SCUOLA DOTTORALE "TULLIO ASCARELLI"
DOTTORATO DI RICERCA IN MERCATO E CONSUMATORI

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO:

XXIII

Titolo della tesi:

"Le sopravvenienze nel contratto di mutuo tra liberalizzazione e regolazione del mercato del credito"

Dottoranda:

Marianna Scali

A.A. 2010/2011

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Macioce

Coordinatore: Chiar.ma Prof. ssa Liliana Rossi Carleo

"C'era una casa bellissima,
Che un brutto mutuo stregò,
Ma il sortilegio questa notte
svanirà…"

(M. Agnelli, Naufragio sull'isola del tesoro, in i Milanesi Ammazzano il Sabato, *Aftherhours*, Universal Music, 2008)

TITOLO DELLA TESI:

Le sopravvenienze nel contratto di mutuo tra liberalizzazione e regolazione del mercato del credito

INTRODUZIONE

1. Premessa. 6
2. Il problema. 8
3. Prospettive d'indagine. 15
4. Indicazioni metodologiche. 16

Parte prima

L'ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO DI MUTUO NELLA DISCIPLINA DELLE "LIBERALIZZAZIONI"

Premessa. 20

CAPITOLO I

La nuova disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari

1. Lo *ius variandi*: inquadramento dell'istituto. 26
2. Il contrasto tra l'art. 118 del TUB e la disciplina delle clausole vessatorie… 28
3. Lo *ius variandi* nelle novità legislative…….. 31
4. L'ambito di applicazione…….. 33
5. Le principali problematiche interpretative..…... 36

CAPITOLO II

L'estinzione anticipata dei mutui immobiliari

1. Il principio di libera estinzione anticipata dei mutui immobiliari… 42
2. L'ambito di applicazione soggettivo e gli interessi perseguiti..... 43
3. L'ambito di applicazione oggettivo: i mutui immobiliari.…..... 46
4. Il divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione..... 48
5. La nullità delle clausole in contrasto con la nuova normativa..... 50
6. Il procedimento di adeguamento: rinegoziazione collettiva e rinegoziazione individuale..... 51

CAPITOLO III
La portabilità del mutuo

1. Introduzione all'istituto…. 54
2. La surrogazione per volontà del debitore. 54
3. Le misure introdotte al fine di incentivare il ricorso alla surrogazione per volontà del debitore. 57
4. L'ambito di applicazione oggettivo…….….59
5. L'ambito di applicazione soggettivo……. 60
6. La nullità delle clausole che impediscono o rendono onerosa la surrogazione. 62
7. I problemi teorici posti dalla surrogazione ex art. 1202 c.c. e i riflessi sulla disciplina applicabile. 66
7.1. La natura giuridica del pagamento con surrogazione……. 68
7.1.1. Il pagamento con surrogazione come ipotesi di successione nel credito. 70
7.1.2. La surrogazione per volontà del debitore come vicenda costitutivo-estintiva. 76
7.1.3. La natura giuridica della portabilità del mutuo..... 96
7.2. L'annotazione ipotecaria e la sua efficacia……. 108
8. La permanenza o meno delle garanzie originarie in caso di aggravamento della posizione del debitore….....116
9. Le fasi dell'operazione di surroga. 119
10. La conservazione dei benefici fiscali……. 120

CAPITOLO IV
La rinegoziazione volontaria

1. La rinegoziazione libera dei mutui ipotecari.....121
2. Funzione e natura giuridica della rinegoziazione del mutuo ipotecario. 122
3. La libertà di forma e il problema della tutela dei terzi. 125
4. La gratuità della rinegoziazione…….....128

CAPITOLO V
L'impatto sul mercato e sui "consumatori"

1. Premessa. 129
2. Le prassi bancarie nei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. 134
3. La posizione della giurisprudenza. 138
3.1. Un'interpretazione elusiva delle nuove regole? 141
3.1.1. I caratteri di slealtà di una pratica commerciale.....142
3.1.1.1. La diligenza dell'operatore bancario ed i limiti all'autonomia contrattuale delle banche. 150
4. Regolazione e mercato.....153

5. Autonomia privata e norme imperative…….....159
5.1. La nullità di protezione. 164
5.1.1. Il sistema d'invalidità previsto nelle c.d. misure di liberalizzazione del settore bancario. 167
6. Conclusioni: valutazione di impatto concorrenziale……...173
… e prospettive di giustizia contrattuale. 179

Parte seconda

MUTUO E SOPRAVVENIENZE PERTURBATIVE NELLE MISURE "ANTI-CRISI"

Premessa. 183

CAPITOLO I

La sospensione delle rate di mutuo

1. Inquadramento dell'istituto: finalità e tratti essenziali. 186
2. L'esegesi. 187
3. Come funziona la sospensione. 190
4. Il regolamento di attuazione del fondo di solidarietà. 192

CAPITOLO II

La rinegoziazione "convenzionata"

1. Alcune precisazioni terminologiche. 196
2. L'esegesi. 197
3. Come funziona la rinegoziazione "regolata". 202
4. L'anatocismo sul conto accessorio. 204
5. Le garanzie. 205
6. La Convenzione ABI-MEF. 208
7. La banca ha l'obbligo di formulare una proposta di rinegoziazione?. 210
8. Rinegoziazione e portabilità. 212

CAPITOLO III

Il tetto del 4% sulle rate dei mutui in corso e l'ancoraggio dei nuovi mutui al tasso bce

1. Il tetto massimo per le rate di mutuo a tasso variabile: finalità ed ambito di applicazione. 215
2. Il tetto del 4%. 218
3. L'accollo delle rate da parte dello Stato. 219
4. L'ancoraggio dei nuovi mutui al tasso bce. 223

CAPITOLO IV

L'impatto sul mercato e sui "consumatori"

1. Premessa. 227
2. L'impatto sul consumatore: quale misura conviene?.....228
3. Potenzialità e limiti dei nuovi strumenti: una valutazione d'insieme….....236
4. Una scelta anticoncorrenziale?.....237
5. Conclusioni: sulla necessità di ricercare nei principi generali modelli alternativi di gestione delle sopravvenienze nel contratto di mutuo.....241

Parte terza
L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE NEL MUTUO BANCARIO

Premessa. 245

CAPITOLO I
Lo stato del dibattito sull'obbligo di rinegoziazione

1. La disciplina delle sopravvenienze nel codice civile. 247
2. Inadeguatezza dei rimedi codicistici: l'esigenza di rimedi manutentivi. 249
3. Teorie sull'obbligo di rinegoziazione.....253
4. Alcune prime conclusione e la delimitazione del campo di indagine…. 259

CAPITOLO II
Eccessiva onerosità sopravvenuta e obbligo di rinegoziazione nel mutuo bancario.

1. Le sopravvenienze nei contratti di mutuo bancario.....267
2. Se il rimedio della *reductio ad equitatem* sia esperibile dal mutuatario.....272
   2.1. Se il mutuo possa essere considerato un contratto unilaterale…… 273
   2.2. Sui tentativi di interpretare estensivamente l'art. 1468 c.c…….....282
3. L'art. 1467 c.c. e l'obbligo di rinegoziazione. 285
4. I presupposti di rilevanza delle sopravvenienze quantitative. 293
5. I rimedi contro l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione……. 300

BIBLIOGRAFIA 313

INTRODUZIONE

1. Premessa.

Tra le problematiche di maggiore rilievo che la mondializzazione dei mercati è venuta a porre alla scienza civilistica, una considerazione privilegiata riveste la tutela dei mutuatari, a fronte del sopravvenire, nel corso del rapporto, di eventi in grado di alterare l'originario equilibrio tra prestazioni o di incidere altrimenti sulla capacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni.

L'interesse per la questione, oltre che per le notevoli implicazioni di ordine sociale ed economico – investendo, da un lato, la tutela del diritto all'abitazione che ex art. 47 Cost. assurge a rango costituzionale[1] e, dall'altro, la garanzia di concorrenzialità e stabilità del sistema finanziario – si spiega in ragione delle complesse problematiche che si vengono a porre allorquando si tratti di intervenire, in fase esecutiva, su un regolamento d'interessi già definito.

In questi casi, in particolare, è necessario stabilire se le parti debbano continuare ad osservare il contratto alla lettera, nonostante lo scollamento dalla realtà di fatto, o possano viceversa risoverlo o riadattarlo alla luce delle nuove circostanze.

La risoluzione della questione, pone, anzitutto, un problema di ordine teorico: stante il principio del *pacta sunt servanda*, il sopravvenuto mutamento di circostanze, sebbene idoneo ad alterare il sinallagma, non dovrebbe incidere sul contratto. Tale soluzione, tuttavia, risulterebbe eccessivamente iniqua per il contraente che subisce la sopravvenienza, in tal modo costretto ad un sacrificio economico non preventivato.

[1] Così M. TATARANO, *La «rinegoziazione» nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003, 93 ss.

La questione assume, altresì, notevole rilievo pratico, atteso che, in caso di sopravvenienze, la scelta del rimedio esperibile implica anche valutazioni di efficienza economica[2].

Gli studi di analisi economica, invero, hanno mostrato come l'applicazione rigorosa del principio del *pacta sunt servanda,* se garantisce la certezza delle relazioni giuridiche e favorisce una più consapevole assunzione di rischi al momento della stipula, nondimeno determina guadagni inattesi per il contraente che non subisce la sopravvenienza ed ingiustificati sacrifici per quello onerato. E dunque rappresenta una soluzione del tutto inadeguata ad affrontare eventi realmente straordinari ed imprevedibili[3].

Lo scioglimento del vincolo su richiesta di un delle parti, di contro, nella misura in cui riporta i contraenti sul mercato alla ricerca di nuovi *partners*, favorisce la concorrenza ma, da un lato, importa notevoli costi transattivi e, dall'altro, può risultare di grande pregiudizio per la parte che abbia già effettuato spese od investimenti specifici. Tale soluzione, pertanto, risulta economicamente conveniente solo se il vantaggio acquisibile riposizionandosi sul mercato è superiore ai costi connessi alla perdita degli investimenti specifici e a quelli transattivi[4].

La rinegoziazione, da ultimo, rappresenta l'opzione meno traumatica per il contraente interessato a conseguire l'utilità nascente dal negozio, ma è, indubbiamente, la scelta che meno favorisce la concorrenza, perché tende alla conservazione della *partnership* originaria[5].

---

[2] Cfr. sul punto A. POSNER e A.M. ROSENFIELD, *Impossibility and related docrtines in contract law: an economic analysis*, 6, in *Journal of Legal Studies*, 1977, 83; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio*, Milano, 1992, 385 ss; FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, in *Banca borsa e titoli di credito*, LXI, 2008, parte I, 748.

[3] Cfr. in tal senso GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio,* cit., 397 e FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, 746.

[4] Così FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 746. Cfr. pure GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio,* cit., 395, il quale osserva come tale soluzione sia conforme al basilare principio secondo cui è efficiente proseguire una data attività fintantoché i costi relativi sono inferiori ai benefici che si ritiene di poter ricavare dall'attività stessa.

[5] Così FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 748. Ma cfr. pure le considerazioni svolte da GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del rischio,* cit., 392 ss., il quale ritiene che la revisione del contratto, e dunque la traslazione del rischio dal promittente allo stipulante, dagli anelli intermedi al beneficiario finale, sia anche la soluzione più

2. Il problema.

A fronte dell'eccezionale rilevanza del fenomeno, il legislatore non ha rivolto particolare attenzione alla disciplina delle sopravvenienze, limitandosi a dettare alcune norme specifiche nella disciplina dell'appalto (artt. 1660, 1661, 1664 c.c.) e due disposizioni di carattere generale in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta agli artt. 1467 e 1468 c.c., prevedendo, per i contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione e, per quelli unilaterali, la *reductio ad equitatem*.

E ciò, sul presupposto che i contraenti, nello scegliere un dato tipo contrattuale e nel dare una specifica veste al proprio assetto di interessi, abbiano considerato e voluto assumere tutti i rischi derivanti dalla operazione negoziali posta in essere.

A ben vedere, dunque, l'unico rimedio tipizzato per tutelare il mutuatario contro il verificarsi di un sopravvenuto aumento dei tassi è rappresentato dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.

Tale istituto, tuttavia, oltre ad avere presupposti estremamente rigidi, non sempre appare adeguato a tutelare le ragioni del mutuatario; al contrario, nei casi in cui il debitore abbia già impiegato la somma da restituire, la *cura* risulta essere peggiore del *male*, in quanto, per effetto della risoluzione, il mutuatario si vede costretto a restituire, anzi tempo e in misura non preventivata, l'intera somma presa a mutuo.

In questi casi, dunque, il mutuatario, più che risolvere il contratto, avrebbe bisogno di rinegoziarlo nell'ottica della prosecuzione del rapporto. Ma tale possibilità, l'articolo 1467 c.c. concede solo alla parte "avvantaggiata" dalla sopravvenienza, quale *antirimedio* rispetto alla risoluzione. In altri termini, stante la struttura *unilaterale* dell'art. 1467, comma 3, se la controparte, nella

---

efficiente; e ciò in quanto solo il beneficiario finale ha a disposizione tutti gli elementi per valutare nel modo più oggettivo possibile fino a che momento è ancora opportuno acquisire l'utilità finale del bene. In termini più generali, per l'idea che i rimedi manutentivi si rendano preferibili sotto il profilo dell'efficienza economica cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 608.

dialettica *dialogica* che preside l'accordo, rifiuta di accettare l'offerta di *reductio ad equitatem* proposta stragiudizialmente, nessuna richiesta in tal senso il contraente "svantaggiato" potrebbe rivolgere al giudice.

In definitiva, quindi, il mutuatario potrà ottenere la rinegoziazione del contratto solo nelle ipotesi in cui l'istituto bancario, per strategie di *marketing* o per evitare l'insolvenza del mutuatario, si renda disponibile alla rinegoziazione.

L'inadeguatezza del modello codicistico a gestire il problema delle sopravvenienze nel contratto di mutuo è emersa nella sua drammaticità già negli anni novanta in occasione, dapprima, della sopravvenuta onerosità dei mutui indicizzati in *ecu* e, successivamente, dell'entrata in vigore legge 7 marzo del 1996, n. 108, la quale, nel fissare un tasso soglia di interessi usurari, era a venuta a porre il problema della c.d. usurarietà sopravvenuta dei mutui stipulati prima della sua entrata in vigore.

Nella prima circostanza, in particolare, a fronte del il vertiginoso aumento dei tassi di interesse indicizzati in *ecu*, causato dall'uscita della lira dallo SME[6], la giurisprudenza non fu in grado di offrire alcuna soluzione ai mutuatari in difficoltà.

L'applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, in particolare, fu esclusa argomentando dalla natura convenzionalmente aleatoria di tali contratti[7], nonché, in alcune decisioni, dall'impossibilità di configurare l'uscita della lira dallo SME come evento straordinario ed imprevedibile[8]; e dalla negazione, comunque, che la permanenza della nostra valuta nel sistema monetario europeo integrasse gli estremi della presupposizione[9].

---

[6] G. GRIECO, *Le cause di estinzione patologiche: inadempimento e risoluzione*, in G. Cassano (a cura di), *Il mutuo*, Padova, 2009, 184.

[7] Cfr. in tal senso Trib. Roma, 1 aprile 1997, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, II, 446 ss.; Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Giustizia civile*, 1997, I, 1093 ss. con nota di F. DI MARZIO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU* e in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, II, 452 ss. con nota di M. CURCURUTO e G. LEMME, *Le problematiche dei mutui in ecu*; Trib. Treviso, 26 agosto 1996, *in Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 2, c. 136 ss.; Cass., 25 novembre 2002, n. 16568, in *Corriere giuridico*, 2003, 1, 17.

[8] Così Trib. Roma, 1 aprile 1997, cit.; Trib. Firenze, 7 luglio 1997, cit.; Trib. Napoli, 1 marzo 1997, cit.

[9] Nel senso che vada respinta la domanda di risoluzione proposta dal mutuatario il quale lamenti l'eccessiva onerosità della sua prestazione dovuta all'aumento del valore dell'indice

In talune pronunce si aggiunse pure che, qualora nel contratto di mutuo risulti pattuita l'assunzione di cambio a carico del mutuatario, la variazione del rapporto lira/ecu rientri nell'"alea normale del contratto", con conseguente esclusione del rimedio risolutorio ex art. 1467 comma 2 c. c[10].

Parimenti, furono respinte le domande di risarcimento del danno nei confronti della banca per la violazione dei doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto e nei confronti dello Stato italiano, per aver deciso di sospendere l'adesione della lira al sistema monetario europeo, sul rilievo che, da un lato, non viola "i doveri di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto la banca mutuante che non informi tempestivamente il cliente mutuatario circa le modificazioni nel mercato internazionale delle valute incidenti sull'entità delle rate da rimborsare di mutuo, dovendosi ritenere che le relative vicende economiche (…) fossero già diffuse nel pubblico attraverso i mezzi di informazione"[11]; dall'altro che "la decisione dello Stato italiano di sospendere l'adesione al sistema monetario europeo costituisca esercizio discrezionale di una scelta di politica economica e monetaria", con conseguente improponibilità della domanda innanzi al giudice ordinario[12].

Considerata la diffusione e la gravità della vicenda si susseguirono diverse iniziative parlamentari[13] finalizzate a riequilibrare la posizione del mutuatario, ma nessuna di questa ebbe alcun esito; sicchè, in definitiva, il mutuatario rimase sprovvisto di qualsivoglia tutela.

---

per vicende relative al mercato delle valute, assumendo che la permanenza della lira nel sistema monetario europeo (e quindi il rispetto della banda di oscillazione dell'indice prescelto nel limite dei sei per cento) integrasse gli estremi della presupposizione, senza dare la prova che il preteso presupposto fosse comune alle parti nel momento di conclusione del contratto cfr. Trib. Roma, 20 gennaio 1997, in *Foro italiano*, 1998, I, c. 615 ss., Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, cit.

[10] Così Trib. Firenze, 7 luglio 1997, cit., Trib. Napoli, 1 marzo 1997, cit., Trib. Torino, 15 ottobre 1996, cit.

[11] In questi termini Trib. Firenze, 7 luglio 1997, cit.; Trib. Napoli, 1 marzo 1997, cit.; Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, cit., Trib. Torino, 15 ottobre 1996, cit.

[12] In tal senso Trib. Roma, 29 gennaio 1997, cit.; Trib. Torino, 15 ottobre 1996, cit.

[13] Per un esame delle più significative proposte di legge a favore dei mutuatari, nessuna delle quali andata in porto si rinvia a A. U. PETRAGLIA, *Il contenzioso relativo ai mutui in ecu: primo round per le banche,* in *Corriere giuridico,* 1997, 814 ss.

La seconda vicenda, invece, aveva preso le mosse dall'entrata in vigore della legge 108/1996, la quale, nel fissare il c.d. tasso soglia del reato di usura, e sanzionando, sul piano civilistico, il suo superamento con nullità della relativa clausola, era venuta a porre un problema di usurarietà sopravvenuta.

L'adozione di tali misure, nel palesare, attraverso l'irrigidimento della disciplina penalistica dell'usura e la previsione della gratuità del mutuo quale rimedio/sanzione civilistico contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, il forte disfavore dell'ordinamento per la pattuizione di interessi eccessivi rispetto al valore economico dell'operazione, aveva posto il problema della sorte delle clausole, pattuite antecedentemente all'entrata in vigore della legge 108/1996 contenenti interessi che, stanti i parametri introdotti dalla nuova normativa, avrebbero dovuto essere considerati usurari e dunque per definizione eccessivi.

Anche in questa occasione, tuttavia, la giurisprudenza piuttosto che porsi un problema di correzione di un risultato iniquo o di buona fede *in executivis*[14], impostò la questione in termini di applicabilità o meno dello *ius superveniens* alle prestazioni ancora non eseguite dei rapporti in corso.[15]

---

[14] Come invece suggeriva A. MANIACI, *Contratti in corso e usurarietà sopravvenuta* (*nota a Cass., 17 novembre 2000)*, in *I Contratti*, 2001, 162: "A nostro avviso, sotto il versante civilistico, la percezione di interessi, divenuti in un momento successivo alla conclusione del contratto superiori al tasso soglia, può venire in rilievo (soltanto) sul piano dell'attuazione del rapporto, nel senso che il creditore (specie se qualificato, come gli Istituti di credito sì da avere la concreta possibilità di conoscere e valutare la portata degli indici trimestrali delle rilevazioni amministrative), il quale chieda l'esecuzione del contratto alle condizioni originariamente pattuite, ma non più «tollerate» dal legislatore (*rectius* dall'autorità amministrativa), pone in essere una condotta contraria al canone della buona fede (…). In definitiva, il giudice al quale è conferito il potere di valutare il comportamento delle parti *in executivis* può rigettare ogni pretesa avente ad oggetto interessi eccedenti il tasso soglia desumibile dall'ultima rilevazione dei tassi medi, oppure, *ex converso*, accogliere la relativa domanda di ripetizione dell'indebito".

[15] Esclude la possibilità di applicare retroattivamente la legge 108/1996 anche per ciò che concerne gli effetti dei mutui in corso, tra le altre, Trib. Roma, 4 giugno 1998, in *Corriere giuridico*, 1998, 806. In particolare, sul rilievo che nel contratto di mutuo la consegna del denaro fa sorgere contestualmente l'obbligazione del mutuatario di restituire il capitale ed interessi, in un'unica soluzione o in più rate, secondo un piano di restituzione ad oggetto determinato o determinabile, si conclude che "la dazione di rate di mutuo con interessi superiori all'attuale tasso soglia, stabilito dalla l. 108/1996, non costituisce illecito né penale (art. 644 c.c.), né civile (art. 1418 c.c. e 1815 c.c.), allorché concerna l'esecuzione dell'unica obbligazione restitutoria sorta al momento della consegna del denaro, avvenuta prima dell'entrata in vigore della nuova legge". Ritengono invece che, ferma l'inapplicabilità, in difetto di una espressa previsione di retroattività, della legge n. 108 del 1996 ai contratti di mutuo stipulati antecedentemente alla sua entrata in vigore, essa tuttavia sia di immediata applicazione nei relativi rapporti limitatamente agli effetti ancora in corso: Cass., 2 febbraio 2000, n. 126, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 311; App. Milano, 30 gennaio 2001, in *Banca*

Lo stesso legislatore, del resto, invece che cogliere l'occasione per regolare in termini generali il problema delle sopravvenienze quantitative, dopo aver risolto, con legge di interpretazione autentica la questione relativa all'ambito di applicazione temporale della legge 108/09, nel senso che "*si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*"[16], si limitò "*in considerazione dell'eccezionale caduta dei tassi di interesse avvenuta in tutta Europa*"[17] a prevedere un meccanismo correttivo per determinare il nuovo tasso di interesse da applicare ai rapporti in essere.

A ben vedere, dunque, i problemi che si presentano al mutuatario, a fronte di un improvviso e non preventivato aumento di interessi sono di due ordini: per un verso, la difficoltà di ottenere lo scioglimento del vincolo, stante la rigidità dei presupposti applicativi dell'art. 1467 c.c. e, per l'altro, l'assenza di qualsivoglia rimedio manutentivo che consenta l'adeguamento del rapporto.

Al fine di risolvere il problema rappresentato dall'eccessiva onerosità sopravvenuta dei mutui, pertanto, si tratterà, non solo di verificare quale via offra il nostro ordinamento per superare (o aggirare) la rigidità dei presupposti applicativi di cui all'art. 1467 c.c., ma anche – e principalmente - di individuare strumenti che consentano, nella più frequente ipotesi in cui il mutuatario abbia interesse alla prosecuzione del rapporto, di adeguare i termini del contratto alle circostanze *medio tempore* mutate.

Per ciò che concerne il primo problema, è possibile seguire due diversi itinerari.

O muovere dall'art. 1467 c.c. nel tentativo di mitigare il rigore dei presupposti di eccezionalità, straordinarietà ed imprevedibilità della sopravvenienza. O individuare un diverso istituto che consenta al mutuatario di

---

borsa titoli di credito, 1998, II, 501; Trib. Velletri, 3 dicembre 1997, in *Banca borsa titoli di credito*, 1998, II, 501, *ivi*, 2001, II, 446.

[16] Art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 "*Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura*" pubblicato in Gazzetta ufficiale, del 30 dicembre 2000 n. 303.

[17] Art. 2, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000 n. 394, cit.

interrompere anticipatamente il rapporto a prescindere dal ricorrere di una causa di eccessiva onerosità sopravvenuta.

Per quanto riguarda il secondo problema, invece, stante l'assenza di una previsione legislativa che imponga la rinegoziazione, si tratta, da un lato, di individuare meccanismi che incentivino la rinegoziazione, dall'altro di verificare se, in assenza di un accordo delle parti in tal senso, sia possibile ed opportuno prevedere un obbligo di rinegoziazione.

Nell'analizzare questo secondo problema dovrà tenersi conto sia degli interessi della banca, sia di quelli del cliente.

Per quanto riguarda la posizione del mutuatario, la prioritaria esigenza è quella di impedire che, qualora la banca, per strategie di *marketing*[18] o per evitare l'insolvenza del debitore, sia renda disponibile alla rinegoziazione, l'operazione comporti eccessivi costi per il mutuatario.

Si consideri, al riguardo, che nella rinegoziazione il mutuatario si presenta del tutto sprovvisto di potere contrattuale.

E ciò in primo luogo, in ragione dell'asimmetria informativa in cui versa nei confronti del professionista che, spesse volte, gli impedisce financo di valutare le conseguenze effettive del nuovo piano di ammortamento.

In secondo luogo, in ragione della natura del bisogno – l'acquisto dell'abitazione principale - che tipicamente lo spinge alla stipula del contratto.

Se il mutuatario ha investito la somma nell'acquisto di un immobile, tanto più se si tratta dell'abitazione principale, in cambio di un minor carico mensile della rata, sarà disposto ad accettare anche gravose ed inique condizioni di prestito.

In una simile situazione la banca sarà in grado di appropriarsi dell'intero *surplus* dell'operazione. Nella maggior parte dei casi, infatti, la rinegoziazione consiste in un dilazionamento delle rate da pagare su un periodo più lungo, e dunque determina un aumento del montante complessivo degli interessi da restituire.

---

[18] Sulla possibilità di utilizzare la rinegoziazione come strategia di *marketing* cfr. G. PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano, 1999, 68.

Il rischio che la rinegoziazione comporti un sacrificio economico eccessivo per il mutuatario è ancora più alto nelle ipotesi in cui la ricontrattazione del mutuo avvenga attraverso l'estinzione del primo mutuo e la costituzione di un nuovo. In questi casi, infatti, il mutuatario è tenuto a sopportate sia le spese di chiusura del rapporto, sia quelle relative alla concessione del nuovo finanziamento (nuova iscrizione ipotecaria, nuovo atto notarile), senza contare la perdita dei benefici fiscali connessi di cui eventualmente poteva godere[19].

Va inoltre considerato che la rinegoziazione del mutuo impone alla banca una serie di costi amministrativi e di gestione i quali, stante una "prassi refrattaria ad una competizione concorrenziale"[20], vengono solitamente riversati sul destinatario finale.

Per quanto riguarda la banca, invece, si tratta principalmente di evitare che la rinegoziazione del finanziamento determini la perdita del grado ipotecario acquisito con la primitiva iscrizione[21].

Individuati gli interessi e le problematiche che possono venire a manifestarsi nel procedimento rinegoziativo vale, da ultimo, osservare come, a fronte delle singolari difficoltà che presenta l'adeguamento del contratto nella prospettiva del mutuatario, l'ordinamento invece prevede un meccanismo straordinariamente semplice per consentire alla banca di modificare le condizioni del regolamento contrattuale.

Quest'ultima, infatti, tramite l'esercizio dello *ius variandi*, può determinare la variazione unilaterale delle condizioni del contratto, senza che il mutuatario possa impedirlo, salvo recedere; ma il recesso risulta alternativa plausibile solo nei casi, invero rari, in cui il debitore sia in grado di sopportare il trauma della restituzione anticipata della somma.

Ciò conduce al paradosso per cui il mutuatario, che è il soggetto debole del rapporto, in presenza di sopravvenienze squilibranti, nella maggior parte delle ipotesi, sarà costretto a subirle; mentre gli istituti bancari, soggetti che, per professione, dovrebbero essere in grado di prevedere i rischi delle operazioni

[19] Cfr. sul punto PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 68 ss.
[20] Così PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 68.
[21] PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 68 ss.

che promuovono, in presenza di sopravvenute e non sempre chiarite ragioni, possono unilateralmente imporre nuove condizioni di prestito al mutuatario.

Dovrebbe, semmai, valere l'inverso.

3. Prospettive d'indagine.

In considerazione del singolare vuoto di tutela in cui veniva a trovarsi il mutuatario, il legislatore è intervenuto di recente nel settore del credito bancario, prevedendo una serie di regole di condotta che incidono nella fase esecutiva del contratto al fine di ridurre la disparità di potere contrattuale tra mutuatario e istituti bancari nel rinegoziare le condizioni del contratto o comunque nel gestire i diversi eventi che si manifestano nella fase esecutiva del rapporto.

Si tratta di un complesso normativo piuttosto eterogeneo che comprende, sia misure di c.d. liberalizzazione del mercato del credito (d.l. 4 luglio 2006 n. 233, convertito, con modificazioni dalla l. 11 agosto 2007 e d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007), sia interventi di carattere settoriale specificamente dettati per far fronte alla crisi economica e all'aumento dei tassi venutosi a manifestare sul finire del 2007, a seguito della crisi statunitense dei *mutui subprime* (art. 2, commi da 476 a 480 della legge 24 dicembre 2007, n. 244; art. 3 del d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 126; art. 3, del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 29 novembre 2009, n. 9).

La presente ricerca, a partire dall'analisi del funzionamento dei singoli istituti e delle problematiche interpretative da essi sollevate, si pone l'obiettivo di verificare se le nuove regole offrano adeguati strumenti per risolvere i principali ostacoli che si frappongono alla tutela del mutuatario in caso di sopravvenienze; e cioè, per un verso, la difficoltà di accedere a rimedi risolutori dato il rigore dei presupposti applicativi della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta e, per altro verso, specie se il mutuo sia stato contratto per finalità abitative, l'assenza di qualsivoglia rimedio manutentivo.

In termini più generali, l'indagine mira ad individuare quale equilibrio il regolatore ha voluto delineare in materia tra i diversi interessi: tutela del contraente debole e tutela della concorrenza, equità ed efficienza, prosecuzione e scioglimento del vincolo.

Il che impone di chiarire verso quale modello di gestione delle sopravvenienze il legislatore abbia indirizzato i suoi interventi: un modello per così dire *concorrenziale*, che privilegia, sopra ogni altra esigenza, le ragioni dell'autonomia individuale o, al contrario, un modello *manutentivo*, più attento alle ragioni della giustizia sostanziale che a quelle dell'efficienza economica.

Da ultimo, una volta delineato l'assetto d'interessi tutelato dai recenti interventi e previa valutazione dell'idoneità delle misure adottate dal legislatore per perseguire gli obiettivi prefissati, si intende indagare in che misura le novità legislative in materia abbiano inciso sullo stato del dibattito in merito alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione e sulla ricostruzione della nozione di sopravvenienza giuridicamente rilevante.

Da tale punto di vista in particolare, si cercherà di verificare se, tramite la valorizzazione delle clausole generali presenti nel nostro ordinamento sia possibile fornire un'interpretazione evolutiva della disciplina codicistica delle sopravvenienze al fine di fornire tutela ad un problema che l'ordinamento considera, ma regola in modo insufficiente.

4. Indicazioni metodologiche.

Da un punto di vista metodologico la ricerca si svilupperà in tre parti.

Nella prima parte, in particolare, si analizzeranno le c.d. liberalizzazione del mercato del credito introdotte dal d.l. 4 luglio 2006 n. 233 come convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2007 e dal d.l. 31gennaio 2007 n. 7, come convertito dalla legge 2 aprile 2007, n. 40.

Tali misure, nell'ambito di un più ambizioso progetto di riforma del settore del credito, intervengono su istituti già noti, al fine di restituire al mutuatario potere contrattuale nei confronti dell'istituto di credito per gestire i diversi eventi che possono manifestarsi in fase esecutiva.

Ci si riferisce, in particolare, alla nuova disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari riscritta alla luce dell'art. 33 del codice del consumo e del principio di trasparenza (art. 118 del d.lgs. 385/1993), al divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione del mutuo (art. 7 del d.l. 7/2007), alla c.d. portabilità dei mutuo (art. 8 del d.l. 7/2007) e alla c.d. rinegoziazione libera introdotta dalla legge 244/2007 (finanziaria per il 2008).

Oltre analizzare le complesse problematiche sollevate dai nuovi istituti, ci si pone l'obiettivo di dare una lettura unitaria al nuovo intervento, al fine di individuare, da un lato, quali sono gli interessi effettivamente presi di mira, e, dall'altro, di verificare se le misure adottate risultino, nel loro complesso, idonee al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Quanto alla prima questione, nello specifico, andrà chiarito se l'obiettivo preso di mira dal legislatore sia, coerentemente agli obiettivi dichiarati, tutelare, in pari tempo, il mercato e il consumatore o, al contrario, le nuove regole risultino, di fatto, più o meno consapevolmente, sbilanciate a favore dell'uno o dell'altro interesse.

Quanto alla seconda questione, considerato che, al dichiarato scopo di liberalizzare, sono state introdotte regole che a molti sono parse "dirigistiche" (divieti di compensi alle banche, generalizzazione del rimedio della nullità di protezione, sostituzione automatiche di clausole con norme imperative o con determinazioni delle associazioni di categoria) dovrà vagliarsi la correttezza di una strategia che intende liberalizzare il mercato restringendo gli spazi riservati all'autonomia privata invece che lasciare i contraenti regolarsi da sé.

Nell'analisi delle nuove regole un'attenzione particolare verrà riservata all'istituto della portabilità, in considerazione non solo delle problematiche teoriche e delle rilevanti conseguenze applicative che presenta la definizione della sua natura giuridica (dà luogo ad una vicenda costitutivo-estintiva o successoria?), ma anche perché, tra le misure introdotte, appare quella che meglio realizza un equilibrio tra tutela del mutuatario e tutela della concorrenza. Infatti, nella misura in cui restituisce potere contrattuale al mutuatario nel rinegoziare le condizioni del contratto favorisce, al contempo, la

concorrenza tra operatori nella mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento.

La trattazione prosegue con l'analisi delle c.d. misure anti-crisi, espressione con cui si è inteso designare quella serie di interventi adottati, a partire dal 2007, per far fronte alla situazione di crisi economica susseguente alla vicenda statunitense dei mutui *subprime* che, unitamente all'aumento dei tassi di interesse, aveva determinato una diminuzione della capacità di acquisto di molte famiglie, paventando il rischio di un inadempimento collettivo dei mutui.

Ci si riferisce, in particolare, alla sospensione delle rate di mutuo, introdotta dalla finanziaria per il 2008 (art. 2, commi da 476 a 480 della legge 244/07), alla rinegoziazione "convenzionata" (art. 3 del d.l. 93/2008 convertito dalla legge 126/08), alla previsione di un tetto massimo per le rate di mutuo in corso del 2009, con conseguente accollo da parte dello Stato del residuo (art. 2, commi 1-3, d.l. 29/2008 convertito dalla legge 9/2009), alla possibilità di ancorare le rate dei nuovi mutui al tasso bce invece che all'euribor (art. 2, comma 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 29 novembre 2009, n. 9).

Una volta risolti i quesiti interpretativi sollevati dalle nuove disposizioni si cercherà di verificare, da un lato, quali, tra le soluzioni offerte, si renda preferibile sotto un profilo di tutela del mutuatario nonchè di chiarire, in che termini, le nuove disposizioni entrino in relazione con quelle contenute nella disciplina delle liberalizzazioni.

Nel delineato contesto, si cercherà altresì di stabilire come, nel microsistema analizzato, siano considerati rispettivamente i rimedi caducatori e manutentivi.

La scelta di trattare in due parti distinte le c.d. liberalizzazioni nel settore bancario e le c.d. misure anticrisi rispecchia l'*iter* cronologico di approvazione dei diversi provvedimenti che vede, in primo momento, un intervento organico nel mercato del credito e, in seguito, l'adozione di misure settoriali circoscritte anche temporalmente, finalizzate alla ricerca di soluzioni eccezionali per regolare la contingenza.

Tale scelta sistematica consente inoltre di evidenziare la diversità di approccio manifestate a distanza di pochi mesi dal legislatore nella medesima materia. Dapprima una strategia che si propone di liberalizzare il mercato, fissando precise regole di condotta in capo al contraente professionale, al fine di restituire al mutuatario potere contrattuale nella rinegoziazione dei termini dello scambio; successivamente un quadro di interventi che favorisce il mantenimento del vincolo originario, privilegiando, almeno nelle intenzioni dichiarate, sopra ogni altra esigenza, la tutela dei mutuatari e la stabilità del sistema finanziario.

Infine, nell'ultima parte, individuato il quadro degli interessi tutelato e constatata l'insufficienza dei rimedi introdotti, si tornerà sui principi generali al fine di verificare se, ed eventualmente come, queste misure abbiano inciso, per un verso, sulla interpretazione delle norme codicistiche che considerano il problema delle sopravvenienze quantitative, e per altro verso, sul recente dibattito dottrinario in merito alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca.

Parte prima

L'ADEGUAMENTO DEL CONTRATTO DI MUTUO NELLA DISCIPLINA DELLE "LIBERALIZZAZIONI"

Premessa.

Di "liberalizzazioni" si può parlare in diverse accezioni.

L'espressione è infatti utilizzata, sia per indicare la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono all'esercizio delle attività private (c.d. liberalizzazioni amministrative), sia per descrivere un procedimento più complesso che vede l'ampliamento degli spazi riservati alla libera iniziativa economica (c.d. liberalizzazioni economiche)[22].

Questa seconda accezione si specifica ulteriormente in due direzioni. L'ampliamento degli spazi riservati ai privati, invero, può conseguire o alla restrizione dell'ambito regolato dal diritto pubblico a vantaggio di quello privato - e, da questo punto di vista, il processo di liberalizzazioni è strettamente legato a quello di privatizzazione[23] - o diversamente può essere l'effetto dell'ampliamento del gioco concorrenziale tra i diversi operatori privati in un dato settore economico.

Nel contesto dei c.d. decreti Bersani l'espressione "liberalizzazioni" sembra essere utilizzata principalmente in questo secondo significato, al fine di descrivere una serie di misure che mirano, essenzialmente, a ripristinare i meccanismi concorrenziali nel c.d. mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento.

---

[22] Tale distinzione è attribuibile a G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, a cura di S. Cassese, Milano, 3492 ss. In senso analogo cfr. pure F. G. SCOCA, *Relazione introduttiva*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, a cura di E. Sticchi Damiani, Torino, 2008, 3, il quale distingue tra la "riduzione od eliminazione di vincoli all'attività privata" (c.d. liberalizzazione giuridica) e l'"apertura dei mercati alla concorrenza tra operatori economici" (c.d. liberalizzazione giuridica).

[23] Sulla possibile sovrapposizione tra i concetti di liberalizzazione e privatizzazione cfr. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., 243.

Più in particolare, con la generica espressione di "liberalizzazione nel settore bancario" si è inteso designare, sia misure di vera e propria liberalizzazione "economica" del mercato del credito – la nuova disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari riscritta alla luce dell'art. 33 del codice del consumo e del principio di trasparenza (art. 118 del d.lgs. 385/1993), il diritto di recesso senza spese e senza penalità dai contratti di durata (art. 10, comma 2, d.l. 233/2006) il divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione del mutuo (art. 7 del d.l. 7/2007), la c.d. portabilità dei mutuo (art. 8 del d.l. 7/2007) - sia alcune semplificazioni procedimentali - tra cui assume particolare rilievo la nuova disciplina relativa alla cancellazione semplificata dell'ipoteca (art. 13 del d.l. 7/2007) - le quali, a ben vedere, possono pure essere ricondotte al concetto di liberalizzazione "amministrativa".

Fatta questa precisazione preliminare, si tratta di chiarire qual è la materia d'indagine che verrà analizzata in questa *parte*.

Del generico intervento di liberalizzazioni ci si concentrerà su quelle misure che vengono in rilievo con riguardo al problema delle sopravvenienze nel contratto di mutuo, escludendo pertanto dall'esame la disciplina della cancellazione semplificata che non ha stretta attinenza con la tematica in questione e la disciplina del recesso ex art. 10, comma 2, d.l. 233/2006, che trova applicazione solo a contratti di durata diversi dal mutuo, per il quale invece espressamente dispone l'art. 7 del d.l. 7/2007.

In questa parte dell'indagine, invece, troverà specifica trattazione l'istituto della c.d. rinegoziazione "libera" (art. 8, comma 3, ultima parte del d.l. 7/2007) in origine non contemplata nel c.d. pacchetto di liberalizzazione, ma introdotta successivamente con la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008) all'interno della disciplina sulla portabilità.

