie in derivati, che preoccupano per i loro effetti futuri ⁽⁶⁷⁾ al punto che la manovra d'estate ha fatto divieto, fino a nuova regolamentazione, alle province autonome e agli enti locali di stipulare contratti relativi a derivati ⁽⁶⁸⁾ E la speculazione finanziaria non si ferma: coinvolge il costo del petrolio al barile e perfino le materie prime. Indubbiamente, quello che più lascia da pensare, al di là del malessere dei grandi colossi bancari, che può comunque ricondursi al rischio di impresa, è che la crisi si è di fatto riversata e distribuita su molte persone che sono al di fuori dei meccanismi imprenditoriali e per le quali l'aggravamento della propria posizione non può neanche imputarsi a imprudenza o spericolatezza. Per questo motivo da più parti si invoca una nuova regolamentazione delle attività finanziarie, volta a scoraggiare il ripetersi di certi fenomeni; mentre altri, invece, ritengono, parafrasando *Churchill*, che anche se la finanza occidentale è un modo discutibile di allocazione del capitale, tutti gli altri sono ancora peggiori...

Pertanto, per quanto riguarda i mutui, occorrerebbe con prudenza cercare di risolvere i problemi, senza pensare a ipotesi miracolistiche ma utilizzando i sistemi consentiti dall'ordinamento, e magari affidandosi, in questo momento, al consiglio di esperti più prudenti che aggressivi. Sono passati i tempi in cui avere un debito, e magari un'ipoteca, era considerato quasi un disonore. Il mutuo oggi è un prodotto che può contribuire al miglioramento della vita delle persone. Occorre però non esagerare con l'ammontare dei debiti. Ormai da più parti viene segnalata la forte espansione del credito: non solo rivolto all'acquisto di immobili, ma anche di autoveicoli o di beni non durevoli. Inoltre il ricorso a strumenti di pagamento elettronici spesso non consente di valutare pienamente la pericolosa diminuzione dei propri risparmi. Lo stesso Consiglio dell'Unione Europea fin dal 26 novembre 2001 ha espresso con una propria Risoluzione la preoccupazione per un indebitamento eccessivo, e ha auspicato l'introduzione di misure preventive riguardanti l'informazione dei debitori e la responsabilità di coloro che offrono credito ⁽⁶⁹⁾.

Certamente, le leggi potrebbero (dovrebbero) essere scritte meglio. Tuttavia, nessuna legge può sostituire il buon senso e la prudenza: a volte è più saggio rinunciare, limitare o rinviare un acquisto; oppure cercare di ridurre al più presto l'entità della esposizione ⁽⁷⁰⁾. Un buon consiglio, lo scambio di opinioni con una persona esperta può aiutare a non perdere la serenità per il futuro. Secondo i dati dell'Agenzia del Territorio gli acquisti di unità abitative assistiti da mutuo ipotecario nel 2006 sono stati 408.969, pari al 48% di tutti gli acquisti: sono i dati di fatto a testimoniare l'esperienza del Notariato nel settore ⁽⁷¹⁾.

Appendice normativa.

(nota 11) La l. 24 dicembre 2007, n. 244 (in G.U. 28 dicembre 2007, n. 300, supp. Ord. n. 285), ha modificato il testo dell'art. 8 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (G.U. 1° febbraio 2007, n. 26) in vigore dal 2 febbraio 2007, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 aprile 2007, n. 40 (G.U. 2 aprile 2007, n. 77, supp. Ord. n. 91), in vigore dal 3 aprile 2007 nel seguente (in *corsivo* le novità):

"Art. 8. Portabilità del mutuo; surrogazione.-

1. In caso di mutuo, apertura di credito od altri contratti di finanziamento da parte di intermediari bancari o finanziari, 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. E' 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. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto. *Resta salva la possibilità del creditore originario e del debitore di pattuire la variazione, senza spese, delle condizioni del contratto di mutuo in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata.*

3-bis. La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi.