Oltre che per la collocazione sistematica, la scelta di analizzare la rinegoziazione c.d. libera nel contesto delle liberalizzazioni nel settore bancario, si spiega in ragione della finalità che l'istituto in esame intende perseguire; e cioè, analogamente alla portabilità, favorire una rinegoziazione

spontanea del contratto, senza perdita della garanzia ipotecaria per il finanziatore e senza spese per il soggetto finanziato.

Si tratta, dunque, di un complesso piuttosto eterogeneo di riforme, accomunate però dall'esigenza di rafforzare le dinamiche concorrenziali.

Al fine di comprendere il significato di queste misure, se è vero che "la liberalizzazione è un processo che può essere colto solo dinamicamente nel confronto tra un prima ed un dopo"[24], risulterà utile un richiamo alle criticità che si erano venute a manifestare nel settore.

Nella situazione previgente alla riforma, in particolare, la principale problematica, sotto il profilo analizzato, era l'assenza di un mercato di c.d. sostituzione del finanziamento[25].

Tale situazione aveva dato luogo a una duplice inefficienza: sotto il profilo della concorrenza, per la barriera all'ingresso che di fatto veniva a crearsi nei confronti di operatori finanziari interessati ad intervenire in operazioni in essere, e sotto il profilo della qualità dei servizi finanziari praticati, per l'assenza di incentivi, per i nuovi finanziatori, a fornire credito a condizioni migliori.

Le ragioni di una così scarsa concorrenzialità del mercato del credito erano da ricondursi, da un lato, alla situazione di asimmetria in cui veniva a trovarsi l'utente del servizio finanziario, che quasi impediva di comparare le opzioni offerte dai diversi finanziatori[26] e, dall'altro, ai significativi ostacoli

---

[24] A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 645.

[25] P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, suppl. al n. 5, 34, indica tra le finalità della norma quella di porre i presupposti affinché si realizzi un mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento.

[26] Dall'indagine conoscitiva IC 32 (*Prezzi alla clientela dei servizi bancari*) svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (aperta con provv. n. 15088 del 18/01/2006 e chiusa con provv. 16403 del 01/02/2007 e pubblicata sul sito *www.agcm.it*), emerge con chiarezza che le informazioni fornite al cliente nel foglio informativo si presenta inadeguata ad agevolare una concreta valutazione del servizio ed una sua comparazione tra i diversi fornitori. Si segnala, in particolare, che "il 66% dei fogli informativi non indica le condizioni riguardanti i bonifici, il 31, 9% le condizioni di bancomat (quota annua e spese di emissione), il 67, 8% dei fogli non riporta le spese del prelievo da ATM di banche diverse da quelle di appartenenza, il 57 % non indica le condizioni relative alla carta di credito, il 46, 3% non riporta le condizioni relative alla gestione/emissione degli assegni, il 32% quelle circa le domiciliazioni ed il pagamento delle utenze".

che, pur in presenza di un'adeguata informazione, comunque venivano a porsi alla mobilità della clientela.

Per l'utente del servizio finanziario, in particolare, il principale disincentivo alla sostituzione del mutuo era rappresentato dalle costosissime spese connesse all'estinzione del primitivo mutuo e alla costituzione di un nuovo (spese di cancellazione dell'ipoteca e di costituzione della nuova; penali di anticipata estinzione; perdita dei benefici fiscali connessi al primitivo mutuo, costi amministrativi, etc.). A tali costi monetari connessi all'interruzione del rapporto, quale ulteriore barriera alla mobilità della clientela, venivano ad aggiungersi i disagi creati dalla tempistica piuttosto lunga ed incerta che presentava la sostituzione del finanziatore[27].

L'entità dei costi transattivi connessi all'operazione di rinegoziazione, dunque, veniva di fatto a precludere la possibilità per il debitore di riposizionarsi sul mercato alla ricerca di condizioni migliori.

Nemmeno gli istituti finanziari, d'altronde, avevano alcun interesse ad agevolare la circolazione dei finanziamenti bancari: una volta superato il rischio del credito nella fase iniziale, infatti, l'interruzione anticipata del rapporto avrebbe rappresentato solo un pregiudizio. E ciò non solo per diminuzione della remunerativà dell'investimento, ma anche perché, il meccanismo codicistico previsto per trasferire il mutuo – e cioè la surrogazione per pagamento ex art. 1202 c.c. - espone gli istituti stessi al rischio di subire, dopo aver perso la garanzia ipotecaria, la dichiarazione d'inefficacia - da parte del fallimento del debitore ex art. 65 l. fall.; o da parte dei creditori del debitore ex art. 2901 c.c. – del pagamento ricevuto anticipatamente rispetto al piano di ammortamento pattuito[28].

Né, del resto - salvo i casi di pericolo d'insolvenza del mutuatario - le banche avevano interesse a rinegoziare esse stesse le condizioni del contratto in senso più favorevole al cliente al fine di evitare che questi

[27] Indagine conoscitiva IC 32 (*Prezzi alla clientela dei servizi bancari*), cit., 5.
[28] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 36; A. FRANGINI, *Il pagamento del terzo. L'imputazione dei pagamenti. La compensazione tra debiti e crediti*, in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, cit., 301.

interrompesse anticipatamente il rapporto rivolgendosi ad altri finanziatori: non esistendo un mercato di "sostituzione" del finanziamento, il rischio di perdere il cliente nemmeno veniva a porsi.

Si consideri inoltre che, non essendo chiarita la natura novativa o di accordo meramente modificativo della c.d. rinegoziazione del mutuo, alcuni istituti rifiutavano la rinegoziazione per il timore di perdere o indebolire la garanzia ipotecaria.

Se, dunque, i soggetti coinvolti non trovavano convenienza all'estinzione anticipata del rapporto e alla rinegoziazione, deve osservarsi come, nemmeno dai nuovi finanziatori, eventualmente interessati a subentrare nelle operazioni in essere, veniva la spinta al diffondersi di politiche concorrenziali sotto il profilo dell'offerta. E ciò in quanto, il trasferimento del mutuo (attraverso il meccanismo della sostituzione - estinzione del vecchio e costituzione di un nuovo), in assenza della portabilità dell'ipoteca, faceva perdere il grado originario della garanzia e dunque la possibilità, per il nuovo finanziatore, di soddisfarsi con preferenza assoluta rispetto agli altri creditori.

Oltre agli effetti negativi, sotto il profilo dell'efficienza economica, una simile situazione non si faceva apprezzare nemmeno in considerazione delle iniquità che veniva a generare a danno dell'utente del servizio finanziario, il quale - stante l'assenza di un mercato ove sostituire il finanziamento - era costretto a subire, quale ne fosse l'impatto, il peso di ogni sopravvenienza.

L'iniquità di una simile soluzione era resa ancora più insopportabile dal rilievo che, nella situazione opposta, in cui la sopravvenienza negativa veniva a manifestarsi nella sfera giuridica della banca, questa poteva giovarsi di un meccanismo straordinariamente semplice e per di più gratuito per adeguare il contratto: il c.d. *ius variandi*, l'esercizio del quale, come meglio si chiarirà, non è compensato da alcun efficace rimedio a tutela del soggetto che subisce la modifica[29].

[29] Cfr. C. IURILLI *Jus variandi e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "decreto bersani". Una proposta interpretativa* in *Studium juris*, 2007, 136 e le considerazioni svolte nel capitolo I, paragrafo 1 di questa *parte.*

Al fine di superare una simile situazione, i c.d. decreti Bersani, poi integrati da alcune modifiche apportate dalla legge finanziaria per il 2008, introducono semplificazioni procedimentali e regole di condotta finalizzate, da un lato, ad eliminare i principali ostacoli di ordine pratico che si frapponevano all'uscita dal contratto, dall'altro, a ripristinare la disparità di potere contrattuale tra banche e clienti nella rinegoziazione dei termini dello scambio.

Si fa presente che le norme, in origine contenute nei decreti-legge 223/2006 e 7/07, sono state trasfuse nel TUB ad opera del d.lgs. 13 agosto del 2010, n. 141.

Al fine di rendere più agevole la trattazione, posto che tutti i contributi scientifici sul tema si riferiscono espressamente al contesto normativo dei decreti Bersani, le nuove regole verranno analizzate nell'originaria collocazione sistematica, non senza dare atto del significato che l'inserimento della nuova disciplina all'interno di un codice di settore viene ad assumere.

CAPITOLO I

La nuova disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari

1. Lo *ius variandi:* inquadramento dell'istituto.

L'art. 10 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto del 2006, n. 248, ha inciso significativamente sulla disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari, riscrivendo il testo dell'art. 118 del d.lgs. 1 settembre del 1993, n. 385 "*testo unico in materia bancaria e creditizia*" (TUB).

Prima di analizzare le novità apportate dalla novella legislativa, giova preliminarmente svolgere alcune considerazioni preliminari in merito all'istituto dello *ius variandi*.

In linea generale lo *ius variandi* consiste nell'attribuzione ad uno dei contraenti del potere di apportare delle modifiche al contratto prescindendo dal consenso della controparte.

Il titolare dello *ius variandi*, dunque, dispone di un diritto potestativo, rispetto al quale l'altro contraente viene a trovarsi in una situazione di soggezione.

Quale contrappeso, a tutela della parte che subisce lo *ius variandi*, è concesso il diritto di recesso.

Senza entrare nel merito delle problematiche teoriche che solleva lo *ius variandi*, in relazione ad i principi di necessaria determinabilità dell'oggetto[30] e di inviolabilità del contenuto dell'accordo[31], in questa sede vale solo

[30] Rileva al riguardo M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1994, 466: "mi sembra che la modificazione unilaterale del contratto determini se non un difetto di consenso nella modificazione del contratto, almeno una improgrammabilità degli effetti del negozio che, traducendosi nella immodificabilità delle condizioni future, non è consentita dall'art. 1346 c.c., e che non può essere sanata dall'intervento della parte-arbitratore".

[31] Cfr. sul punto G. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1987, II, 98; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile* a cura di F. Vassalli, VII-3, Torino, 1983, 56.

ricordare come la dottrina abbia da sempre manifestato diffidenza nei confronti dell'istituto, in considerazione, da un lato, dell'assenza di qualsiasi controllo in ordine ai presupposti di esercizio e all'incidenza della modifica "se non nei limiti generali dell'abuso del diritto e della contrarietà a buona fede"[32] e, dall'altro, dell'insufficienza del diritto di recesso quale *antirmedio* a tutela del contraente che subisce la variazione[33].

A tali problemi di carattere generale se ne aggiungono di specifici qualora lo *ius variandi* è previsto all'interno di contratti di mutuo.

Si è sostenuto, infatti, che l'esercizio dello *ius variandi* sarebbe incompatibile con la struttura del mutuo, sia perché contratto a tempo determinato, sia perché la clausola consentirebbe al mutuante di pretendere comportamenti "oggettivamente inesigibili" rispetto alla stessa economia causale del mutuo. E ciò sul rilievo che, in tale contratto, l'intero equilibrio delle prestazioni è basato, sul piano della causa concreta, sulla dilazione temporale dell'esecuzione dell'obbligazione restitutoria da parte del mutuatario[34].

Inoltre, nel tipo contrattuale in esame, è apparso ancora più insopportabile che il mutuatario abbia quale unica alternativa per sottrarsi alla modifica sgradita il recesso, perché, considerata la funzione economico sociale nel mutuo, la somma da restituire, nella maggior parte dei casi, viene investita nell'acquisto di un immobile o comunque in altre attività, dalle quali l'investimento non è immediatamente smobilizzabile.

Né varrebbe replicare che il mutuatario, in quello *spatium deliberandi* che gli è concesso per recedere, potrebbe trovare un altro finanziatore disposto ad erogare la somma necessaria per estinguere il debito precedente, poiché, considerate le difficoltà di accedere al credito, i tempi necessari per l'istruttoria, i costi legali di accensione di una nuova ipoteca, e, non ultimo, la

---

[32] M. FERRARI, *La nullità della clausola uso su piazza: una riforma preannunciata*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, 461.

[33] M. VIALE, *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, I, 785.

[34] B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e il divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, I, 267 ss.; A. SCARPELLO, Jus variandi *e strumenti di tutela dei contraenti*, in *www.consiglionazionaleforense.it.*

brevità del termine per recedere, una tale via non risulta concretamente percorribile[35].

Nonostante i problemi teorici e pratici sollevati dall'istituto, nella prassi bancaria è frequentissimo[36] il ricorso allo *ius variandi*, sia per adeguare il tasso di interesse alle variazioni che subisce il mercato creditizio, sia per modificare alcune clausole del contratto originario, al fine di "compensare" il diminuito grado di affidabilità del cliente, sia per introdurre nuove voci di spesa in conseguenza di non sempre chiari costi di gestione del contratto.

2. Il contrasto tra l'art. 118 del TUB e la disciplina delle clausole vessatorie.

A prescindere dai problemi di ordine teorico che lo *ius variandi* veniva a porre nel contratto di mutuo, fortemente criticata era altresì la concreta fisionomia dell'istituto quale risultava dall'art. 118 TUB e dalla delibera CICR del 4 marzo 2004.

Ai sensi della disciplina previgente, in particolare, qualora fosse prevista nel contratto la facoltà per le banche di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli dovevano essere comunicate ai clienti "*con la chiara evidenziazione delle variazioni intervenute*" e, per l'ipotesi di variazioni sfavorevoli generalizzate, "*in modo impersonale, mediante apposite inserzioni nella gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*", salvo l'obbligo per la banca di comunicarle personalmente al cliente nella prima occasione utile, nell'ambito delle comunicazioni periodiche o di quelle riguardanti operazioni specifiche.

Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione, il cliente aveva il diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di

[35] P. L. FAUSTI, *Il mutuo,* in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, XIII, a cura di P. Perlingieri, Napoli-Roma, 2004, 193.
[36] Nella segnalazione AS338 del 24 maggio 2006, pubblicata nel bollettino AGCM n. 19/2006, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato rileva come la maggior parte degli istituti di credito ricorra allo strumento dello *ius variandi* circa 20 volte in un biennio.

liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente applicate[37].

Sotto il vigore della previgente disciplina uno degli aspetti maggiormente contestati era il contrasto tra l'art. 118 TUB (letto in combinato con l'art 111 della delibera CICR del 4 marzo 2003) e la disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori, ora contenuta nel codice del consumo.

L'art. 33, comma 2, del codice del consumo, infatti, nell'elencare una serie di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (la prova cioè che vi sia stata trattativa individuale su quella specifica clausola), prevede, alla lettera m), la clausola che consente di effettuare modifiche unilaterali senza l'indicazione di un giustificato motivo; al comma 3 lett. b) del medesimo articolo si precisa inoltre che, nei contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, l'esercizio dello *ius variandi* per giustificato motivo deve avvenire nel rispetto di un congruo preavviso al consumatore il quale, in ogni caso, ha diritto di recedere.

Da questo punto di vista la disciplina risultante dall'art. 118 del TUB e dalla delibera CICR del 4 marzo 2003, si poneva in contrasto con il codice di settore sotto almeno tre punti di vista. E precisamente:

a) non conteneva alcun riferimento al giustificato motivo;
b) non disponeva un'informazione adeguata nella misura in cui consentiva la comunicazione impersonale tramite la pubblicazione nella gazzetta ufficiale;
c) non garantiva un congruo preavviso limitato invece a 15 giorni dalla ricezione della comunicazione.

[37] Di seguito si riporta il testo dell'art. 118 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, prima delle modifiche apportata dall'art. 10 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto del 2006, n. 248:
"Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali.
1. Se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate nei modi e nei termini stabiliti dal CIRC.
2. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci.
3. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dall'effettuazione delle altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.".

Tale disciplina, tra l'altro, rappresentava un'anomalia nel panorama giuridico europeo dato che i principali sistemi giuridici transnazionali già imponevano una comunicazione personale anche in ipotesi di comunicazione unilaterale generalizzata, fatto salvo sempre, ovviamente, il diritto di recesso[38].

A ciò si aggiungano le critiche mosse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato all'istituto della pubblicazione delle variazioni sfavorevoli sulla gazzetta ufficiale che, anche a causa del ristrettissimo limite temporale per esercitare il diritto di recesso[39], impediva al cliente di comparare

[38] Nella Segnalazione AS338 del 24 maggio 2006, cit. si legge che: "differentemente dall'Italia, all'estero non risulta contemplato l'istituto della pubblicazione in Gazzetta ufficiale per la comunicazione delle variazioni contrattuali sfavorevoli di carattere generalizzato; è invece previsto che qualsiasi modifica contrattuale sia comunicata personalmente al cliente, al quale è consentito di recedere prima che le nuove previsioni vengano applicate dalla banca.
Ad esempio vale ricordare che nel sistema anglosassone è prevista una comunicazione personale almeno 30 giorni prima della variazione con diritto di recesso entro 60 giorni, mentre nel sistema francese vi è l'obbligo di comunicare al cliente le variazioni unilaterali, almeno tre mesi prima della loro entrata in vigore; quest' ultimo ha diritto di recedere entro due mesi (…) In particolare, in Gran Bretagna la normativa riguardante l'ambito dei rapporti tra intermediari bancari e clienti per l'offerta di prodotti e servizi bancari, si basa su un codice di autodisciplina adottato dalla *British Bankers'association*: il *Banking Code.* Esso, con riferimento all'ipotesi di variazione dei termini e delle condizioni contrattuali sfavorevoli al cliente, prevede che la variazione debba essere annunciata al cliente almeno 30 giorni prima mediante comunicazione personale. Il cliente avrà diritto entro 60 giorni dall'annuncio di poter optare per un altro tipo di rapporto o di estinguere il rapporto esistente senza preavviso, spese o interessi passivi aggiuntivi. In Francia, per quanto concerne specificamente i conti di deposito, il *Code monetaire et financier* prevede che qualunque modifica delle condizioni economiche dei prodotti e dei servizi contemplati dalla convenzione deve essere resa nota al cliente mediante comunicazione scritta almeno tre mesi prima della sua entrata in vigore. In mancanza di opposizione nei successivi due mesi, il nuovo regime tariffario si ritiene accettato dal cliente.
Inoltre, in caso di modifica sostanziale della convenzione e, in particolare delle tariffe applicate, il cliente può chiedere la chiusura o il trasferimento del primo conto senza l'addebito di spese. Anche nell'ambito del diritto tedesco si trovano previsioni analoghe a quelle richiamate. In particolare, con riferimento alle modalità di modifica dei prezzi relativi ai contratti di durata, è stabilito che per i crediti a tasso variabile tale modifica avvenga nei termini previsti dall'accordo raggiunto con il cliente, mentre per gli altri servizi (come ad esempio il conto corrente e il deposito di titoli) la banca può disciplinare unilateralmente secondo il principio del *billingem ermessen.* Le modifiche devono essere comunicate al cliente, che in caso di modifica sfavorevole ha diritto di recedere entro 6 settimane dalla comunicazione".

[39] Cfr. Segnalazione AS338 del 24 maggio 2006, cit. e le considerazioni svolte da IURILLI, Ius variandi *e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "Decreto Bersani". Una proposta interpretativa,* cit., 136-137 il quale, nel riferirsi alla circolare citata, osserva come: "L'Autorità, dunque, già in quella sede sottolineava espressamente il carattere restrittivo della concorrenza dell'attività contrattuale posta in essere da taluni istituti bancari, inducendo l'ABI a presentare una nuova versione degli schemi contrattuali, con relativa eliminazione della disciplina relativa allo *ius variandi*, mantenendo unicamente una nota di richiamo, per le banche che avessero voluto avvalersi di tale facoltà, di tenere conto delle disposizioni a favore del consumatore, contenute nel codice civile. (…) Il dato che comunque riteniamo di sottolineare in maniera incisiva è il riscontro, all'epoca

i servizi del proprio fornitore con quelli offerti da altri operatori e dunque il dispiego del libero gioco concorrenziale[40].

3. Lo *ius variandi* nelle novità legislative.

In considerazione delle rilevate contraddizioni e criticità il legislatore, con l'art. 10 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto del 2006, n. 248, ha riformulato l'art. 118 TUB, prevedendo che:

"1. Nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile.
2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: «Proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.
3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.
4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori

---

effettuato da parte dell'autorità, dei significativi costi, per il consumatore, di cambiamento dell'operatore cui rivolgersi, in caso di recesso dovuto all'esercizio dello *ius variandi* da parte del professionista, in un certo senso anticipando e paventando la necessità (più volte sottolineata anche dalle associazioni dei consumatori) di introdurre nel nostro ordinamento, strumenti legislativi idonei a garantire ai consumatori la possibilità della c.d. portabilità gratuita del conto corrente, in misura analoga a quanto già avveniva ed avviene in altri settori commerciali".
[40] Cfr. Segnalazione AS338 del 24 maggio 2006, cit.

che quelli creditori e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente."

Tale disposizione è stata nuovamente riformata nel 2010 dall'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 per ciò che attiene, da un lato, l'ambito applicativo e, dall'altro, la durata dello *spatium deliberandi.*

In particolare, quanto al primo profilo si introduce la distinzione tra contratti a tempo indeterminato in relazione ai quali lo *ius variandi* può riguardare "*tassi, prezzi ed altre condizioni*" e gli altri contratti di durata, nei quali, invece "*la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse"*.

Quanto al secondo profilo, invece, il preavviso viene aumentato da uno a due mesi, ed inoltre si precisa che la modifica ha effetto, non più dopo due mesi, ma entro una non meglio chiarita "*data prevista per la sua applicazione*".

Al fine di rendere più agevole la comparazione tra i due testi, con riserva di analizzare nel prosieguo il significato di tali modifiche, si riporta di seguito il testo attuale dell'art. 118 TUB.

"*1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.*
2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: «Proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal

contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. *Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente".*

4. L'ambito di applicazione.

Prima di procedere all'analisi delle principali problematiche interpretative risulta preliminare chiarire alcune questioni relative all'ambito applicativo della nuova disposizione.

Si è già osservato come nel nuovo testo dell'art. 118 del TUB si distingua tra "contratti a tempo indeterminato" e "contratti di durata", stabilendo, nel primo caso, la possibilità di modificare "*tassi, prezzi ed altre condizioni*"; e nel secondo "*esclusivamente le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse*".

La prima fattispecie non pone particolari problemi, né sotto il profilo della definizione dell'ambito applicativo – non essendovi incertezze in merito alla definizione dei contratti a tempo indeterminato - né per ciò che attiene la *ratio* della disposizione che appare quella di consentire agli istituti bancari di adeguare le condizioni contrattuali ad eventi sopravvenuti idonei ad aggravare il costo delle prestazioni cui è tenuto l'istituto.

La seconda ipotesi, invece, merita qualche precisazione.

Si tratta di comprendere, anzitutto, quale sia il significato della locuzione "contratti di durata", cui fa riferimento il nuovo articolo 118 TUB, ai fini di verificare se la normativa *de qua* si applichi al mutuo.

Il compito è tutt'altro che agevole posto che il codice civile ignora la formula "contratti di durata" ed i risultati raggiunti dalla dottrina sul punto sono assai discordanti[41].

Unico elemento su cui v'è concordia tra gli interpreti è che la categoria in esame ricomprenda i contratti che prevedono l'esecuzione continuata o periodica della prestazione; vi sono invece molte incertezze in merito alla individuazione delle singole tipologie contrattuali che vi rientrano, soprattutto per quel che concerne i contratti di finanziamento.

Autorevole dottrina[42], con argomenti che sono apparsi insuperabili[43], ha escluso che il contratto di mutuo possa essere annoverato tra i contratti di durata.

Tale impostazione muove dall'assunto che il contratto di durata si contraddistingua per l'attitudine e l'idoneità della prestazione continuata o periodica a soddisfare un bisogno di carattere durevole.

Sulla base di tale premessa si conclude che il mutuo non è un contratto di durata perché, stante l'efficacia traslativa immediata, esso è in grado di realizzare l'interesse del debitore, *unu actu*, al momento cioè della consegna della somma mutuata. Né varrebbe replicare che la restituzione della somma avviene nel tempo in quanto, nel mutuo gratuito, la consegna ripartita non risponde ad alcun interesse del creditore.

---

[41] Per la tesi che configura il mutuo come contratto di durata cfr.: A. GRASSANI, voce *Mutuo (Diritto civile)* in *Novissimo Digesto italiano*, X, Torino, 1964, 1053; E. SIMONETTO, voce *Mutuo*, in *Enciclopedia giuridica*, XX, Roma, 1990, 7; B. GARDELLA-TEDESCHI, voce *Mutuo* (*contratto di*) in *Digesto discipline privatistiche*, sezione commerciale, XI, Torino, 1994, 453; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, I, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1995, 708 ss.; P. GAGGERO, *La disciplina del ius variandi nel testo unico bancario*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C. M. Bianca e G. Alpa, Padova, 1996, 394 ss., spec. 417-428; ID, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 171 ss; ma *contra* G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale* 1943, I, 159; ID, *Scritti giuridici*, III, *Obbligazione e negozio giuridico*, Padova, 1992, 260 ss.. e in senso dubitativo M. PORZIO, *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca borsa e titoli di credito* 1998, I, 298 ss.

[42] OPPO, *Obbligazione e negozio giuridico*, cit., 260 ss.

[43] Sembrano insuperabili a P. SIRENA, *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, I, 269.

Alla stessa conclusione si perviene anche analizzando il mutuo feneratizio, in considerazione della natura accessoria e non principale dell'obbligazione di restituire gli interessi[44].

Tale impostazione è stata criticata dalla dottrina successiva[45], soprattutto per quel che concerne il mutuo feneratizio. In particolare, non ha convinto l'idea che l'obbligazione di pagare gli interessi, soprattutto nell'ipotesi di mutuo concesso da un professionista, assuma carattere accessorio. Il pagamento degli interessi, infatti, ha la funzione di riequilibrare il sinallagma a favore del mutuante il quale, senza la remunerazione del prestito, non avrebbe alcun interesse al contratto.

Altra dottrina, nell'analizzare la norma in esame, ha ritenuto di risolvere la questione dell'applicabilità dell'art. 118 TUB al mutuo prescindendo dalla sua qualifica in termini di contratto di durata, e valorizzando di contro il presupposto logico dello *ius variandi*, e cioè la distanza temporale tra la stipulazione del contratto e la sua esecuzione: essendo tale presupposto riscontrabile anche nei contratti ad esecuzione istantanea, ma differita, pure il mutuo rientrerebbe entro l'ambito applicativo dell'art. 118 TUB[46].

Prescindendo dalla complessa questione se il mutuo debba essere considerato o meno un contratto di durata, e se l'art. 118 TUB sia applicabile al mutuo, non può non esprimersi perplessità in merito alla scelta di consentire l'esercizio dello *ius variandi* anche nei contratti a tempo determinato.

La possibilità di modificare unilateralmente clausole del contratto, nei contratti bancari, invero, si giustifica in relazione all'esigenza di non gravare all'infinito la banca del peso di condizioni non più attuali e remunerative;

---

[44] OPPO, *Obbligazione e negozio giuridico*, cit., 260 ss.

[45] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 1150; G. GIAMPICCOLO, voce *Mutuo (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1997, 452; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario* e ius variandi, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, a cura di M. Comporti e M. Ponticelli, Napoli, 2005, 292 ss; GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, cit., 171 ss; FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 77 ss.

[46] SIRENA, *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, cit., 270. In senso analogo BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *diritto bancario e del mercato finanziario*, cit., 478 ss., che analizza la problematica con riferimento ai contratti di leasing, apertura di credito, deposito irregolare, mutuo. Ma vedi GAGGERO, *La modifica unilaterale dei contratti bancari*, cit. 171 ss., il quale ritiene che le norme dettate dall'art. 118 T.U.B. siano applicabili al mutuo e agli contratti di credito, sul presupposto che essi siano di durata.

esigenza che, evidentemente, non viene a porsi nei contratti a tempo determinato, soprattutto se la modifica attiene ad elementi diversi dal tasso di interesse per i quali non si pone un problema di eccessiva onerosità sopravvenuta e dunque non v'è ragione di derogare il principio dell'immodificabilità unilaterale dell'impegno contrattualmente assunto. Senza contare che gli istituti potrebbero riversare l'aumento del tasso di interesse sotto la diversa voce "*altre condizioni*".

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo delle nuove disposizioni, poiché l'art. 118 TUB si riferisce genericamente ai contratti a tempo indeterminato e non contiene alcuna precisazione in merito alla qualifica soggettiva del cliente, si deve ritenere che la normativa in esame abbia carattere generale e non si applichi solo ai consumatori; il che induce a chiedersi quale sia l'effettivo scopo della norma[47].

5. Le principali problematiche interpretative.

Sgombrato il campo dalle questioni preliminari vanno ora analizzate le principali modifiche apportate dalla legge 4 agosto 2006 n. 248 e dall'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 alla disciplina del c.d. *ius variandi*.

Rispetto alla precedente versione dell'art. 118 TUB, la prima novità va ravvisata nella previsione del giustificato motivo quale presupposto per l'esercizio del diritto di recesso.

In tal modo il legislatore recepisce l'orientamento della dottrina che, già da tempo, in applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, era giunta alla conclusione che l'esercizio dello *ius variandi* andasse subordinato al ricorrere di un giustificato motivo.

[47] SIRENA (*Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, cit., 13) legge la scelta di non limitare l'applicazione della normativa in esame al solo consumatore come espressione del processo di c.d. consumerizzazione dei contratti del quale, tuttavia, avverte le insidie: "la consumerizzazione del diritto dei contratti nasconde un'insidia, che è costituita da un eccesso di regolazione e perciò dalla degenerazione di quest'ultima: occorre infatti tener presente che non sempre l'esigenza di tutela del consumatore può ritenersi esistente anche a favore dell'imprenditore, soprattutto là dove si tratti di rimediare all'esistenza di asimmetrie informative tra parti contraenti".

A prescindere da tali considerazioni, questa regola poteva ritenersi già vigente, alla luce della disciplina contenuta nella direttiva 13/93/CE, oggi recepita nell'art. 33 codice del consumo, che espressamente subordina, nei contratti aventi ad oggetto servizi finanziari, la validità della clausola che prevede l'esercizio dello *ius variandi*, alla ricorrenza di un giustificato motivo.

La supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, dunque, già imponeva di interpretare l'art. 118 del TUB alla luce dell'art. 33 cod. cons. e dunque nel senso di consentire la variazione unilaterale del contratto solo in presenza di un giustificato motivo.

Assai più complesso risulta invece determinare cosa si intende per giustificato motivo.

La dottrina, anche prima dell'introduzione della nuova disciplina, aveva avuto modo di rilevare come, a ben vedere, i motivi addotti dalla banca per recedere non sono mai giustificati, "non risultano affatto evidenti, né persuasivi, né tantomeno indispensabili ad un esercizio remunerativo dell'attività bancaria"[48].

Si è escluso per esempio che costituisca giustificato motivo dello *ius variandi* la variabile relativa al costo del denaro: essendo la provvista assunta attingendo a fondi patrimoniali, assai spesso a credito, *una tantum*, ai costi vigenti al momento della stipulazione del contratto, nessuna perdita potrebbe derivare alla banca da un successivo aumento del costo del denaro[49].

Si è escluso altresì che integrino ipotesi di giustificato motivo ragioni connesse ad un abnorme aumento dei costi di gestione dei contratti di mutuo, posto che, nella maggior parte dei casi, l'obbligazione della banca si limita all'incasso di un'obbligazione *portable*.

Si è escluso ancora che possano giustificare lo *ius variandi* eventi sopravvenuti ed eccezionali tali da determinare una situazione di crisi: ed infatti, "anche se il rivalersi su una massa ingente di clientela potrebbe consentire di contenere gli aumenti a percentuali meno dolorose, quel vago interesse generale che potrebbe allora apparire fondare lo *ius variandi*, è

[48] FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 190.
[49] FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 191.

comunque sopravanzato da profili di illegittimità più consistenti. Da un lato, infatti, si renderebbe il cliente della banca partecipe del rischio imprenditoriale di quest'ultima, senza corrispettivo; dall'altro, tale prassi potrebbe indurre la banca ad un meno oculato esercizio del credito"[50].

La tendenza ad interpretare estensivamente ed in misura del tutto ingiustifica la nozione di giustificato motivo emerge nella circolare adottata dall'ABI nel 7 agosto 2007[51] ove si afferma che il giustificato motivo vada ravvisato in ogni accadimento sopravvenuto alla conclusione del contratto, sia esso attinente alla sfera del cliente o della banca, sia relativo, più in generale, a situazioni oggettive di mercato in grado di alterare significativamente i termini del rapporto originario.

A favore di un ridimensionamento della nozione in esame, oltre alle considerazioni in precedenza riportate, si è osservato come un'interpretazione così ampia porterebbe, di fatto, a giustificare qualsiasi variazione unilaterale, riducendo significativamente la concorrenza tra le banche sotto il profilo della certezza della stabilità delle condizioni contrattuali.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in particolare, ha ritenuto con proprio provvedimento, che la suddetta circolare configuri un'ipotesi di intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 81, paragrafo 1 del Trattato CE e ha disposto in via cautelare che l'ABI sospendesse le indicazioni relative alla nozione di giustificato motivo, ai presupposti del diritto di recesso, alla determinazione delle voci da includere nella definizione di spese di chiusura, di penalità e di variazione dei tassi di interesse[52].

La posizione dell'Antitrust è condivisa anche dalla dottrina maggioritaria, la quale ha segnalato il rischio che un'interpretazione così *lata* della nozione di giustificato motivo renda irrimediabilmente soggettivi i parametri alla stregua dei quali effettuare il relativo giudizio[53]. Il significato del giustificato

[50] FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 191.
[51] Circolare ABI, 7 agosto 2007, n. 23 pubblicata sul sito *www.abi.it.*
[52] PS 1675 provv. n. 17046 del 10 luglio 2007, su boll. 35-36/2006.
[53] Così IURILLI, Ius variandi *e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "Decreto Bersani". Una proposta interpretativa,* cit., 301.

motivo, al contrario, andrebbe individuato in ragione della funzione dell'istituto che è quella di "conservare nel corso del tempo l'equilibrio inizialmente voluto dai contraenti, neutralizzando le successive oscillazioni del loro valore nel mercato"[54].

Al fine di evitare prassi elusive del dettato normativo o comportamenti scorretti da parte delle banche va comunque sottolineata l'opportunità che le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, circoscrivano le ipotesi di giustificato motivo, contro il rischio che gli operatori professionali determinino arbitrariamente, e addirittura *ex post*, fatti e circostanze legittimanti la modifica unilaterale del contratto.

La seconda importante novità rispetto alla precedente versione dell'art. 118 TUB attiene alle modalità di comunicazione delle modifiche unilaterali del contratto.

Anzitutto, al fine di garantire una piena e adeguata informazione al cliente, è imposto all'istituto bancario di comunicare espressamente qualsiasi modifica unilaterale e non più soltanto quelle sfavorevoli come invece richiedeva il vecchio testo dell'art. 118 TUB.

In secondo luogo, viene superata la modalità di comunicazione impersonale delle variazioni a favore di una forma comunicazione individuale che deve essere necessariamente scritta e preceduta dalla formula "*proposta di modifica unilaterale del contratto*".

In particolare, secondo il meccanismo originariamente previsto dall'art. 10 del decreto 233/2006, il cliente, ricevuta la c.d. proposta di modifica aveva due possibilità: recedere dal contratto, senza spese, nel caso non volesse accettare le nuove condizioni contrattuali, oppure approvare la modifica lasciando spirare semplicemente il termine.

Data l'ambigua formulazione dell'art. 118 TUB che prevede contemporaneamente un termine di preavviso minimo della comunicazione e un diverso termine entro il quale il cliente ha la facoltà di recedere, e soprattutto entro il quale la modifica deve ritenersi approvata, la dottrina si è

[54] SIRENA, *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, cit., 276.

interrogata sul momento a partire dal quale decorrono gli effetti della variazione. Al riguardo un primo orientamento[55] - sul presupposto che il legislatore abbia voluto con tale previsione introdurre un'ipotesi di silenzio-assenso per salvaguardare la coerenza dello *ius variandi* con la disciplina dei contratti in generale – ha ritenuto che la modifica non potrebbe aver effetto prima della sua approvazione, e dunque prima che sia decorso il periodo di tempo previsto dal ricevimento della comunicazione.

A tale ricostruzione si contrappone quella di chi sostiene che, nonostante l'espressa qualificazione della dichiarazione della banca come "proposta" di modifica unilaterale del contratto, funzione della norma sarebbe quella di attribuire alla banca il diritto di modificare la sfera giuridica del cliente, a prescindere dall'accettazione o dal rifiuto di quest'ultimo. La modificazione, pertanto, produrrebbe effetti già decorsi i 30 giorni (ora 60) [56].

Tale ambiguità interpretativa non viene eliminata nemmeno nella nuova formulazione dell'art. 118 a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

Si continua infatti a prevedere, da un lato, il preavviso di due mesi (e non più di 30 giorni), dall'altro, che la modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese dal contratto entro la *data prevista per la sua applicazione* (e non più 60 giorni).

Senza voler prendere posizione sul punto, va dato atto delle prime prassi bancarie successive all'emanazione del decreto 233 del 2006, le quali tendono a far decorrere gli effetti delle modificazioni dal termine di preavviso minimo di 30 (ora 60) giorni dalla comunicazione.

Quanto al terzo comma dell'art. 118 TUB che, come visto, sanziona con l'inefficacia le variazioni contrattuali sfavorevoli delle condizioni contrattuali non comunicate al cliente, si impongono due considerazioni.

In primo luogo che tale disposizione non risulta coerente con quanto previsto dal comma 2, il quale invece prevede l'obbligo di comunicare – e con

[55] G. SANTONI, *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa e titoli di credito,* 2007, I, 258.
[56] SIRENA, *Il* ius variandi *della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006),* cit., 279.

le stesse modalità – sia le modificazioni favorevoli che quelle sfavorevoli. Pare infatti contraddittorio con l'obiettivo di tutelare il consumatore che una delle due prescrizioni, segnatamente quella relativa all'obbligo di comunicare in forma scritta le modifiche unilaterali del contratto, anche se favorevoli, rimanga senza rimedio.

In secondo luogo, che non è sempre facile distinguere tra variazioni favorevoli e sfavorevoli al cliente. Da questo punto di vista le banche, sfruttando l'ambiguità della formula che prevede la variazione, potrebbero salvare dall'inefficacia disposizioni che, apparentemente di favore per il cliente, ad un'approfondita indagine risultino invece pregiudizievoli, magari nel lungo periodo, dei suoi interessi.

Il quarto comma introduce infine una fattispecie legale di *ius variandi* sancendo che "*Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente*".

Come ha chiarito il Ministero dello Sviluppo economico[57] tale disposizione, lungi dal derogare la disciplina prevista dal primo comma, si limita a tipizzare una causa di giustificato motivo, identificata nelle variazioni del tasso di interesse conseguenti a decisioni di politica monetaria, ovvero quelle decisioni che Banca Centrale Europea assume a proposto dei c.d. tassi di riferimento; resterebbero invece escluse quelle assunte da banche centrali, non facenti parte del Sistema europeo, in quanto non idonee ad influenzare la politica monetaria adottata nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

[57] Chiarimento del Ministero dello Sviluppo Economico del 21 febbraio 2007 in merito alla applicazione dell'art. 10 della legge n. 248/2006.

CAPITOLO II

L'estinzione anticipata dei mutui immobiliari

1. Il principio di libera estinzione anticipata dei mutui immobiliari.

L'art. 7 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, come convertito dalla legge 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. Bersani *bis*) introduce il principio della libera estinzione anticipata dei mutui immobiliari, al fine di consentire al mutuatario di porre fine ad un rapporto la cui prosecuzione, per ragioni sopravvenute, si rivela diseconomica.

La *ratio* dell'intervento è quella di contrastare la diffusa prassi bancaria di inserire all'interno dei contratti di mutuo clausole penali per l'ipotesi di estinzione anticipata del mutuo, quale parziale corrispettivo per la mancata riscossione degli interessi.

La previsione di "penali" (*rectius* compensi) per l'ipotesi di anticipata estinzione aveva rappresentato uno degli ostacoli principali alla creazione di un mercato relativo alla circolazione delle operazioni di finanziamento.

I mutuatari, invero, stante la misura elevata del compenso di anticipata estinzione, quand'anche avessero rinvenuto sul mercato finanziatori disposti a concedere credito a condizioni migliori, finivano per rimanere, di fatto, prigionieri della banca originaria[58].

Al fine di incentivare la circolazione dei finanziamenti l'art. 7 del d.l. 7/2007 come convertito dalla l. 40/2007, dispone la nullità diretta e testuale di qualsiasi patto, anche posteriore alla conclusione del contratto - ivi incluse le clausole penali - con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un di mutuo "*contratto per l'acquisto* o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale", sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante.

[58] Cfr. sul punto PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 69.

In tal modo, dunque, si attribuisce al mutuatario un diritto di fonte legale e non derogabile all'anticipata estinzione del mutuo[59].

La disposizione di cui all'art. 7 è stata trasfusa nel TUB, dall'art. 4, del d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, il quale ha contestualmente abrogato la norma in esame.

L'art. 120-ter del TUB, riproduce pedissequamente l'art. 7, come modificato dalla finanziaria per il 2008, omettendo tuttavia gli ultimi commi della isposizione originaria che disciplinavano l'ambito di applicazione temporale del divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione.

2. L'ambito di applicazione soggettivo e gli interessi perseguiti.

Al fine di comprendere la *ratio* dell'intervento risulta opportuno, in via preliminare, delimitare l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni, in senso soggettivo e oggettivo.

Partendo dall'ambito di applicazione soggettivo, una delle principali questioni interpretative che si era posta all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 7, posto che la norma non forniva alcun criterio ai fini dell'individuazione del soggetto mutuante, era se il divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione riguardasse solo i mutui erogati da istituti bancario o, al contrario, qualsiasi creditore.

Nonostante la generica formulazione della norma che aveva indotto taluno[60] a suggerirne un'interpretazione estensiva, si ritiene che il divieto di penali risulti applicabile solo se il mutuo sia stato erogato da un istituto bancario.

---

[59] Così A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata dei mutui immobiliari. Divieto di clausole penali (art. 7 d.l. n. 7/2007). Prime note*, in *Atti del convegno Paradigma*: *Il contratto di mutuo nel "decreto liberalizzazioni"*, Milano, 20-21 marzo 2007, 3; A. LEIDI, *La revisione dei contenuti dei contratti di mutuo alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 7/2007*, in *Atti del convegno Paradigma*: *Il contratto di mutuo nella "manovra liberalizzazioni"*, Milano, 15-16 maggio 2007, 18.

[60] In tal senso P. L. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, in *Notariato*, 2007, 534; Ma *contra* vedi A. GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti forse indesiderati della norma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, 471.

A favore di tale ricostruzione, vi sono una serie di argomenti che paiono insuperabili.

Anzitutto, il ruolo riconosciuto dall'art. 7 all'ABI nella negoziazione con le associazioni dei consumatori e alla Banca d'Italia ai fini della riconduzione ad equità dei compensi dei contratti di mutuo pregressi, che risulterebbe difficilmente giustificabile se la norma si applicasse anche a soggetti non professionisti; così come risulterebbe difficilmente giustificabile una regola che ponesse a carico del soggetto non professionista il rischio dell'estinzione anticipata del rapporto[61].

In secondo luogo, il tenore del decreto-legge di base che, prima della conversione, si riferiva espressamente "alla banca mutuante"[62].

In terzo luogo, il raffronto con la disciplina della portabilità che riguarda solo i contratti stipulati con "intermediari bancari e finanziari"[63].

Tale ricostruzione sembra trovare conferma nell'attuale collocazione della disciplina all'interno del TUB.

Assai più delicata e di notevole rilievo pratico ai fini dell'individuazione degli interessi che la norma intende proteggere è la qualificazione del soggetto finanziato.

Si tratta, in particolare, di comprendere se le nuove disposizioni si applichino solo al consumatore, inteso quale persona fisica che agisce al di fuori dell'attività economicamente svolta, ovvero a qualsiasi soggetto che agisce per le finalità indicate dall'art. 7.

A favore della prima impostazione parrebbe deporre il capo I della Bersani *bis* che espressamente si riferisce "*alla tutela dei consumatori*".

Da tale prospettiva, il riferimento espresso alla destinazione dell'immobile all'esercizio dell'attività economica e professionale della persona fisica

[61] A. A. DOLMETTA, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, II, 529.
[62] DOLMETTA, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, cit., 529.
[63] DOLMETTA, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, cit., 529.

rappresenterebbe il riconoscimento ufficiale dell'estensione della nozione di consumatore anche alle figure dell'imprenditore e del professionista[64].

In senso contrario tuttavia depongono, da un lato, la circostanza che l'art. 7, ai fini di delimitare l'ambito di applicazione della norma, non fa alcun riferimento al consumatore; dall'altro, il tenore dell'articolo 7 il quale, nell'estendere la nuova disciplina sull'estinzione anticipata anche gli acquisti di immobili per l'esercizio della propria attività professionale, starebbe a dimostrare che la norma si muove in un ambito diverso da quello della tutela del consumatore, al quale, in effetti, la norma in alcun modo si riferisce[65].

Né, contro una simile ricostruzione varrebbe richiamare il tenore letterale del capo I, posto che le varie disposizioni in esso contenute non presentano una terminologia univoca, facendo riferimento talora all'"utente", talaltra al "cittadino", concetti, ambedue, significativamente più ampi di quello di consumatore.

Il problema sembra essere definitivamente risolto in conseguenza della trasposizione della disposizione in esame nel TUB, stante il carattere generale di tale disciplina.

Deve dunque concludersi che la nuova normativa è diretta a tutelare una cerchia di soggetti diversa, ed in parte più ampia, rispetto al consumatore tradizionalmente inteso; una categoria di soggetti considerati dalla legge occasionalmente deboli, in cui rientra non soltanto chi agisca al di fuori della propria attività economica eventualmente svolta, ma anche qualsiasi soggetto che abbia stipulato un contratto di mutuo per l'acquisto di un immobile da adibire ad abitazione o, alternativamente, allo svolgimento dell'attività professionale.

Non sorge invece alcun dubbio sul fatto che il soggetto finanziato debba essere necessariamente una persona fisica, sia per la prima ipotesi disciplinata dall'art. 7, comma 1, in quanto la finalità abitativa sottintende la natura fisica del mutuatario, sia nella seconda, poiché previsto espressamente dalla norma.

---

[64] Così FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 14.

[65] DOLMETTA, *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, cit., 545.

3. L'ambito di applicazione oggettivo: i mutui immobiliari.

Passando all'esame dell'ambito di applicazione oggettivo, una prima questione attiene alla definizione del significato da attribuire all'aggettivo *immobiliare* che compare nella rubrica dell'art. 7.

Si tratta, in particolare, di chiarire se, ai fini dell'applicazione del divieto di penali di anticipata estinzione, sia sufficiente che la somma erogata sia destinata all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione o invece sia anche necessario che il mutuo erogato sia assistito da ipoteca.

Secondo una prima interpretazione, che chiameremo "finalistica"[66], nell'ambito di applicazione dell'art. 7 rientrerebbero anche i mutui non assistiti da garanzia immobiliare purché rivolti a scopi immobiliari. E ciò in quanto il problema delle penali di anticipata estinzione si pone sia nei mutui assistiti da ipoteca, sia nei mutui chirografari.

Che la destinazione immobiliare (o meno) del mutuo rappresenti elemento sufficiente a giustificare un particolare trattamento giuridico sarebbe confermato dall'analisi della disciplina sul credito al consumo (cfr. art. 121 TUB lettera e)) ove è proprio la finalità del finanziamento *(finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno, su un immobile edificato o da edificare)* a motivare l'inapplicabilità di alcune norme del TUB.

L'ipotesi alternativa è quella di leggere mutuo immobiliare come *mutuo assistito da ipoteca*. Secondo questa diversa ricostruzione la destinazione immobiliare della somma mutuata è requisito necessario ma non sufficiente per ottenere l'applicazione della disciplina di cui all'art. 7. Da tale prospettiva, muovendo dal presupposto che l'art. 7 e l'art. 13 abbiano lo stesso campo di applicazione, si richiama la disciplina contenuta nei commi da 8-*sexies* a 8-*terdecies* dell'art. 13 del d.l. 7/2007 la quale, essendo relativa alla

[66] Sul punto cfr. M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis* in *Le nuove leggi civile commentat*e, 2008, 261.

cancellazione dell'ipoteca, non potrebbe che riferirsi ai mutui ipotecari. Dalla disciplina dell'art. 7 resterebbero pertanto esclusi i mutui chirografari[67].

Tale impostazione, tuttavia, si fonda sul non condivisibile presupposto che gli artt. 7 e 13 abbiano lo stesso campo di applicazione. Ed infatti, anche ove si volesse ammettere – presupponendo che il legislatore abbia voluto mantenere una certa coerenza tra le due disposizioni - che la disciplina dell'art. 7 richieda, oltre alla destinazione immobiliare, che il credito sia garantito da ipoteca, in alcun modo potrebbe affermarsi l'inverso, ovvero che la disciplina dell'art. 13 richieda, oltre ad un mutuo ipotecario, anche un mutuo destinato.

In questo caso, infatti, alla presunzione di coerenza tra le disposizioni osta l'analisi dei lavori parlamentari e la *ratio* animatrice della riforma, che tende ad ampliare il più possibile le garanzie attribuite ai consumatori. Ad estendere l'interpretazione finalistica all'art. 13, infatti, dall'ambito di applicazione della norma rimarrebbero esclusi tutti i mutui che, benché assistiti da ipoteca, siano rivolti a finalità diverse rispetto a quella immobiliari.

Sembra dunque preferibile l'opinione[68] secondo cui l'art. 7 sarebbe applicabile a tutti i mutui stipulati per l'acquisto di diritti reali immobiliari, a prescindere dal fatto che siano (o meno) garantiti da ipoteca.

Né varrebbe replicare che tale interpretazione rischia di frustare una lettura sistematica delle norme in esame, in quanto l'art. 7 e l'art. 13 si occupano di problemi diversi[69]. Ed infatti, con la previsione di cui all'art. 7 si intende evitare che il consumatore sia costretto a pagare penalità per l'ipotesi di estinzione anticipata del mutuo; e tale problema si pone sia nei mutui ipotecari che in quelli chirografari; l'art. 13, invece, introduce una procedura semplificata di cancellazione dell'ipoteca, la cui esistenza "costituisce

[67] FAUSTI, *Anticipata estinzione dei mutui e portabilità dell'ipoteca dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007),* cit., 5-6.
[68] CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis,* cit., 261.
[69] CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis,* cit., 259.

elemento indefettibile ma del tutto indipendente dalle finalità in vista della quale sia avvenuta la stipulazione del mutuo[70]".

Posto che la norma dà rilievo alla destinazione del mutuo che deve essere contratto per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione o, alternativamente, per l'acquisto o lo svolgimento della propria attività economica o professionale, gli interpreti si sono chiesti se, ai fini dell'applicazione della normativa in esame, la destinazione del mutuo debba risultare dal contratto, oppure si possa far riferimento alla reale destinazione della somma mutuata, prescindendo da una formale menzione nell'atto.

Nonostante le apprezzabili esigenze cui l'imposizione di una dichiarazione scritta verrebbe incontro, sia sotto il profilo della tutela della banca (contro il rischio che il mutuatario si avvalga della nuova normativa anche in relazione a mutui contratti per altre finalità), sia sotto il profilo di una maggiore trasparenza a tutela del mutuatario, condivisibilmente la dottrina ha interpretato il silenzio legislativo nel senso che il rilascio di una tale dichiarazione in forma scritta non sia necessaria[71].

4. Il divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione.

Un questione interpretativa di particolare rilievo attiene all'individuazione della tipologia di prestazioni vietate nel caso di anticipata estinzione.

Nonostante la genericità del divieto, l'ABI[72] ha sostenuto che il divieto di cui all'art. 7 riguardi solo le penalità *strictu iure*.

La tesi restrittiva trae ipotetica forza dalla comparazione con la disciplina del credito al consumo, nella quale il divieto di clausole penale (art. 125, comma 2 TUB) non viene ritenuto incompatibile con al previsione di compensi (cfr. d.m. dell'8 luglio 1992) per l'ipotesi di adempimento anticipato.

---

[70] CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., 261.
[71] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40),* cit., 16.
[72] Circolare ABI del 4 agosto 2006 pubblicata sul sito *www.abi.it.*

L'orientamento maggioritario e preferibile, invece, nega ogni interpretazione restrittiva in considerazione dell'inequivoca intenzione del legislatore - testimoniata anche dalla prima legge Bersani - di voler eliminare le barriere all'uscita dei mutui e dunque ogni compenso, in qualunque forma si presenti, per l'estinzione anticipata.

Del resto, si osserva, limitare il divieto alle clausole penali avrebbe avuto poco senso dato che, nella maggioranza dei casi, le clausole che impongono una prestazione per l'estinzione anticipata o parziale del mutuo si configurano per lo più come una multa penitenziale[73].

Ciò posto, si segnala la necessità di porre attenzione a tutte quelle clausole che tendono ad aggirare la norma: compensi per il calcolo del saldo, clausole di attualizzazione, commissioni di istruttoria e spese di cancellazione dell'ipoteca, penali di risoluzione etc., per evitare che il divieto di spese di estinzione anticipata del mutuo venga di fatto eluso attraverso l'imposizione al cliente di altre forme di compenso.

Diverso è invece chiedersi se si tratti di norma eccessivamente restrittiva dell'autonomia dei privati, e quanto sia realmente funzionale alla liberalizzazione del mercato e chi ne pagherà realmente le conseguenze.

La circostanza, ad esempio, che gli altri ordinamenti prevedano un'indennità per l'estinzione anticipata dei mutui bancari, in ciò ritenendola rispondente a precise esigenze economiche, ha fatto sorgere il dubbio sull'opportunità di vietare *tout court* le spese di chiusura.

Parte della dottrina, in particolare, ha paventato il rischio che il costo bancario del mutuatario che estingue anticipatamente venga poi distribuito su tutti i mutuatari tramite un aumento generalizzato dei tassi.

La facilità di uscita dal mutuo, rafforzata anche dal meccanismo di surrogazione dell'art. 8 della Bersani *bis*, invero, potrebbe indurre le banche a convenire tassi di entrata particolarmente elevati per mantenere la convenienza

[73] Così FAUSTI *Anticipata estinzione dei mutui e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., 23.

dell'operazione, costi che, inevitabilmente, scoraggerebbero la richiesta di nuovi mutui[74].

5. La nullità delle clausole in contrasto con la nuova normativa.

L'art. 7 distingue tra i contratti di mutuo stipulati successivamente all'entrate in vigore del d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito dalla legge n. 40 del 2007, per i quali viene sancito il divieto di qualsiasi pattuizione, anche posteriore alla conclusione del contratto, contenente la previsione di penali ed altre prestazioni per l'ipotesi di anticipata estinzione e i contratti di mutuo in

[74] Cfr. sul punto FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., 23, che a proposito del divieto in esame parla di norma "illiberale" e "di sapore francamente un po' dirigistico" paventando il rischio che, a lungo termine, il costo subito dalla banca per effetto dell'abbattimento del compenso di anticipata estinzione, si rifletta sui consumatori: "Certamente, almeno in una fase iniziale, il costo bancario esclusivamente gravante sul mutuatario che estingue anticipatamente potrebbe finire per essere distribuito su tutti i mutuatari con un aumento generalizzato dei tassi: la migliore trasparenza presenterebbe così il suo conto di ripartirsi su una generalità di utenti. Alcuni commentatori hanno espresso anche il timore che la facilità di uscita dal mutuo (rafforzato anche dal meccanismo della surrogazione dell'art. 8 della Bersani-bis) costringa le banche a convenire tassi di entrata particolarmente alti per mantenere la convenienza dell'operazione; costi che avrebbero un effetto scoraggiante sui nuovi mutui"; ma l'Autore ritiene plausibile anche l'ipotesi opposta: "Tuttavia l'aumento potrebbe non essere così rilevante: verificati i reali termini della perdita bancaria il mercato dovrebbe fare il resto, penalizzando quelle banche che, gestendo meno oculatamente i costi della provvista e della stipulazione, finiscano per ricaricare sugli stessi clienti con condizioni di tasso poco appetibili"; ID, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 760, ove, a proposito del proliferare delle clausole che pongono divieti di compensi alle banche (richiama tra le altre gli artt. 7 e 8, comma 3-bis della legge 40/2007) rileva come: "Ora, a parte ogni considerazione circa le contraddizioni di principio di legislatori che a parole si ergono a paladini di libero mercato e della concorrenza e, dai profeti del libero mercato si lasciano incensare davanti all'opinione pubblica, si comincia a nutrire qualche dubbio sulla stessa legittimità giuridica di imporre ripetutamente a soggetti privati prestazioni gratuite. Non che non si comprenda l'esigenza sociale alla base di questo tipo di provvedimenti restrittivi; e neppure è sconosciuta l'esigenza 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: l'ultimo *trend* appare il *cross selling* di prodotti assicurativi"; mostra di condividere quest'ultima impostazione FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 196.

essere al momento dell'entrata in vigore del decreto Bersani, per i quali la legge prevede un meccanismo di riduzione ad equità dell'importo della prestazione eventualmente convenuta.

La prima ipotesi non pone particolari questioni perché l'art. 7, comma 2, l. n. 40/07 espressamente stabilisce che le clausole apposte in violazione del divieto di cui al comma 1 sono nulle di diritto e non comportano la nullità del contratto. Si tratta dell'ormai nota nullità di protezione, a tutela del contraente debole e necessariamente parziale[75].

L'unico problema riguarda l'individuazione dei soggetti che sono legittimati a far valere la nullità posto che il legislatore tace sul punto; ma tale questione verrà analizzata nel capitolo 5.1.1. ove si cercherà di ricostruire caratteri e funzioni delle diverse ipotesi di nullità contemplate dal provvedimento in esame.

6. Il procedimento di adeguamento: rinegoziazione collettiva e rinegoziazione individuale.

Assai più complesso risulta invece il meccanismo previsto per consentire l'adeguamento dei mutui in corso alle nuove regole.

Dalla lettura degli ultimi tre commi dell'articolo 7, in particolare, risulta che:

- l'ABI e le Associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 cod. cons. definiscono entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del decreto "*le regole generali di riconduzione ad equità dei contratti di mutuo in essere mediante, in particolare, la determinazione della misura massima*

[75] Ma cfr. le considerazioni di FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., 31, il quale, pur accostando la nullità prevista dall'art. 7 a quelle consumeristiche non ha mancato di rilevare la particolarità dell'ipotesi in esame. Ed invero, mentre la disciplina delle clausole vessatorie prevede che lo squilibrio intercorra tra "diritti ed obblighi derivanti dal contratto", l'art. 7, invece, sembrerebbe considerare uno squilibrio economico. Il rilievo tuttavia viene superato dallo stesso Autore sulla base della considerazione che, molto spesso, le due valutazioni, squilibrio normativo e squilibrio economico tendono a sovrapporsi. Del resto – si evidenzia - è la stessa disciplina delle clausole vessatorie a consentire in ipotesi eccezionali che il sindacato investa anche le clausole che definiscono l'oggetto principale quando queste sono formulate in modo non chiaro e comprensibile.

dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo";

- in caso di mancato di raggiungimento dell'accordo, la misura della penale viene determinata da parte della Banca d'Italia, e tale determinazione "*costituisce norma imperativa ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, dal codice civile vigente ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere*;

- ad ogni modo i soggetti mutuanti non possono rifiutare la rinegoziazione qualora il debitore proponga di ridurre la penale nei limiti di quanto stabilito dall'accordo tra ABI e Associazioni dei Consumatori, ovvero di quanto stabilito dalla Banca d'Italia in caso di mancato accordo.

L'accordo tra ABI e associazioni dei consumatori è stato adottato il 2 maggio evitando, quindi, il ricorso all'intervento sostitutivo della Banca d'Italia.

In merito ai rapporti tra 5° e 7° comma dell'art. 7, la dottrina ha avuto modo di precisare come la rinegoziazione dei contratti avvenga solo se è il soggetto mutuatario a richiederlo; nel caso di inerzia, invece, le clausole che prevedono una prestazione a suo carico restano valide[76].

Con riferimento ai rimedi esperibili dal cliente per il caso di inerzia dell'istituto di credito, vale chiedersi se sia ammissibile un'azione volta a condannare la parte inadempiente a prestare la necessaria collaborazione.

A favore di una risposta negativa deporrebbe la considerazione che, anche a voler ammettere l'esperibilità di una simile azione, la condanna non potrebbe poi essere suscettibile di esecuzione avendo ad oggetto un *facere* infungibile[77].

In senso favorevole, invece, varrebbe richiamare i recenti orientamenti in tema di obbligo di rinegoziazione che hanno ipotizzato, per l'ipotesi di inadempimento, l'applicabilità del rimedio di cui all' art. 2932 c.c. [78].

---

[76] In tal senso FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 33, il quale testualmente afferma che il sistema della riconduzione ad equità debba "necessariamente transitare per una rinegoziazione tra le parti, attivabile su impulso del debitore, e che il soggetto mutuante non può rifiutare, i cui l'importo espresso della penale costituisce, per espresso richiamo legislativo norma imperativa ai sensi dell'art. 1419 c.c.: sostituzione automatica di clausole nulle".

[77] Cfr. L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Torino, 1981, 114-116 e L. FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Napoli, 1983, 169–187.

Parte della dottrina tuttavia esclude radicalmente che una simile soluzione possa applicarsi nel caso di specie. E ciò in quanto ciò che consente di applicare il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. è la circostanza "che le parti abbiano già contrattato e solo rimanga di contrarre, nel senso di prestare il consenso alla produzione di quegli effetti già predeterminati"[79]. Nell'ipotesi di cui all'art. 7 comma 6, invece, non si tratterebbe di produrre gli effetti di un contratto non concluso, bensì di determinare il contenuto di un rapporto.

Al fine di superare siffatta obiezione altra parte della dottrina[80] ha proposto l'applicazione dell'art. 1349 c.c., per cui nell'ipotesi in cui il soggetto mutuante si rifiuti di rinegoziare, il giudice procederà alla determinazione della nuova misura della "penale" prendendo come riferimento, verosimilmente, la determinazione assunta in sede di negoziazione collettiva.

La questione relativa alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione verrà analizzata diffusamente nel paragrafo 5 del capitolo II della *parte terza*.

---

[78] Cfr. per tutti, MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Milano, 1996, 421 ss.
[79] Così A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005.
[80] E. GUERINONI, *Le nuove regole nei rapporti bancari*, Milano, 2007, 84.

CAPITOLO III

La portabilità del mutuo.

1. Introduzione all'istituto.

Con il dichiarato fine di favorire la circolazione ed incentivare la rinegoziazione delle operazioni di finanziamento, l'art. 8 della legge 2 aprile del 2007, n. 40 (oggi art. 120-quater del TUB) introduce la c.d. portabilità del mutuo, istituto che, al di là dell'imprecisione terminologica (la portabilità è dell'ipoteca) allude alla possibilità per il debitore di cambiare il proprio finanziatore - indipendentemente dal suo consenso - con altro che eventualmente proponga credito a condizioni migliori, senza subire oneri o spese di qualsiasi natura e mantenendo l'ipoteca originariamente iscritta.

Il meccanismo previsto per favorire la mobilità dei mutuatari da un istituto all'altro è duplice: da un lato, si fa leva sulla possibilità di surrogare ex art. 1202 c.c. il nuovo finanziatore nelle garanzie reali e personali dell'originario creditore; dall'altro, si eliminano le principali spese e formalità connesse al trasferimento del vecchio mutuo.

Vale sin da ora premettere che la disposizione in commento non introduce nuovi istituti giuridici, né innova radicalmente quello della surrogazione, ma si limita a rimuovere alcuni ostacoli che si frapponevano al suo utilizzo.

Al fine di comprendere le ragioni dell'intervento, pertanto, si renderà utile un breve richiamo alla disciplina della surrogazione per volontà del debitore.

2. La surrogazione per volontà del debitore.

Com'è noto, l'istituto della surrogazione per volontà del debitore, previsto dall'art. 1202 c.c., si realizza quando il debitore, indipendentemente dalla volontà del creditore soddisfatto, surroga, cioè sostituisce, il terzo dal quale abbia preso a mutuo la somma destinata al pagamento del debito, nei diritti del

precedente creditore, per assicurargli il recupero della prestazione erogata. Si tratta di un procedimento piuttosto complesso, il cui perfezionamento richiede il soddisfacimento di tre presupposti: che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa; che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata; che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento.

Funzione dell'istituto, secondo la giurisprudenza, è quella di riequilibrare la situazione che si viene a creare a seguito del depauperamento del *solvens* e del conseguente arricchimento dell'*accipiens*, assicurando al soggetto che ha reso possibile l'adempimento del debitore il recupero della prestazione erogata[81].

Dibattuta in dottrina è la natura giuridica della surrogazione per volontà del debitore. Si discute, in particolare, se la stessa configuri una vicenda novativa (il terzo diventa titolare di una nuova posizione giuridica, per quanto assimilabile a quella del creditore precedentemente soddisfatto) ovvero traslativa (il terzo succede nella stessa posizione giuridica spettante al creditore soddisfatto).

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina[82] e nella giurisprudenza di Cassazione[83] la surrogazione determina solo una modifica di tipo soggettivo

---

[81] Cass., 30 marzo 1981, n. 1818, in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1981: "poichè la surrogazione legale di cui all'art. 1202, n. 3 comporta il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di altro soggetto, con i diritti e le azioni si trasferiscono anche le eccezioni del diritto che forma oggetto di surrogazione; da tanto consegue che i condebitori, nei cui confronti il debitore che ha adempito il debito comune fa valere il suo diritto alla surrogazione per pagamento, possono opporre nei suoi confronti tutte le eccezioni opponibili al creditore in ordine all'esistenza e all'entità del debito"; conf: Cass., 23 novembre 2004, n. 22057 in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 2004.

[82] B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione: artt. 1201-1205* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XIX, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 18 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, A. LUMINOSO, U. NATOLI, *Obbligazioni e contratti*, XX, Torino, 1989, 81; A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, 1528; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, IV, in *Diritto civile*, Milano, 1993, 361; M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, IX, Torino, 1999, 118 ss.; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II, in *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, 126.

[83] Cfr. Cass., 20 settembre 1984, n. 4808 in *Repertorio del foro italiano*, 1984, voce *Obbligazioni in genere*, n. 24, e Cass., 14 aprile 1988, n. 2690, in *Repertorio del foro italiano*, 1988, I, c. 2957. In tali sentenze si afferma che la surrogazione non comporta l'estinzione del

del rapporto obbligatorio perché, anche se è diverso il creditore, il rapporto obbligatorio resterebbe invariato nel suo contenuto. In altri termini, il terzo che si surroga acquista il medesimo diritto di cui era titolare il precedente creditore ed in tal modo si attuerebbe, analogamente a quanto avviene in tema di cessione del credito, non un fenomeno costitutivo-estintivo bensì una modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio.

La qualificazione giuridica dell'istituto ha rilievo, principalmente, ai fini della individuazione delle eccezioni opponibili al nuovo finanziatore. Se infatti si inquadra la surrogazione per volontà del debitore nell'ambito delle modificazioni del lato soggettivo dell'obbligazione dovrà ammettersi l'opponibilità da parte del debitore nei confronti del creditore surrogato di tutte le eccezioni che il primo avrebbe potuto opporre al creditore originario[84].

---

rapporto obbligatorio originario ma solo la sua modificazione soggettiva dal lato attivo, con la sostituzione del *solvens* al creditore originario e senza alterare l'aspetto oggettivo del rapporto, con la conseguenza che il debito mantiene le sue caratteristiche essenziali.
In altra occasione si è affermato che il *solvens* subentra nella stessa posizione del creditore originario, con la conseguenza che al nuovo creditore spettano tutte le azioni spettanti al creditore originario; secondo questa ricostruzione, dunque, si verificherebbe il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto, con tutte le azioni e i diritti relative al rapporto obbligatorio (che permane) ma anche con le limitazioni, le decadenze e le prescrizioni relative al diritto che forma oggetto di surrogazione (Cass., 22 maggio 1969, n. 1769, in *Repertorio Giustizia civile*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 432).

[84] Cass., 30 marzo 1981, n. 1818. In dottrina cfr. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 361: "il pagamento dell'obbligazione non estingue l'obbligazione in via assoluta: la posizione del debitore rimane obiettivamente immutata ma il soggetto attivo ora è il terzo surrogato quale successore a titolo particolare nel credito. Consegue che il debitore può di massima opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni opponibili al creditore originario. In particolare il creditore può opporre al terzo surrogato tutte le eccezioni relative alla validità del titolo costitutivo del credito nel quale il terzo si è surrogato"; MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, cit., 1528: "la questione in merito alle eccezioni opponibili dal surrogato nei confronti del nuovo creditore deve essere risolta considerando la funzione delle surrogazione e gli interessi tutelati. Il surrogato è diventato titolare del credito (con i suoi accessori e quindi è subentrato nel lato attivo del rapporto obbligatorio, in funzione del recupero di quanto ha fatto conseguire al creditore originario; egli non ha assunto la qualità di parte nel rapporto contrattuale (già) sussistente fra debitore e creditore originario perché tale funzione non sarebbe conforme alla tipica funzione recuperatoria dell'istituto. Conseguentemente il surrogato non sarà legittimato ad esercitare le azioni inerenti la qualità di parte contraente (nullità, annullamento, rescissione per lesione, risoluzione) ma potrà solo proporre le azioni e le eccezioni che riguardano il singolo rapporto obbligatorio"; PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, cit., 164, il quale osserva come, in ordine al problema delle eccezioni opponibili, le maggiori difficoltà si pongono per chi configura il pagamento con surrogazione come fattispecie costitutivo-estintiva, mentre si appianano se si ritiene che il *solvens* succeda negli stessi diritti del precedente creditore e perciò secondo questa impostazione il surrogato dovrebbe considerarsi "soggetto passivo di tutte le azioni e di tutte le eccezioni del debitore attinenti alla posizione di creditore originario"; O. BUCCISANO, *Surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, 42: "la permanenza del contenuto normativo del diritto antecedente comporta che il diritto del

Con riserva di approfondire in seguito le problematiche relative all'individuazione delle eccezioni opponibili da parte del debitore al nuovo finanziatore in caso di surrogazione, sin da ora vale segnalare che l'eventualità che il debitore possa opporre le suddette eccezioni alla nuova banca costituisce un potenziale ostacolo alla diffusione della procedura surrogatoria, e dunque della portabilità del mutuo.

3. Le misure introdotte al fine di incentivare il ricorso alla surrogazione per volontà del debitore.

Come anticipato, la nuova disciplina non apporta modifiche sostanziali all'istituto della surrogazione; piuttosto cerca si superare le renitenze degli operatori economici ad avvalersi dell'istituto.

Dal punto di vista delle banche, in particolare, mancava l'incentivo a consentire la surrogazione ed il trasferimento del mutuo in generale. Una volta superato il rischio del credito nella fase iniziale, queste ultime non avevano interesse alcuno alla perdita del cliente ormai fidelizzato.

A ciò si aggiunga che nel caso in cui il debitore fosse fallito, la banca originaria rischiava di subire, dopo aver perso con la surrogazione la garanzia ipotecaria, la dichiarazione di inefficacia (da parte del fallimento del debitore:

---

surrogato presenta le medesime qualità e riveste le medesime prerogative del credito originario". Secondo l'Autore, tuttavia, dovrebbe distinguersi tra le eccezioni reali e personali: "di queste, soltanto le prime, in quanto (dipendenti da) vizi del rapporto, permangono con esso e sono opponibili al surrogato. Non è necessario all'effetto che le eccezioni siano state anteriormente fatte valere nei confronti del creditore originario, purchè sussistano tuttavia i fatti sui quali tali eccezioni si fondano. Ovviamente sono opponibili al surrogato tutte le eccezioni insorte successivamente alla surrogazione. Il creditore originario non risponde verso il surrogato, come il cedente verso il cessionario dell'esistenza del credito; ma qui, la esistenza del credito è condizione indispensabile per la validità del pagamento e per il verificarsi della surrogazione: onde si dà luogo, eventualmente, alla ripetizione dell'indebito (oggettivo). Il creditore originario, inoltre, non risponde della solvenza del debitore originario, salvo che ne abbia assunto espressamente la garanzia verso il surrogato". In senso analogo CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 55, il quale, partendo dal presupposto che la surrogazione configuri un fenomeno di successione in senso tecnico in cui muta solo la persona del debitore, ritiene che, nonostante la surrogazione, continuerà a decorrere il medesimo termine di prescrizione e che il debitore potrà opporre al nuovo creditore, sia le eccezioni reali che quelle personali.

art. 65 l. fall. o da parte dei creditori del debitore: art. 2901 c.c.) del pagamento ricevuto anticipatamente rispetto al piano di ammortamento pattuito[85].

Nemmeno l'utente del servizio finanziario, d'altronde, trovava convenienza all'anticipato pagamento con surrogazione date le costosissime spese relative alla chiusura del rapporto (spese di cancellazione della vecchia ipoteca e di iscrizione della nuova, eventuale perdita dei benefici fiscali).

Tale situazione favorì la prassi di inserire in ogni contratto di finanziamento clausole che precludessero la possibilità di procedere all'estinzione anticipata tramite la surrogazione ex art. 1202 c.c. Tra l'altro, anche in assenza di un'espressa pattuizione la banca si sarebbe potuta giovare della disciplina del termine che, nelle operazioni di finanziamento si presume essere posto a favore di entrambe le parti.

Al fine di incentivare l'utilizzo di tale strumento il legislatore ha cercato di rendere economicamente appetibile l'operazione di surroga garantendo:

1) il godimento dei benefici fiscali connessi al finanziamento originario;

2) un trattamento fiscale di favore sulla surrogazione (esonero dall'imposta sostitutiva e dalle imposte indicate nell'articolo 15 del d.p.r. 601/73);

3) la facoltà di ricorrere alla surrogazione nonostante la "*la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore*"[86];

3) il divieto di qualsiasi 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;

4) l'abbattimento di penali di anticipata estinzione dei vecchi mutui;

---

[85] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 36, il quale lamenta che, rispetto a tale specifico problema, la norma nulla disponga.

[86] Questo significa che è in facoltà del mutuatario ottenere di surrogare un nuovo finanziatore al vecchio, anche se il termine per l'adempimento disposto a favore del creditore precedente non è maturato, e anche se è esplicitamente pattuito un termine a favore del medesimo; l'originario finanziatore dunque non potrà più opporre al debitore che è in condizione per il pagamento il proprio interesse a condurre a termine l'operazione. Sul punto cfr. GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma,* cit., 470, il quale osserva come: "sembra (…) di poter scorgere nelle intenzioni del legislatore la possibilità, per coloro che hanno accesso al credito, di ristrutturare la propria posizione debitoria contraendo un nuovo debito e rimborsando quello o quelli già esistenti, consentendo ai nuovi creditori di subentrare nelle garanzie già concesse a favore dei creditori soddisfatti e beneficiare delle medesime agevolazioni fiscali concesse a fronte del negozio di finanziamento oggetto di rimborso".

5) il divieto di qualsiasi onere bancario e di ogni costo di qualsiasi natura a carico del mutuatario quando l'estinzione del primo finanziamento è realizzata in funzione della surrogazione (art. 8, comma 3-bis, l. 40/07);

6) la conservazione delle garanzie reali e personali che assistevano il primo finanziamento;

7) la possibilità di chiedere l'annotamento di surrogazione al conservatore senza formalità, semplicemente allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o per scrittura privata.

4. L'ambito di applicazione oggettivo.

Individuata la *ratio* della disposizione in esame si tratta ora di specificare l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni, sotto il profilo oggettivo e sotto quello soggettivo.

L'analisi dell'ambito di applicazione oggettivo impone due chiarimenti, l'uno in merito alla tipologia di contratti per i quali opera il meccanismo della portabilità, l'altro relativo alle caratteristiche che l'ipoteca deve presentare per poter essere oggetto di surroga.

In relazione alla prima questione, è necessario operare una distinzione tra i contratti in essere, che possono essere sostituiti con il meccanismo della portabilità ed i contratti che invece vengono a realizzare il nuovo finanziamento.

Per la prima ipotesi, è la stessa legge a precisare che la nuova disciplina si applica ai contratti di mutuo, di apertura di credito, e ad ogni altro contratto di finanziamento concesso da intermediari bancari e finanziari o da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti. Si tratta, in sostanza, di tutti i contratti aventi causa di finanziamento.

La delimitazione della seconda categoria, in assenza di un'univoca indicazione del legislatore, invece, è rimessa all'elaborazione degli interpreti.

Secondo un primo orientamento, il nuovo finanziamento dovrebbe essere necessariamente un contratto di mutuo. E ciò in quanto l'art. 1202 c.c.,

espressamente richiamato dall'articolo 8, fa riferimento solo a tale tipologia contrattuale.

Secondo altra ricostruzione, al contrario, la disposizione deve essere interpretata estensivamente, in quanto l'esigenza di favorire la surrogazione sussiste non solo per il mutuo, ma per tutti i contratti di finanziamento[87].

Per quel che concerne la seconda questione, la dottrina è concorde nel ritenere che, per potere accedere al meccanismo della surrogazione, l'ipoteca debba rimanere sostanzialmente invariata. E ciò in quanto laddove si modificassero il bene concesso in garanzia ovvero l'importo dell'iscrizione non si avrebbe una surrogazione dell'ipoteca esistente ma costituzione di una nuova.

Secondo tale impostazione, dunque, potrebbero essere modificati – senza pregiudicare il ricorso al meccanismo della surrogazione - solo gli elementi non essenziali, quali ad esempio il tasso di interesse (purché trovi copertura nei limiti di quello originariamente pubblicizzato) oppure il la durata del finanziamento ipotecario[88].

5. L'ambito di applicazione soggettivo.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, il primo problema da risolvere è se la nuova normativa si applichi solo al consumatore o, viceversa, a qualsiasi soggetto finanziato.

Al riguardo vale ricordare che, nella versione definitiva del decreto-legge n. 7/2007 come convertito dalla legge di conversione 40 del 2007, sia mutata la collocazione dell'articolo in esame dal capo II "Misure urgenti per lo sviluppo imprenditoriale e la promozione della concorrenza" al capo I "Misure urgenti per la tutela dei consumatori". Tale circostanza ha indotto parte della

[87] A. GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 453, 2007, 467.
[88] In tal senso SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, I, 460. Ma vedi pure G. PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1993, II, 491.

dottrina a ritenere che la nuova normativa sia applicabile solo ai consumatori[89].

Contro una simile interpretazione, tuttavia, depongono almeno due considerazioni.

In primo luogo l'assenza, nella disposizione in commento, di qualsivoglia riferimento al consumatore.

In secondo luogo la *ratio* dell'intervento normativo, che è quello di favorire lo sviluppo della competitività del mercato finanziario; ciò che giustificherebbe l'applicazione della normativa in esame anche a soggetti svolgenti attività imprenditoriali, i quali, peraltro, rispetto allo specifico contratto di cui sono parte possono anche assumere la qualifica di "consumatori", nell'accezione di "dilettanti" rispetto all'oggetto del contratto[90].

La disposizione in commento, inoltre, non chiarisce se il finanziatore debba avere qualificati requisiti soggettivi. L'espressione generica di "soggetto mutuante" contenuta nell'art. 8, unitamente alla formulazione dell'articolo

---

[89] F. TASSINARI, *Semplificazione nel procedimento di cancellazione dei mutui immobiliari*, in *Notariato*, 2007, 126; FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 14 il quale tuttavia rileva che trattasi di una nozione di consumatore assai ampia idonea a ricomprendere anche le figure del professionista e dell'imprenditore.

[90] Cfr. sul punto GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, cit., 2007, 471; DOLMETTA, *Estinzione anticipata dei mutui immobiliari. Problemi in tema di gratuità della surrogazione ex art. 8 legge n. 40/07*, cit., 3 ss; CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nei decreti Bersani bis*, cit., 259.; SIRENA, «*Portabilità del mutuo*» *bancario o finanziario*, cit., 457 il quale a proposito dell'interpretazione restrittiva, che limita l'estensione della qualifica di soggetto mutuante al solo consumare rileva come: "tale tesi non sembra (…) condivisibile non solo perché non è supportata da alcun dato letterale univoco, ma soprattutto perché non corrisponde alla ragione sostanziale dell'intervento legislativo. Quest'ultimo non si propone affatto di realizzare un intervento di politica sociale, che protegga gli interessi dei soggetti più deboli mediante provvedimenti di tipo «protezionistico», bensì (…) di incentivare l'efficienza del mercato creditizio, facendo pressione, per così dire, sugli intermediari bancari e finanziari: esso non presuppone quindi la specifica debolezza del soggetto finanziato, né una particolare meritevolezza giuridica dei suoi interessi, ma punta a salvaguardare più intensamente la sua libertà da quelle inevitabili asimmetrie informative che lo condannano ad una razionalità limitata, avvantaggiando così inevitabilmente la banca o l'intermediario finanziario. La tutela dell'autonomia contrattuale dal rischio di un fallimento del mercato, segnatamente a causa delle asimmetrie informative tra le parti contraenti non costituisce una prerogativa del diritto dei consumatori, ma un valore generale dell'ordinamento giuridico, il quale peraltro, si può ricollegare al concetto di «utilità sociale» che, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. giustifica il sacrificio di iniziativa economica".