4. La surrogazione per volontà del debitore e la ricontrattazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali.

4 bis. Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, né le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto.

4 ter e 4 quater (stanziamento in bilancio per copertura finanziaria e monitoraggio degli oneri) – omissis-.”

(nota 12) D. l. 27 maggio 2008, n. 93 (G.U. 28 maggio 2008, n. 124), Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie, in vigore dal 29 maggio 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 126 (G.U. 26 luglio 2008, n. 174), in vigore dal 27 luglio 2008. Questo il testo della norma (in *corsivo* le novità introdotte dalla legge di conversione):

“Art. 3. Rinegoziazione mutui per la prima casa.-

1. Il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Associazione bancaria italiana definiscono con apposita convenzione, da stipulare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, aperta all'adesione delle banche e degli intermediari finanziari ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le modalità ed i criteri di rinegoziazione, anche in deroga, laddove fosse applicabile, a quanto stabilito ai sensi dell'articolo 120, comma 2, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993, dei mutui a tasso variabile stipulati per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto. *Al fine di favorire una maggiore concorrenza nel mercato a vantaggio dei mutuatari, nella convenzione e' espressamente prevista la possibilità che le singole banche aderenti adottino, dandone puntuale informazione ai clienti, eventuali condizioni migliorative rispetto a quanto previsto ai commi 2 e seguenti del presente articolo, ferma restando l'opzione di portabilità del mutuo, ai sensi dell'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni.*

2. La rinegoziazione assicura la riduzione dell'importo delle rate del mutuo ad un ammontare pari a quello della rata che si ottiene applicando all'importo originario del mutuo il tasso di interesse come risultante dalla media aritmetica dei tassi applicati ai sensi del contratto nell'anno 2006. L'importo della rata così calcolato rimane fisso per tutta la durata del mutuo.

3. La differenza tra l'importo della rata dovuta secondo il piano di ammortamento originariamente previsto e quello risultante dall'atto di rinegoziazione e' addebitata su di un conto di finanziamento accessorio regolato al tasso che si ottiene in base all'IRS a dieci anni, alla data di rinegoziazione, *maggiorabile fino ad un massimo di uno spread dello 0,50 annuo.*

4. Nel caso in cui, successivamente alla rinegoziazione effettuata, la differenza tra l'importo della rata dovuta secondo il piano di ammortamento originariamente previsto e quello risultante dall'atto di rinegoziazione generi saldi a favore del mutuatario, tale differenza e' imputata a credito del mutuatario sul conto di finanziamento accessorio. Qualora il debito del conto accessorio risulti interamente rimborsato l'ammortamento del mutuo ha luogo secondo la rata variabile originariamente prevista.

5. L'eventuale debito risultante dal conto accessorio, alla data di originaria scadenza del mutuo, e' rimborsato dal cliente sulla base di rate costanti il cui importo e' uguale all'ammontare della rata risultante dalla rinegoziazione e l'ammortamento e' calcolato sulla base dello stesso tasso a cui e' regolato il conto accessorio purché più favorevole al cliente.

6. Le garanzie già iscritte a fronte del mutuo oggetto di rinegoziazione continuano ad assistere, secondo le modalità convenute, il rimborso del debito che risulti alla data di scadenza di detto mutuo senza il compimento di alcuna formalità, anche ipotecaria, fermo restando quanto previsto all'articolo 39, comma 5, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. La presente disposizione si applica altresì nel caso in cui, per effetto della rinegoziazione, il titolare del conto di finanziamento accessorio sia soggetto diverso dal cessionario del mutuo nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione con cessione di crediti. In tal caso la surroga nelle garanzie opera di diritto, senza il compimento di alcuna formalità, anche ipotecaria, ma ha effetto solo a seguito dell'integrale soddisfacimento del credito vantato dal cessionario del mutuo oggetto dell'operazione di cartolarizzazione.