1202 c.c. che fa riferimento al contratto di mutuo senza altre precisazioni, potrebbe far ritenere che il mutuo possa essere concesso anche da un soggetto diverso dall'istituto bancario.

Sembra tuttavia preferibile l'opinione che circoscrive l'applicazione della nuova normativa ai soli istituti bancari[91] per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo perché l'art. 8, comma 3-bis, nel rimandare alle "procedure interbancarie", sembra sottintendere che il soggetto finanziatore riguardato dalla nuova normativa sia necessariamente un operatore bancario.

In secondo luogo perché l'istituto della portabilità risulta oggi disciplinato nel testo unico bancario. Tale collocazione sistematica non avrebbe significato se il mutuante non avesse determinati requisiti soggettivi.

6. La nullità delle clausole che impediscono o rendono onerosa la surrogazione.

Il comma 3 dell'articolo 8 dispone la nullità di "*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"* chiarendo che *"la nullità del patto non comporta la nullità del contratto"*.

Con tale previsione il legislatore ha inteso incentivare il ricorso alla portabilità, impedendo alle banche di precludere al debitore – tramite l'inserzione di apposite clausole - la possibilità di valersi della facoltà di surrogare il nuovo creditore ex art. 1202 c.c.

La legge di conversione ha precisato, analogamente a quanto era avvenuto per l'articolo 7, che trattasi di un'ipotesi di nullità parziale necessaria.

Ciò significa che al giudice non è tenuto ad effettuare la c.d. prova di resistenza prevista dall'art. 1419 c.c. volta a verificare se la nullità della

[91] GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti forse indesiderati della norma*, cit., 476; G. FALCONE, *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto-legge n. 7 del 2007, convertito nella legge 40 del 2007 (c.d. "decreto Bersani-bis")*, in *Diritto fallimentare*, 2007, 727. Per una posizione intermedia cfr. FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007)*, cit., 12, il quale ritiene che la nuova disciplina in tema di estinzione anticipata riguardi i mutui da chiunque erogati, purché soggetti professionali.

singola clausola importi o meno la nullità dell'intero contratto, in ragione del fatto che "*le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del contratto che è affetta da nullità*".

La scelta di derogare al regime codicistico si spiega al fine di precludere al creditore la facoltà di far valere la nullità dell'intero contratto sul presupposto della essenzialità della clausola che impedisce al debitore il rifinanziamento; e dunque, in ultima analisi, al fine di incentivare il ricorso alla surrogazione[92].

Non si precisa, tuttavia, se tale ipotesi di nullità sia a legittimazione relativa o assoluta. Tale questione verrà analizzata nel capitolo V, paragrafo 5.1.1 di questa parte, in cui si cercherà di ricostruire funzioni e caratteri della disciplina delle diverse ipotesi di nullità introdotte dal provvedimento in esame.

In questa sede interessa invece individuare le tipologie di clausole vietate dall'articolo 8.

Al riguardo vale distinguere tra clausole c.d. onerose, quelle clausole cioè che impongano oneri di varia natura in capo al debitore che intenda valersi della surrogazione e clausole c.d. impeditive che, più radicalmente, impediscono il ricorso al meccanismo di cui all'articolo 1202 c.c.

Quanto alle clausole onerose, vale anzitutto ricordare che il significato del divieto di cui al comma 2 è stato ulteriormente precisato dalla finanziaria per il 2008 la quale, introducendo un comma 3-bis nell'articolo 8, ha disposto che "*non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali"*.

La precisazione da ultimo introdotta, a ben vedere, non assume carattere innovativo, in quanto si limita a rendere esplicito quanto già discendeva da una corretta interpretazione dell'art. 7 e dell'art. 8 della l. 40/2007.

L'intervento chiarificatore del legislatore, tuttavia, si rendeva necessario, in considerazione delle prassi bancarie anche successive all'entrata in vigore del decreto Bersani bis. Molti istituti di credito, infatti, nonostante l'articolo 8,

[92] GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma*, cit., 477.

continuavano a praticare la c.d. portabilità onerosa, adducendo, da un lato, la scarsa chiarezza del dettato normativo, dall'altro, che le norme relative alla surrogazione non imponevano la necessaria gratuità dell'operazione con il nuovo finanziatore (c.d. portabilità attiva) ma si limitavano a disporre la permanenza dei benefici fiscali[93].

Una volta introdotta la precisazione che la prescrizione di gratuità non riguarda solo il rapporto con l'originario istituto di credito, ma anche quello con la nuova banca e che, del resto, essa va riferita non solo al profilo fiscale, ma più in generale alle varie spese connesse alla portabilità, l'unico aspetto che resta da chiarire è quali clausole siano da considerare nulle per contrasto all'articolo 8.

Senza pretese di completezza, di seguito verranno analizzate le clausole più ricorrenti, in relazione alle quali la dottrina, soprattutto notarile, ha già prospettato alcune soluzioni.

Si è anzitutto chiarito che sono da considerare nulle tutte quelle clausole che pongono a carico del debitore spese per l'operazione di surrogazione, incluse quelle che prevedono un compenso per l'anticipata estinzione, non rientrante nel divieto di cui all'articolo 7, comma 1; è il caso, ad esempio, della clausola che stabilisce un compenso a favore della banca per l'ipotesi di anticipata estinzione di un mutuo stipulato per l'acquisto di un immobile adibito allo svolgimento di attività economica e professionale non propria ma di terzi. E ciò in ragione della formulazione significativamente più ampia del divieto di cui all'articolo 8, rispetto a quello dell'articolo 7, che prende in considerazione solo i compensi di anticipata estinzione di un mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione del mutuatario[94].

Altra clausola analizzata dalla dottrina è quella che impone spese per "l'eventuale rinegoziazione".

Prima dell'introduzione della disciplina della c.d. rinegoziazione convenzionata, parte della dottrina aveva ritenuto che tale clausola fosse valida

[93] Per l'analisi delle prassi bancarie successive all'entrata in vigore dell'art. 8 del d.l. 4/2007 come convertito dalla legge 40/2007 cfr. capitolo V, paragrafo 2 di questa *parte.*

[94] Così FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie,* cit., 538 e CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis,* cit., 271.

solo se se pattuita per la rinegoziazione con la banca originaria; escludendosi, al contrario, considerata la *ratio* della disciplina della portabilità, che essa fosse valida se pattuita con il nuovo istituto di credito[95].

A ben vedere, tuttavia, ora che il legislatore, con la finanziaria per il 2008, ha previsto che anche la rinegoziazione con l'originario istituto di credito avvenga "senza spese" sembra più corretto considerare una simile clausola radicalmente nulla in entrambe le ipotesi.

Quanto alle clausole impeditive, ci si è chiesti, anzitutto, se il divieto di cui all'articolo 8 riguardi unicamente la surrogazione per volontà del debitore o anche quella per volontà del creditore e legale.

Nonostante il tenore letterale della disposizione che, a ben vedere, esclude qualsivoglia interpretazione estensiva, la dottrina ha concluso per l'inammissibilità anche delle clausole che precludono forme di surrogazione diverse da quella contemplata nell'art. 1202 c.c.

In particolare, quanto alla surrogazione ex art. 1201 c.c. si è rilevato come, da un lato, una clausola che prevedesse una limitazione della facoltà di valersi della surrogazione per volontà del creditore sarebbe inutile, poiché questa ha causa nella volontà del creditore stesso; quanto alla surrogazione ex art. 1203 c.c., invece, si è correttamente osservato come un divieto di limitazioni convenzionali per la surrogazione legale sia insito nello stesso articolo 1203 c.c. il quale, nello stabilire che la surrogazione "ha luogo di diritto", escluderebbe la possibilità delle parti di prevedere la non operatività dell'istituto[96].

Altra questione di particolare rilievo è se sia valida una clausola che precluda una surrogazione parziale.

Nonostante un'isolata voce contraria[97], deve senz'altro concludersi per l'invalidità di una simile clausola, e ciò per tre ordini di ragioni.

---

[95] FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 537.
[96] Così FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 538.
[97] GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma,* cit., 477. In senso dubitativo sull'ammissibilità di una simile clausola FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 540 il quale rileva come "in linea teorica sembra del tutto ammissibile una surrogazione parziale per volontà del debitore il quale contragga un nuovo mutuo per estinguere solo parzialmente quello

In primo luogo, perché la norma non distingue tra surrogazione totale e parziale.

In secondo luogo, in considerazione della *ratio* dell'intervento che è quella di incentivare la circolazione delle operazioni di finanziamento. E tale esigenza viene a porsi anche in relazione a "parti" di finanziamento.

In terzo luogo, perché tale lettura risulta coerente con quanto disposto dall'articolo 7 del d.l. 7/07 che estende il divieto di compenso anche all'ipotesi di estinzione parziale del mutuo.

L'ultima ipotesi di clausole impeditive che vale la pena analizzare, considerata la sua diffusione nella prassi, è quella che vieta sia la surrogazione, che i pagamenti provenienti dai terzi.

Nonostante l'articolo 8 non vieti espressamente una clausola di questo tipo sembra preferibile l'interpretazione che nega la validità a tale pattuizione per la ragione che, dal punto di vista del creditore, è del tutto indifferente che il rimborso del prestito venga effettuato dal terzo piuttosto che dal debitore.

A sostegno di tale conclusione, parte della dottrina ha richiamato i principi desumibili dall'art. 1180 c.c., l'applicazione dei quali indurrebbe a ritenere che la banca non possa *ex ante* vietare l'adempimento del terzo, non potendosi considerare, nelle obbligazioni fungibili, meritevole di tutela l'interesse del creditore all'adempimento personale del debitore.[98]

7. I problemi teorici posti dalla surrogazione ex art. 1202 c.c. e i riflessi sulla disciplina applicabile.

originario; e la disciplina imperativa dell'articolo 8 (e dello stesso articolo 1202 c.c.) potrebbe portare ad escludere una clausola in esame. È evidente tuttavia che la stessa possibilità di una surrogazione parziale dei mutui bancari, con il conseguente divieto di patti limitativi, deriva dalla carente tecnica del legislatore il quale non intendeva certamente promuovere una co-ipoteca, tra l'altro di discutibile ammissibilità, quanto lo spostamento della garanzia da un creditore all'altro, incentivando la sostituibilità del finanziamento. Pertanto, fermo restando che rimane preferibile la soluzione più rigorosa, in considerazione della volontà del legislatore (che è pur sempre una volontà presunta) ma anche della obiettiva improbabilità della fattispecie, potrà mettersi in dubbio che il divieto del 3°comma travolga la clausola in esame, ferma tuttavia restando in questo caso l'opportunità di una clausola di salvaguardia".

[98] Così FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 540.

Oltre alle singole questioni esegetiche che naturalmente si pongono in relazione a provvedimenti di nuova introduzione, e che si è cercato di risolvere nei paragrafi precedenti, la configurazione del nuovo istituto lascia irrisolti due problemi di cruciale importanza, la cui definizione risulta invece indispensabile al fine di assicurare il successo applicativo della portabilità: e cioè l'individuazione delle eccezioni opponibili dal debitore nei confronti del creditore surrogato e l'efficacia dell'annotazione di surrogazione ipotecaria.

La soluzione di tali questioni, invero, risulta decisiva ai fini di determinare il rischio che il nuovo finanziatore si assume subentrando nel credito e nella garanzia relativa[99].

In particolare ove si aderisse all'idea che la surrogazione ex art. 1202 c.c. rappresenta una forma di successione nel rapporto obbligatorio dovrebbe concludersi che il debitore mutuatario possa opporre al creditore surrogato, tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore originario; ma tale eventualità[100] disincentiverebbe qualsiasi potenziale finanziatore interessato a subentrare nell'operazione in essere[101].

---

[99] Così P. SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario e finanziario,* in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, *Atti del Convegno/Fondazione italiana per il notariato*, Milano, Il Sole 24 ore, 2008, 100.

[100] Eventualità che FIORUCCI, *I mutui bancari*, cit., 49, ritiene "da riconsiderare anche alla luce dell'evoluzione normativa (…). A seppur parziale tutela del nuovo finanziatore potrebbe forse ipotizzarsi una dichiarazione, nel nuovo contratto di mutuo (…) a beneficio della banca subentrante che alla stessa non sono opponibili le eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre alla banca originaria, con espressa rinuncia del debitore, ad ogni buon conto, alla opponibilità di queste eccezioni". Contro la possibilità che il mutuatario possa opporre al nuovo finanziatore le eccezioni che potevano essere opposte al creditore originario si è espresso SIRENA, il quale giunge a tale conclusione pur configurando il pagamento con surrogazione quale vicenda traslativa: "anche a voler ammettere che (…) le eccezioni spettanti al debitore siano accessori del credito ai sensi dell'art. 1263 c.c., la loro generale opponibilità al nuovo creditore può spiegarsi soltanto con riguardo allo specifico istituto della cessione del credito, nella misura in cui questa si perfeziona mediante un accordo tra cedente e cessionario che non richiede affatto il consenso del debitore ceduto: appunto perché quest'ultimo non partecipa alla cessione, né può impedirla, si pone l'esigenza di evitare che la sua posizione giuridica ne risulti in alcun modo peggiorata (se non per quanto riguarda la destinazione soggettiva del pagamento). Ma proprio per questa ragione si deve escludere che la medesima esigenza si ponga nel caso in cui sia appunto la volontà del debitore a determinare la modifica soggettiva del rapporto obbligatorio, come accade nella specifica fattispecie di surrogazione che qui rileva: se è vero, infatti, che in quest'ultima ipotesi il trasferimento non avviene propriamente perché voluto dal debitore, il quale non ha il potere di disporne, è altresì vero che esso è comunque imputabile alla sua sfera di controllo e di iniziativa giuridica, ossia dipende dall'esercizio della libertà di autodeterminazione. Viene allora meno l'esigenza di escludere che la posizione debitoria resti immune per principio da qualsiasi peggioramento conseguente

Allo stesso modo, ove si affermasse che l'annotazione di surrogazione ha natura costitutiva, si metterebbe in pericolo la garanzia stessa, rendendola inopponibile ai terzi che nel frattempo avessero trascritto titoli appropriativi incompatibili con l'iscrizione originaria[102]; in tal modo ostacolando ulteriormente la diffusione dell'istituto.

7.1. La natura giuridica del pagamento con surrogazione.

In assenza di alcuna indicazione positiva, il primo quesito può essere risolto solo previa definizione della natura giuridica della procedura surrogatoria.

L'indagine che si sta per iniziare, già nelle premesse, evidenzia gli elementi di criticità[103]: ove si affermasse che il pagamento con surrogazione dà luogo ad una vicenda successoria dovrebbe ammettersi che l'esecuzione della

---

all'efficacia traslativa della «surrogazione per volontà del debitore». Pertanto il principio secondo il quale le eccezioni già spettanti al debitore sono opponibili al nuovo creditore surrogato non può non essere sistematicamente coordinato con le norme giuridiche le quali proteggono il terzo acquirente dalla caducazione del titolo mediante il quale il suo dante causa era divenuto titolare del diritto. Si tratta più precisamente degli artt. 1445, 1458 e 1452 c.c., i quali sono più comunemente riferiti alla circolazione dei diritti reali, ma devono ritenersi applicabili anche a quella dei diritti di credito (sia singolarmente, sia in quanto complessivamente inerenti a una posizione contrattuale). Deve dunque ritenersi che la sentenza di annullamento, di risoluzione o di rescissione del primo contratto di mutuo sia opponibile al finanziatore surrogato soltanto nei limiti posti dai suddetti articoli: fatti salvi gli effetti della trascrizione della relativa domanda, l'acquisto del finanziatore surrogato tende quindi a prevalere sull'impugnativa contrattuale del soggetto finanziato (…). Per quanto riguarda invece le eccezioni personali, ossia quelle basate su fatti estintivi, modificativi, o sospensivi del rapporto obbligatorio, ci si limita a osservare che l'applicazione analogica dell'art. 1248, primo comma, c.c. impone di escludere che il soggetto finanziato possa opporre in compensazione al nuovo finanziatore i crediti di cui è titolare nei confronti di quello originario, per quanto essi siano anteriori alla surrogazione. La suddetta disposizione codicistica, statuisce infatti che, qualora la cessione del credito sia stata accettata senza riserve dal debitore ceduto, quest'ultimo non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuti opporre al cedente: a maggior ragione la medesima soluzione deve applicarsi alla surrogazione per volontà del debitore, proprio perché il trasferimento del credito non soltanto è voluto da quest'ultimo (come accade quando egli ne abbi accettato la cessione da parte del creditore), ma dipende addirittura da una sua iniziativa autonoma e in un certo senso contraria agli interessi del creditore" (*La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 473-476).

[102] SIRENA, *Alcuni problemi sistematici in materia di c.d. portabilità del mutuo bancario e finanziario,* cit., 100.

[103] Al riguardo si è efficacemente osservato come "in teoria il pagamento con surrogazione si ribella alle regole più elementari, poiché mentre partecipa del pagamento e della cessione, ricusa di sottostarne ai precetti e con la sua indole ribelle sfugge ad ogni definizione" (G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII, Firenze, 1910, 290).

prestazione, seppure corrispondente sotto il profilo oggettivo (e nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c. anche sotto quello soggettivo) al contenuto dell'obbligo, in talune circostanze, non determina l'estinzione dell'obbligazione, la quale viceversa passa ad altro soggetto[104]; ove invece si ritenesse che il pagamento, seppur con surrogazione nelle garanzie a favore del mutuante, estingua il primitivo rapporto, dovrebbe concludersi che gli accessori possono permanere anche senza il principale, la garanzia senza il credito.

Abbandonate ormai, per gli insuperabili rilievi, tesi più risalenti che vedono nella surrogazione una *cessio ficta*[105], un'ipotesi di regresso legale[106],

---

[104] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1955, 66, il quale ritiene che, posta la funzione satisfattiva dell'avvenuto pagamento, il credito non può passare al creditore soddisfatto.

[105] G. M. MERLO, *La surrogazione per pagamento,* Padova, 1933, 36 ss. La surrogazione in tale prospettiva viene definita come la cessione o vendita delle ragioni spettanti al creditore a favore di colui che esegue il pagamento in luogo del debitore. La necessità di ricorrere a tale finzione (perché è evidente che non vi è stata né vendita né cessione) si spiega al fine di fornire una giustificazione plausibile alla permanenza in vita del credito dopo il pagamento a favore di altro soggetto.
Contro tale ricostruzione sono state valorizzate le differenze tra la vendita e la cessione del credito e la surrogazione per volontà del debitore: "…che la teoria della finzione risultasse inadeguata a spiegare il fenomeno giuridico della surrogazione è cosa di facile comprensione, e che tale insufficienza sia colta innanzi tutto nella sostanziale differenza che corre tra surrogazione da un lato e vendita e cessione dall'altro, non riesce a noi, oggi provvisti di ben altri mezzi di teoria generale, molto difficile da comprendere. Così ci si è subito accorti che nella vendita è necessaria la volontà del debitore, poiché non si può concepire una vendita fatta contro tale volontà o magari all'insaputa del venditore stesso, come invece avviene nella surrogazione. In secondo luogo il prezzo si stabilisce di comune accordo fra venditore e compratore ed è frutto di trattative cui non sono estranee le condizioni e le leggi del mercato, mentre tutto ciò non esiste nella surrogazione. La vendita, infine, si fa spesso per scopi commerciali di *guadagno*, per cui il compratore rivende la cosa ad un prezzo superiore a quello da lui acquistato.
Nei confronti della cessione, invece, le differenze sono indubbiamente meno macroscopiche, tuttavia ci si è ugualmente accorti che il cessionario divenuto titolare del credito può disporne come crede e, quindi, esigerne l'intero pagamento, anche se per caso l'avesse pagato a minor prezzo, il che non può avvenire nella surrogazione. Inoltre gli scopi e la base economica delle due operazioni sono diversi: la cessione rientra nell'ambito del libero commercio di valori giuridico-patrimoniali appartenenti a diversi soggetti, i quali come proprietari del diritto, possono disporne come vogliono, cedendolo, scambiandolo, ecc., con altri beni; la surrogazione, invece, è da considerare a favore del debitore in quanto che lo libera dal primitivo creditore, ed egli può avvalersene per sostituire un creditore esigente e impaziente con un altro più mite e arrendevole. Alla cessione può prendere parte anche il debitore e comunque questa deve essere a lui notificata, per la surrogazione, invece, ciò non è necessario" (così R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale, sub. artt. 1201- 1205* c.c. in *Commentario al codice civile*, Torino, 1966 e 141-142).

[106] Secondo tale ricostruzione il primitivo credito si estingue per effetto del pagamento, ma contemporaneamente ne sorge uno nuovo con identico contenuto a quello vecchio, nel quale si trasportano le primitive garanzie che munivano il primitivo. Tale nuovo credito sorgerebbe in forza della legge la quale garantirebbe con questo mezzo il terzo garante facendogli sorgere un

un'espropriazione del credito[107], o una causa di estinzione relativa del rapporto obbligatorio (il pagamento estinguerebbe l'obbligazione solo nei confronti del creditore soddisfatto mentre la lascerebbe sussistere nei confronti del debitore e del pagante[108]) ci si concentrerà, invece, sulla tesi maggioritaria che configura il pagamento con surrogazione come un'ipotesi di successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio.

7.1.1. Il pagamento con surrogazione come ipotesi di successione nel credito.

L'idea che il pagamento con surrogazione configuri un'ipotesi di successione nel credito è stata sostenuta da diversi punti di vista.

Una prima linea ricostruttiva, in particolare, al fine di evitare la contraddizione del permanere dell'obbligo nonostante l'esattezza dell'adempimento, sostiene che la soddisfazione dell'interesse del creditore di per sé non rappresenti evento idoneo a determinare l'estinzione dell'obbligo.

Affinchè si produca un effetto giuridico, si osserva, non è sufficiente che si realizzi l'elemento materiale (naturale o umano), ma è necessario altresì che ricorra l'elemento giuridico (qualificazione giuridica del fatto)[109].

---

diritto di regresso verso il debitore principale (Così H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, Halle 1903-1908, II, §, 142. Contro tale impostazione principalmente si è obiettato che non riuscirebbe a spiegare "il miracolo della estinzione della obbligazione e del sorgere di una nuova" (MICCIO, *Delle obbligazioni in generale, sub. artt. 1201-1205 c.c*., cit., 144).

[107] Secondo U. MAGINI (*La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Torino, 1924, 87 ss.) il pagamento con surrogazione non sarebbe un vero e proprio pagamento, ma un pagamento *sui generis* di duplice aspetto, uno che estingue l'obbligazione, l'altro che opera il trapasso dell'obbligazione, non la sua estinzione. Chi paga, infatti, non ha intenzione di estinguere l'obbligazione, ma di acquistarla per sé e la somma da lui pagata non opera una *solutio*, ma costituisce una sorta di indennità corrisposta al creditore per il credito che passa a colui che l'ha soddisfatto. Si tratterebbe, dunque, di un'espropriazione del credito che avviene per utilità privata.

[108] G. HARTMANN, *Die obligation. Undersuchungen zum Zweck and Bau*, Erlangen, 1875, 50. Per la critica a tale tesi cfr. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione*, cit., 23: "La tesi, in sé certamente non accettabile non potendo un rapporto estinguersi per un verso e permanere per un altro, ebbe, però, il merito di aprire la strada verso concezioni svincolate dal pregiudizio dell'inevitabile efficacia estintiva del pagamento".

[109] S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione ed il trasferimento dei diritti*, 1927, ora in *Diritto civile (Metodo-Teoria-Pratica)*, Milano, 1951, 3-4.

Nel pagamento con surrogazione sarebbe presente il primo elemento (il generico soddisfacimento dell'interesse del creditore) ma non il secondo (la realizzazione dello scopo dell'obbligazione); mancherebbe, cioè, il fatto giuridico idoneo a determinare l'estinzione.

In altri termini: mentre, nel caso più semplice di pagamento del debitore, poiché la condotta da questi tenuta corrisponde al contenuto dell'obbligo dedotto ad oggetto dell'obbligazione "sarà irrilevante la volontà dello stesso diretta ad estinguere il diritto"[110]; quando, al contrario, il pagamento non proviene dal debitore bensì da un terzo "l'efficacia estintiva si fonda non tanto sul dato materiale del soddisfacimento del creditore, ma soprattutto sulla 'forma' di tale dato (…); intanto l'attività del terzo (che non potrà giammai considerarsi come adempimento in senso tecnico) avrà efficacia estintiva in quanto sia qualificata sia da un riferimento ad un rapporto obbligatorio, al quale si è dichiaratamente e consapevolmente estranei, sia dal particolare *animus* di realizzare il credito"[111].

Poste queste premesse, l'orientamento in parola nel pagamento con surrogazione non riesce a vedere "quale sia la forma giuridica idonea a produrre l'effetto estintivo del diritto del creditore"[112].

Invero il "contenuto del debito non è diretto a ciò che il creditore riceva qualcosa, ma che egli la riceva attraverso la prestazione del debitore" e "pertanto, in linea di principio, il conseguimento dello scopo non è idoneo ad estinguere l'intero rapporto obbligatorio"[113].

Questa visione d'altronde parrebbe consona "alla teoria ora dominante in tema di obbligazioni che svincola, in certa misura, il rigido collegamento

---

[110] CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)* cit., 966. Cfr. pure P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e inadempimento*, Napoli, 1950, 152, nota 64 e M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, 181, il quale giunge ad affermare che il soddisfacimento del creditore non è nemmeno un fenomeno giuridico.

[111] CARPINO, *Surrogazione (pagamento con*), cit., 966; in senso analogo MAGINI, *La surrogazione per pagamento* cit., 90 ss. Cfr. in particolare pagina 92, ove si afferma che il terzo, ove operi la surrogazione, non esegue la prestazione per soddisfare l'obbligazione, ma per realizzare un risultato giuridico ulteriore costituito dal recupero della somma sborsata; ed il creditore non cede volontariamente il credito, ma ne subisce l'espropriazione in favore del terzo.

[112] CARPINO, *Surrogazione (pagamento con*), cit., 966.

[113] CARPINO, *Surrogazione (pagamento con*), cit., 966.

tradizionale tra obbligo e credito poiché l'attuazione dell'obbligazione risiederebbe non tanto in una generica soddisfazione dell'interesse del creditore, quanto nel conseguimento dell'utilità oggetto dell'obbligazione per mezzo del comportamento del debitore diretto a tale scopo"[114].

Con specifico riferimento al pagamento con surrogazione si contesta che gli scopi dell'obbligazione possano dirsi raggiunti perché mancherebbero "tutte quelle condizioni il concorso delle quali consente all'adempimento del

[114] R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 99 ss.; Cfr. in tal senso pure M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, il quale ritiene che il diritto di credito consiste essenzialmente nel diritto di poter pretendere l'adempimento da parte del debitore. Con particolare riferimento all'adempimento del terzo l'Autore afferma che (230- 211): "…la legge assegna all'adempimento del terzo una funzione satisfattoria del diritto del creditore (per cui, di riflesso, viene ad estinguersi l'obbligo del debitore), e ciò, in conseguenza del perfetto soddisfacimento dell'interesse: da questo punto di vista adempimento del terzo ed esecuzione forzata (in forma specifica) si pongono come strumenti ambedue idonei, al pari dell'adempimento del debitore, al perfetto soddisfacimento dell'interesse (generico) del creditore. Altro punto di contratto tra i due fenomeni è costituito dalla fungibilità della prestazione del debitore, che è sempre presupposta nell'adempimento del terzo e lo è altresì (tranne nell'ipotesi prevista dall'art. 2932 c.c.) nell'esecuzione forzata in forma specifica. Ma non può essere invece trascurato un aspetto per il quale la funzione dei due istituti diverga decisamente; e cioè che, mentre l'esecuzione forzata (in forma specifica) costituisce uno strumento *messo a disposizione* del creditore, affinché, ove il debitore violi il dovere, egli raggiunga lo stesso il soddisfacimento dell'interesse, altrettanto non può affermarsi per l'adempimento del terzo (…). Ed infatti il risultato dell'adempimento del terzo non può essere compreso nella sfera riconosciuta dalla legge al creditore, nel senso che dall'oggetto (o contenuto) del diritto di credito, faccia parte anche quel risultato. In altri termini, l'intervento del terzo nel rapporto obbligatorio, pur riuscendo a soddisfare l'interesse generico, non soddisfa nello stesso tempo un interesse specifico del creditore, come l'adempimento del debitore o l'esecuzione forzata (in forma specifica): esso piuttosto rende *inutile* il rapporto obbligatorio intercedente tra creditore e debitore, allo stesso modo di un evento naturale che produca il medesimo soddisfacimento. Il rapporto obbligatorio, infatti, in tanto ha vita, in quanto vi è un interesse da soddisfare (…). Conseguentemente, anche se fosse vero che la posizione preminente del creditore comprende altresì la pretesa al soddisfacimento dell'interesse, non vi è dubbio che tra questi strumenti non potrebbe trovare posto l'adempimento del terzo. Il creditore non ha infatti alcuna pretesa verso il terzo, né quest'ultimo adempie un dovere verso il creditore (ma eventualmente nei confronti di un altro soggetto che potrebbe essere il debitore): che anzi la legge considera il creditore quasi tenuto a subite l'adempimento dell'estraneo al rapporto (art. 1180: «anche contro la volontà del creditore»). In definitiva, dunque, l'obbligazione designa quel rapporti giuridico in virtù del quale un soggetto è tenuto ad un dato comportamento per il soddisfacimento di un interesse di un altro soggetto (il c.d. debitore). Il creditore è quindi il titolare di quell'interesse ed il diritto del creditore designa nient'altro che la posizione attiva in cui viene a trovarsi il soggetto titolare di quell'interesse. L'elemento centrale dell'obbligazione è perciò dato dal dovere del debitore, avente come contenuto un comportamento tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore. La relazione strumentale tra questo comportamento e quell'interesse spiega, altresì, perché l'interesse possa essere anche non patrimoniale, mentre il comportamento deve essere necessariamente suscettibile di valutazione economica (art. 1174 c.c.)". In senso analogo cfr. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., 197 ss.

terzo di estinguere il diritto di credito"[115] e cioè il riferimento allo specifico rapporto obbligatorio e l'*animus* di realizzare il credito. Nelle ipotesi di surrogazione, invero, il terzo pagherebbe il debito altrui, non per realizzare il diritto del creditore, bensì per estromettere quest'ultimo dal rapporto obbligatorio, al fine di realizzare un proprio interesse: "Emerge, cioè, costantemente, nella surrogazione, l'aspetto «sostanziale» del fenomeno, un pagamento che non è diretto alla liberazione del debitore, ma al soddisfacimento dell'interesse creditorio (…) L'elemento, per così dire, propulsore dalla fattispecie surrogatoria non gravita tanto sul lato passivo del rapporto obbligatorio, ma su quello attivo; l'atto, apparentemente solutorio, è in effetti diretto a dare soddisfacimento dell'interesse creditorio, in modo da consentire al terzo l'acquisto del diritto"[116].

Il pagamento con surrogazione, dunque, lungi dall'estinguere l'obbligazione, rileverebbe solo come presupposto dell'effetto successorio e la dichiarazione di surroga, non come volontà negoziale bensì come fonte che designa il nuovo titolare[117].

A risultati non dissimili perviene altro orientamento, partendo da una precisa configurazione della struttura del rapporto obbligatorio, ove i termini della relazione credito debito perdono specularità: mentre l'interesse del

---

[115] CARPINO, *Surrogazione (pagamento con*), cit., 967.

[116] CARPINO, *Del pagamento con surrogazione sub art. 1201-1205,* cit., 13.

[117]CARPINO, *Del pagamento con surrogazione sub art. 1201-1205,* cit., 1988, 20; ID, *Surrogazione (pagamento con)* cit., 968: "il pagamento compiuto dal terzo con la consapevolezza dell'estraneità al rapporto, ma senza il particolare *animus* che contraddistingue l'adempimento del terzo, non ha efficacia estintiva del diritto; si tratta di un atto non negoziale che rileva come presupposto di effetti giuridici che sono direttamente ricollegati dalla legge all'attività satisfattoria del terzo. Il 'pagamento' rileva come presupposto dell'effetto successorio, rappresenta il fatto acquisitivo del diritto; la designazione del successore è compiuta ora dai privati (art. 1201-02) ora direttamente e «preventivamente» dalla legge; ma, in ogni caso, la persona del successore viene a coincidere con l'autore, formale o sostanziale, del pagamento. Il pagamento, in altri termini, determina il fatto successorio; la dichiarazione di surroga (del creditore, del debitore, del terzo) è la fonte che designa il nuovo titolare. La volontà di cui si parla nelle rubriche degli artt. 1201 e 1202 c.c. opera in un momento precedente, nella fase di precostituzione del titolo a succedere, per determinare la struttura dell'effetto, come strumento per la necessaria designazione del successibile, non come volontà negoziale. Nell'ipotesi di cui all'art. 1203 c.c., operando il pagamento in situazioni già «tipizzate», la designazione non è necessaria. Il titolo a succedere, in ciò consiste una delle peculiarità dell'istituto, è intrinseco alla «fattispecie». Si ha quindi la sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità di un rapporto giuridico che rimane inalterato nel suo dato oggettivo e pertanto quella circolarità in cui si è ravvisata di recente l'essenza ultima del fenomeno successorio".

creditore atterrebbe al bene quale suo oggetto, il comportamento del debitore (prestazione), invece, costituirebbe il contenuto e l'oggetto dell'obbligo.

Sulla base di tali premesse si conclude che l'adempimento del terzo realizzi il diritto-interesse del creditore al bene senza attuare l'obbligo di comportamento (o prestazione) gravante su debitore. L'istituto della surrogazione, in particolare, starebbe "proprio lì per dimostrare che la prestazione del terzo che il creditore non può rifiutare in quanto realizzi il suo diritto, può non provocare l'estinzione dell'obbligo del debitore la cui posizione rimane obiettivamente immutata, salvo il mutamento del destinatario della sua attività". In altri termini, comunque si volesse costruire l'istituto della surrogazione, due aspetti non potrebbero essere oggetto di discussione: "e cioè: l'effetto di realizzazione del diritto del creditore e quello della permanenza in vita dell'obbligo del debitore". Nella surrogazione, dunque, si avrebbe estinzione del diritto di credito originario, ma permanenza dell'obbligo[118].

Un'argomentazione a favore della tesi che vede nella surrogazione un'ipotesi di successione nel credito si trarrebbe, infine, dall'articolo 1204 c.c. ove si prevede che la surrogazione produca effetti anche nei confronti dei terzi garanti. La sopravvivenza degli accessori rispetto al credito, infatti, sarebbe compatibile con l'inquadramento della surrogazione nell'ambito della successione ed invece incompatibile con la qualificazione dell'istituto in termini di novazione. La differenza tra fenomeni novativi e successori, invero, dipenderebbe proprio dalla sorte degli accessori rispetto al credito originario[119].

---

[118] Così NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 100. L'Autore giunge a tale conclusione partendo dal presupposto che mentre l'interesse del creditore atterrebbe al bene quale suo oggetto, il comportamento del debitore (prestazione), invece, costituirebbe il contenuto e l'oggetto dell'obbligo; conseguentemente l'adempimento del terzo realizzerebbe il diritto-interesse del creditore al bene senza attuare l'obbligo di comportamento (o prestazione) gravante su debitore. Cfr. in tel senso 60 ss.; 91 ss., 98 ss. 136-137 ss. Per la critica a tale tesi cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo*, Milano, 2002, 94 ss.

[119] PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 850: "In confronto alla novazione che ha come causa generica l'estinzione-costituzione (estinzione di un rapporto preesistente e costituzione di un nuovo) di contenuto simile, la cessione ha come causa la semplice modificazione del rapporto e propriamente la modificazione soggettiva, cioè il trasferimento. Con l'ulteriore conseguenza che nella novazione cade il fascio delle situazione

In contrapposizione alle tesi sin qui analizzate, ma sempre nell'ottica che configura il pagamento con surrogazione come vicenda successoria, si colloca il pensiero di un Autore che, escludendo in radice la qualificabilità della fattispecie in esame come novativa[120], definisce il pagamento con surrogazione come ipotesi di subingresso del creditore in una situazione giuridica identica dal punto di vista formale, ma diversa da quello materiale[121]. Tale ricostruzione, condotta nell'ambito di un più ampio discorso in merito all'adempimento del terzo quale ipotesi di dissociazione di debito e credito, trae argomento, principalmente, dall'art. 1204 c.c., il quale viene richiamato per ragioni più profonde di quelle generalmente addotte dall'orientamento che qualifica come vicenda successoria il pagamento con surrogazione.

Il richiamo all'art. 1204 c.c., invero, non si esaurisce nel rilievo che "la novazione produce come effetto naturale l'estinzione delle garanzie" ma nella considerazione, di ben più ampia portata, che è proprio in vista della conservazione delle garanzie (e, più in generale, dell'esigenza di garantire il *solvens* i mezzi necessari a recuperare quanto prestato) che l'istituto della surrogazione trova il suo fondamento[122].

Una volta individuato nel subingresso presupposto logico e *ratio* della permanenza delle garanzie, l'Autore affronta la complessa questione della presunta incompatibilità logica tra il passaggio di titolarità del diritto e l'affermata realizzazione dell'interesse del creditore risolvendola nei termini che seguono: "Poiché la successione è un fenomeno eminentemente formale e

---

giuridiche originarie convergenti nell'antico diritto di credito, salva diversa disposizione di legge o volontà delle parto, mentre nella cessione tutte le situazioni giuridiche direttamente legate al diritto anteriore e formanti il suo contenuto economico si conservano e trapassano, almeno di massima, al nuovo titolare".

[120] Al riguardo PIRAINO (*L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto civile*, p. 20 del dattiloscritto) rileva: "Se infatti di novazione si trattasse, sarebbe una novazione soggettiva attiva; ma la novazione soggettiva è soltanto quella passiva e questa, peraltro, non si può considerare come una fattispecie autonoma. A ciò si aggiunga che la novazione produce come effetto naturale l'estinzione delle garanzie ed anzi è proprio in vista di tale risultato che l'istituto trova la sua giustificazione (arg. ex. 1203, nn. 1, 2, 3 e 1204 comma 1, c.c.), oltre che, ovviamente costituire mezzo per il recupero della somma pagata più efficace e spedito dell'azione di regresso nel caso di prestazione compiuta dal debitore e dal garante". Sul punto l'Autore rimanda a BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, cit., 65.

[121] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., 20 ss.

[122] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., 21 ss.

consiste nella scelta legislativa di considerare identico ciò che identico non è, si rivela pienamente concepibile che alla soddisfazione dell'interesse creditorio non faccia seguito l'estinzione della struttura formale che a tale interesse forniva la veste giuridica, la quale sopravvive per conferire tutela all'interesse del terzo a ricevere dal debitore quanto prestato dal creditore"[123].

7.1.2. La surrogazione per volontà del debitore come vicenda costitutivo-estintiva.

Le tesi che configura il pagamento con surrogazione come fattispecie successoria è stata criticata principalmente da due punti di vista.

Si è contestata, in primo luogo, l'opportunità di individuare il *discrimen* tra fenomeni estintivi e successori nell'atteggiamento psicologico del *solvens*, perché ciò rappresenterebbe un'irricevibile riproposizione del dogma della volontà[124].

In secondo luogo, contro l'idea che il pagamento con surrogazione rappresenti un'ipotesi di dissociazione tra interesse del creditore e attuazione dell'obbligo, si è osservato come "tale dissociazione, oltre a tradursi in una sostanziale frantumazione del concetto unitario di obbligazione, che viceversa implica di per sé la contestuale ed integrale realizzazione-attuazione di ambedue le contestuali situazioni giuridiche (credito e obbligo) in cui si articola il rapporto obbligatorio, non sarebbe neppure giustificabile alla stregua della possibile surrogazione del terzo e della correlativa asserita non liberazione del debitore. Tale surrogabilità (…) non sottenderebbe infatti di per sé l'inattuazione e la persistenza in capo al debitore medesimo del vincolo

[123] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto della obbligazione*, cit., 21.

[124] Per la critica alla tesi che individua nell'animus del *solvens* il criterio distintivo tra pagamento satisfattivo e non cfr. PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto della obbligazione*, cit., 23. L'Autore, in particolare, rileva che "…desta un certo stupore la recente riproposizione di una concezione eminentemente soggettiva dell'adempimento del terzo, secondo la quale la prestazione del *solvens*, ove faccia seguito alla surrogazione, non costituisce un pagamento in senso tecnico e dunque con efficacia estintiva perché, per definizione privo dell'animus di realizzare il credito". Sul punto l'Autore rimanda a BETTI, *Teoria generale della obbligazione*, cit., 67, che aveva liquidato al distinzione come irricevibile anche perché espressione del dogma della volontà.

obbligatorio originario, in tal guisa sostanzialmente elevato a giustificazione giuridica della pretesa del terzo al recupero dell'esborso economico affrontato. Al contrario, siffatta giustificazione andrebbe più correttamente ravvisata nello stesso atto di adempimento del terzo, assunto nella sua valenza (non esclusivamente) ma anche negoziale quale titolo direttamente costitutivo del credito dell'adempiente verso il debitore comunque liberato nei confronti del proprio creditore originario; laddove il rapporto obbligatorio originario intercorrente fra quest'ultimo e il debitore è e rimane unicamente la causa giustificativa dell'adempimento del debito altrui da parte del terzo, quale attribuzione operata dall'adempiente a favore del creditore medesimo"[125].

[125] TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 158 che critica la posizione espressa da NICOLÒ, (*L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 94) rilevando quanto segue: "(…) tanto l'affermazione secondo cui l'interesse del creditore atterrebbe al bene quale al suo oggetto, laddove il comportamento debitorio (prestazione) sarebbe contenuto ed oggetto dell'obbligo, quanto la conseguente conclusione che l'adempimento del terzo realizzerebbe il diritto interesse del creditore al bene senza attuare l'obbligo (di comportamento o di prestazione) gravante sul debitore, sottendono una sostanziale alterazione della rilevata fisionomia strutturale e funzionale del rapporto obbligatorio: il quale risulta incentrato sul comportamento dovuto dal debitore (prestazione) quale oggetto dell'interesse creditorio sotteso al diritto di credito e sulla correlativa attuazione di siffatto comportamento, al contempo contenuto nell'oggetto dell'obbligo, in funzione del soddisfacimento di tale interesse e dunque della 'integrale realizzazione del contenuto dell'obbligazione.
Né varrebbe in contrario appellarsi, nello specifico, all'eventualità che, a seguito dell'adempimento del terzo, l'obbligo originario (di prestazione) gravante sul debitore potrebbe anche non estinguersi, ma residuerebbe in capo al medesimo evidenziandosene a tale stregua l'inattuazione: come si verificherebbe nel caso di surrogazione a favore del terzo adempiente. In tale ipotesi, infatti, l'obbligo del debitore di reintegrare la perdita patrimoniale subita dal terzo a seguito dell'adempimento del debito altrui, pur avendo sostanzialmente ad oggetto l'equivalente economico della prestazione originariamente dovuta dal debitore al creditore, non troverebbe la sua immediata e diretta giustificazione giuridica nei rapporti intercorrenti tra i soggetti dell'obbligazione originaria e nella sopravvenienza di quest'ultima in quanto inattuata, bensì avrebbe fondamento proprio nell'atto di adempimento di tale obbligazione ad opera del terzo: il che, da un canto, consente di ribadire come siffatto adempimento sia non solo satisfattorio dell'interesse creditorio, ma contestualmente attuativo dell'obbligo originario (di prestazione) del debitore medesimo nei confronti del creditore, realizzando in tal guisa integralmenteil contenuto del relativo rapporto obbligatorio; e, dall'altro, può altresì offrire un elemento ulteriore per ricostruire in termini adeguati natura ed effetti dell'adempimento del terzo".Cfr. in senso analogo P. SCHLESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, 46 s. e nt. 9. L'Autore, in particolare, osserva che nell'adempimento del terzo, quale "attribuzione posta in essere a favore del creditore da un soggetto estraneo al rapporto…la causa del pagamento da parte del terzo è rappresentata proprio dall'obbligazione che viene adempiuta, non diversamente da quanto si dice per il pagamento effettuato dal debitore: l'art. 1180 c.c., cioè, eleva a causa giustificativa diretta dell'attribuzione l'esistenza di un rapporto che non intercorre direttamente tra *solvens* e *accipiens*, cosicchè l'obbligazione non ha bisogno di appoggiarsi ad alcun elemento esterno"; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XIII, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1994, 55 il quale nel contrapporre il pagamento che abbia "carattere neutro tra i soggetti di

Prima di prendere posizione in merito al problema della natura giuridica della surrogazione per volontà del debitore, vale osservare come l'orientamento che nega efficacia estintiva al pagamento con surrogazione, tratti indistintamente le varie fattispecie di surrogazione, senza attribuire particolare significato alla circostanza che nella fattispecie descritta dall'art. 1202 c.c. il pagamento è effettuato non già dal terzo, ma dal debitore.

E dunque, anche prescindendo dall'esame della complessa questione se l'adempimento effettuato dal terzo con un *animus* diverso da quello di adempiere un debito non suo sia idoneo ad escludere l'efficacia estintiva del pagamento (o, in altri termini, se sia opportuno fissare i *discrimen* tra fenomeni estintivi e successori nell'atteggiamento psicologico del *solvens*) o se sia ammissibile configurare l'adempimento del terzo come ipotesi di dissociazione tra la realizzazione dell'interesse del creditore e l'attuazione dell'obbligo, si può agevolmente constatare come gli argomenti addotti a favore dell'orientamento tradizionale nulla provino in merito alla riconducibilità della surrogazione per volontà del debitore ad una fattispecie successoria.

Invero, se la ragione per cui in alcuni casi il pagamento non determina l'estinzione dell'obbligo è la circostanza che il terzo non abbia un *animus solvendi*, è evidente che il problema non viene nemmeno a porsi quando il pagamento è effettuato proprio dal debitore. Del resto, la stessa dottrina che configura la surrogazione come un fenomeno successorio giunge alla stessa conclusione quando afferma che: se a pagare è il debitore è "irrilevante la volontà dello stesso diretta ad estinguere il diritto"[126].

---

esso" all'adempimento del terzo sottolinea come in quest'ultimo "l'atto di prestazione già si caratterizzi per suo proprio conto…tra i diretti soggetti dell'attribuzione" (cioè *solvens* ed *accipiens*) ed abbia una sua propria configurazione e giustificazione causale "anche all'esterno", in quanto "destinato in via diretta a realizzare il diritto del creditore"; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, XXIV, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 44,0 che sottolinea come l'attribuzione patrimoniale in capo al terzo "è strettamente legata all'esistenza di un rapporto obbligatorio" in capo al debitore la cui prestazione viene adempiuta dal terzo, di guisa che l'atto di quest'ultimo sarebbe "privo del suo fondamento giustificativo, ove non esista l'obbligo che si pretenda di eseguire".

[126] Così afferma testualmente CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)* cit., 966. Cfr. pure P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e inadempimento*, Napoli, 1950, 152, nota 64 e M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, rist. Torino, 1952, 181, il quale

Lo stesso deve dirsi per la tesi che configura il pagamento con surrogazione come ipotesi di successione di un diritto che rimane identico dal punto di vista formale, ma diverso da quello materiale. Tale ricostruzione, invero, se pure riesce a fornire una spiegazione convincente delle ipotesi di pagamento con surrogazione di cui agli artt. 1201 c.c. e 1203 c.c., coerente all'idea che l'adempimento del terzo rappresenti strumento giuridico di realizzazione del credito, ma non anche di attuazione del debito[127], non si presta però a spiegare l'ipotesi di surrogazione di cui all'art. 1202 c.c. ove il pagamento è effettuato dal debitore.

Ed infatti, se è vera l'affermazione di partenza secondo cui l'estinzione dell'obbligo si verifica in conseguenza della "rottura dell'imprescindibile nesso di correlazione tra credito"[128], dovrà necessariamente concludersi che l'esattezza "oggettiva" e "soggettiva" del pagamento ex art. 1202 c.c. detta rottura inevitabilmente determini[129].

Né varrebbe replicare che proprio l'operare della surrogazione eviterebbe la rottura di tale nesso, perché questo, invero, è ciò che andrebbe dimostrato[130]. Tale obiezione, in particolare, avrebbe pregio ove si riuscisse a

---

giunge ad affermare che il soddisfacimento del creditore non è nemmeno un fenomeno giuridico.

[127] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto della obbligazione*, cit., 21 s.

[128] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto della obbligazione*, cit., 4.

[129] In termini più generali, e dunque riferiti anche alle ipotesi di surrogazione di cui all'art.

[130] Contesta che la surrogazione determini un'estinzione dell'obbligo del debitore NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 99-100. La tesi tuttavia è formulata in relazione alle ipotesi di adempimento da parte del terzo, e non del debitore: "…l'istituto della surrogazione è proprio lì per dimostrare che la prestazione del terzo che il creditore non può rifiutare in quanto realizzi il suo diritto, può non provocare l'estinzione dell'obbligo del debitore la cui posizione rimane obiettivamente immutata, salvo il mutamento del destinatario della sua attività. Comunque infatti si voglia costruire l'istituto della surrogazione, mi pare che due punti non possono essere oggetto di discussione, e cioè: l'effetto di realizzazione del diritto del creditore e quello della permanenza in vita dell'obbligo del debitore (…). Nella surrogazione si ha estinzione del diritto di credito originario, ma permanenza dell'obbligo il che conferma la non necessità di una rigorosa interdipendenza tra i due termini del rapporto obbligatorio; per effetto di tale permanenza dell'obbligo la legge crea in modo *originario* il diritto a favore di un'altra persona, ossia, in altri termini sposta l'elemento soggettivo della tutela. Che fra diritto del creditore originario e quello del surrogato vi sia perfetta equivalenza dal punto di vista economico è verissimo; ma ciò non si spiega non in base ad un rapporto di successione (in senso tecnico) fra l'uno e l'altro, ma piuttosto in base al rilievo che, permanendo immutata la posizione del debitore, è a questa che si deve adeguare la posizione attiva riconosciuta al nuovo titolare, dato che la posizione di questo non può essere che un correlato della posizione di quello. La verità è dunque che la surrogazione presuppone la realizzazione integrale del diritto del creditore e tuttavia impedisce l'estinzione dell'obbligo".

dimostrare che la mancata estinzione dell'obbligo rappresenti l'unica spiegazione plausibile della permanenza delle garanzie in capo al terzo, e, per le ipotesi di cui agli artt. 1201 c.c. e 1203 c.c. del diritto alla ripetizione.

Ma così non è. Senza anticipare la ricostruzione del pagamento con surrogazione che si intende accogliere, per il momento basta osservare come la stessa dottrina[131] che esclude l'attuazione dell'obbligo nel pagamento con surrogazione ravvisa la giustificazione della pretesa del terzo a rivalersi sul debitore, "da un lato, nell'asserita inattuazione e non estinzione dell'obbligo e quindi dello stesso rapporto obbligatorio altrui adempiuto da un terzo, ove la rivalsa di quest'ultimo si attui in via di surrogazione, intesa ed assunta quale effetto diretto dell'adempimento in quanto non attuativo e non estintivo dell'obbligo gravante sul debitore" e dall'altro individua "viceversa siffatta giustificazione nel rapporto fra debitore e terzo, preesistente e concomitante all'adempimento medesimo, nel caso in cui l'esborso affrontato dall'adempiente si realizzi attraverso forme alternative di tutela riconducibili al piano dell'efficacia riflessa di tale adempimento"[132].

La tesi dell'identità giuridica tra nuovo e vecchio credito, d'altronde, non si adatta all'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore.

Infatti, se è vero che il concetto di successione è un concetto eminentemente formale che dipende dal modo in cui l'ordinamento decide di considerare la situazione dell'avente causa rispetto a quella del dante causa, tuttavia, si è correttamente precisato che da un punto di vista pratico tale identità "deve necessariamente significare che restano immutati gli elementi obiettivi, ossia il contenuto e l'oggetto, per modo che la situazione del secondo soggetto non sia destinata a coesistere con quella del primo ma si ponga come continuazione di questa"[133].

---

[131] NICOLÒ, *L'adempimento del terzo*, cit., 218 ss., spec. 221 ss. il quale si riferisce, in particolare, al caso di «obbligo legale o negoziale all'intervento nel rapporto obbligatorio altrui (…), di semplice onere, (…), di autorizzazione all'intervento", oltre alle ipotesi "di intervento spontaneo".

[132] TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 164.

[133] Così R. NICOLÒ, voce *Successione nei diritti*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, 608. Più nel dettaglio, Secondo l'Autore "la norma può procedere ad una identificazione formale delle due situazioni, in relazione a particolari fattispecie, ponendo fra esse un nesso di dipendenza obiettiva i cui atteggiamenti visibili sono dati: a) dal fatto che la

Nella surrogazione per volontà del debitore, invece, si verifica invece una sia pur temporalmente circoscritta coesistenza tra i due rapporti di modo che non si può dire che il secondo esista in quanto il primo venga meno.

Il diritto alla restituzione invero nasce da un titolo diverso – il contratto di mutuo – rispetto a quello che ha dato origine al primitivo rapporto.

La diversità tra i due rapporti è evidente già quando il nuovo credito deriva da un precedente contratto di mutuo. Ma lo è ancora di più quando il rapporto originario deriva da un contratto di finanziamento diverso dal contratto di mutuo. Risulterebbe difficile sostenere che il mutuante surrogato subentri nello stesso rapporto (che rimane immutato quanto agli elementi oggettivi) quando il rapporto originario è un rapporto di apertura di credito o un rapporto di anticipazione bancaria. Ciò, invero, equivarrebbe a dire che continua ad esistere, seppur formalmente, il precedente rapporto di apertura di credito, che pure si è voluto estinguere; che, contemporaneamente, esistono i due rapporti obbligatori, che il debitore è obbligato sia per l'originario rapporto obbligatorio sia per il nuovo rapporto obbligatorio o che il creditore subentrante può esercitare le sue pretese creditorie sia in base all'originario rapporto che ha struttura e condizioni diverse sia in base al nuovo, e quindi in base a due titoli[134].

---

prima situazione sorge in quanto si estingue la prima; b) che la seconda situazione esiste in quanto esisteva la prima. Il primo atteggiamento è una conseguenza dell'identità di contenuto e di oggetto delle due situazioni che ne rende impossibile la coesistenza e che importa che, essendo la nascita dell'una consequenziale all'estinzione dell'altra, la prima vale giuridicamente come continuazione della seconda. Il secondo atteggiamento, ancora più caratteristico, importa che gli elementi che condizionavano l'esistenza dell'una conservano la loro efficacia e continuano a determinare la esistenza dell'altra per modo che la disciplina giuridica di entrambe viene necessariamente a coincidere. Sul piano della valutazione della norma il concetto di successione deve perciò servire a individuare una particolare relazione di interdipendenza fra una situazione giuridica, considerata storicamente, e una situazione giuridica attuale che alla prima si è sostituita. Al di fuori di questa valutazione correlativa delle due situazioni, che solo la norma può fare sulla base di determinati presupposti, il concetto di successione non ha ragion d'essere. Perché non basta che un diritto si estingua presso un soggetto e un altro conseguentemente sorga presso un diverso soggetto che abbia contenuto e oggetto identico, ma occorre che la norma, valutando le due situazione e partendo dal presupposto di una dipendenza della seconda rispetto alla prima, pervenga alla loro identificazione formale e non semplicemente empirica, attribuendo ai fatti costitutivi o impeditivi del diritto originario la medesima rilevanza rispetto al diritto nuovo e disponendo che il regolamento del primo continui a trovare applicazione anche per il secondo".

[134] Così E. BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema*

Tale conclusione, oltre che irragionevole, non appare giustificabile nemmeno sotto il profilo della tutela del mutuante, il quale già ha un'azione *ex mutuo* per recuperare la somma versata; azione che, tra l'atro, non rischia di essere paralizzata da vizi del primitivo rapporto.

Quanto detto dovrebbe indurre, se non a rivedere completamente la tesi che configura il pagamento con surrogazione come fenomeno successorio, quantomeno ad evitare di estendere *de plano* le conclusioni cui si è pervenuti in merito alla natura giuridica della surrogazione per volontà del creditore e legale, anche all'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore.

In effetti l'unico autore che ha tentato l'impresa appare in difficoltà quando cerca di spiegare, da un lato, come sia possibile la permanenza del credito nonostante l'esatto adempimento del debitore e, dall'altro, cosa accada al rapporto obbligatorio nascente dal nuovo contratto di mutuo.

Con riferimento al primo profilo, in particolare, si è cercato di sostenere che l'atto, apparentemente solutorio, sia in realtà diretto a dare "soddisfacimento all'interesse creditorio, in modo da consentire al terzo l'acquisto del diritto"[135] e che l'estraneità dei mezzi solutori escluda che "l'adempimento possa essere formalmente imputato al debitore"[136].

Contro un simile argomento, tuttavia, basta far notare che, per effetto del mutuo, la proprietà delle somme passa in capo al mutuatario e dunque in alcun modo potrebbero essere considerati estranei al debitore i mezzi adoperati per adempiere[137].

---

di mutui ipotecari, *Atti del Convegno/Fondazione italiana per il notariato*, Milano, Il Sole 24 ore, 2008, 119.

[135] CARPINO, *sub. artt. 1201-1205 c.c.*, cit., 13

[136] CARPINO, *sub. artt. 1201-1205 c.c.*, cit., 13.

[137] Salvo aderire alla tesi, invero minoritaria, che oggetto del contratto di mutuo sia il godimento temporaneo di un bene (teoria del godimento o *Nutzungs Theorie*). Secondo tale ricostruzione, la somma di denaro oggetto del mutuo verrebbe a trovarsi in una posizione analoga a quella che riveste l'immobile nella locazione. Il bene dunque verrebbe concesso in godimento temporaneo ed il mutuatario pagherebbe analogamente al conduttore una somma per detto godimento, obbligandosi a restituirla una volta cessata la necessità. Questa posizione è stata autorevolmente argomentata da F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1993, 25-26, il quale accomuna mutuo, usufrutto, locazione e comodato in un'unica categoria concettuale, proprio in ragione di detta analoga funzione: "elemento caratteristico del contratto di credito è l'attribuzione ad uno dei contraenti del godimento temporaneo di una cosa. Naturalmente, se il godimento deve essere temporaneo, la cosa deve essere restituita: non è però necessario che sia restituita la cosa stessa; al contrario quando si tratti di cose fungibili,

In relazione al secondo profilo, invece, la tesi criticata, nel tentativo di superare l'assurdo logico della permanenza di due rapporti incompatibili tra loro, ha sostenuto che il pagamento del debito mediante la somma mutuata e la conseguente surrogazione determinino l'estinzione dell'obbligo di restituzione ex mutuo; si avrebbe, in altri termini, un adempimento indiretto dell'obbligo di restituzione e la conseguente estinzione del credito (ex mutuo) del mutuante[138].

La tesi dell'estinzione del diritto alla restituzione per effetto della surrogazione oltre a non essere - come afferma lo stesso Autore che se ne fa interprete - "agevole [da] dimostrare"[139], non può essere condivisa per le conseguenze paradossali cui conduce: il rapporto di credito originario, nonostante l'esatto adempimento, rimane in vita; il rapporto di credito nascente dal contratto di mutuo tra terzo e debitore, invece, si estingue in conseguenza dell'adempimento da parte del debitore del diverso e precedente debito nei confronti del primo creditore; rapporto quest'ultimo che però resta in vita al solo fine di garantire al mutuante lo strumento per recuperare la somma erogata; e ciò per evitare che il mutuante rimanga privo di mezzi dato che proprio la surrogazione lo priva del diritto alla restituzione *ex mutuo*[140]!

---

oggetto della restituzione deve essere il *tantundem*; in tal caso l'identità delle cose è considerata non tanto nella sua *species*, quanto nel *genus* onde ogni cosa compresa in questo *vicem fungitur* di ogni altra cosa; perciò appartengono a questa categoria tanto il comodato o il prestito d'uso (…) quanto il mutuo o prestito di consumazione". Cfr. pure in tal senso A. DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, 855.

[138] CARPINO, *sub. artt. 1201-1205 c.c.*, cit., 61 ss.

[139] CARPINO, *sub. artt. 1201-1205 c.c.*, cit., 62 ss.

[140] La tesi è stata di recente ripresa da SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 455- 456, il quale dopo aver rilevato come "la letteratura formatasi a proposito dell'art. 1202 c.c. non sia riuscita a chiarire in modo soddisfacente se il mutuante conservi nonostante l'avvenuta surrogazione il credito alla restituzione ex mutuo ovvero se tale diritto si estingua", conclude che: "il credito ex mutuo si estingue non perché sia (indirettamente) adempiuto, ma perché esso altro non è che il credito originario, il quale a seguito della surrogazione si è trasformato in conformità dell'accordo del debitore e del terzo surrogato. Ai sensi del comma 3 bis dell'art. 8 del decreto-legge Bersani-bis, in particolare, l'accordo concluso tra il soggetto finanziato non è strutturalmente e funzionalmente autosufficiente: esso invece rileva come un patto normativo di rinegoziazione del finanziamento originario, in quanto predetermina vincolativamente tra le parti il contenuto del contratto di finanziamento a seguito della surrogazione da parte del nuovo finanziatore". Da tale presupposto si fa derivare che "il titolo esecutivo a favore del nuovo finanziatore non può essere costituito dal contratto originariamente stipulato tra il soggetto finanziato e la banca o l'intermediario finanziario (perché il contenuto del finanziamento è stato in tutto o in parte modificato), né dal contratto

Tale straordinaria complicazione è foriera di ulteriori inaccettabili conseguenze sotto il profilo della tutela del mutuante. Se egli avesse azione solo in virtù del primitivo rapporto si troverebbe ad essere svantaggiato dalla surrogazione in tutte le ipotesi in cui il titolo originario fosse viziato, in spregio, non solo a ragioni di equità ma anche alla *ratio* della surrogazione, che ha invece la funzione di garantire al *solvens* il mezzo più efficace per il recupero di quanto prestato.

Contro l'impostazione tradizionale, inoltre, depone altra ed assorbente considerazione: anche a voler negare l'efficacia estintiva del pagamento con surrogazione l'orientamento in parola non riesce a spiegare il fondamento del potere, che in tal modo verrebbe attribuito al debitore, di disporre unilateralmente del rapporto di credito.

Se infatti il rapporto fosse ancora in vita, il debitore attraverso la surrogazione disporrebbe della posizione del creditore senza il suo consenso, in espressa violazione del principio di cui all'art. 1372 c.c. che impedisce al debitore l'arbitraria estromissione del creditore dal rapporto obbligatorio.

Né varrebbe replicare che in tal caso è la legge e non la volontà delle parti a determinare il trasferimento, perché, anche ad ammettere che fonte della surroga sia la legge e non la volontà del debitore, tale anomala deroga al principio del *pacta sunt servanda* non risponderebbe ad alcun interesse meritevole di tutela[141].

Più difficile invece risulta spiegare perché se la vicenda è novativa l'art. 1204 c.c. disponga l'efficacia della surrogazione anche contro i terzi che

---

stipulato tra il soggetto finanziato e il nuovo finanziatore (perché esso si è limitato a modificare il contenuto dell'accordo preesistente) ma soltanto dal «combinato disposto» di entrambi, i quali dovranno a tal fine avere la forma dell'atto pubblico (art. 474, comma 1, n. 3, c.p.c.) o quanto meno quella della scrittura privata autenticata (art. 474, comma 1, n. 2, c.p.c.), e dovranno essere notificati al debitore inadempiente (art. 479 c.p.c.)".

[141] Esprime perplessità in merito all'attribuzione al debitore di un siffatto potere BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 768: "giuridicamente una simile forma di surrogazione è difficilmente comprensibile; e ci si è chiesti come possa il legislatore aver autorizzato questo singolare passaggio del credito dal creditore a colui che ha dato la somma in mutuo senza che abbia alcun rilievo la volontà del creditore stesso (si è perfino parlato di un'espropriazione del credito giustificata da ragioni di praticità; dopo tutto il creditore riceve il suo e non ha nessuna ragione legittima di opporsi ad un procedimento utile al debitore, utile al capitalista compiacente, utile all'interesse economico generale). Eppure sembra questo il caso esemplare in cui la ricerca della *ratio* della norma costringe ad indubbie acrobazie concettuali, al cospetto di un eloquente vuoto di effettività del fenomeno cui si ricerca di afferrare il senso".

hanno prestato garanzia per il debitore[142]. Ed infatti la regola dell'*accesorium sequitur principale* è propria dei fenomeni successori e non già dei fenomeni novativi.

Ed invero, mentre nella cessione del credito – pacificamente riconducibile nell'ambito dei fenomeni successori – è espressamente prevista la permanenza delle garanzie, nonostante la modifica soggettiva (art. 1263 c.c.), viceversa, a proposito della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo si prevede l'estinzione delle garanzie, salvo diversa volontà delle parti (art. 1232 c.c.).

Contro tale argomento si potrebbe obiettare, anzitutto, che se il legislatore ha sentito l'esigenza di precisare che le garanzie permangono nonostante il pagamento con surrogazione ciò significa che ha presupposto l'efficacia estintiva del pagamento.

Ma le maggiori difficoltà si pongono sotto il profilo teorico.

Si tratta infatti, da un lato, di verificare la correttezza della tesi che individua nel trattamento riservato agli accessori nelle ipotesi di sostituzione di uno dei soggetti dell'originario rapporto l'elemento valido a distinguere fenomeni estintivo-costitutivi da quelli dalla successori e, dall'altro, di chiarire se sia conseguenza compatibile con il nostro ordinamento la sopravvivenza delle garanzie nonostante l'estinzione del debito.

Con riferimento alla prima questione deve anzitutto segnalarsi che non avendo le norme richiamate (art. 1263 c.c. e 1232 c.c.) carattere imperativo, non appare opportuno individuare in esse il *proprium* della distinzione[143].

---

[142] Afferma che la funzione della surrogazione sia sostanzialmente quella di mantenere le garanzie che assistevano l'originario rapporto che però si estingue già MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, *sub artt.1201-1203 c.c.*, cit., 151-152. L'Autore, dopo avere evidenziato i limiti della teoria successoria nel spiegare il fondamento del passaggio del diritto di credito da un soggetto ad un altro, conclude che: "La surrogazione si giustifica, invece, solo se il credito originario è più rafforzato, più agguerrito del secondo, nel qual caso è perfettamente comprensibile ed equo che il mutuatario, anche allo scopo di indurre più agevolmente il terzo a concedergli il prestito, gli trasferisca le stesse condizioni che aveva fatto al primo creditore (…). Se tutto ciò è esatto (…) non c'è dubbio che il terzo mutuante acquista in effetti non tutto il primo credito, ma solo le sue garanzie o meglio quelle garanzie di cui è sprovvisto il suo credito. Ecco quindi dimostrato che non si verifica alcun trapasso del credito ma solo un trasferimento delle sue garanzie. Questo e non altro vuol dire l'art. 1202 c.c. quando parla di surroga del mutuante nei diritti del creditore, vale a dire nei diritti più validamente tutelati di quanto non lo siano quelli del mutuante".

[143] Per quanto riguarda l'art. 1263 c.c. è la norma stessa a prevedere la clausola di derogabilità.

L'essenza di un istituto, invero, dovrebbe ricercarsi in ciò che *necessariamente è* e non invece in ciò che, *potendo non essere*, è *contingente*.

La tesi in esame, inoltre, non considera che non tutte le fattispecie prese in considerazione dagli artt. 1268 ss. c.c. sono qualificabili come vicende novative: "La disposizione del codice (art. 1235 c.c.) rinvia espressamente a queste norme con riferimento alla ipotesi in cui il debitore è sostituito a quello originario, che viene liberato. Sebbene la disposizione sia rubricata «novazione soggettiva», il rinvio del codice non implica che la sostituzione del soggetto passivo dell'obbligazione debba qualificarsi necessariamente come novazione. La liberazione del debitore e la sua sostituzione possono integrare, infatti, sia la vicenda della novazione sia quella del trasferimento. All'una e all'altra vicenda si applicano le norme richiamate, ma ciò non toglie che la distinzione debba essere tenuta ferma e che sia rilevante"[144].

Se dunque, per quanto affermato, la differenza tra fenomeni novativi e successori non può desumersi dalla sorte degli accessori rispetto al credito, si pone la necessità di individuare il *discrimen* tra le due figure.

In merito, pare non incorrere nell'errore metodologico segnalato la tesi che individua il *discrimen* tra le due vicende nel vincolo di derivazione della nuova obbligazione rispetto alla precedente: "La fattispecie deve essere

---

La natura derogabile dell'art. 1232 c.c., invece, è stata affermata dalla dottrina. Per tutti cfr. V. PANUCCIO, voce *Cessione dei crediti* in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, 861-862: "Poiché le garanzie costituiscono accessorio del credito, esse trapassano automaticamente con la cessione: *accessorium sequitur principale*. Tuttavia le parti possono espressamente escluderne il trasferimento. L'art. 1263 c.c., che dispone il trapasso degli accessori, non può considerarsi norma cogente: la dizione letterale non autorizza a ritenere che la norma abbia derogato al fondamentale principio dell'autonomia privata. Né sussiste una valida ragion per poter postulare un eccezione a tale principio: la norma infatti non è dettata il favore del ceduto che, non essendo parte del negozio, non potrebbe subire una *res inter alios acta*. E sarebbe ingiustificabile che l'ordinamento obbligasse il creditore a garantire un proprio interesse di indole strettamente privata, anche contro la sua volontà".

[144] BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 628. Secondo l'Autore, in particolare, "nello schema della novazione soggettiva s'inquadra di regola la delegazione privativa o cumulativa in quanto la nuova obbligazione, quella del delegato, è normalmente svincolata dalla fonte della vecchia obbligazione (quella intercorrente tra delegante e delegatario): il nuovo debitore, infatti, non può opporre al creditore le eccezioni che a questi avrebbe potuto opporre il debitore originario. Viceversa nell'espromissione e nell'accollo si verifica il trasferimento del debito in quanto il nuovo debitore assume nei confronti del creditore l'obbligazione che aveva il debitore originario, potendo quindi opporgli le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporgli il debitore originario". Ma già B. V. SALPIUS *Novation und Delegation nach römischen Recht*, Berlin, 1864, 354.

qualificata novativa, precisamente, quando la nuova obbligazione prescinde dal titolo originario. La costituzione e la regolamentazione della nuova dipendono allora esclusivamente dall'atto di assunzione del terzo"[145].

E ciò si verifica quando il primo rapporto, che vi sia stato o meno adempimento, venga dalla legge considerato dalla legge come estinto[146].

Se così è, ne risulta il corretto inquadramento del pagamento con surrogazione nelle fattispecie novative. L'obbligazione del mutuante, invero, trova fondamento nel contratto stipulato con il debitore mutuatario e non già nel contratto che lega quest'ultimo all'originario creditore.

Valorizzando tale specifico profilo emerge con maggiore chiarezza la diversità strutturale tra surrogazione per volontà del debitore e cessione del credito (al quale istituto viene invece accostata in ragione della sua presunta natura traslativa): mentre la surrogazione per volontà del debitore suppone il pagamento, tale presupposto non esiste nella cessione, neanche quando questa sia a titolo oneroso, perché il prezzo, lungi da assumere funzione solutoria del debito preesistente, rappresenta invece il corrispettivo per l'acquisto del credito.

Tale differenza confermerebbe il corretto inquadramento della cessione nell'ambito delle vicende successorie e, in pari tempo, l'estraneità della surrogazione a tale fenomeno.

Per quanto riguarda il secondo profilo, invece, si tratta di verificare se sia compatibile con i principi generali dettati dal codice in tema di garanzie la permanenza dell'accessorio, la garanzia, nonostante il venir meno del principale, il debito.

La risposta a tale quesito in parte è già stata fornita risolvendo la prima questione.

Se le parti, in ipotesi di novazione, possono disporre la permanenza delle garanzie, nonostante l'estinzione del debito, a maggior ragione lo può fare la legge prevedendo il trapasso delle garanzie nonostante l'estinzione del debito.

---

[145]BIANCA, *L'obbligazione,* cit., 628.
[146] Così NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui,* cit., 100.

L'art. 1204 c.c. in tale prospettiva andrebbe letto come una delle tante deroghe previste dal nostro ordinamento al principio di accessorietà[147].

Sin qui si è cercato di dimostrare l'infondatezza della tesi che vede nel pagamento con surrogazione una vicenda successoria mostrando preferenza per il minoritario orientamento che invece configura la surrogazione come una vicenda novativa[148]. Va tuttavia precisato che il termine novazione sin qui è stato utilizzato nel suo significato generico e atecnico di "formula logica che sintetizza il venir meno di una data situazione giuridica e la nascita correlativa di una nuova", e non invece nel significato ben più rigoroso del linguaggio codicistico, che disciplina l'omologo istituto agli artt. 1230-1235 c.c.

---

[147] Contesta che l'accessorietà sia predicato inscindibile dell'ipoteca pure A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2005, 297-300. Secondo l'Autore "gli artt. 1232 e 1275 c.c. dimostrano che la volontà dei soggetti del rapporto obbligatorio ben può rendere l'ipoteca accessoria rispetto ad altro credito rispetto a quello in origine garantito". Con specifico riferimento al pagamento con surrogazione cfr. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, *sub. artt. 1201- 1205* c.c, cit., 152- 153: "Resta da spiegare l'aspetto anomalo di questa garanzia che sopravvive all'obbligazione a servizio della quale è sorta, ma se a questo proposito, non si può che parlare di un effetto eccezionale che l'ordinamento pone, d'altra parte, sotto il profilo strettamente dogmatico non sembra esservi alcuno ostacolo al fatto che il debitore rientrato nella disponibilità delle garanzie ne faccia uso a favore del nuovo creditore. La tesi qui sostenuta sembra, del resto, trovare ulteriore conforto nella disciplina della surrogazione legale prevista dall'art. 1203 c.c.
Così nel caso del creditore chirografario che paga un altro creditore che lo precede a causa dei suoi privilegi, è chiaro che il primo è surrogato nelle maggiori garanzie di cui il creditore privilegiato godeva nei suoi confronti, come è chiaro pure che la ragione della surroga è proprio nell'acquisto di questa più forte garanzia del credito. Nel caso dell'acquirente di un immobile che paga il creditore ipotecario non vi è a suo favore una situazione creditoria preesistente, ma questa situazione si concreta nel momento stesso in cui egli paga il debito del venditore, ed è proprio questo suo credito che viene rivestito delle maggiori garanzie di cui godeva quella del creditore ipotecario. Né la situazione cambia nella surrogazione voluta dal creditore (art. 1201 c.c.) (…). Anche in questo caso indubbiamente sussiste – ed anzi è più visibile – l'anomala situazione di un creditore soddisfatto che, invece di restituire le garanzie, se ne serve ancora trasferendole ad un terzo. Ma mentre anche qui non si può che parlare di un effetto legale della surrogazione, nello stesso tempo non si può non osservare che, se è vero che il credito per il quale la garanzia è stata costituita è estinto, è pero anche certo che il debito sussiste tuttora, per cui la violazione del principio tradizionale è più che altro apparente. Non bisogna, infatti, dimenticare che la regola secondo la quale la garanzia segue sempre il credito va intesa in relazione ad una normale e semplice separazione dell'accessorio dal principale, e non può certo venire riferita ad una situazione così particolare come quella della surrogazione nella quale si verifica la separazione del credito dall'obbligazione, e nella quale non si può più nemmeno stabilire quale sia il *principale* che l'accessorio deve seguire, dato che il primo si è scisso in due entità separate. Del resto la legge (artt. 1232 e 1275 cod. civ.) consente espressamente che le garanzie di un credito estinto possano venire utilizzate per un nuovo credito".

[148] S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto,* Milano, 1978, 96.

Invero, come è stato messo in luce da un autore, se "di novazione si trattasse, sarebbe una novazione soggettiva attiva; ma la novazione soggettiva è soltanto quella passiva e questa, peraltro, non si può considerare come una fattispecie autonoma"[149]. A ciò si aggiunga che la novazione rappresenta un modo non satisfattivo di estinzione dell'obbligazione, mentre il pagamento, quand'anche effettuato dal terzo, determina il soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Il significato di tale affermazione si coglie meglio analizzando più da vicino il diverso meccanismo cui si producono novazione e adempimento, rispettivamente, nelle ipotesi di delegazione, espromissione ed accollo e nella surrogazione.

Nelle ipotesi di modificazioni del lato passivo dell'obbligazione menzionate, l'estinzione della nuova obbligazione si verifica come conseguenza della nascita di una nuova obbligazione in capo a soggetto diverso dall'originario obbligato, e della contestuale dichiarazione del creditore di liberare il primitivo debitore. L'obbligazione precedente in questi casi si estingue, non già in ragione del soddisfacimento dell'interesse creditorio, bensì perché il creditore ritiene di poter soddisfare il medesimo interesse con l'adempimento dell'obbligazione da parte di un soggetto diverso rispetto al debitore originario.

Nelle ipotesi di pagamento con surrogazione, invece, l'obbligazione originaria si estingue perché la prestazione che il creditore riceve, corrispondendo al contenuto originario dell'obbligo, soddisfa il suo interesse. Ed è proprio per tale ragione che si spiega la scelta del debitore, del creditore o della legge di surrogare chi ha pagato o chi ha reso possibile il pagamento nei diritti del creditore stesso.

In altri termini, a differenza delle ipotesi di delegazione, espromissione e accollo novativi, nel pagamento con surrogazione l'effetto estintivo si verifica non già in conseguenza della dichiarazione del creditore di liberare il debitore originario (e dunque, in ultima analisi, per volontà delle parti), ma più

[149] PIRAINO, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, cit., 20.

semplicemente perché il pagamento con surrogazione rappresenta un vero e proprio adempimento, con l'unica particolarità, del resto consentita dalla legge (art. 1180 c.c.) che nella surrogazione legale e per volontà del debitore l'adempimento proviene non dal debitore ma dal terzo.

Nelle ipotesi di pagamento con surrogazione, pertanto, la nascita della nuova obbligazione o il trasferimento dell'ipoteca nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c. ha titolo, non già nell'accordo tra creditore e nuovo debitore, bensì nell'adempimento che, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, determina - nelle ipotesi di cui agli artt. 1201-1203 c.c. - la nascita dell'obbligazione tra debitore e *solvens* e - in quella di cui all'art. 1202 c.c. - il trasferimento dell'ipoteca.

In entrambe le situazioni, dunque, la nuova obbligazione deriva dalla precedente, ma nella novazione tale vincolo di derivazione è, per così dire, diretto; nella surrogazione, di contro, la nascita della nuova obbligazione passa necessariamente per l'adempimento. In altri termini in caso di delegazione, espromissione e accollo, la nascita di una nuova obbligazione in capo al debitore subentrante si verifica in un momento in cui l'adempimento ancora non c'è stato; nella surrogazione, al contrario, il sorgere di una nuova obbligazione in capo al terzo ha come presupposto l'adempimento[150].

Sulla base di quanto sin qui affermato si deve concludere che il pagamento con surrogazione, integrando un'ipotesi di esatto adempimento, estingua l'obbligo in modo assoluto, ma sopravvivano le garanzie, che si trasportano dal primitivo credito estinto al nuovo credito, che sorge - nell'ipotesi di

[150] Ritiene che il diritto alla restituzione nasca dall'adempimento TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 99: "In tale ipotesi [pagamento con surrogazione], l'obbligo del debitore di reintegrare la perdita patrimoniale subita dal terzo a seguito dell'adempimento del debito altrui, pur avendo sostanzialmente ad oggetto l'equivalente economico della prestazione originariamente dovuta dal debitore al creditore non troverebbe la sua diretta ed immediata giustificazione giuridica nel rapporto intercorrente fra i soggetti dell'obbligazione originaria e nella sopravvivenza di quest'ultima in quanto inattuata, bensì, avrebbe fondamento nell'atto di adempimento di tale obbligazione ad opera del terzo: il che, da un canto, consente di ribadire come siffatto adempimento, al pari di quello proveniente dal debitore, sia non solo satisfattivo dell'interesse creditorio, ma contestualmente attuativo dell'obbligo originario (di prestazione) del debitore medesimo nei confronti del creditore, realizzando di tal guisa "integralmente"il contenuto del relativo rapporto obbligatorio;e, dall'altro, può offrire un elemento ulteriore per ricostruire in termini generali l'adempimento del terzo del terzo".

surrogazione per volontà del debitore - dal nuovo contratto di mutuo, e - nelle ipotesi di cui agli artt. 1201 e 1203 c.c. - dall'adempimento[151].

Né varrebbe obiettare che, nelle ipotesi di cui agli artt. 1201 e 1203 c.c., essendo la prestazione eseguita dal terzo, l'adempimento non potrebbe considerarsi esatto. È stato infatti autorevolmente dimostrato che l'esattezza attiene all'*utilitas facti*[152], e non già alla persona dell'adempiente.

Le qualità del debitore, al contrario, rilevano solo nei contratti c.d. *inutuitus personae*, per i quali del resto è previsto il rimedio dell'opposizione del creditore all'adempimento del terzo.

In altri termini se il creditore non si oppone, allora significa che l'adempimento del terzo, parimenti a quello eseguito dal debitore, si rivela "non solo satisfattorio dell'interesse creditorio, ma anche attuativo dell'obbligo originario (di prestazione) del debitore medesimo nei confronti del proprio creditore"[153].

A favore della tesi che inquadra il pagamento con surrogazione nell'ambito di una vicenda estintiva dell'originario rapporto, inoltre, depongono due ulteriori considerazioni.