7. Le banche e gli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del decreto legislativo n. 385 del 1993 che aderiscono alla convenzione di cui al comma 1 formulano ai clienti interessati, secondo le modalità definite nella stessa convenzione, la proposta di rinegoziazione entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto. L'accettazione della proposta e' comunicata dal mutuatario alla banca o all'intermediario finanziario entro tre mesi dalla comunicazione della proposta stessa. La rinegoziazione del mutuo esplica i suoi effetti a decorrere dalla prima rata in scadenza successivamente al 1° gennaio 2009.

8. Le operazioni di rinegoziazione dei mutui sono esenti da imposte e tasse di alcun genere e per esse le banche e gli intermediari finanziari non applicano costi nei riguardi dei clienti.

8-bis. Le disposizioni del presente articolo sono derogabili solo in senso più favorevole al mutuatario."

(*) Ringrazio il dott. Francesco GIOVANZANA per avermi consentito di consultare la sua tesi di laurea *Il problema delle sopravvenienze e la rinegoziazione del contratto*, Università degli Studi di Milano, A.A. 2006-2007.

1) Sul tema, in dottrina: MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *I rimedi manutentivi, l'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del contratto*, dir. da ROPPO, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, 689 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 1037 ss.; SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 2002, X, 569; GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *D. disc. priv. sez. civ.*, Agg. II, Torino, 2003, 1200; GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova 2006; per ulteriori richiami di dottrina e per la giurisprudenza, cfr., da ultimo, il panorama da cui prendono avvio le riflessioni di MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, *Europa e dir. priv.*, 2007, 4, 1095 ss.

2) Favorevoli a considerare il mutuo quale contratto di durata, seppure con argomentazioni differenti: GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 451 ss.; LUMINOSO, *I contratti tipici e*

atipici, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 1995, 708 ss.; SIMONETTO, *Mutuo (disciplina generale)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 7; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile, III, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 578-579; FAUSTI, *Il Mutuo*, Napoli-Roma 2004, 77 ss.; TERRANOVA, *I contratti bancari nel sistema del codice civile: un modello per un codice europeo dei contratti?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 5, I, 529. In giurisprudenza, anche favorevole, Trib. Napoli, 1 marzo 1997, in *Foro it.*, 1998, I, 612 ss., con nota di MACARIO, *Non risolubilità per eccessiva onerosità sopravvenuta dei mutui indicizzati in riferimento all'ECU. Contra*, in dottrina, OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici, III, Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 260 ss., TETI, *Il mutuo*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1988, 662-663; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 268 ss.; Id., *La "portabilità del mutuo" bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4 e in corso di pubblicazione per gli *Studi in onore di Nicolò Lipari*; nonché, in giurisprudenza, Cass. 2 aprile 1996, n. 3019: "Sono contratti ad esecuzione continuata o periodica quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti". Ritiene che il mutuo non sia contratto di durata anche BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, 147 ss., al fine di escludere l'efficacia retroattiva della l. 106/1998 sui rapporti sorti anteriormente. Una ampia riflessione sulla categoria dei contratti di durata, con specifico riferimento al mutuo, e con un tentativo di superamento delle tesi tradizionali, può leggersi in GAGGERO, *La disciplina dello ius variandi nel testo unico bancario* (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, a cura di BIANCA e ALPA, Padova 1996, 367 ss., in particolare pp. 394-433; considerazioni anche in CRISTOFARI, *Mutuo e risoluzione del contratto*, Milano, 2002, 198 ss..

- 3) POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis*, 6, *J. Leg. Stud.*, 88, 1977.
- 4) *Codice civile tedesco - Burgerliches Gesetzbuch*, nella traduzione di PATTI, Milano, 2005.
- 5) In acronimo PECL (*Principles of European Contract Law*). Le parti I e II si possono leggere in *Europa e dir. priv.*, 2000, 2, 253 ss. (preceduti da una breve introduzione di CASTRONOVO); mentre la terza e ultima parte è sempre in *Europa e dir. priv.*, 2002, 4, 955 ss. (anche questa parte è preceduta dall'introduzione di CASTRONOVO).
- 6) *Europa e dir. priv.*, 2002, 2, 275 ss., ove anche (p. 345) G.B. FERRI, *Il Code européen des contrats*, per riferimenti al recupero dell'extrastatalità del diritto civile; nonché (p. 359) L. GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative del Code européen des contrats*, la quale opera una riassuntiva illustrazione dei contenuti del codice.
- 7) TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International review of law and economics*, 1991, XI, 63-82.
- 8) *Contra*: TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*, Milano, 2002, § 271, 326, per il quale il rimedio sarebbe escluso anche nel caso sia stata eseguita una sola delle obbligazioni.
- 9) Cfr. FAUSTI, *Il mutuo*, (nt. 3), 55 ss.
- 10) In *Foro it.*, 1981, I, 2133; e in *Giur. it.*, 1982, I, 672.
- 11) In appendice normativa.
- 12) In appendice normativa.
- 13) La notizia è stata evidenziata dalla stampa quotidiana nel maggio 2008.

- 14)** Cfr. *Il Sole 24 Ore* del 9 agosto 2008, 27: BOCCIARELLI, *Multe per la portabilità negata*. I comportamenti sanzionati riguardano o l'orientamento del cliente a scegliere la più costosa opzione della sostituzione del mutuo in luogo della surroga, ovvero l'imposizione, nel procedimento di surroga, di oneri a carico del mutuatario.
- 15)** TANZA, *I risvolti della convenzione per i consumatori*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008.
- 16)** CLARICH, *I procedimenti antitrust in materia di pratiche commerciali bancarie*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008.
- 17)** Sottolinea la disorganicità delle norme italiane sulla ristrutturazione dei mutui, anche in possibile contrasto con il Libro bianco della Commissione Europea sull'integrazione del mercato europeo del credito ipotecario, FEDELE, *Gli effetti della ristrutturazione dei mutui sul mercato e sulla raccolta finanziaria*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008, 7.
- 18)** PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Mutui ipotecari, Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, *Atti del Convegno di Bergamo del 13 novembre 1998*, Milano 1999, 65 ss.
- 19)** Se si confrontano graficamente due mutui, uno a tasso variabile ed uno a tasso fisso, contratti a gennaio 2004 si può agevolmente constatare che l'ampiezza del risparmio di spesa conseguito dal mutuatario fino a circa metà 2007 è scarsamente intaccato, al momento attuale, dall'innalzamento dei tassi. In questa situazione, o in situazioni simili, appare discutibile parlare di sopravvenienze negative, mentre può tranquillamente convenirsi che sia venuta a mancare la sostenibilità delle rate, con la conseguenza che un numero di famiglie italiane tra le centomila e le trecentomila si trovano oggi in situazione di difficoltà: fonte ROCCIA, direttore centrale ABI, al Convegno *Il mercato dei mutui e nuovi scenari*, Marcus Evans, Milano 15/16 settembre 2008.
- 20)** Fonte: ONADO, *La linea dura e la sconfitta della vigilanza*, in *Il Sole 24 Ore* del 16 settembre 2008. Per un approccio dal punto di vista economico alla crisi dei *subprimes*, si può rinviare ai diversi interventi sulla stampa specializzata; in particolare *The Economist*, cui si deve la previsione dello scoppio della bolla immobiliare legata ai mutui *subprimes*, è intervenuto diverse volte sull'argomento, ad es. il 20 ottobre 2007, *Lessons from the credit crunch. A special report on central banks and the world economy*, il 17 maggio 2008, *Paradise lost. A special report on international banking*, e l'11 ottobre 2008, *When fortune frowned. A special report on the world economy*.
- 21)** BOERO, *Le ipoteche*, Torino, 1999, 188 ss.
- 22)** RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1956, 85. Alle medesime conclusioni giunge di recente FIORUCCI, *Modalità tecniche di rinegoziazione dei mutui non contemplati dalla convenzione Abi-Ministero*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008, 8 ss.
- 23)** RUBINO, (nt. 24), 87-88.
- 24)** BOERO, (nt. 23), 679.
- 25)** Testualmente, con riguardo all'ipotesi di pubblicità notizia, BOERO, (nt. 23), 680.
- 26)** Sul punto interessanti appaiono le riflessioni di MALBERTI, *L'art. 2855 c.c.: una nuova lettura*, studio ancora in fase di completamento e di approvazione tramite la Commissione Studi del Consiglio Nazionale del Notariato.
- 27)** *Code Civil*, art. 2422, comma 3°, così come modificato per effetto dell'Ord. n. 2006-346, 23 marzo 2006, art. 20.