---

[151] Per le tesi che configurano efficacia estintiva al pagamento del terzo cfr. BUCCISANO, *Il pagamento con surrogazione*, cit., 39 s. e 79. L'Autore sostiene che il pagamento realizzi l'interesse del creditore e ne estingua il diritto. Tuttavia nonostante l'estinzione del diritto del creditore rimarrebbe in vita l'obbligo come conseguenza della fattispecie surrogatoria della quale il pagamento rappresenta solo coelemento. Il *solvens* dunque subentra non nel diritto del creditore, che ormai si è estinto, ma nel *posto* del creditore, rimasto vacante, quale "semplice espressione giuridica" del "contenuto normativo del diritto" precedente, che viene recepito nel diritto nuovo, a quello "qualitativamente identico": "egli acquista così un diritto di credito nuovo, che nasce dal subentrare nel posto del precedente creditore e che tutela il suo interesse al regresso, a cui questo nuovo diritto è quantitativamente proporzionato"; TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 94 ss., in part. 99, 154-160; BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 287: "L'adempimento del terzo è di regola un atto avente duplice natura, esecutiva e negoziale. Esso è un atto esecutivo poiché costituisce attuazione di un precedente rapporto, e i suoi effetti si producono non in quanto decisi dall'adempiente, ma in quanto la prestazione estingue legalmente l'obbligazione adempiuta. Rispetto al rapporto obbligatorio, e con riferimento ai suoi soggetti, l'atto del terzo è dunque atto di adempimento. Ne consegue allora l'applicabilità della disciplina dell'adempimento in ordine alla capacità del creditore, alla legittimazione a ricevere, al pagamento parziale, all'offerta della prestazione, ecc. Se, poi, il rapporto obbligatorio risulta inesistente, l'adempimento del terzo integra per ciò stesso un indebito oggettivo, con diritto dell'adempiente a ripetere quanto ha pagato"; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Milano, 2009, 185-187.

[152] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 181.

[153] TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., 99 ss.; 154 ss.

In primo luogo, la collocazione sistematica dell'istituto nell'ambito del capo II, del libro quarto relativo all'adempimento dell'obbligazione.

In secondo luogo, il confronto tra la disciplina della surrogazione contenuta nel codice del 1865 e quella prevista nel codice attuale. L'art. 1238, secondo comma, del codice civile del 1865 infatti disponeva che le obbligazioni possono essere estinte con il pagamento fatto da un terzo (che non vi abbia interesse) purché "questo terzo (…) ove agisca in nome proprio, non venga a sottentrare nei diritti del creditore"; da questa disposizione si poteva desumere che l'adempimento del terzo avesse in genere effetto estintivo dell'obbligazione, salva l'ipotesi della surrogazione, nella quale l'obbligazione permaneva. La circostanza che la disposizione richiamata non sia stata riprodotta nel codice civile del 1942 induce a ritenere che il legislatore abbia avuto (quanto meno) delle perplessità in ordine alla persistenza dell'originario rapporto in caso di surrogazione.

Per quanto sin qui detto, deve escludersi l'inquadramento della surrogazione nell'ambito dei fenomeni successori, e concludersi che essa configuri un'ipotesi di "esatto adempimento"[154].

Da tale qualificazione, ne deriva l'inopponibilità da parte del debitore al *solvens* o al creditore mutuante di tutte le eccezioni che il primo avrebbe potuto opporre all'originario creditore.

Tale conclusione, d'altronde, pare consona alla finalità della surrogazione che è quella di incentivare il terzo ad adempiere o a consentire l'adempimento di un debito altrui attraverso la garanzia del recupero di quanto prestato.

Né varrebbe replicare che in tal modo si aggraverebbe eccessivamente la posizione del debitore, il quale invece ha tutti gli strumenti per impedire una simile eventualità.

Ciò è evidente per l'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c. Il debitore, nel momento in cui riceve la somma necessaria per adempiere il suo debito, se

[154] Per la ricostruzione dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c. quale ipotesi di esatto adempimento cfr. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*. *Corso di diritto civile*, cit., 185-187: "dal punto di vista del soggetto che esegue la prestazione, l'adempimento è esatto quando la prestazione venga compiuta dal debitore, dal suo rappresentante ovvero da un terzo che abbia la volontà di adempiere un obbligo altrui".

vuole opporre le eccezioni relative al rapporto che va ad estinguere lo può fare al momento del pagamento. Ma se paga senza nulla opporre al suo creditore, sarebbe conseguenza incongrua consentirgli di opporre successivamente al mutuante – che ha permesso l'adempimento - le eccezioni relative al vecchio rapporto che il debitore stesso ha omesso di opporre al primo creditore.

Tale conclusione risulta rafforzata ove si valorizzino adeguatamente le differenze tra l'istituto in esame e quello della cessione del credito, che invece correttamente si inquadra tra le modifiche soggettive attive del rapporto obbligatorio.

Nella cessione del credito, infatti, il principio della generale opponibilità al nuovo creditore delle eccezioni relative al primitivo rapporto debitore ceduto-cessionario si giustifica in ragione dell'estraneità del debitore ceduto all'accordo di cessione, e dunque, al fine di evitare che la sua posizione giuridica ne risulti peggiorata a seguito del mutamento del destinatario del pagamento; tale ragione, evidentemente, non sussiste nel caso in cui sia la volontà del debitore a determinare la modifica soggettiva del rapporto obbligatorio, come accade nella surrogazione ex art. 1202 c.c.. In questa ipotesi, invero, la sostituzione del creditore è imputabile alla sua sfera di controllo e di iniziativa giuridica. Viene dunque meno l'esigenza di escludere che la posizione debitoria resti immune per principio da qualsiasi peggioramento conseguente alla sostituzione del creditore[155].

Discorso analogo deve farsi per l'ipotesi di cui all'art. 1201 c.c. Anche in questo caso il debitore ha un efficace strumento per evitare che, in conseguenza dell'inopponibilità delle eccezioni al *solvens*, la sua posizione debitoria si aggravi. Tale strumento è rappresentato dalla possibilità di opporsi all'adempimento del terzo (art. 1180 comma 2 c.c.), opposizione che, se legittima, priva il terzo della legittimazione ad adempiere[156] e, conseguentemente, ad agire in surrogazione nei confronti del debitore.

[155] Cfr. sul punto le considerazioni di SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 473-476

[156] BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 285: "L'opposizione del debitore (…) toglie al terzo, la legittimazione ad adempiere" ; conf. Cass., 12 febbraio 2010, n. 3327.

Lo stesso deve dirsi per l'ipotesi di surrogazione legale. L'affermata natura estintiva del pagamento con surrogazione porta, anche in tali casi, ad escludere opponibilità al *solvens* delle eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore originario.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi presa in considerazione dall'art. 1203, n. 1.

Tale norma dispone che la surrogazione ha effetto nei confronti di chi "essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi, del suo pegno e delle sue ipoteche".

Per comprendere la ragione per cui, anche in tale ipotesi, si giustifica l'inopponibilità al *solvens* delle eccezioni relative al primitivo rapporto vale riflettere sulla seguente fattispecie.

Tizio è creditore di 100 nei confronti di Caio; il suo credito è assistito da ipoteca di primo grado; anche Sempronio è creditore di ipotecario nei confronti di Caio e il suo credito di 200 è assistito da un'ipoteca di secondo grado. Sempronio comunica a Caio che intende pagare il suo debito nei confronti di Tizio e Caio non si oppone. Sempronio dopo il pagamento è automaticamente surrogato nei diritti che Tizio vantava nei confronti di Caio.

Ipotizziamo, ad esempio, che il credito di Tizio, al momento del pagamento, risultasse prescritto e che dunque Caio - nei cui confronti Sempronio agisce in surrogazione – opponga a Sempronio l'eccezione di prescrizione che avrebbe potuto far valere nei confronti di Tizio. In tale ipotesi, se Caio (debitore) non si è opposto all'adempimento di Sempronio (*solvens)*, né gli ha comunicato che il suo debito era prescritto non si vedono ragioni – salvo il pregiudizio che si sia in presenza di una fattispecie successoria – che giustifichino l'opponibilità della relativa eccezione nei confronti di Sempronio.

Lo stesso dicasi per l'ipotesi di cui al numero 2 dell'art. 1203 c.c. Anche in tale caso, se l'acquirente dell'immobile sui cui grava ipoteca, paga il creditore ipotecario e il venditore non si oppone, quest'ultimo non potrà poi opporre al *solvens* le eccezioni che avrebbe potuto opporre al suo creditore.

Un discorso diverso deve farsi per l'ipotesi di cui al numero 3 dell'art. 1202 c.c.

Al riguardo, infatti, si deve distinguere a seconda che il soggetto che effettua il pagamento vi sia tenuto *per altri* o *con altri*.

Per la prima ipotesi, si pensi, ad esempio, al pagamento del fideiussore. L'art. 1952 c.c. al riguardo prevede che: se il fideiussore paga senza averne dato avviso al debitore principale, quest'ultimo potrà opporgli tutte le eccezioni che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore. La regola è chiara e la *ratio* condivisibile: non si vuole che l'adempimento del fideiussore si risolva in un aggravio della posizione del debitore stesso, quando tale aggravamento derivi da un'omissione di diligenza del *solvens* stesso. Da tale disposizione *a contrario* si ricava che quando il fideiussore, prima dell'adempimento ha avvisato il debitore che sta per pagare ed il debitore omette di informarlo delle eccezioni che avrebbero potuto paralizzare o respingere la pretesa creditoria, il debitore non potrà poi opporre al fideiussore le eccezioni relative al vecchio rapporto.

Nella seconda ipotesi - che è quella del coobbligato solidale – invece, se il debitore richiesto del pagamento omette di far valere nei confronti del creditore eccezioni relative al titolo che avrebbero potuto paralizzare o respingere in parte la pretesa del creditore, agendo in surrogazione nei confronti degli altri soggetti tenuti in solido, dovrà subire le eccezioni che questi avrebbero potuto opporre al creditore.

L'opponibilità delle eccezioni relative al debito estinto da parte dei coobbligati nei confronti del *solvens* in questo caso si giustifica per la ragione che il *solvens* sta adempiendo un debito proprio - cui è obbligato insieme ad altri - e non già debito altrui.

In altri termini la regola dell'inopponibilità delle eccezioni si spiega non già in conseguenza della qualificazione della surrogazione come vicenda successoria, ma in ragione del vincolo di solidarietà che lega i coobbligati.

L'identità del debito che giustifica l'opponibilità delle eccezioni, dunque, non è finzione giuridica che deriva dalla surrogazione, ma la realtà dell'obbligazione unica ma soggettivamente complessa.

In tal caso, d'altronde, nemmeno si pone l'esigenza di tutelare il *solvens*, posto che adempiendo un debito proprio, sarà suo onere, prima del pagamento, verificare l'effettiva consistenza dell'obbligo.

Anche tale eccezione in merito al contenuto dell'azione di surroga, pertanto, non fa che confermare la regola dell'efficacia estintiva del pagamento con surrogazione.

7.1.3. La natura giuridica della portabilità del mutuo.

Chiarito, per le considerazioni che precedono, che appare più conforme alla lettera e alla *ratio* dell'istituto, considerare il pagamento con surrogazione come una vicenda costitutiva-estintiva, si tratta ora di verificare se la configurazione legislativa dell'istituto della portabilità del mutuo offra ulteriori argomenti alla tesi sin qui sostenuta; e, prima ancora, di chiarire se la fattispecie surrogatoria presa in considerazione dall'articolo 8 del d.l. 7/07 corrisponda effettivamente al modello di surrogazione sin qui descritto.

Parte della dottrina, invero, nonostante l'espresso richiamo operato dall'art. 8 all'art. 1202 c.c., esclude che la portabilità del mutuo sia riconducibile all'istituto della surrogazione per volontà del debitore.

Secondo una prima opinione, in particolare, una volta rimborsato anticipatamente il finanziamento alla banca, il nuovo finanziatore si surroga non già nel singolo credito (e nei relativi diritti di garanzia), bensì nella complessiva posizione contrattuale di cui era titolare la banca originaria nei confronti del soggetto finanziato. Più che l'obbligazione in quanto tale, la modificazione riguarderebbe dunque il contratto, il cui contenuto viene "contestualmente modificato in virtù dell'accordo tra il soggetto finanziato e il nuovo finanziatore"[157].

In sostanza, a mente di questa ricostruzione, il fenomeno della portabilità del mutuo rappresenta una fattispecie complessa che vede combinati due contratti, collegati tra loro: quello originario di mutuo, parzialmente

[157] SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 454.

modificato, in cui subentra la banca surrogante, e il nuovo contratto di finanziamento della somma necessaria ad estinguere il vecchio mutuo[158].

Tale orientamento è stato condiviso anche dal TAR nella sentenza 3689 del 6 aprile 2009[159].

Il Collegio, invero, pur muovendo dalla qualificazione della surrogazione per volontà del debitore in termini di "successione nel lato attivo del rapporto obbligatorio (id est, nella posizione del creditore), riguardando, secondo il paradigma codicistico, esclusivamente tale rapporto e non il rapporto contrattuale (in quanto essa non comporta l'acquisizione della qualità di parte nel rapporto contrattuale – originario – fra debitore e precedente creditore)" ritiene tuttavia che "il modello di surrogazione delineato (per approssimazioni successive) dall'art. 8 abbia "innovato il fondamentale modello ex art. 1202 c.c. introducendo un effetto (non soltanto ulteriore e peculiare; ma anche) non contemplato dalla predetta disposizione codicistica, individuabile nella cessione *ex lege* del contratto in capo al nuovo soggetto mutuante a prescindere dal meccanismo di cui all'art. 1406 c.c".

A dispetto, dunque, dell'espresso riferimento alla disciplina codicistica della surrogazione in un lato del rapporto obbligatorio, la fattispecie della

---

[158] C. CONSOLO e R. MURONI, *L'impatto della rinegoziazione sulle procedure esecutive immobiliari*, in *Atti del convegno Paradigma*: *Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera, convenzionara e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008, 15: "riteniamo che il titolo esecutivo in favore della banca finanziatrice non potrà che essere un titolo complesso, costituito cioè tanto dal contratto di mutuo quanto dal contratto di finanziamento e sempre che rivestano entrambi la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e dovranno essere entrambi notificati al debitore inadempiente secondo la disciplina generale.
Sotto questo profilo, pertanto, può essere utile che l'intera operazione di rinegoziazione venga a collocarsi anche formalmente in un unico atto notarile, che renderebbe superfluo indagare anche sul fondamento della pretesa creditoria della banca finanziatrice ad azionare in sede esecutiva, a seconda dei casi, nel contratto di mutuo rinegoziato ovvero nell'accessorio contratto di finanziamento ". Anche secondo SIRENA, (*La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 454) a seguito delle modifiche apportate all'art. 8 dalla legge finanziaria per il 2008, la qualificazione legislativa dell'accordo stipulato tra il soggetto finanziato e il nuovo finanziato è stata messa in dubbio: "sebbene l'art. 1202 c.c. lo qualifichi espressamente come un contratto di mutuo, esso sembra privato ai sensi dell'art. 8-bis dell'art. 8 del decreto-legge Bersani bis di una vera e propria autosufficienza strutturale e causale, in quanto non è preso in considerazione dal legislatore come un ulteriore rapporto di finanziamento, destinato a sostituirsi a quello precedente, ma come una modificazione del rapporto contrattuale originario. Sotto questo profilo, predeterminando vincolativamente le clausole valevoli nei confronti del nuovo finanziatore, tale accordo si atteggia come patto normativo di rinegoziazione del finanziamento".

[159] TAR, 6 aprile 2009, 3689 in *Foro italiano*, 2010, 3, 141.

portabilità verrebbe invece ad integrare una vera e propria cessione del contratto, dalla quale si differenzierebbe per la sola circostanza che mentre "l'ordinaria cessione – per come disciplinata dagli artt. 1406 e seguenti c.c. – si delinea all'interno della medesima vicenda contrattuale, nella fattispecie ora all'esame vengono in considerazione, per espressa indicazione legislativa, due contratti di mutuo, quello pre-esistente e quello nuovo (si confronti, al riguardo, quanto evincibile dal letterale tenore del citato comma 3-bis, laddove, se si parla di "trasferimento del contratto di mutuo esistente", si esclude, poi, che possano essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo)".

Tale impostazione suscita qualche perplessità.

L'orientamento in parola, invero, pur inquadrando il fenomeno della portabilità nell'ambito della cessione del contratto, ne da una conformazione che in alcun modo corrisponde ai contenuti dell'art. 1406 c.c. il quale richiede, da un lato, che il trasferimento, su iniziativa di una parte, avvenga previo consenso dell'altro contraente e, dall'altro, che le prestazioni non siano state ancora eseguite.

Nella portabilità invece si verifica l'esatto contrario perché la surrogazione avviene prescindendo dal consenso del creditore e le prestazioni di uno dei contraenti – il mutuante - sono state interamente eseguite. Tale particolarità, nella costruzione prospettata, viene giustificata affermando che si tratta di una cessione del contratto senza i presupposti del 1406 c.c. perché avviene *ex lege* e perché si verifica dopo l'adempimento. Ma non si vede cosa, una volta abbandonati i presupposti dell'art. 1406 c.c., la fattispecie in esame condivida con la cessione. Non il subentro del mutuante nei diritti e gli obblighi del precedente, atteso che i diritti e gli obblighi in capo al nuovo finanziatore derivano dal nuovo contratto di mutuo, non la disciplina delle garanzie per la quale espressamente dispone l'art. 1204 c.c.

Del resto non pare nemmeno così scontato che la cessione avvenga *ex lege*, in quanto, se è vero che il subentro nei diritti è effetto che la legge fa derivare automaticamente dalla surrogazione, non si può trascurare la circostanza che intanto la surrogazione si produce in quanto vi sia l'iniziativa del debitore.

Ma al di là di tali specifici rilievi, l'orientamento in parola non riesce spiegare come si possa parlare di trasferimento se il contratto che il cessionario dovrebbe acquistare per effetto della cessione sorge prima della cessione stessa. La surrogazione, invero, presuppone l'avvenuto pagamento e dunque la stipula del primo mutuo. Se anche l'operazione dovesse essere contestuale – stipula del nuovo mutuo estinzione del precedente e surroga – logicamente la conclusione del nuovo contratto precede l'attivazione della procedura surrogatoria; e ciò che avviene prima (stipula del nuovo mutuo) è evidente, non può derivare da ciò che sarà (surrogazione per volontà del debitore). Il limite di tale ricostruzione è evidenziato dallo stesso Collegio: "il rapporto tra i due contratti non è chiaro (…); all'interno della vicenda traslativa in argomento, i due distinti contratti sono destinati ad una – sia pure temporalmente circoscritta – coesistenza, atteso che il contratto con la banca subentrante individua un elemento costitutivo della surrogazione e, quindi, non può non precedere il momento in cui la surrogazione stessa (ed il connesso effetto traslativo da essa realizzato con riferimento al contratto originario) viene a perfezionarsi. (…). L'intervento normativo in rassegna non risolve le perplessità indotte: della originaria (ancorché ratione temporis circoscritta) compresenza di due contratti di mutuo; dalla modalità di trasferimento del preesistente contratto di mutuo al nuovo soggetto mutuante; e dall'esatta funzione individuabile nel nuovo contratto di mutuo, la cui stipulazione integra la presenza di una condizione necessaria per realizzare l'effetto traslativo del "vecchio" contratto di mutuo e, quindi, consentire la surrogazione del nuovo mutuante nella posizione contrattuale facente originariamente capo al precedente istituto di credito".

Né pare dirimente il richiamo alla dottrina secondo la quale "una leggibilità delle disposizioni di che trattasi (…) appare percorribile ove il nuovo contratto di mutuo venga interpretato in una valenza (strumentale e) modificativa rispetto a quello originario e produca effetti giuridicamente rilevanti nel quadro di un rapporto di necessaria presupposizione ed implicazione negoziale, di talché la carenza di autonomia del nuovo contratto può trovare adeguati elementi di comprensione nella individuazione di un

modulo contrattuale "vuoto" (una sorta di *empty box*) destinato a ricevere il "contenuto" del preesistente contratto di mutuo ed a sostituirsi al primo all'interno di una vicenda traslativa preordinata non certo alla mera surrogazione *a latere creditoris*, quanto, piuttosto, alla cessione del contratto da parte dell'originario creditore nei confronti del nuovo mutuante".

Anche tale dottrina, invero, lungi dal spiegare come sia possibile che nel trasferimento, venga meno l'unicità e l'identità dell'oggetto aa trasferire, introduce ulteriori elementi di finzione, quali il richiamo all'*empty box* o al collegamento negoziale, che allontanano dalla realtà delle procedura surrogatoria. E' evidente infatti che ciascun contratto abbia una propria autonomia causale e che dopo l'adempimento del primo contratto a rimanere in vita sia solo il secondo rapporto.

In senso diametralmente opposto alle ricostruzioni prospettate altro orientamento configura la portabilità come vicenda costitutivo-estintiva[160].

---

[160] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 118; F. TASSINARI, *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza (c.d Bersani-bis),* 30 gennaio 2007, in *www.notarel.it,* 3; GIAMPIERI, *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti (forse indesiderati) della norma,* cit., 469, nota 6, il quale espressamente afferma che "appare preferibile aderire alla dottrina che attribuisce al pagamento con surrogazione efficacia estintiva dell'obbligazione originaria, il che comporta il venir meno dell'esigenza di conferire alla nozione di portabilità un nuovo significato giuridico". L'Autore in particolare attribuisce alla surrogazione per volontà del debitore un effetto recuperatorio: "…il precedente creditore otterrebbe la prestazione convenuta, con la conseguenza che l'obbligazione originaria verrebbe sostituita (senza effetto novativo) dal nuovo rapporto obbligatorio, eventualmente caratterizzato da termini e condizioni diversi da quello precedente. Il mutuante, in sostanza, avrebbe la possibilità di avvalersi (proprio per il termine della surrogazione) delle stesse garanzie, privilegi o rimedi concessi al precedente creditore, sia pur a valere su un diverso rapporto contrattuale la cui funzione precipua è quella di mettere a disposizione la provvista per rimborsare il creditore originario (…) Sarebbe, al contrario, inconcepibile che il nuovo creditore fosse costretto a subentrare anche nel rapporto contrattuale che aveva dato origine alla obbligazione estinta succedendo nelle stesse condizioni contratte da altro creditore. Del resto tale principio non potrebbe trovare luogo neanche ai sensi dell'art. 1202 c.c. ove solo si consideri che il mutuo contratto potrebbe essere necessario ad estinguere una obbligazione pecuniaria che trova fondamento in un rapporto avente natura completamente diversa (ad esempio un contratto di somministrazione). Del pari l'applicazione dell'art. 8 del decreto sembra poter postulare la medesima conclusione. All'esito della surrogazione il creditore subentrerà nelle garanzie del precedente creditore ma il rapporto con il debitore dovrà essere regolato dal contratto di mutuo stipulato con quest'ultimo". FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007),* cit., 39 ss. "A differenza degli articoli 1201 e 1203 c.c., che possono agevolmente interpretarsi come una sostituzione nel lato attivo di un rapporto obbligatorio che resta oggettivamente invariato, l'art. 1202 c.c. reca in sé la novità di un nuovo rapporto, il mutuo, che modifica radicalmente i termini della fattispecie arieggiando un effetto estintivo/costitutivo: se il debitore è ora tenuto

Tale ricostruzione muove dalla specificità della fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c. rispetto a quelle descritte dall'art. 1201 e 1203 c.c., per concludere che la surrogazione per pagamento rappresenti una forma di estinzione del primitivo rapporto: "nell'ipotesi dell'art. 1202 c.c. il debitore contrae un mutuo al fine di estinguere il precedente contratto di finanziamento. Pertanto un contratto di mutuo viene stipulato, un rapporto di mutuo viene ad esistere. Tanto è vero che il rapporto tra debitore e nuovo creditore (surrogato) è disciplinato dal nuovo contratto di mutuo; è quest'ultimo che contiene tutte le pattuizioni tra le parti, pattuizioni che prevedono il tasso di interesse, la durata, il piano di ammortamento e tutte le altre condizioni che ordinariamente sono convenute nei contratti di mutuo"[161].

Secondo l'orientamento in parola, affermare, "come fa la dottrina tradizionale che anche nell'ipotesi di cui all'art. 1202 c.c. vi sia la sostituzione del soggetto creditore nell'ambito dell'originario rapporto obbligatorio (che rimane uguale nei suoi elementi oggettivi) significa qualificare il fenomeno in modo lontano dalla sua effettività e dalla sua concretezza"[162]; e ciò in quanto, per effetto della surrogazione, l'originario rapporto si estingue e ne sorge un nuovo - quello intercorrente tra il debitore e il secondo creditore (il surrogato) – che, con il precedente, ha in comune solo le garanzie, le quali non si estinguono per effetto di una precisa scelta legislativa[163].

---

ex mutuo, che senso ha ritenere che esso continui ad essere tenuto (si badi: per la stessa somma!) anche per un diverso titolo precedente?"; Cfr. pure in tal senso A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007* (*cd. "portabilità del mutuo"*), in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, 395 ss.

[161] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, cit., 118.

[162] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 119.

[163] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 120-121. L'Autore ricostruisce un quadro sintetico delle eccezioni al principio di accessorietà previste nel codice civile. Per la chiarezza espositiva si ritiene di riprodurne interamente il passo: "Art. 2856 c.c. (surrogazione del creditore perdente): il creditore posteriore (titolare di un ipoteca di secondo grado), se non riesce a soddisfarsi sul bene ipotecato A perché su questo si soddisfa il creditore anteriore (titolare di un'ipoteca di primo grado), qualora l'ipoteca di quest'ultimo si estenda ad altri beni B e C, può surrogarsi nell'iscrizione ipotecaria di cui è titolare il creditore soddisfatto, al fine di soddisfarsi su questi altri beni B e C in modo peferenziale rispetto a creditori posteriori a lui (ossia creditori che

abbiano iscritto ipoteca sui beni B e C) ma in data posteriore rispetto alla sua originaria iscrizione ipotecaria, eseguita sul bene A).
Art. 2866 c.c. (Terzo acquirente che ha pagato i creditori iscritti): il terzo acquirente del bene ipotecato che ha pagato integralmente i creditori titolari di iscrizioni ipotecarie sul bene, può surrogarsi nelle iscrizioni ipotecarie costituite a favore dei creditori soddisfatti su altri beni del debitore (salvo che questi beni siano stati acquistati da altri terzi con atti trascritti anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto).
Art. 2871 c.c. (Terzo datore di ipoteca che ha pagato i creditori iscritti): il terzo datore di ipoteca, che ha pagato integralmente i creditori titolari di iscrizioni ipotecarie sul bene, può surrogarsi nelle iscrizioni ipotecarie costituite a favore dei creditori soddisfatti su altri beni del debitore (salvo che questi beni siano stati acquistati da altri terzi con atti trascritti anteriormente alla iscrizione della ipoteca concessa dal terzo datore).
Nelle tre ipotesi sopra ricordate abbiamo un iscrizione ipotecaria che in origine garantisce il credito A, di cui è titolare il soggetto A, e che in epoca successiva garantisce il credito B di cui è titolare il soggetto B.
Tutte rispondono a interessi meritevoli di tutela. L'art. 2856 c.c. vuole risolvere il problema dei rapporti fra l'ipoteca più estesa e le ipoteche meno estese di grado successivo; realizza un contemperamento di interessi, perché lascia la libertà di azione al creditore avente ipoteca più estesa di grado anteriore, ma nello tempo prevede una tutela anche per il creditore avente ipoteca meno estesa di grado posteriore. Gli articoli 2866 e 2871 c.c. vogliono incentivare il soddisfacimento del credito del titolare dell'ipoteca, consentendo al soggetto terzo (non debitore, bensì terzo acquirente del bene ipotecato o terzo datore), che ha pagato il credito, di subentrare nell'iscrizione ipotecaria che ha il creditore (soddisfatto) su un altro bene (o su altri beni).
Altra figura che interessa (ai fini in esame) è la postergazione di grado, menzionata dall'art. 2843 c.c.; possono aversi due ipotesi: la posposizione del grado ipotecario (se i due gradi sono immediatamente successivi) e la permuta del grado ipotecario (se i due gradi non sono immediatamente successivi).
Al fine di tutelare gli altri creditori ipotecari, la permuta di grado può avvenire solo entro i limiti di importo dell'ipoteca di grado anteriore. Il legislatore ha ammesso la postergazione del grado perché ha riconosciuto la sua utilità per i soggetti privati (i quali, prima del codice civile vigente, dovevano ricorrere a meccanismi più complessi per raggiungere finalità analoghe); inoltre, ha constatato che la postergazione di grado è neutra rispetto ai creditori ipotecari non coinvolti, in quanto essa non giova e non nuoce ad essi". Cfr. pure G. GORLA e G. ZANELLI, *Del pegno – Delle ipoteche*: *artt. 2784-2899*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XXII, a cura di F. Galgano, 1962, alla nota 21, p. 370, ove si afferma che la postergazione del grado rappresenti un'eccezione ammessa dalla legge (…) al principio di inerenza rispetto al credito e CHIANALE, *L'ipoteca*, cit., 297-300 il quale contesta che l'accessorietà sia predicato inscindibile dell'ipoteca. Secondo l'Autore, in particolare "gli artt. 1232 e 1275 c.c. dimostrano che la volontà dei soggetti del rapporto obbligatorio ben può rendere l'ipoteca accessoria rispetto ad altro credito rispetto a quello in origine garantito". A favore dell'allentamento del carattere di accessorietà dell'ipoteca l'Autore inoltre, osserva come, in tal modo, si valorizzerebbe il suo valore economico: "la garanzia immobiliare ha valore tanto maggiore quanto più facilmente il creditore può immetterla sul mercato sia mediante la sua cessione sia mediante subcontratti di garanzia" (41-44); del resto, si evidenzia, "vietare la cessione autonoma dell'ipoteca, separatamente dal credito garantito provoca due conseguenze: da un lato, si rinuncia ad un possibile incentivo alla concessione del credito al debitore e si aumenta la staticità delle clausole di prelazione esistenti verso il debitore; dall'altro si impedisce al creditore ipotecario di ricorrere egli stesso la credito, mediante su ipoteca, cioè offrendo la garanzia di cui è titolare" (297-298).
In tal senso si richiama pure l'orientamento che consente la cessione dell'ipoteca indipendentemente dal credito garantito, fattispecie che, pur non essendo prevista in alcun luogo del codice, non parrebbe scontrarsi con nessun interesse incomprimibile, come attesterebbero le analizzate deroghe al principio dell'accessorietà.

In senso analogo, altra ricostruzione osserva come considerare la portabilità alla stregua di un'ipotesi di successione nel credito, rischia di frustrare gli obiettivi che le parti intendono conseguire avvalendosi di tale istituto. Ed invero "il debitore che vuole cambiare il nuovo mutuo intende precisamente estinguere integralmente quello precedente ed aprirne uno nuovo; con la banca originaria non vuole avere più rapporti contrattuali di quel tipo, salvo utilizzare la vecchia ipoteca per garantire la nuova banca" [164].

Sarebbe stato quindi più opportuno, nel testo normativo, chiarire in termini inequivoci che, ferma restando l'ipoteca, il nuovo mutuo è un nuovo credito che sostituisce il precedente estinto e non semplicemente un vecchio debito con un diverso creditore.

In quest'ottica, dunque, "l'accessorierà «salta»: e deve «saltare», altrimenti non si avrebbe portabilità" [165].

Questa lettura della fattispecie, come si è chiarito, probabilmente è già contenuta nel disposto normativo del 1202 c.c., e risalta in particolare, sia nella differenza tra questo istituto e quello della cessione del credito sia, e soprattutto, in un attenta lettura dell'art. 1202 c.c. in relazione alle altre fattispecie di surrogazione.

In particolare, quanto al raffronto con la cessione, si è già avuto modo di osservare come la surrogazione per volontà del debitore, a differenza della cessione, supponga il pagamento il pagamento del debitore il quale, come si è cercato di dimostrare, si rivela non solo satisfattivo dell'interesse del creditore, ma anche attuativo dell'obbligo di prestazione.

Quanto al raffronto con le ipotesi di surrogazione di cui agli artt. 1201 e 1203 c.c., si è correttamente osservato come l'art. 1202 c.c. rechi in sè "la novità del proprio rapporto che modifica radicalmente i termini della fattispecie, arieggiando un effetto estintivo/costitutivo". E dunque: "se il

[164] C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 83.
[165] C. NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, 83.

debitore è ora tenuto ex mutuo, coma fa ad essere obbligato per la stessa somma, anche per un diverso titolo precedente?"[166].

La debolezza della tesi che individua nel pagamento con surrogazione ex art. 1202 c.c. una vicenda successoria che riguarda il singolo credito o l'intero contratto si coglie anche considerando che il primo atto di tutta la procedura è rappresentata dalla stipulazione di un nuovo mutuo di scopo. Tale contratto nasce, ex novo, dall'accordo tra debitore e terzo, e rispetto ad esso nessuna influenza ha l'originario creditore, legato al debitore da un diverso rapporto. Come si fa a dire che il secondo mutuo deriva dal precedente rapporto se questo, logicamente (anche se non sempre cronologicamente attesa la con testualità della procedura surrogatoria) è stipulato prima del pagamento dell'originario credito?

Prima ancora che l'inquadramento teorico è la realtà fenomenica ad escludere che si possa parlare di fenomeno successorio.

Le ricostruzioni prospettate trovano conferma anche nell'analisi della relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del decreto-legge, dalla quale si evince chiaramente come la funzione della portabilità sia quella di consentire alle parti contraenti di costruire un nuovo rapporto contrattuale, scisso dal precedente, se non per le garanzie.

Come è stato efficacemente sostenuto, tramite la portabilità "il debitore vuole costruire un rapporto contrattuale con il nuovo creditore e vuole che venga meno il rapporto contrattuale con l'originario creditore. Il nuovo creditore vuole costruire un rapporto contrattuale (di mutuo) con il debitore, rapporto disciplinato da una propria specifica regolamentazione patrizia, e non vuole subentrare nel rapporto contrattuale originario, né nel lato attivo del rapporto contrattuale originario"[167].

Un'ulteriore conferma di tale lettura si trova in un successivo passo della stessa relazione, ove, sempre a proposito dell'art. 8 si afferma che: "il presente articolo individua nella surrogazione per volontà del debitore di cui all'art.

[166] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007),* cit., 38.
[167] Il passo della relazione è riportato da BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 123.

1202 c.c., lo strumento attraverso il quale il mutuatario estingue il primo mutuo trasferendo a favore del nuovo mutuante le garanzie accessorie al credito". Il passo è di grande importanza perché si afferma esplicitamente che il primo mutuo viene estinto e che al nuovo creditore vengono trasferite le garanzie; l'opinione espressa dal legislatore dunque rafforza la conclusione secondo la quale "non si ha il subentro del nuovo creditore originario rapporto obbligatorio, bensì l'estinzione dell'originario rapporto obbligatorio ed il sorgere di un nuovo rapporto obbligatorio, con trasferimento delle garanzie"[168].

Detta lettura inoltre si pone in linea con una tendenza presente anche in altri ordinamenti a favore dell'allentamento del carattere dell'accessorietà[169].

Per quanto sin qui detto deve concludersi che la procedura surrogatoria richiamata dall'art. 8 dia luogo ad una vicenda costitutivo-estintiva e non già successoria. In conseguenza dell'avvenuto pagamento il credito originario risulta estinto divenendo attuale quello nuovo che sta in capo al subentrante: "la surrogazione non esprime la funzione di smobilizzare il credito (propria della cessione), bensì quella di agevolarne l'estinzione, con rendere più elevata

[168] Esclude che il mutuante subentri nelle sole garanzie CARPINO, *Pagamento con surrogazion*e, cit., 62, il quale rileva come, se si seguisse la tesi ipotizzata nel testo, "si assisterebbe ad una stranezza di un credito che viene estinto senza conseguente estinzione delle garanzie ad esso connesse, anzi con trasferimento per così dire delle medesime ad un credito diverso. Il mutuante acquisterebbe le garanzie costituite a favore di un credito determinato come strumento di tutela di un diverso diritto. Non solo, ma si consideri, e l'obiezione ci sembra decisiva, che il credito potrebbe non essere assistito da garanzia alcuna. Che in concreto il mutuante possa e sia indotto a concedere il mutuo in considerazione delle garanzie che assistono il credito in vista del quale il mutuo fu concesso, è proposizione certo non discutibile sul piano della concreta esperienza, ma tale da trarre in inganno sulla configurazione dogmatica dell'istituto. Sviluppando la tesi fin qui rifiutata ne verrebbe comunque che ogniqualvolta il credito originario non fosse garantito, la surrogazione non sarebbe possibile. La conclusione è in netto contrasto con il dato normativo che non pone, per il verso che qui interessa, limite alcuno".

[169] In sede di Unione europea è in corso una riflessione sull'argomento. Nel libro verde della Commissione Europea, l'aspetto centrale è proprio la proposta di attenuare il nesso e dunque l'accessorietà tra ipoteca e credito ipotecario. Cfr. FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie,* cit., 509 ss. in particolare p. 546-547 (sulla recente legislazione francese) e p. 547-548 (sulle proposte in sede di Unione europea); F. FIORENTINI, *"La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica",* in *Europa e diritto privato,* 2006, 1155.

la probabilità del 'rientro' patrimoniale del subentrante (terzo, che è comunque il *solvens* sostanziale")[170].

Concludendo: per effetto della surrogazione si verifica un fenomeno estintivo dell'originario rapporto obbligatorio tra creditore originario e debitore e costitutivo di un nuovo, debitore e creditore surrogante. Corollario ne è che il mutuatario non potrà opporre al mutuante le eccezioni relative al primo rapporto che non esiste più. L'estinzione del rapporto obbligatorio non determina tuttavia l'estinzione della garanzia per espressa previsione dell'art. 1202 c.c., che rappresenta un'espressa deroga al principio di accessorietà previsto dall'art. 2878, n. 3 c.c. che risulta giustificata dall'interesse di favorire il meccanismo della portabilità funzionale ad una maggiore tutela del mutuatario e della concorrenza in generale[171].

La negazione dell'efficacia traslativa del pagamento con surrogazione esime l'interprete dall'affrontare la complessa questione relativa all'individuazione delle eccezioni inerenti l'originario rapporto che siano opponibili al creditore surrogato: poiché il rapporto originario si è estinto, nessuna di queste potrà essere opposta al creditore surrogante.

E' necessario però analizzare il diverso problema relativo all'opponibilità o meno al nuovo creditore dei vizi riguardanti l'ipoteca.

La dottrina[172] al riguardo distingue tra le ipotesi di invalidità dell'ipoteca derivanti da invalidità del titolo con il quale essa è stata concessa dalle ipotesi di invalidità dell'ipoteca derivante da vizi intrinseci all'iscrizione ipotecaria.

Per il primo caso dispone espressamente l'art. 2824 c.c."*L'iscrizione d'ipoteca eseguita in virtù di un titolo annullabile rimane convalidata con la convalida del titolo*". Dunque, applicando le regole generali in materia di annullabilità, l'ipoteca sarà efficace, ma di un'efficacia precaria, destinata ad essere rimossa o dall'azione di annullamento (che toglierà efficacia al

[170] A.A. DOLMETTA, *Problemi in tema di gratuità della surrogazione ex art. 8 legge n. 40/07*, cit., 2.
[171] Alle stesse conclusioni giunge BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile*, cit., 125.
[172] Cfr. sul punto BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile*, cit., 124.

contratto con efficacia retroattiva) o dalla convalida che stabilizzerà gli effetti dell'ipoteca.

Applicando i principi ora esposti all'ipotesi di cui all'articolo 8 ne deriverà che, qualora il debitore su proprio impulso decida di surrogare il mutuante nei diritti e nelle garanzie del debitore originario, si avrà una convalida tacita del negozio in ipotesi annullabile con cui era stata concessa, dovendosi interpretare il comportamento del debitore, dando avvio al meccanismo della surrogazione, come incompatibile con la volontà di chiedere l'annullamento del negozio originario di concessione dell'ipoteca[173].

Per quanto riguarda invece l'ipotesi di nullità dell'iscrizione ipotecaria, non espressamente disciplinata dall'articolo 2824 c.c., la giurisprudenza ha affermato che "se l'iscrizione sia stata effettuata sulla base di un titolo nullo, ovvero oltre i limiti oggettivi di un titolo valido l'ipoteca è giuridicamente inesistente in tutto o in parte"[174]. La posizione è condivisa anche dalla dottrina[175].