- 28)** Cfr. E. RENUART e D.E. THOMPSON, *The truth, the whole truth, and nothing but the truth: fulfilling the promise of truth in lending*, 2007, a cura del *National Consumer Law Center*.
- 29)** Ad es.: “[...] il mutuatario prende atto che il presente mutuo non potrà essere oggetto, per tutta la sua durata, di rinegoziazione delle sue condizioni, modalità e termini di rimborso né di acollo da parte di terzi.” Non si trascura che ai sensi del testo contrattuale citato la disposizione trarrebbe fondamento dal fatto che la banca ha finanziato il debitore per un importo superiore all’80% previsto dalle norme sul Credito Fondiario, e che per l’eccedenza la banca ha ritenuto di dover acquisire una polizza assicurativa: tuttavia non si nasconde la difficoltà a comprendere come tale fondamento possa costituire un elemento di giuridico impedimento alla rinegoziazione.
- 30)** Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giur. Comm.* 2008, 3, II, 604 ss., con nota di ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; e Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26725 (conforme alla precedente), in *Giur. Comm.*, 2008, 2, II, 344 ss, con nota di GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*.
- 31)** Da notizie della stampa quotidiana risulta che entro il termine di scadenza abbiano aderito 407 banche pari al 92% del sistema bancario. Dall’Abi viene peraltro fatto sapere che tra gli istituti che offrono mutui alle famiglie, l’adesione è generale: cfr. *Il Sole 24 Ore* del 30 agosto e del 3 settembre 2008. La stampa dà notizia anche di banche che sconsigliano l’accordo: AQUARO-SIMONELLI, *Mutui, banche dissidenti*, in *Il Sole 24 Ore* del 10 settembre 2008.
- 32)** Correttamente di *monstrum*, con riguardo alla rinegoziazione dell’art. 7 della l. 40/2007, parla DE NOVA, *La nullità di pattuizioni e clausole penali di estinzione anticipata dei mutui immobiliari: ambito di applicazione e problematiche operative*, in *Atti del Convegno Paradigma, Il contratto di mutuo nella “Manovra liberalizzazioni”*, Milano 15-16 maggio 2007.
- 33)** La Convenzione precisa che deve intendersi per abitazione principale quella in cui il proprietario o il coniuge o i parenti entro il terzo grado o gli affini entro il secondo grado “dimorano abitualmente”. La “dimora abituale” esprime il concetto codicistico di “residenza” (art. 43, secondo comma c.c.), per cui il provvedimento *de quo* appare muoversi più nell’ottica della figura fiscale della “prima casa” che di quella, pure fiscale, di “abitazione principale”: sarebbe tempo che una tale schizofrenia legislativa venisse abbandonata in favore di un concetto unitario di casa agevolabile.
- 34)** DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti. Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3 e 4 luglio 2008, 3.
- 35)** LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il Ministero dell’Economia e l’Abi*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008, 1.
- 36)** Si fa riferimento alla questione sorta relativamente ai prodotti denominati mutui “sonni tranquilli”, di cui ampia eco nelle comunicazioni di provenienza consumeristica.
- 37)** Propone alcune ipotesi LIBERTINI, (nt. 36), 2-3.
- 38)** DOLMETTA, (nt. 35), 4: “[...] la Convenzione non è proprio un contratto a favore di terzi”.
- 39)** LIBERTINI, (nt. 36), 2.
- 40)** TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3 e 4 luglio 2008, 8.

- 41)** CELLINO, *Un aiuto concreto per chi fatica a pagare le rate*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 agosto 2008, 25; id., *Convenienza legata al reddito*, in *Il Sole 24 Ore* del 26 agosto 2008, 37.
- 42)** FAUSTI, *Ancora una crisi per i mutui ipotecari. Dall'analisi economica della "portabilità" all'analisi giuridica dei rapporti finanziari*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, Atti del Convegno di Venezia, 17 novembre 2007, organizzato dalla Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008, 145.
- 43)** Art. 58, comma 2°, TUB, come richiamato dall'art. 4 della l. 130 del 30 aprile 1999.
- 44)** Cfr. LONGO, *Le agenzie di rating preoccupate: a rischio le cartolarizzazioni*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 agosto 2008, 25.
- 45)** LIBERTINI, (nt. 36), 4.
- 46)** Cfr. AQUARO, *Rinegoziazione in 370 banche*, *Il Sole 24 Ore* del 30 agosto, 28.
- 47)** Per la differenza tra risoluzione e decadenza dal beneficio del termine, FAUSTI, *Il mutuo*, (nt. 2), 205 ss.
- 48)** BUSANI, *Sarà la banca a proporre al cliente la nuova rata a partire dal 2009*, in *Il Sole 24 Ore* del 28 maggio 2008.
- 49)** Corsivo aggiunto.
- 50)** E', però, forse possibile che, a seguito della rideterminazione dell'ammortamento sulla base del nuovo tasso più favorevole, la differenza sia tale da comprendere oltre ad una parte di interessi anche una parte di capitale, rispetto al quale, pertanto, non potrebbe parlarsi di effetto anatocistico.
- 51)** La capitalizzazione annuale di interessi e spese è invece espressamente prevista dall'art. 11 *quaterdecies* comma 12°, d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, in legge 2 dicembre 2005, n. 248, che introduce nel nostro ordinamento il prestito vitalizio ipotecario.
- 52)** AQUARO, *Offerta rafforzata da 30 istituti*, in *Il Sole 24 Ore* del 22 agosto 2008, 23. Sembra invece ritenere inevitabile la capitalizzazione annuale, per ragioni di matematica finanziaria, ROCCIA (nt. 19).
- 53)** FUSARO, *Il ricorso alla procedura di "portabilità" del mutuo: le tecniche di redazione degli atti*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3 e 4 luglio 2008, ritiene, con riguardo alla portabilità, che la finanziaria 2208 abbia risolto il problema in precedenza sollevato relativo all'applicabilità delle commissioni di anticipata estinzione all'abbandono del primo ente erogatore, nel senso della loro totale eliminazione.
- 54)** Per BELLINAZZO e BUSANI, *Mutui, tre mesi per la rinegoziazione*, in *Il Sole 24 Ore* del 23 agosto 2008, 26: "C'è da aspettarsi che in non pochi casi, nonostante qualsiasi sforzo di chiarezza le banche facciano, i clienti finiscano per non capire con esattezza di cosa si tratta e in cosa consista la rinegoziazione. Si tratta, infatti, di materia assai complessa anche per gli addetti ai lavori e non è difficile immaginarsi che l'arrivo a casa di un pacco di documenti di tale tecnicità possa produrre un effetto di scoraggiamento e di non completa consapevolezza sull'operazione da compiere." Le preoccupazioni dei richiamati autori su costi e trasparenza riguardano soprattutto le banche che operano senza sportelli.
- 55)** LIBERTINI, (nt. 36), 6.
- 56)** Cfr. *Il Sole 24 Ore* del 19 aprile 2008.