Un'altra fattispecie di nullità dell'iscrizione ipotecaria si ricava indirettamente dall'articolo 2841 c.c., secondo il quale *"l'omissione o l'inesattezza di alcune delle indicazioni nel titolo, in base al quale è presa l'iscrizione, o nella nota non nuoce alla validità dell'iscrizione, salvo che induca incertezza sulla persona del creditore o del debitore o sull'ammontare del credito ovvero sulla persona del proprietario del bene gravato, quando l'indicazione ne è necessaria, o sull'identità dei singoli beni gravati*"; da tale disposizione – evidentemente dettata allo scopo di salvaguardare l'iscrizione

[173] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e relazione ipotecaria notarile*, cit., 128.
[174] Cass., 3 novembre 1962, n. 3079.
[175] Secondo un primo orientamento, in particolare, (C. MAIORCA, voce *Ipoteca* in *Novissimo Digesto italiano, diritto civile*, IX, Torino, 1963, 89-90; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti: delle ipoteche: artt. 2808-2899*, Torino, 1976, 182, nt. 14) si avrebbe nullità (o invalidità assoluta) dell'iscrizione ipotecaria; secondo altri (A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, Milano, 2006, 22, nota 29): "la invalidità deve essere riferita direttamente e specificamente al negozio di concessione, (…) non si comunica all'ipoteca, ma, determinando il mancato completarsi della fattispecie complessa, ne impedisce la venuta ad esistenza"; secondo altri ancora (CHIANALE, *L'ipoteca*, cit. 241, nt. 29) "l'iscrizione in forza di un titolo nullo non produce effetto: l'ipoteca perciò non sorge".

quando le irregolarità o le carenze non abbiano valore determinante[176] - risulta che, qualora per omissioni o inesattezze, vi sia incertezza su almeno uno degli elementi essenziali indicati nel titolo l'iscrizione ipotecaria è invalida.

7.2. L'annotazione ipotecaria e la sua efficacia.

Altra questione di rilievo non risolta dall'art. 8 attiene alla definizione della natura giuridica dell'annotazione di surrogazione. Anche in tale ipotesi, l'omessa precisazione legislativa ha dato luogo ad un vivace dibattito, soprattutto in materia notarile, in considerazione delle conseguenze rilevanti che derivano dal qualificare la formalità pubblicitaria in esame come dichiarativa o costitutiva.

In particolare, ove si attribuisse all'annotazione di surrogazione efficacia costitutiva, ne deriverebbe l'inopponibilità della prelazione ipotecaria nei confronti dei creditori concorrenti, a seguito della pubblicazione della sentenza di fallimento (qualora si ritenga applicabile la nuova disciplina anche all'imprenditore) e comunque nei confronti di tutti gli altri terzi che abbiano trascritto o iscritto vincoli sul bene anteriormente dell'annotazione stessa.

Al contrario, ove si attribuisse efficacia dichiarativa all'iscrizione ipotecaria, l'omissione della formalità pubblicitaria avrebbe come unico effetto l'inopponibilità della prelazione ipotecaria agli acquirenti del medesimo titolo.

Prima di procedere all'analisi di tale questione, vale preliminarmente richiamare il testo dell'art. 8, comma 2, al fine di chiarire alcune ambiguità interpretative sollevate dalla lettera della norma.

L'ultimo inciso del secondo comma dell'articolo 8, in particolare, prevede che: "*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*".

[176] RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 348.

In primo luogo si tratta di chiarire cosa abbia voluto intendere il legislatore quando ha precisato che l'annotamento (ma al di là dell'imprecisione terminologica ci si riferisce all'annotazione), avvenga "senza formalità", posto che l'annotazione, eseguita dal conservatore, su presentazione del titolo, costituisce essa stessa una formalità.

In secondo luogo se il titolo che dà luogo alla surrogazione debba essere redatto o meno in forma autentica.

Quanto alla prima questione, l'orientamento prevalente, sul presupposto che finalità della norma sia quella di alleggerire gli adempimenti posti a carico del consumatore - contribuente, ritiene che l'espressione "senza formalità" sia utilizzata in modo atecnico[177] e stia semplicemente ad indicare che il soggetto interessato non è tenuto a presentare una nota, che invece verrà predisposta d'ufficio dal conservatore[178].

In relazione alla seconda questione, invece, la dottrina è divisa.

Un primo orientamento, in particolare, ritiene che l'inciso finale del comma 2 dell'art. 8 abbia inteso derogare all'art. 2843 c.c., il quale, richiamando espressamente l'art. 2835 c.c. richiede che, se il titolo risulta da scrittura privata, quest'ultima debba essere autenticata.

---

[177] Così la circolare dell'Agenzia del territorio, 21 giugno 2007, n. 9.

[178] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007),* cit., 51; CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis,* cit., 270; G. PETRELLI, *Estinzione anticipata dei mutui contratti per l'acquisto di determinati immobili e clausole penali*, in *Notariato*, 2007, 590; ID, *Portabilità dei mutui. Surrogazione per pagamento,* 2006, in *www.gaetanopetrelli.it*, 6; F. FIORUCCI, *I mutui bancari*, Milano, 2008, 89, il quale rileva che "tale precisazione, opportuna e condivisa (…) non giustifica comunque la necessità di un intervento legislativo sul punto, atteso che la redazione, sull'apposito supporto informatico della domanda di annotazione, è un adempimento – la cui predisposizione spetta ora ex officio al Conservatore – finora operata dal notaio e giammai dal mutuatario (il quale, almeno per questo aspetto, non beneficia di significative facilitazioni per il perfezionamento dell'operazione di surrogazione)". In senso parzialmente difforme SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario,* cit., 463, il quale rileva come, nonostante l'apparente deroga all'art. 17, comma 2, della l. 27 febbraio 2002, la compilazione della nota "si rivela tuttavia indispensabile, perché nelle more è pur sempre applicabile l'art. 20, comma 3, della suddetta legge n. 52 del 1985, il quale consente l'ispezione delle note presentate". Tuttavia, "se si esclude che il richiedente abbia l'onere di compilare la nota, sembra allora che debba procedervi la conservatoria cui è stato presentato il titolo. Deve allora ritenersi che l'art. 8, comma 2, del decreto-legge Bersani abbia derogato piuttosto all'art. 17, ult. comma della medesima legge: «Ad eccezione delle rettifiche eventualmente occorrenti per errori materiali d'ufficio e per le trascrizioni, iscrizioni e rinnovazioni da eseguirsi d'ufficio a norma di legge, non è consentito alle conservatorie di redigere la nota di trascrizione, di rinnovazione e di annotazione, nonché le domande di certificati ipotecari»".

Tale deroga si spiegherebbe al fine di agevolare la portabilità dell'ipoteca mediante la soppressione del costo notarile connesso all'autentica[179].

In senso contrario, altri ritiene che la surrogazione debba effettuarsi necessariamente per atto pubblico: non avrebbe senso infatti richiedere la copia autentica dell'atto o della scrittura privata se il documento originale non fosse autentico[180].

Senza prendere posizione sulla questione vale tuttavia segnalare come l'Agenzia del territorio si sia espressa a favore di quest'ultima soluzione[181].

Passando ora all'esame del vero *punctum pruriens* della disposizione e cioè quale sia l'efficacia dell'annotazione di surrogazione, conviene muovere dall'analisi delle diverse posizione emerse in tema di annotazione di surrogazione, prima dell'entrata in vigore della disposizione in oggetto.

L'orientamento prevalente, sviluppatosi principalmente in relazione alla ipotesi di annotazione di surrogazione successiva alla dichiarazione di fallimento, ritiene che l'annotazione della surrogazione abbia natura costitutiva; e ciò argomentando principalmente dal tenore letterale dell'articolo 2843, comma 2, c.c. il quale esplicitamente prevede che l'annotazione di surrogazione non ha effetto finché l'annotazione non sia stata eseguita: "l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca, a norma dell'art. 2843 c.c., ha valore costitutivo e si configura perciò come un elemento integrativo indispensabile della fattispecie; ne consegue che il trasferimento dell'ipoteca a favore del creditore che abbia soddisfatto (nella specie, in forza della obbligazione fideiussoria) il credito munito di prelazione è inefficace nei confronti dei creditori concorrenti, ove non sia stata fatta l'annotazione della

[179] Così SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 463, il quale ritiene tuttavia ragionevole la resistenza manifestata dall'Agenzia del Territorio ad accettare il titolo dell'annotazione nella forma della scrittura privata anche non autenticata, "considerato che (…) quest'ultima è sufficiente ad assicurare l'autenticità della copia e non del documento in originale".

[180] PETRELLI, *Estinzione anticipata dei mutui contratti per l'acquisto di determinati immobili e clausole penali*, cit., 535; CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., 270.

[181] Nella circolare dell'Agenzia del Territorio emanata il 21 giugno del 2007, in particolare, si legge che: "Per quanto riguarda (…) l'allegazione del titolo, la norma evidenzia contenuti innovativi rispetto alla vigente disciplina codicistica (…). La formulazione dell'art. 8 citato, d'altra parte, ricalca sostanzialmente quella dell'art. 2821 c.c., il quale prevede che la concessione dell'ipoteca possa farsi per "atto pubblico o per scrittura privata autenticata."

surrogazione"[182]; "l'annotazione nei registri immobiliari degli atti dispositivi presi in considerazione (con elencazione tassativa) dall'art. 2843 c.c. comma c.c. – ivi compresi, pertanto, i negozi dispositivi del grado dell'ipoteca – ha carattere 'necessario' e quindi costitutivo del (nuovo) rapporto ipotecario; (…) l'omissione della predetta annotazione determina l'inefficacia dell'atto e del negozio anche nei confronti dei terzi (…); insomma, l'annotazione rappresenta, per esplicito dettato legislativo, un elemento il cui compimento in data anteriore al fallimento, è condizione di opponibilità alla procedura"[183].

Sebbene l'orientamento in parola si sia sviluppato quasi esclusivamente in relazione al conflitto tra creditore subentrante e massa dei creditori, deve segnalarsi che queste pronunce spesso si sono espresse in termini generali affermando che la mancata (o tardiva) annotazione renda inopponibile il subingresso ipotecario nei confronti di tutti i terzi e non solo del fallimento.

Tale orientamento riprende conclusione di un Autore che, pur qualificando tale pubblicità come dichiarativa (sul punto la giurisprudenza si è discostata), ha ritenuto tuttavia che l'annotazione di surrogazione serva a risolvere i conflitti rispetto a tutti i terzi[184]. Dalla riconosciuta natura costitutiva dell'iscrizione ipotecaria ne derivano le seguenti conseguenze: il creditore soddisfatto che presti il consenso alla cancellazione dell'ipoteca prima che il fideiussore subentrante (surrogato) esegua l'annotazione è responsabile nei confronti di questi (salvo che questi abbia aderito alla cancellazione)[185]; il creditore soddisfatto che si rifiuti di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca prima che il *solvens* subentrante (surrogato) esegua l'annotazione non è responsabile nei confronti del proprietario del bene ipotecato[186].

[182] Cass., 21 marzo 2003, n. 4137, in *Archivio civile*, 2004, 131.
[183] Cass., 9 settembre 2004, n. 18188, *CED Cassazione*.
[184] D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 39: "L'annotazione ex art. 2843 c.c. dunque, "verso i terzi serve anzitutto a determinare la prevalenza nei conflitti di acquisto del credito (…) ma, a differenza delle altre pubblicità dichiarative (…) è necessaria anche per la opponibilità a tutte le rimanenti categorie di terzi (altri creditori, anche semplicemente chirografari, acquirenti del bene, datori di ipoteca, etc.)".
[185] Cass., 27 dicembre 1963, n. 3222.
[186] Cass., 27 dicembre 1963, n. 32111.

A tale impostazione si contrappone un minoritario orientamento[187] che ritiene l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca efficace anche se effettuata successivamente al fallimento del debitore ipotecario; e ciò in quanto l'annotazione non creerebbe alcuna garanzia suscettibile di pregiudicare gli interessi della massa dei creditori. L'iscrizione ipotecaria, invero, risultando dai pubblici registri, sarebbe ben conoscibile da eventuali soggetti terzi (massa dei creditori, creditore pignorante il bene, terzo acquirente), i quali non risulterebbero pregiudicati dalla sostituzione della titolarità dell'ipoteca di un soggetto (creditore subentrante) ad un altro (creditore sostituito), in quanto, sotto il profilo delle probabilità di soddisfacimento dei propri crediti, l'annotazione di surrogazione sarebbe neutra[188].

Contro l'orientamento prevalente si rileva pure come esso conduca a conseguenze fortemente lesive per la situazione e i diritti del creditore subentrante (creditore surrogato o soggetto cessionario del credito), conseguenze non compatibili con il sistema vigente.

Invero "il creditore subentrante, se esegue l'annotazione dopo la trascrizione di un acquisto dell'immobile da parte di un terzo non può opporre a costui l'iscrizione ipotecaria (nella quale è subentrato), sebbene detta iscrizione sia anteriore; ne conseguirebbe la perdita del diritto di seguito

[187] Per la critica all'orientamento maggioritario cfr. PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, cit., 491 ss.

[188] Cfr. in tal senso Cass., 18 agosto 2007, n. 17644, in Banca dati *www.caviot. com*: "in tema di negozi dispositivi dell'ipoteca (presi in considerazione dal primo comma dell'articolo 2843 c.c.) l'annotazione nei registri immobiliari del trasferimento da farsi a margine dell'iscrizione ipotecaria ha carattere necessario, e, quindi, costitutivo, del nuovo rapporto ipotecario dal lato soggettivo, rappresentando un elemento integrativo indispensabile della fattispecie di trasferimento, con l'effetto di sostituire al cedente o surrogante il cessionario o surrogato, non solo nella pretesa del credito (che già opera in funzione del negozio) ma altresì la prelazione nei confronti dei creditori concorrenti, per cui la mancata annotazione nei confronti dei terzi priva di effetti la trasmissione del vincolo; tuttavia, la regola di efficacia è diversa, avuto riguardo alla distribuzione della somma ricavata dalla esecuzione, non applicandosi l'art. 2916 c.c. ma esclusivamente l'articolo 2843 c.c., in base al quale viene imposta l'annotazione a fini identificativi del soggetto cessionario del credito e della garanzia, senza alcuna valenza costitutiva della garanzia in sé, che già è presente e iscritta; con la conseguenza che tale trasmissione, non determinando alcun pregiudizio nei confronti dei creditori, è efficace nei confronti di questi ultimi; né sussistono elementi di identità di fattispecie tali da affermare una applicazione, al di fuori della disciplina concorsuale, della più rigorosa norma di cui all'art. 45 legge fall., che non opera distinzioni in seno alle formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi, comprensive dunque non solo di quelle iscrizionali dell'ipoteca, se posteriori al fallimento, ma anche di quelle annotazioni del vincolo in favore del nuovo soggetto".

(elemento indefettibile dell'ipoteca), ossia del diritto di procedere all'esecuzione nei confronti del terzo acquirente.

Il creditore subentrante, se esegue l'annotazione dopo la trascrizione di un pignoramento del bene da parte di un altro creditore, non può opporre a costui l'iscrizione ipotecaria (nella quale è subentrato), sebbene detta iscrizione sia anteriore; ne conseguirebbe la perdita del diritto di seguito (elemento indefettibile dell'ipoteca), ossia del diritto di essere soddisfatto in modo preferenziale sull'importo ricavato dall'esecuzione.

La conseguenza irragionevole (e ingiustificatamente penalizzante per il creditore subentrante) sarebbe lo svuotamento dell'ipoteca, il venir meno del suo carattere di diritto reale[189]; poiché un'ipoteca priva dei suoi elementi essenziali non è più tale, si potrebbe affermare che si sia in presenza di una nuova causa di estinzione dell'ipoteca, inammissibile in quanto non prevista dall'art. 2878 c.c."[190].

In senso analogo un altro autore rileva che "se il creditore iscritto prima della trascrizione del fallimento o di un'altra formalità pregiudizievole sul bene oggetto di ipoteca) è stato pagato con surrogazione di fatto non ha più interesse all'ipoteca: ritenere in questo caso che il *solvens*, per il fatto di non aver effettuato l'annotazione, non possa opporre l'ipoteca al fallimento, equivale a dire che l'ipoteca ha subito una specie di estinzione atipica, in quanto di fatto, pur essendo iscritta, nessuno potrebbe utilizzarla. Senza contare (…) che in realtà nessun pregiudizio subisce la massa dei creditori, dalla sostituzione del soggetto titolare dell'ipoteca"[191].

L'efficacia costitutiva dell'annotazione di surrogazione è stata contestata anche sul rilievo che tale impostazione risulterebbe radicalmente

[189] Sin dall'entrata in vigore dell'art. 8, la non ragionevolezza dell'interpretazione prevalente dell'art. 2843 c.c. è stata evidenziata da P. L. FAUSTI; *Legge bersani bis: riflessioni sugli art. 7 e 8*, relazione al Convegno Paradigma "*Il contratto di mutuo nella «manovra liberalizzazioni*», Milano, 15 e 16 maggio 2007, 33-34, lavoro poi ulteriormente sviluppato successivamente in *Mutui e clausole vessatorie*, cit., 529-530.

[190] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, cit., 110.

[191] FAUSTI, *Anticipata estinzione e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007),* cit., 40. L'Autore, tuttavia, conclude che "tali osservazioni non riescono a superare la lettera della norma".

incompatibile con la regola generale secondo cui i diritti di garanzia si trasferiscono automaticamente insieme al credito ai sensi degli articoli 1204, comma 1, e 1263, comma 1 c.c.[192].

In argomento occorre altresì dare conto di un recente orientamento che, nel rigettare l'efficacia costitutiva dell'annotazione ex art. 2843 c.c., assimila la funzione di tale annotazione a quella della notificazione ovvero dell'accettazione ex art. 1265 c.c., ossia quella di dirimere il potenziale conflitto tra più aventi causa dello stesso credito ipotecario, e dunque: "che l'ipoteca sia stata annotata o meno a favore del nuovo creditore" si dovrebbe radicalmente escludere che a quest'ultimo siano opponibili il pignoramento ovvero la vendita dell'immobile i quali siano stati trascritti nel frattempo (ossia, posteriormente all'originaria iscrizione dell'ipoteca stessa). E nonostante la diversa giurisprudenza della Corte di Cassazione, che peraltro non è così granitica come potrebbe sembrare, deve analogamente escludersi che al nuovo creditore ipotecario sia opponibile la sentenza sopravvenuta che dichiari il fallimento del debitore"[193].

Né varrebbe, contro tale impostazione, richiamare il tenore letterale dell'art. 2843 c.c. laddove si prevede che "*La trasmissione o il vincolo non ha effetto finchè l'annotazione non sia stata eseguita"* o il passo della relazione che dispone che "*come l'iscrizione ha effetto costitutivo per il sorgere dell'ipoteca, così l'annotazione ha effetto costitutivo per il trasferimento di essa*". Ed infatti tale disposizione vorrebbe semplicemente significare che "l'annotazione è necessaria per gli effetti del subentro nell'ipoteca che stanno al di fuori del mero rapporto bilaterale fra il primo titolare del diritto (sostanziale) di ipoteca e il secondo titolare del diritto (sostanziale) di ipoteca"[194].

Sulla base di tali rilievi detto orientamento ritiene che l'annotazione di surrogazione assuma rilevanza solo in relazione a due profili: in primo luogo nel disciplinare i rapporti tra aventi causa del medesimo credito ipotecario,

[192] SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 8.
[193] SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 468-469.
[194] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 111.

essendo la surrogazione opponibile solo a seguito dell'intervenuta annotazione. In particolare servirebbe "a risolvere i conflitti tra soggetti che subentrano nel medesimo credito ipotecario (per cessione del credito o per surrogazione o per altro), fra soggetti che vincolano il medesimo credito ipotecario (per sequestro, pignoramento o per altro) e fra gli uni e gli altri; tra tutti i citati soggetti, prevale il soggetto che per primo esegue l'annotazione.

In secondo luogo a risolvere i conflitti che possono sorgere in seguito a negozi dispositivi del grado (ad esempio, fra due soggetti acquirenti del grado prevale quello che annota per primo); nonché tra soggetti subentranti nel credito ipotecario, i soggetti che vincolano il credito ipotecario e i soggetti che acquistano il grado ipotecario"[195]. In altre parole svolgerebbe funzione dichiarativa, "la funzione cioè di risolvere i conflitti tra più acquirenti dell'ipoteca e non quelli concernenti il bene ipotecato, con la conseguenza che per far valere il diritto al subingresso nei confronti di chi vanta diritti sul bene ipotecato (…) non è decisiva l'anteriorità dell'annotazione rispetto al titolo, bensì solo l'anteriorità del titolo che dà diritto all'annotazione"[196]; oltre a quella, ovviamente, di attribuire la legittimazione ad esercitare le facoltà derivanti dall'iscrizione ipotecaria[197].

---

[195] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 112.

[196] Così PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, cit., 491.

[197] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit. 112 ss.; SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 468 ss; PRESTI, *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene*, cit., 491. E in giur.: Trib. Reggio Emilia 31 marzo 1995: "l'articolo 2683 c.c. non si occupa del conflitto tra subingrediente e creditori (iscritti e chirografari) del proprietario del bene ipotecato (…). Funzione della formalità ex art. 2843 c.c. è quella di stabilire un criterio di preferenza tra più aventi causa o vincolati del credito ipotecario (analogamente a quanto dispongono in tema di cessione del credito gli artt. 1265 e 2914, n. 2, cc.). L'anteriorità dell'annotazione assume così rilevanza per la soluzione dei conflitti di titoli relativi all'ipoteca, e dunque, nei rapporti tra il subingrediente e gli aventi causa o i creditori dell'originario creditore ipotecario (…). In questa prospettiva, la lettera dell'art. 2843 c.c., comma 2, c.c. può essere intesa nel senso che l'annotazione del trasferimento dell'ipoteca è sempre necessaria, ma mentre nei confronti del proprietario del bene (nonché dei suoi aventi causa o creditori) serve ad attestare la legittimazione ad esercitare il diritto di garanzia a seguito della successione del rapporto ipotecario, nei confronti degli altri acquirenti o pignoranti dell'ipoteca serve a risolvere i conflitti tra i titoli di acquisto o di vincolo sull'ipoteca (prevale il primo che esegue la formalità)"; conf. Trib. Monza, 28 febbraio 2002.

L'annotazione di surrogazione, dunque, lascerebbe inalterato il grado dell'iscrizione ipotecaria originaria, beneficiando il mutuante surrogato della posizione e del grado acquisito dal precedente creditore ipotecario[198]; con la conseguenza che al nuovo creditore ipotecario non saranno opponibili iscrizioni e trascrizioni – atti di alienazioni, ipoteche, pignoramenti immobiliari – effettuate dopo l'iscrizione dell'ipoteca surrogata, anche se anteriormente all'annotazione di surrogazione.

8. La permanenza o meno delle garanzie originarie in caso di aggravamento della posizione del debitore.

Altra questione che il legislatore ha omesso di disciplinare è quella relativa alla permanenza o meno delle garanzie che già assistevano l'originario rapporto debito-credito, nell'ipotesi di aggravamento della posizione del debitore.

Un primo orientamento, valorizzando la lettera dell'articolo 8 comma 2, ove è espressamente disposta la permanenza delle garanzie a favore del creditore surrogato ritiene che, in caso di surrogazione, tutte le garanzie permangono. Tale conclusione è rafforzata dal rilievo che, "se il legislatore, avesse voluto farsi carico del problema costituito da eventuali deterioramenti della situazione del garante (…) avrebbe dettato una disposizione al riguardo. Il legislatore, consapevolmente ha operato un bilanciamento degli interessi coinvolti e ha ritenuto preminenti l'interesse del debitore e l'interesse a promuovere la concorrenza nel settore creditizio"[199].

Diversamente da tale impostazione, altro orientamento distingue a seconda che il credito originario sia assistito da una fideiussione dall'ipotesi in cui il credito sia assistito da un'ipoteca prestata da un terzo.

---

[198] Cfr. sul punto PETRELLI, *Portabilità dei mutui. Surrogazione per pagamento,* cit., 7: "l'annotazione opera (…) riguardo alla sola 'modificazione soggettiva' della titolarità del diritto: in pratica l'ipoteca, pur conservando il suo grado originario, verrà ad assistere il credito del mutuante surrogato solo dal momento dell'annotazione (e non prima). Solo dopo che l'annotazione sarà stata effettuata, quindi, il nuovo mutuante potrà valersi della garanzia".

[199] BEVILAQUA, *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* cit., 127.

Con riferimento alla prima ipotesi, si richiama l' articolo 1957 c.c., il quale, in merito ai rapporti tra la durata dell'obbligazione principale e della fideiussore, pone l'onere in capo al creditore di agire giudizialmente entro un breve termine (6 mesi o 2 mesi) dalla scadenza dell'obbligazione principale, pena la decadenza dalla garanzia fideiussoria; da tale disposizione si ricaverebbe la regola secondo cui la durata della garanzia fideiussoria sia collegata alla durata della obbligazione principale[200].

Varrebbe dunque il principio di diritto secondo cui "non è opponibile al fideiussore l'accordo che, intercorso tra creditore e debitore principale, successivamente al negozio giuridico che ha regolato l'obbligazione principale, dilazionando i termini di pagamento per il debitore, deroghi alla disciplina di cui al 1° comma dell'art. 1957 c.c., spostando *ad libitum* il termine di decadenza, vincolando esso solo le parti contraenti e non il terzo, quale è il fideiussore"[201].

Deve tuttavia segnalarsi che nella prassi è frequente l'apposizione di clausole derogatorie, che prevedono, ad esempio, la rinuncia preventiva, da parte del fideiussore, a far valere la decadenza del creditore prevista dall'art. 1957; che ancorano la durata della fideiussione non già alla scadenza dell'obbligazione principale, bensì all'integrale soddisfacimento di questa[202]; o ancora, clausole del tipo "il creditore non è tenuto ad escutere il debitore o il fideiussore entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c., che si intende derogato".

In tutti questi casi, è evidente, la fideiussione permane anche senza consenso del garante.

Nell'ipotesi invece in cui l'ipoteca sia concessa da un terzo ci si è chiesti se, analogicamente, sia applicabile l'art. 1957 c.c.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno dato risposta negativa al quesito sulla base delle seguenti considerazioni.

---

[200] Così SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario*, cit., 477.
[201] Cass. 28 dicembre 1993, n. 12901; Cass., 11 gennaio 1983, n. 183: Trib. Roma 8 febbraio 1985, in *Temi romani*, 1985, 508 ss.
[202] Si vedano ad esempio Cass., 20 agosto 1992, n. 9719; Cass., 24 marzo 1994, n. 2827, in *Banca borsa e titoli di credito,* 1995, II, 558; Cass., 19 luglio 1996, n. 6520.

In primo luogo che il termine previsto dall'articolo 1957 c.c. è un termine di decadenza, e dunque non può essere applicato analogicamente.

In secondo luogo che vi è una disciplina specifica sul terzo datore di ipoteca (artt. 2868 c.c.-2871 c.c.) ed essa non fa alcun riferimento alla fideiussione per gli aspetti non regolati.

In terzo luogo si sottolinea come la disciplina dettata dall'art. 1957 c.c. risponda all'"esigenza di evitare che la posizione del debitore resti per lungo tempo incerta con pregiudizio dei suoi interessi", considerata l'ampiezza della responsabilità patrimoniale derivante dalla fideiussione. Questa esigenza non si presenta invece nell'ipotesi di garanzia prestata dal terzo, "in considerazione del vincolo più ristretto, anche se più intenso che quest'ultima garanzia impone"[203].

Aderendo a questa impostazione, anche se la durata del nuovo mutuo dovesse essere superiore al termine di scadenza dell'originaria obbligazione, non sarebbe comunque necessario il consenso del terzo datore di ipoteca.

Altri, invece, pur rilevando che il subentro automatico nelle garanzie, espressamente previsto dall'art. 1204 c.c., sia coerente con la finalità dell'istituto della surrogazione - che comporta il subentro in tutti i diritti senza distinzione del creditore - e ragionevole dal punto di vista degli interessi protetti (in quanto sarebbe da presupporre che il terzo garante resti disponibile nei confronti del debitore quale che sia la persona del creditore[204]) ritiene tuttavia che il subentro nella garanzia ipotecaria prestata dal terzo garante possa avvenire automaticamente solo se le condizioni del suo impegno restino immutate o migliorate[205]. Al contrario, qualora la garanzia prestata subisca un mutamento, la surrogazione del creditore non potrà essere immediata, essendo necessario un preventivo coinvolgimento del garante[206].

---

[203] Cass. 13 aprile 1960, n. 846, in *Foro italiano*, 1960, I, c. 1741.
[204] FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., 50.
[205] FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit, 50-51.
[206] FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit, 50-51.

Vale infine segnalare l'opinione[207] secondo cui non sarebbe mai necessario il coinvolgimento del terzo datore di ipoteca, in quanto un eventuale allungamento della durata del finanziamento, realizzerebbe solo una variazione della modalità di adempimento e non dell'obbligazione stessa.

9. Le fasi dell'operazione di surroga.

Analizzate le principali questioni ermeneutiche non resta ora che verificare come gli operatori, in concreto, abbiano proceduto ad attuare la c.d. portabilità del mutuo.

Si tratta di un *iter* abbastanza complesso i cui passaggi chiave variano in relazione alle modalità di perfezionamento del procedimento di surrogazione e in funzione dell'atteggiamento della banca originaria.

Tuttavia sembra possibile delineare un modello "base" che si articola come segue.

Anzitutto vi è la stipulazione di un nuovo contratto di mutuo (di scopo, perché finalizzato alla surroga) con altro creditore da parte del debitore originario verosimilmente a condizioni più vantaggiose del vecchio finanziamento.

Questo atto, oltre al requisito della data certa dovrà prevedere: a) la specifica destinazione del nuovo finanziamento alla estinzione del debito preesistente (art. 1202, 2 comma, n. 2 c.c.); b) il mandato irrevocabile ex art. 1723, 2 comma c.c. (solo se l'operazione non avviene contestualmente) al nuovo creditore di adempiere in nome e per conto del debitore l'obbligazione preesistente, ossia di effettuare l'estinzione anticipata del mutuo, il pagamento e la dichiarazione di surrogazione attraverso la somma erogata con il nuovo contratto di mutuo; c) un "patto" che preveda la facoltà del "nuovo" finanziatore di subentrare nelle garanzie con il meccanismo della surrogazione (art. 1202, 1 comma, c.c.).

[207] SIRENA, *La «portabilità del mutuo» bancario o finanziario,* cit., 478.

Fulcro dell'intero procedimento è la sottoscrizione di un atto di surrogazione per il quale la legge richiede esplicitamente la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico.

Definiti in ogni loro parte gli accordi tra il debitore ed in nuovo finanziatore, questi provvederà all'estinzione di un finanziamento originario dichiarando la provenienza della somma mutuata, richiederà la quietanza avente data certa con la dichiarazione di cui sopra e procederà alla surrogazione nelle garanzie del vecchio creditore.

10. La conservazione dei benefici fiscali.

Un cenno meritano infine i commi 4 e 4 bis, i quali prevedono che l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione non comporta la decadenza dai benefici fiscali, e che l'annotazione della surrogazione non è soggetta alle imposte di cui agli artt. 15 e 17 del d.p.r. 29 settembre 1973.

Si tratta di disposizioni di particolare rilievo posto che in virtù di esse lo Stato, al fine di introdurre la concorrenza anche nel settore della circolazione del credito, rinuncia alle imposte che gli sarebbero dovute per l'operazione di surrogazione.

Quanto all'individuazione del corretto trattamento tributario applicabile in sede di esecuzione delle formalità previste dalla norma, l'Agenzia del territorio[208] ha chiarito che, poiché nell'elenco dei tributi contenuto nell'art. 15 del d.p.r. 001/73 non sono ricomprese le tasse ipotecarie di cui all'art. 19 del d.lgs. 347/90, deve ritenersi che l'annotazione di surrogazione sia esente dall'imposta ipotecaria e dall'imposta di bollo, ed invece soggetta alla tassa ipotecaria di cui al punto 1 della tabella delle tassa ipotecarie allegate al D.lgs. 31 ottobre del 1990, n. 347.

[208] Circolare del 21 giugno 2007, n. 9, cit.

CAPITOLO IV

La rinegoziazione volontaria

1. La rinegoziazione libera dei mutui ipotecari.

La legge n. 244 del 2007 è intervenuta nuovamente sull'art. 8 della legge Bersani prevedendo che: "*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*"[209].

Attraverso tale previsione si codifica espressamente, quale rimedio di adeguamento del contratto alternativo alla portabilità, la c.d. rinegoziazione.

A ben vedere, tuttavia, la possibilità per i contraenti originari di rideterminare consensualmente le condizioni del contratto è un portato diretto dell'art. 1321 c.c. il quale, come noto, consente alle parti di porre in essere accordi anche per *modificare* rapporti giuridici di tipo patrimoniale; sicché, sotto il profilo in esame, la disposizione rappresenta una "inutile duplicazione dei principi generali"[210].

La portata dell'intervento in parola va invece colta nelle prescrizioni di libertà di forma e di gratuità dell'accordo modificativo, con le quali si è inteso superare le difficoltà emerse nella prassi nel ricorrere ad un simile istituto.

Prima di procedere all'analisi delle problematiche interpretative sollevate dalla disposizione in esame risulta opportuno svolgere alcune considerazioni sull'istituto della rinegoziazione, evidenziando, al contempo, i principali ostacoli che si frapponevano al suo utilizzo quale strumento di gestione delle sopravvenienze nel mutuo bancario.

---

[209] Cfr. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 757-761.
[210] Cfr. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 757.

2. Funzione e natura giuridica della rinegoziazione del mutuo ipotecario.

La rinegoziazione è un rimedio di gestione delle sopravvenienze contrattuali non impossibilitanti finalizzata a rimodulare i termini dello scambio nell'ottica della prosecuzione del rapporto[211].

Nel contratto di mutuo, il procedimento rinegoziativo è utilizzato principalmente per ridurre il tasso di interesse e/o prorogare il termine di restituzione del mutuo, al fine di evitare che, al sopravvenire di determinati eventi, di natura soggettiva o oggettiva, consegua il consolidarsi di una situazione di potenziale insolvenza, a svantaggio del mutuatario, che rischia il procedimento esecutivo e del mutuante che perde la remuneratività dell'investimento[212].

Alla rinegoziazione del contratto si procede attraverso la sottoscrizione di un nuovo accordo da parte di banche e mutuatari nel quale vengono revisionate le condizioni dell'originario contratto.

Ci si chiede se la rinegoziazione dia luogo vicenda novativa o ad un accordo meramente modificativo.

La questione ha implicazioni pratiche di rilievo sotto il profilo della disciplina delle garanzie, dei costi e del perfezionamento dell'operazione.

L'orientamento prevalente, in considerazione dell'interesse delle parti al mantenimento dell'originario rapporto (assenza dell'*animus novandi*[213]) e della

---

[211] Cfr. FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 746.

[212] PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, cit., 269; F. MACARIO, *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, in *Atti del Convegno Paradigma: Il contratto di mutuo nella "manovra liberalizzazioni"*, cit., 8.

[213] L'assenza dell'*animus novandi* emerge inequivocabilmente dall'analisi dei contratti da cui risulta la rinegoziazione, i quali evidenziano immancabilmente: l'espressa esclusione di qualsiasi intento novativo; la conferma, ad ogni buon conto, delle garanzie che assistono il mutuo originario, a tutela delle pattuizioni introdotte con il contratto rinegoziativo; la rimodulazione delle condizioni economiche del mutuo, ossia l'adeguamento verso il basso del tasso di interesse fisso o (dei parametri del tasso) variabile per la durata residua del mutuo e/o il prolungamento dei termini del rimborso del finanziamento, con conseguente rimodulazione del piano di ammortamento. Cfr. sul punto MACARIO, *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, cit., 9-10, il quale, in proposito, parla di *animus modificandi*.

natura accessoria[214] (assenza dell'*aliquid novi*) degli elementi oggetto di rinegoziazione – durata e tasso di interesse - propende per la natura non novativa della vicenda.

In particolare, per quanto riguarda la durata del finanziamento, a favore della natura non novativa del mutamento del termine di adempimento, si richiama, da un lato, l'art. 1231 c.c. ove si prevede che "*l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione non producono novazione*" e, dall'altro, la regola secondo la quale all'ipoteca si estendono le eventuali proroghe dell'obbligazione garantita.

In termini più generali, si è affermato che la modifica del termine di esecuzione della prestazione contrattuale rientri "tra le vicende modificative del regolamento del rapporto, incidendo – di regola – sulle modalità relative all'esecuzione senza alterare l'oggetto" dell'obbligazione[215], salvo il caso in cui il termine, in relazione al concreto assetto di interessi, non sia modalità accessoria, bensì "elemento caratterizzante la prestazione o lo schema causale dal quale l'obbligo di quella prestazione trae la sua giustificazione"[216].

La posizione è condivisa anche dalla giurisprudenza la quale, in più occasioni, ha avuto modo di chiarire che "l'accordo di prorogare il termine di scadenza di un contratto di mutuo non è, di per sé solo, sufficiente alla configurazione di un contratto nuovo idoneo a sostituirsi al primo in posizione e funzione autonoma. La proroga di un contratto, infatti, non importa un mutamento sostanziale dell'obbligazione relativamente alla sua natura giuridica e all'oggetto della prestazione, ma regola le modalità accessorie che,

[214] Il carattere accessorio della modifica del tasso di interesse o della durata, che vale ad escluderne la natura novativa, è affermato dal prevalente orientamento giurisprudenziale che qualifica come meramente accessorie, poiché non riguardanti né il titolo, né l'oggetto dell'obbligazione, le modalità di rimborso del finanziamento le variazioni del tasso di interesse. In tal senso Cass., 5 febbraio 1985, n. 770, in *Diritto fallimentare*, 1985, II, 360; Cass., 9 aprile 2003, n. 5576, in *Archivio locazioni*, 2003, 632.

[215] P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XXXI, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1975, 109.

[216] PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., 109.

a norma dell'art. 1231 c.c., non producono novazione, confermando la volontà delle parti di mantenere in vita il rapporto contrattuale"[217].

Per quanto riguarda la variazione del tasso di interesse - oltre al rilievo che trattasi di una mera modalità di esecuzione, inidonea, ex art. 1231 c.c. ad integrare novazione - a conferma della natura non novativa della vicenda, si richiama la circostanza che il legislatore, anche in precedenti provvedimenti in materia[218], abbia espressamente chiarito che la modificazione del tasso non importasse novazione[219].

L'adesione all'opinione, prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza, secondo cui le modificazioni della durata del mutuo non costituiscono novazione, ha conseguenze pratiche di rilievo, in relazione a tre problemi: la forma della rinegoziazione; la sorte delle garanzie; i costi dell'operazione.

Quanto al primo problema, l'esclusione della natura novativa della vicenda comporta la possibilità di utilizzare proficuamente lo scambio di corrispondenza (proposta ed accettazione) per perfezionare l'accordo di rinegoziazione.

Questo significa che non è necessario procedere ad un'annotazione ipotecaria la quale, com' è noto, presuppone l'autentica notarile.

---

[217] Cass., 11 giugno 1969, n. 2069 in *Giurisprudenza italiana*, 1970, I, 1, 1855; conf. App. Milano, 28 giugno 1972, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1973, II, 267. Ma *contra* in dottrina RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 88; M. FRAGALI, voce *Ipoteca*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, 846 il quali ritengono che la proroga della durata del mutuo ipotecario configuri un'ipotesi di novazione del rapporto obbligatorio con conseguente estinzione della garanzia ipotecaria accessoria. Nel dettaglio, tale orientamento, facendo leva sul principio di specialità dell'ipoteca in relazione al credito garantito e sulla qualificazione del mutuo quale contratto di durata, individua il fenomeno novativo in tutti i casi di proroga di durata delle obbligazioni ad esecuzione continuata e periodica, prospettando la necessità, in tali evenienze, di iscrivere nuovamente ipoteca, ritenendo inidonea in tali casi la garanzia ipotecaria originaria ad estendersi al nuovo rapporto.

[218] Ci si riferisce alla rinegoziazione dei mutui con oneri a carico dello Stato o di enti pubblici, di cui all'art. 29 n. 133/1999, e alla rinegoziazione dei mutui per usurarietà sopravvenuta, ai sensi del d.l. 394/2000 convertito con legge 24/2001.

[219] Fermo quanto sopra, parte della dottrina (FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 178) ha tuttavia rilevato che: "allorquando si è in presenza di una garanzia ipotecaria, oggetto di preventiva pubblicità a tutela dei terzi, il nuovo tasso di interesse convenuto (in misura fissa o variabile) sarà opponibile ai terzi solo nei limiti di quanto originariamente pubblicato, cioè del tasso originario (fisso o variabile), con la conseguenza che, se il nuovo tasso di interesse determinato in misura fissa o variabile (comprensivo di *spread*) risulta superiore a quello originario, la parte di tasso in eccedenza non troverà copertura ipotecaria" per il c.d. principio di indifferenza dell'ipoteca alle mutazioni maggiorative del credito.