- 57)** In realtà nel nuovo testo risulta anche uno spostamento della parola "rimborso" dopo l'inciso tra virgole, senza che ciò apparentemente modifichi il significato della norma.
- 58)** SIRENA, (nt. 2).
- 59)** FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, in suppl. a questa *Rivista*, 2007, 5, 50-51. Nel medesimo senso, DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. "portabilità del mutuo")*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 4, I, 395 ss., il quale si sofferma sull'indagine del titolo che varrebbe a fondare la responsabilità del debitore nei confronti del garante.
- 60)** Così, sembra, BUSANI, *Operazione invalida se i garanti sono assenti*, in *Il Sole 24 Ore* del 22 agosto 2008, 23, il quale definisce "indispensabile" l'intervento dei terzi garanti.
- 61)** Ministero dello Sviluppo Economico, Dipartimento per la regolazione del mercato, Direzione generale per la concorrenza e i consumatori, risposte a domande in data 17 marzo 2008 nn. 8263 e 8340, segnalate dall'Abi agli Associati, in data 15 aprile 2008, prot. CR/002205.
- 62)** Se ne occupa la stessa segnalazione AS452 del 27 maggio 2008, ritenendo "cruciale che vengano garantiti costi nulli per il cliente, e ciò non solo per la parte dei servizi strettamente bancari, ma anche per quanto riguarda altri eventuali costi richiesti, quali i costi dei servizi notarili". Invero, per l'AGMC "assicurare costi nulli per la portabilità appare il solo strumento per eliminare gli *switching cost* ancora esistenti di ostacolo alla mobilità e quindi alla piena concorrenza".
- 63)** BUSANI, *Nuovo mutuo, Fisco neutrale*, in *Il Sole 24 Ore* del 31 agosto 2008.
- 64)** Dubbioso, invece, LIBERTINI, (nt. 36), 1. Senz'altro favorevole alla detraibilità PURI, *Le implicazioni di natura fiscale della rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma*, Milano 3-4 luglio 2008, 4 ss.
- 65)** ZINGALES, *Il rimedio giusto a tanti errori*, in *Il Sole 24 Ore* del 9 settembre 2008.
- 66)** FAUSTI, *Riflessioni giuridiche intorno al microcredito. Per un diritto equo e razionale*, in *Politeia*, 2005, n. 80, 197 ss.
- 67)** La questione è approdata alle aule dei tribunali. Sul punto può essere interessante segnalare come la *House of Lords*, con decisione del 24 gennaio 1991, abbia ritenuto che un contratto di *swap* è sempre sorretto da un intento speculativo; pertanto quando viene stipulato da un ente pubblico territoriale (*borough council*) esso è *ultra vires* e dunque contrario alla legge. In *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, II, 433 ss.
- 68)** Art. 62, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, in l. 6 agosto 2008, n. 133.
- 69)** Cfr. *Mutuo informato. Guida per il cittadino a cura del Consiglio nazionale del Notariato e di undici Associazioni rappresentative dei consumatori*, edizione aggiornata maggio 2008.
- 70)** In certi periodi può essere più conveniente rimborsare in anticipo parte del capitale preso a prestito, piuttosto che investire le somme disponibili in altri strumenti finanziari: BORZI, *Mutui, snellirli conviene*, in *Plus24-Il Sole 24 Ore* del 2 agosto 2008, 4.
- 71)** Esiste un volume dedicato alla storia della finanza (P.T. HOFFMAN, G. POSTEL-VINAY, J.L. ROSENTHAL, *Priceless markets: the political economy of credit in Paris, 1660-1870*, University of Chicago Press, 2000) che si basa sull'esame di 437.000 contratti di mutuo stipulati da dieci notai parigini nel corso di due secoli. Nel diciassettesimo secolo mancavano soggetti neutrali che potessero accedere ad informazioni strategiche

necessarie per l'incontro tra domanda di credito e finanziatori. Nel secolo successivo si è registrata una notevolissima crescita del credito che , secondo gli autori, è dipesa dall'efficiente intermediazione creditizia dei notai parigini, che possedevano le informazioni corrette e gli incentivi necessari al mercato, svolgendo nei finanziamenti a lungo termine, il determinante ruolo di intermediari nel processo di accesso al credito.