Né varrebbe replicare che, per un'esigenza di tutela di terzi, dovrebbe comunque procedersi a detta annotazione, perchè la proroga del termine originariamente previsto non trova limiti *ex lege* in un interesse dei terzi meritevole di tutela, come dimostra la circostanza che il tempo di esigibilità del credito è si richiesto come contenuto della nota di iscrizione ipotecaria, ma la sua mancanza non ne determina l'invalidità (arg. ex artt. 2838 e 2841 c.c.), sicchè l'ipoteca potrebbe essere iscritta anche senza tale indicazione, senza cioè che ai terzi sia noto il tempo di esigibilità della prestazione garantita.

A conferma della non necessità dell'annotazione ipotecaria, deve osservarsi come la legge non richieda di pubblicizzare nemmeno gli atti e i fatti interruttivi o sospensivi della prescrizione del credito garantito, benché il loro effetto sia quello di prolungare la vita dell'ipoteca oltre a quanto era programmabile sulla base dell'iscrizione[220].

Quanto alla sorte delle garanzie, laddove si ritenga che la rinegoziazione non configuri una vicenda novativa, dovrà concludersi che la garanzia originaria continuerà ad assistere il primitivo rapporto.

Da ultimo, sotto il profilo dei costi, non essendo venuto meno il rapporto originario, parimenti, non verranno meno i benefici fiscali eventualmente concessi a favore del primo finanziamento.

3. La libertà di forma e il problema della tutela dei terzi.

Passando all'esame del contenuto della nuova disposizione, già si è osservato come le uniche novità, a ben vedere, riguardino la prescrizione di libertà di forma e di gratuità dell'accordo modificativo.

Con la prima previsione, in particolare, il legislatore viene a codificare la soluzione già emersa nella prassi in ragione della maggiore economicità e praticità e considerata corretta, da dottrina e giurisprudenza, in considerazione

[220] PRESTI, *Rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina,* cit., 289.

della natura accessoria e non strutturale delle modifiche operate con la rinegoziazione[221].

Va tuttavia segnalato come la soluzione era stata prospettata in relazione ad ipotesi, quali ad esempio la rinegoziazione dei mutui sopravvenuti usurari, in cui si trattava di riequilibrare in senso favorevole al debitore il tasso di interesse; e dunque, in ipotesi in cui non veniva a porsi un problema di tutela dei terzi.

La questione si pone oggi in termini diversi, poiché la modifica delle condizioni contrattuali si rende necessaria il più delle volte per determinare un allungamento del piano di ammortamento o una trasformazione del minore tasso variabile iniziale al più stabile fisso.

In questi casi, invece, come correttamente osservato "appare del tutto congruo con i principi che regolano la pubblicità immobiliare rendere edotti eventualmente futuri creditori che facciano legittimamente affidamento sul patrimonio immobiliare del debitore del peggioramento delle condizioni del prestito"[222].

Ciò ha indotto taluno chiedersi "non più solo se sia necessaria l'annotazione dell'accordo modificativo, ma, addirittura, se l'annotazione sia sufficiente e non debba chiedersi una nuova iscrizione"[223].

Quest'ultima soluzione è stata suggerita dalla dottrina più prudente, in relazione all'ipotesi di modifica del tasso di interesse non sufficientemente indicato nella nota di iscrizione, la qual modifica richiederebbe non "una semplice rettifica (con annotazione) ma 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 ad un terzo)" [224]; in ipotesi di modifica del tempo di esigibilità, perché

[221] MACARIO, *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, cit., 10.
[222] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 758.
[223] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 758.
[224] Cfr. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 85. Alle stesse conclusioni giunge FIORUCCI, *Modalità tecniche di rinegoziazione dei mutui non contemplati dalla convenzione ABI-Ministero,* in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in tema di mutui: La rinegoziazione libera, convenzionata e le altre opzioni,* cit., 8 ss.

requisito della nota di iscrizione; di proroga della scadenza di un contratto ad esecuzione continuata e periodica perché essa "crea un nuovo rapporto, cui pertanto la primitiva ipoteca, per la sua specialità, non può estendersi come nel caso di sostituzione dell'oggetto"[225].

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 tale caso, di adottare la forma (pubblica o autentica) idonea a rendere possibile l'annotazione"[226].

In senso opposto altro orientamento ritiene che, nelle ipotesi in esame, una nuova iscrizione non sia necessaria, perché essa "vorrebbe dire nuovo grado, nuova istruttoria, nuove spese: in realtà proprio ciò che si è voluto evitare con la rinegoziazione"[227].

A sostegno di tale ricostruzione si è ritenuto di poter trarre supporti giuridici "per analogia dall'art. 39 t. u. b., in tema di possibilità di indicare nell'atto di erogazione (e di annotare a 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.)"[228].

Schematizzando e traendo le conclusioni da quanto sin qui affermato, data la formulazione della disposizione e prescindendo da qualsiasi valutazione in merito all'opportunità di una siffatta scelta, sembra potersi affermare che l'intervento notarile non sia necessario in caso di riduzione del tasso d'interesse, di passaggio da tasso variabile a fisso o misto (o viceversa), di prolungamento della durata del mutuo; di contestuale modifica del tasso di interesse e prolungamento della durata del mutuo.

L'intervento notarile potrà invece essere richiesto quando si ritiene utile l'annotazione della rinegoziazione, ove consentita e proficuamente realizzabile,

[225] Cfr. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, cit., 87-88, nt. 22.
[226] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 758.
[227] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 758.
[228] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 758.

e soprattutto quando si vogliono ottenere le garanzie connaturate all'intervento notarile: controllo di legalità del contenuto dell'atto, verifica della capacità, della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, informazioni e chiarimenti dal notaio riguardo al contenuto dell'atto ed eventuali clausole vessatorie[229].

4. La gratuità della rinegoziazione.

La previsione della gratuità della rinegoziazione si spiega al fine di incentivare il ricorso di un simile istituto da parte del mutuatario, dato che le principale ragione che si frapponeva al suo utilizzo era rappresentata dal rischio di dover sostenere costi eccessivi[230].

Considerata la *ratio* dell'intervento, si segnala l'opportunità di interpretare estensivamente la locuzione "senza spese", sì da comprendere qualsiasi tipo di costo amministrativo o commissioni bancarie aventi titolo nella rinegoziazione.

Qualche dubbio può sorgere in relazione alle spese connesse al ministero notarile, posto che il legislatore del 2007 nel sancire la libertà di forma, non ha considerato la possibilità di un simile intervento[231].

In attesa delle prime prassi applicative, sembra doversi escludere l'addebito del costo notarile in capo al cliente qualora l'intervento del pubblico ufficiale sia stato imposto dalla banca al fine di perfezionare il procedimento rinegoziativo.

Da ultimo, sul fronte fiscale, analogamente a quanto previsto in tema di portabilità, va segnalato che la rinegoziazione non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa (nuovo art. 8, comma 4, co. l. 40/2007) ossia la detraibilità degli interessi passivi del mutuo, ove previsti.

[229] FIORUCCI, *I mutui bancari*, cit., 188.
[230] PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 68.
[231] Così già FAUSTI, *La «rinegoziazione » dei mutui*, cit., 760.

CAPITOLO V

L'impatto sul mercato e sui "consumatori"

1. Premessa.

L'analisi condotta nel capitolo precedente, oltre a dar conto delle più importanti questioni esegetiche sollevate delle c.d. misure di liberalizzazione, ha messo in luce potenzialità e limiti dell'intervento; potenzialità che si colgono principalmente analizzando il congegno e le finalità dei nuovi strumenti e limiti che invece riguardano l'oggettiva difficoltà di dare attuazione alle nuove regole, in considerazione, da un lato, della scarsa chiarezza del dato normativo e, dall'altro, delle numerose deroghe apportate a principi civilistici tradizionali.

Il prosieguo della presente ricerca è volto ad accertare l'impatto che tali misure hanno avuto sul mercato e sui "consumatori"[232] al fine di verificare se le misure prescelte per liberalizzare il mercato del credito siano idonee a perseguire gli obiettivi presi di mira e cioè aumentare la competitività e la protezione del consumatore.

Il punto di partenza dell'indagine è la constatazione che le nuove misure, pur essendo dichiaratamente volte a liberalizzare il mercato, si traducono, di fatto, nella previsione di forti limiti dell'autonomia privata attraverso diffusi divieti (di compensi, di penali, di clausole) e mediante tecniche di conformazione eteronoma del rapporto (nullità di protezione, sostituzione di

[232] Si precisa che il termine "consumatori" viene utilizzato in questo contesto in una accezione assai più ampia di quella che risulta dall'articolo 3 del codice del consumo. Ed infatti vi rientra anche chi agisce al fine di soddisfare un bisogno connesso alla propria professione e non di consumo. Si è scelto, tuttavia, di utilizzare il termine "consumatori" non solo perché esso compare espressamente nella rubrica dell'intervento, ma anche al fine di designare una categoria di soggetti che, in relazione alla specifica operazione negoziale che pongono in essere, vengono comunque a trovarsi in una situazione di debolezza "strutturale" rispetto alla controparte professionale. Sull'evoluzione della nozione di consumatore cfr., da ultimo, L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 685.

clausole nulle con norme imperative, riconduzione ad equità di clausole, rinegoziazioni obbligate nell'*an* e nel *quomodo*).

Tale rilievo ha indotto alcuni autori a chiedersi - quasi a segnalare un ossimoro tra la finalità dichiarata e lo strumento giuridico prescelto - se il mercato si liberalizzasse dirigendolo, paventando il rischio che queste misure, a lungo termine, producano effetti negativi sul mercato, e dunque, in ultima analisi sull'utente finale, tramite un aumento generalizzato di tassi[233].

L'interrogativo si giustifica anche alla luce delle recenti acquisizioni della scienza della regolazione la quale insegna che, specie quando si tratta di interventi che hanno un potenziale impatto sul mercato e sul consumatore, l'*opzione zero*, cioè il non intervento, vada tenuta in una privilegiata considerazione.

In particolare, secondo l'art. 5 del regolamento AIR[234] (analisi di impatto della regolazione)[235], adottato in attuazione dell'articolo 14, comma 5, della

[233] Così GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, cit., 464 ss. Cfr. in particolare l'art. 471, ove l'autore si chiede. "che succederà dei mutui? la concorrenza realizzerà davvero la libera circolazione dei servizi di credito? o tenteranno le banche di fidelizzare o clienti recuperando più nel primo periodo e meno nel secondo? si avrà un continuo miglioramento delle condizioni offerte? o gli intermediari si copriranno dal rischio di abbandono riversandone per altra via il costo? (…) Non si può del tutto scacciare il sospetto che a volte anche i legislatori sappiano troppo poco dei rapporti tra le cause e gli effetti per poter liberalizzare il mercato dirigendolo"; FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell'ipoteca (articoli 7, 8 e 8-bis della legge 2 aprile 2007, n. 40)*, cit., 22-23; FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 196.

[234] Si tratta del decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, 11 settembre 2008, n. 170 "Regolamento recante la disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246". Tale regolamento dispone che tutti gli atti normativi del governo, i disegni di legge di iniziativa governativa, i decreti ministeriali ed interministeriali, prima di essere iscritti all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri debbono essere stati sottoposti all'analisi di impatto di regolazione da parte del DAGL (Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi).

[235] L'AIR o analisi di impatto concorrenziale è uno strumento di *better regulation* che consente la valutazione preventiva degli effetti derivanti dalla introduzione di nuove norme sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni.
La valutazione effettuata tramite l'AIR è funzionale a garantire una maggiore efficacia alle iniziative legislative ed una riduzione dei costi della regolazione. L'AIR, in particolare, impone alle amministrazioni, prima di assumere iniziative normative nuove, di verificare se non sia possibile, quale alternativa all'intervento legislativo, migliorare l'applicazione delle norme vigenti, ricorrendo a strumenti di tipo amministrativo o comunque alternativi alla regolazione; l'AIR dunque serve ad indurre gli organi titolari del potere normativo a valutare quando la nuova regolazione sia effettivamente utile o necessaria.
Si differenzia dalla VIR che invece consente di valutare a posteriori gli effetti che le norme adottate hanno prodotto sui destinatari.

legge 28 novembre 2005, n. 246, gli interventi normativi che incidono sull'attività di impresa devono preventivamente essere sottoposte al vaglio dell'AIRC (analisi impatto concorrenziale)[236], che potrà ritenersi superato solo

---

L'AIR è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'articolo 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50, recante "Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998", il quale ha previsto una fase sperimentale, avviata con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000. Successivamente, dopo una serie di interventi formativi per i funzionari designati dalle amministrazioni e un'ulteriore sperimentazione con alcune amministrazioni prescelte, tale disciplina è stata modificata, con l'articolo 14, commi 1-11, della legge n. 246/2005, al fine di "mettere a regime" l'AIR. L'articolo 14 rinvia a successivi atti regolamentari e a direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri la disciplina puntuale dell'AIR e della VIR.
La disciplina attuativa dell'AIR e della VIR è oggi contenuta nel DPCM 11 settembre 2008, n. 170. Per approfondire il tema dell'analisi di impatto della regolazione cfr. B. CAROTTI – E. CAVALIERI, *La nuova semplificazione*, Milano, 2009, 70 ss; A. GRECO, *L'analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti, 2009*, in *www.federalismi.it*; A. BOARDMAN, D.G. GREENBERG, A.R. VINING, D.L. WEIMER, *Cost Benefit Analysis. Concepts and Practice*, Upper Saddle River, 2006; M.D. ADLER, E.A. POSNER, *New foundation of cost-benefit Analysis*, Cambridge, 2006; N. RANGONE, *Impatto delle analisi delle regolazioni su procedimento, organizzazione e indipendenza delle Autorità*, in *Studi parlamentari di politica costituzionale*, 2006, 79 ss.; R. PERNA, *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta – Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2003, 49 ss.; F. GIOVANETTI NUTI, *La valutazione economica delle decisioni pubbliche. Dall'analisi costi benefici alle valutazioni contingenti*, Torino, 2001; A. ARCURI, R. VAN DEN BERGH, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolazione: il ruolo dei costi-benefici*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2001, 223 ss.; E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 88 ss.; A. LA SPINA, *L'analisi di impatto della regolazione: i caratteri distintivi, le tecniche, la ricezione in Italia*, in *Rivista trimestrale della scienza amministrativa*, 2000, 11 ss.

[236] L'analisi di impatto concorrenziale è uno strumento di *better regulation* volta a verificare se la regolazione proposta introduce restrizioni alla concorrenza proporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti. La misura è fortemente promossa dall'OCSE, la quale ha identificato un elenco-filtro *(checklist)* volto a individuare i provvedimenti potenzialmente restrittivi della concorrenza.
L'AIRC, in particolare, viene pensata per quelle proposte di intervento normativo, di carattere legislativo o regolamentare, che, indipendentemente dalle finalità di interesse generale perseguite, vadano ad incidere su divieti, obblighi, o altre restrizioni alla libertà di iniziativa economica, orientati alla regolazione delle condizioni di entrata e di uscita dai mercati interessati, dei processi di crescita delle imprese o delle modalità di organizzazione e di esercizio dell'attività economica.
Per tali tipi di provvedimenti si richiede una valutazione più approfondita rispetto a quella che consegue all'AIR, al fine di individuare il grado di restrizione della concorrenza ottimale nell'interesse generale, con un'impostazione analoga a quella adottata dalle Autorità di concorrenza nella loro attività di segnalazione.
Le restrizioni della regolazione individuate nell'elenco-filtro sono:
1) Restrizioni all'accesso: la norma/regolazione limita il numero o la tipologia dei fornitori di un determinato bene o servizio?
2) Restrizioni nell'ambito di attività delle imprese: la norma/regolazione riduce le possibilità competitive dei fornitori?
3) Restrizioni che facilitano le violazioni delle norme di concorrenza: la norma/regolazione riduce gli incentivi dei fornitori a competere?

A questi elementi potrebbero esserne aggiunti anche altri al fine di renderlo più completo e, in Indipendentemente dal contenuto dell'elenco/filtro, per quei provvedimenti che vengono identificati come "preoccupanti" nella prospettiva della concorrenza, l'analisi di impatto sulla regolazione impone di verificare se effettivamente le restrizioni identificate sono proporzionate agli interessi generali perseguiti.

Le linee guida per realizzare un'AIRC prevedono quattro fasi principali:

1. definizione preliminare dell'intervento legislativo per valutarne il grado di rilevanza in termini di impatto sulla concorrenza;
2. individuazione delle opzioni adottabili all'interno dell'intervento legislativo;
3. analisi delle opzioni, allo scopo di verificare l'esistenza di restrizioni alla concorrenza e di giustificazioni a tali restrizioni;
4. classificazione dell'insieme delle opzioni esaminate e ordinamento in funzione del loro minore o maggiore impatto sulla concorrenza.

La fase iniziale è finalizzata ad individuare gli elementi essenziali e costitutivi della proposta di intervento, con particolare riferimento agli ambiti oggettivi e soggettivi e alle sottostanti finalità di interesse pubblico.

Gli elementi minimi da acquisire devono essere tali da permettere di includere una sintetica descrizione di:

- oggetto (o materia) e ambito territoriale dell'intervento;
- principali settori, attività e categorie economiche interessati;
- esigenze rilevate e finalità perseguite;
- possibili opzioni in termini di modalità di configurazione e di realizzazione dell'intervento e corrispondenti risultati attesi.

Le informazioni raccolte in questa fase sono quindi necessarie a realizzare uno *screening* preliminare delle proposte di regolazione, allo scopo di individuare, sulla base di alcuni criteri generali di inclusione e di esclusione, le iniziative sicuramente rilevanti o non rilevanti ai fini della valutazione concorrenziale. Dopo aver individuato gli interventi che necessitano sicuramente di un'analisi di impatto sulla concorrenza, il governo (centrale o regionale) dovrebbe determinarne il grado di rilevanza, distinguendo tra alta, media o bassa rilevanza. Questa attività serve ad attribuire un livello di priorità all'AIRC sulle diverse proposte normative in essere, particolarmente utile qualora le risorse da dedicare all'analisi di impatto sulla concorrenza siano limitate.

La seconda fase, quella della specificazione delle opzioni. In base alle linee guida, il ventaglio delle possibili alternative dovrebbe essere mantenuto più ampio possibile e comprendere, in ogni caso, almeno come termine di confronto, la cosiddetta opzione "zero", cioè quella che considera la possibilità di mantenere immutato l'assetto regolatorio esistente: in questo modo risulta possibile includere nel processo valutativo anche i benefici eventualmente collegati a interventi normativi che prevedono l'eliminazione o la riduzione di restrizioni concorrenziali già in essere. In questa fase, l'obiettivo principale è quello di rilevare se e in quali termini le diverse opzioni individuate intervengano su aspetti qualificanti della regolazione economica nei settori direttamente interessati, modificando la natura, il contenuto, l'intensità o l'ambito di applicazione dei vincoli imposti ai soggetti regolati e, come tali, presentino un'elevata probabilità di incidere in misura sensibile su fattori determinanti delle dinamiche concorrenziali quali la struttura e l'evoluzione dei mercati, gli incentivi all'efficienza produttiva e all'innovazione, la differenziazione dei prodotti e dei servizi e le possibilità di scelta dei consumatori intermedi e finali.

La terza fase è essenzialmente dedicata ad analizzare le singole restrizioni all'entrata o sui comportamenti di impresa previste da ciascuna delle opzioni così individuate e a valutare, caso per caso, se e in che misura tali restrizioni possano ritenersi giustificate in rapporto alle dichiarate finalità dell'intervento.

Nella quarta ed ultima fase, sulla base delle informazioni e degli elementi acquisiti nel corso delle fasi precedenti, si procede ad una classificazione dell'insieme delle opzioni esaminate, finalizzata a fornirne una rappresentazione ordinata in funzione della natura e rilevanza del rispettivo impatto potenziale sulle dinamiche concorrenziali e sui margini di libertà e di flessibilità consentiti all'iniziativa economica dei soggetti interessati.

qualora l'esame del testo normativo conduca ad una risposta negativa ai seguenti quesiti:

1) la norma/regolazione limita il numero o la tipologia dei fornitori di un determinato bene o servizio (restrizioni all'accesso)?

2) la norma/regolazione riduce le possibilità competitive dei fornitori (restrizioni dell'attività)?

3) la norma/regolazione riduce gli incentivi dei fornitori a competere (restrizioni delle possibilità competitive)?

L'esame di tale questione riporta all'attenzione dell'interprete il controverso tema del rapporto tra norme imperative ed autonomia privata che, nonostante il grado di approfondimento raggiunto grazie ai numerosi contributi della dottrina, continua a suscitare interesse, in considerazione, da un lato, della difficoltà di stabilire il giusto punto di equilibrio tra stato e mercato, legge e contratto, efficienza ed equità in un mercato in continua evoluzione per effetto della globalizzazione e, dall'altro, delle implicazioni pratiche che tale configurazione assume negli scambi economici.

I c.d. interventi di "liberalizzazioni" rappresentano un osservatorio privilegiato di tale contrasto, non solo in ragione della complessità e della potenziale confliggenza degli interessi coinvolti (stabilità finanziaria, trasparenza e competitività) - che spesso non lascia al regolatore altro margine che la scelta di quelli da privilegiare, e dunque sacrificare – ma anche per la specificità degli interventi in parola, che si propongono non già di mantenere assetti concorrenziali in un mercato già improntato al libero scambio, ma più radicalmente, di introdurre *ex novo* le regole della concorrenza in un settore, la circolazione delle operazioni di finanziamento, in cui tali regole erano del tutto assenti; e dunque creare un mercato dove mercato non c'era.

Da questo punto di vista l'opzione "zero", che, come detto, rappresenta il mantenimento dell'assetto regolatorio esistente, dovrebbe costituire il parametro di riferimento rispetto al quale effettuare una prima distinzione tra le opzioni che comportano un rafforzamento, ovvero una diminuzione, dei vincoli imposti ai soggetti regolati.
Nel nostro ordinamento l'AIRC è stata introdotta dall'art. 5 del dpcm 11 settembre 2008. Per approfondimenti sul tema cfr. G. MAZZANTINI, *L'AIR sulla concorrenza: «eppur si muove!»*, in *La tela di Penelope. Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocratica*, a cura di A. Natalini, G. Tiberi, Bologna, 2010.

Ulteriormente, l'accentuata situazione di conflitto di interesse in cui le controparti di un contratto bancario vengono a trovarsi permette di verificare ancor più da vicino e nel concreto se la conclamata corrispondenza tra interessi del consumatore e della concorrenza sia dinamica concretamente verificabile, o al contrario, le regole, pur nel dichiarato scopo di perseguirli entrambi, di fatto risultino, più o meno consapevolmente, sbilanciate a favore dell'uno o dell'altro interesse.

Da un punto di vista metodologico la ricerca si articolerà in tre momenti.

Dapprima, si analizzeranno le principali prassi bancarie come emerse nella giurisprudenza, al fine di verificare qual è stato l'impatto che le nuove misure hanno avuto sui soggetti coinvolti.

Secondariamente, si ripercorreranno brevemente le varie teorie elaborate in merito alla struttura del mercato, al fine di individuare quale sia (se vi sia) il livello necessario ed ottimale di intervento.

Da ultimo, si analizzeranno nello specifico gli istituti prescelti per liberalizzare il mercato del credito (norme imperative, regole di condotta, nullità di protezione), cercando di capire come essi abbiano inciso sui problemi evidenziati.

2. Le prassi bancarie nei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Confermando i timori degli interpreti, le indagini condotte dalle associazioni dei consumatori e dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato hanno mostrato come la maggior parte degli istituti bancari abbia eluso l'applicazione della nuova normativa, soprattutto per quel che concerne l'istituto della portabilità dei mutui.

Emblematico, al riguardo, è il provvedimento n. 18731 del 7 agosto 2008, con cui è stato accertato – a seguito delle indagini condotte principalmente da ALTROCONSUMO con la tecnica del "*mistery shopping*" – che molti istituti di credito avevano adottato condotte volte a impedire o rendere onerosa per i consumatori, già titolari di mutuo ipotecario, l'operazione della c.d.

"portabilità" prevista dall'art. 8 del d.l. 31 gennaio del 2007, in ciò contravvenendo alle prescrizioni di cui agli artt. 20, 21, 22, 23, comma 1, lett. t) del codice del consumo[237].

Dalle indagini condotte da ALTROCONSUMO, nello specifico, è emerso che gli istituti bancari avevano risposto all'esigenza della clientela di rinegoziare il mutuo, offrendo la soluzione più onerosa: sostituzione in luogo della portabilità gratuita o surrogazione attiva con oneri a carico del consumatore.

Tale condotta è stata ritenuta dall'AGCM contraria alla diligenza professionale "e tale da falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione ai servizi offerti del consumatore che raggiunge" e scorretta "alla luce del fatto che ai consumatori sarebbero state fornite delle informazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete, consistendo anche nella comunicazione di informazioni inesatte sulle condizioni del mercato o sulla possibilità di ottenere il servizio, allo scopo d'indurre il consumatore a fruirne a condizioni meno favorevoli di quelle offerte dal mercato, ovvero, al contrario, non sarebbero state fornite informazioni rilevanti, in modo da indurli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso", altresì dandosi atto della frapposizione, ad opera del professionista di un "ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato (…) al conusumatore che intenda esercitare diritti contrattuali, compresi quelli di risolvere il contratto o quello di cambiare prodotto e rivolgersi ad altro professionista".

Con riferimento al primo profilo, in particolare, viene rilevato come gli operatori creditizi abbiano "contravvenuto al principio previsto dal nuovo sistema di tutela del consumatore dettato dal Codice del Consumo, secondo il quale la sostanza del rapporto tra consumatore e professionista e non solo il dato formale del contratto deve essere improntata a buona fede, diligenza,

[237] Sono sorrette da analogo profilo motivazionale anche i seguenti: PS1207, provv. n. 18726 del 7 agosto 2008 su boll. 31/08; PS1192, provv. n. 18732 del 7 agosto 2008 su boll. 31/08; PS 1193, provv. n. 18733 del 7 agosto 2008 su boll. 31/08; PS1194, provv. n. 18734 del 7 agosto del 2008, su boll. 31/08; PS1198, provv. n. 18736 del 7agosto 2008, su boll. 31/08; PS1207, provv. n. 18741 del 7 agosto del 2008, su boll. 31/08.

tutela degli interessi del soggetto con minore forza contrattuale e maggiore deficit informativo"; nel rispetto di tali principi, in particolare, "la banca avrebbe dovuto indirizzare il risparmiatore verso la più conveniente (per lui) forma contrattuale e, invece (…) ha proposto come unica possibilità un meccanismo complesso e soprattutto oneroso che teneva la banca al sicuro (nella sua erronea visione) dagli effetti voluti dalla legge".

Non informando il consumatore della possibilità di valersi della portabilità gratuita, la banca si sarebbe posta in contrasto con la *ratio legis* delle disposizioni di cui al decreto-legge 31 gennaio 2007 n. 7, individuata nell'esigenza di "*assicurare al risparmiatore, che intendesse cambiare banca per sostenere più agevolmente il pagamento di rate di mutuo che gravavano sul proprio bilancio familiare in modo sempre più rilevante, di poterlo fare senza dover affrontare costi*".

Nel rilevare come la risposta fornita dagli operatori creditizi alle esigenze della clientela si sia sostanziata nell'offerta della "soluzione più onerosa" (sostituzione del mutuo in luogo della portabilità o portabilità onerosa), l'Autorità – pur non contestando la libertà di una banca di non assumere un mutuo contratto da un risparmiatore con altra banca – ha ritenuto scorretto (e contrario in particolare al canone della diligenza professionale ex art. 20, comma 2, del Codice del consumo) che l'operatore creditizio "abbia inteso acquisire comunque il vantaggio economico derivante dall'incremento di clientela, perseguendo con un altro strumento giuridico la stessa causa concreta prevista dal legislatore come normotipo di un'operazione senza oneri per il consumatore e utilizzando la combinazione dei diversi negozi giuridici (estinzione del mutuo/apertura del mutuo, cancellazione ipoteca/iscrizione nuova ipoteca) in collegamento strutturale tra di loro al fine di trasformare in oneroso ciò che la legge prevede come gratuito, così eludendo un ben chiaro disposto normativo, i principi del Codice del Consumo, le regole sulla correttezza sostanziale nell'attività contrattuale ormai ben chiarite dalla nostra dottrina e dalla giurisprudenza".

Per quanto riguarda il secondo dei profili evidenziati, l'AGCM si sofferma sulla scorrettezza del comportamento della banca per ciò che attiene la

violazione dei doveri di corretta informazione che gravano sulla stessa ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 23, comma 1, lettera t), del Codice del Consumo.

L'AGCM, in particolare, movendo dalla rilevanza assunta dalla correttezza dell'informazione offerta dal professionista al consumatore, quale elemento cardinale del dovere di diligenza professionale, osserva come "le finalità della nuova disciplina sulla portabilità dei mutui, come definita dal decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7 e dalle successive modificazioni, verrebbero frustrate ove i professionisti non rappresentassero o rappresentassero in maniera inesatta ai consumatori le possibilità offerte dalla suddetta normativa".

Alla stregua di quanto sopra riportato, l'Autorità ha ritenuto contraria al dovere di diligenza informativa, "la condotta della banca diretta a scoraggiare le scelte del consumatore in favore della portabilità del mutuo prospettando ingannevolmente la sostituzione del mutuo quale soluzione unica o preferibile offerta al consumatore dal mercato per far fronte alle sue esigenze".

A sostegno del proprio assunto l'AGCM ha ravvisato la presenza di elementi gravi, precisi e concordanti idonei a provare presuntivamente la suddetta pratica commerciale scorretta:

- nelle "evidenti anomalie nei comportamenti dei clienti della banca, che possono difficilmente giustificarsi qualora agli stessi fosse stato offerto un quadro informativo completo e corretto"; in proposito assumendosi che "la scelta dei clienti in favore della tradizionale sostituzione del mutuo (di regola meno favorevole quanto a costi e normalmente contraria ai loro interessi) … possa essere stata determinata solo da un'informazione inesatta … circa le possibilità offerte dal mercato e dalla legge di realizzare senza costi un'analoga operazione economica avvalendosi della procedura di portabilità del mutuo";

- e nel numero incomprensibilmente superiore delle sostituzioni di mutuo rispetto al numero delle surrogazioni attive (pur successivamente all'epoca in cui la banca ha formalmente consentito ai consumatori di effettuare senza oneri la portabilità del mutuo): sì da indurre a "presumere che il professionista, proseguendo una pratica preesistente, abbia continuato a rispondere all'esigenza della clientela proponendo prevalentemente mutui in sostituzione

e omettendo di segnalare al cliente la possibilità meno onerosa della surrogazione, prevista dalla legge".

Nel prendere le distanze dalla tesi – prospettata dagli operatori creditizi – secondo cui la mancata attuazione della disciplina della portabilità sarebbe stata causata dalla scarsa chiarezza dell'originario dettato normativo (e ciò in quanto, anche dopo la novella della legge finanziaria per il 2008 al decreto-legge n. 7/2007 sarebbero state effettuate "sostituzioni a condizioni onerose"), l'AGCM ha conclusivamente ritenuto che, in ragione dell'omessa o falsa rappresentazione della disciplina della materia e delle opportunità offerte al cliente, l'operatore creditizio "abbia falsato in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore in relazione al prodotto (art. 20, comma 2, Codice del Consumo)":

-"o omettendo informazioni rilevanti di cui il medesimo ha bisogno per prendere una decisione consapevole (art. 22, comma 1, del predetto Codice);

- oppure fornendo informazioni non rispondenti al vero (art. 21, comma 1, del predetto codice), anche in relazione allo specifico divieto di comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto (art. 23, comma 1, lettera t), del predetto Codice)".

3. La posizione della giurisprudenza.

Tale provvedimento è stato riformato dal TAR Lazio con la sentenza 6 aprile 2009, n. 3692[238] in accoglimento del ricorso presentato dalle banche soccombenti.

Tale pronuncia merita una particolare attenzione non soltanto perché rappresenta la prima in materia di portabilità, ma anche perché permette di comprendere quali siano le interferenze tra la disciplina delle liberalizzazioni nel settore bancario e quella delle pratiche commerciali scorrette.

[238] Tar, 6 aprile 2009, n. 3692, cit. Tale sentenza è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9322.

Si cercherà, pertanto, di ripercorrere i diversi passaggi dell'iter motivazionale che, a ben vedere, riprende le diverse osservazioni poste dall'AGCM a fondamento della propria decisione.

Quanto al primo degli argomenti addotti dall'AGCM al fine di sanzionare il comportamento degli istituti di credito – e cioè la pretesa contrarietà a diligenza professionale - il TAR osserva come, alla stregua di detti criterio, la condotta della banca consistente nel prospettare la sostituzione onerosa del mutuo invece che la portabilità gratuità non potesse considerarsi scorretta perché il carattere non oneroso della surrogazione era estraneo all'originario impianto dell'art. 8 del decreto-legge 7/2007.

E ciò sulla base del presupposto che l'art. 8, nel sancire "*la nullità di 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*" si riferisse soltanto alla c.d. portabilità passiva, ovvero al rapporto che lega il cliente con la banca originaria e non invece al rapporto tra cliente e nuovo istituto.

Solo il comma 3-bis, aggiunto dalla legge 24 dicembre 2007 n. 244 (finanziaria per il 2008) avrebbe introdotto c.d. "portabilità attiva", ovvero il divieto, nel caso di accettazione del subingresso nell'originario contratto di mutuo da parte di un istituto di credito, di imporre al cliente spese e/o commissioni.

Lo stesso rilievo è stato mosso al divieto di addebitabilità alla clientela delle spese notarili, ora previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 2 del d.l. 29 novembre 2008 n. 185: la scarsa chiarezza del dato normativo avrebbe condotto ad un'evidente incertezza applicativa che costituisce, ad avviso del TAR, idoneo elemento giustificativo della disapplicazione della normativa in esame**.**

L'oscurità del dettato normativo viene altresì richiamata con riferimento al secondo profilo motivazionale del provvedimento dell'AGCM, relativo alla violazione dei doveri di corretta informazione. A tal proposito, in motivazione, si legge che "*appare invero impretendibile che potesse essere offerto alla clientela un corredo informativo del quale lo stesso operatore creditizio non*

era in possesso"; quasi a dire che non può muoversi alcun rimprovero di condotta alla banca per non aver informato il cliente della possibilità di valersi della portabilità gratuita perché si trattava di informazioni di cui la banca stessa non era in possesso.

A prescindere da tale rilievo, inoltre, il Collegio osserva come, anche qualora il quadro di riferimento fosse stato chiaro, la pratica consistente nell'orientare la clientela verso la sostituzione onerosa invece che la portabilità gratuita comunque non avrebbe potuto considerarsi contraria a diligenza professionale. E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo in quanto il cliente, eventualmente insoddisfatto dell'opzione al medesimo offerta da una banca, avrebbe potuto rivolgersi altrove; in secondo luogo perché "*in assenza di alcun obbligo legale a contrarre (ed a contrarre esclusivamente mediante surrogazione del mutuo), ben avrebbe potuto qualunque istituto di credito (…), continuare a proporre alla clientela (esclusivamente) la sostituzione e non (anche) la surrogazione, ove ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili, ma sicuramente) ex se non interpretabili in termini di (sanzionabile) scorrettezza*".

Diversamente ragionando, ad avviso del TAR, si arriverebbe ad una vera e propria "*ablazione della libertà negoziale in capo all'operatore economico: al quale, in presenza della introduzione della surrogabilità del mutuo, sarebbe risultata preclusa la perdurante proponibilità della sostituzione, pena – altrimenti – l'univoca assimilabilità della condotta (invece pur sempre sussumibile nel novero della libertà negoziale della quale devono poter godere tutti gli operatori economici presenti sul mercato) ad una pratica commerciale scorretta*".

Sotto il profilo oggettivo, inoltre, il TAR Lazio ritiene non dimostrata l'effettiva diffusione dei comportamenti delle banche, in quanto le risultanze di ALTROCONSUMO non sarebbero fornite di elementi di concludente significatività.

Da ultimo, si sottolinea come l'utilizzazione strumentale fatta dall'Autorità di attività di indagine o di verifica di soggetti privati sia inappropriata in quanto determina una pratica "commistione" di ruoli che, invece, devono

essere mantenuti distinti. Le associazioni dei consumatori, invero, dovrebbero limitarsi a un'attività di mero impulso all'attività dei poteri pubblici, restando ad essi precluso di sostituirsi all'Autorità nella concreta effettuazione di attività propriamente istruttorie.

3.1. Un'interpretazione elusiva delle nuove regole?

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti ha mostrato come, almeno in un prima fase, vi sia stata un'interpretazione delle nuove regole nel settore bancario sostanzialmente elusiva del dettato normativo. Interpretazione che è stata avallata dalla Tar[239] con la seguente motivazione: gli operatori bancari, in virtù della loro autonomia contrattuale, quali che sia il modulo negoziale che il legislatore ha inteso favorire, sono sempre liberi di orientare i clienti verso la soluzione per essi più conveniente, pena uno svuotamento del principio di libera iniziativa economica.

Le affermazioni della Corte pongono due interrogativi.

Ci si chiede, anzitutto, se una così lata nozione di autonomia privata sia compatibile con il quadro di interessi delineato dalla nuova disciplina sulla portabilità dei mutui, e prima ancora con la nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali; il che impone di chiarire quale sia il confine tra legittime manifestazioni di libertà negoziale ed arbitrari abusi della stessa che danno luogo a pratiche commerciali scorrette.

In secondo luogo se la crisi di rigetto che si è riscontrata anche in giurisprudenza sia frutto di quel lamentato dirigismo che porterebbe gli operatori, ivi inclusi gli interpreti, a disapplicare o comunque a fornire un'interpretazione "meno eversiva" delle nuove regole. O se, piuttosto, lo iato tra la lettera della norma e la prassi, sia dovuto a fattori contingenti (quali ad esempio la naturale diffidenza rispetto all'utilizzo di nuovi istituti giuridici ancora in via di sperimentazione o la crisi finanziaria in corso che rende le

[239] E da ultimo confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9322.

banche poco interessate nella fase attuale ad instaurare competizione per l'acquisizione di clienti cui concedere credito).

La risposta a tali quesiti impone ulteriori approfondimenti che nei successivi paragrafi porterà - seppur ai limitati fini che qui interessano - ad estendere il discorso a tematiche di carattere più generale.

3.1.1. I caratteri di slealtà di una pratica commerciale

Al fine di risolvere il primo quesito risulta preliminare chiarire quali caratteri rendono sleale una pratica commerciale, soffermandoci in particolare sulla nozione di diligenza professionale attorno alla quale ruotano le pronunce analizzate.

Ai sensi dell'art. 20 del codice del consumo una pratica commerciale si considera scorretta se è contraria alla diligenza professionale e falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta e del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un gruppo di consumatori.

Il giudizio di slealtà di una pratica commerciale dunque si articola in due momenti: contrarietà a diligenza professionale ed idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore.

Il primo requisito è definito dall'articolo 18, comma 1, lett. h) cod. cons. come "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista*".

Parte della dottrina ha ritenuto di poter accostare la nozione di diligenza professionale di cui all'art. 18, comma 1 lett. h) del codice del consumo a quella di cui all'art. 1176, secondo comma c.c., sulla base del rilievo che,

anche in questo caso, l'agente modello è non già il *bonus pater familiae*, bensì l'*homo eiusdem professionis et condicionis*[240].

Tale ricostruzione tuttavia non persuade perché l'art. 18, comma 1, lett. h) sembra rimandare ad un concetto di diligenza assai più rigoroso di quello risultante dall'art. 1176 c.c. comma 2, in ragione, da un lato, della presenza di clausole generali che ampliano di molto il contenuto del dovere di diligenza, dall'altro, della portata generale della disposizione, idonea a ricomprendere una fase significativamente più ampia che va dal primo contatto sociale fino alla eventuale vicenda patologica del rapporto[241].

In virtù della definizione contenuta nell'art. 18, comma 1, lett. *h*), cod. cons., pertanto, dovrà essere considerata pratica scorretta, non soltanto l'esplicita violazione delle *leges artis*, ma anche la condotta del professionista che, pur ossequioso delle regole tecniche e deontologiche, di fatto si comporti in modo scorretto, contrario a buona fede o a ciò che il consumatore ragionevolmente poteva attendersi.

Ad evitare una *interpretatio abrogans* dell'art. 1176, comma 2 c.c. depone inoltre l'analisi dell'art. 20, comma 2, cod. cons. Detta norma, infatti, nel prevedere che una pratica commerciale può considerarsi scorretta solo se *è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico,* anticipa la soglia di tutela al pericolo di danno, con la conseguenza che la contrarietà a diligenza professionale rileverà sol che si dimostri un'astratta idoneità della pratica a ledere il comportamento economico del consumatore.

L'art. 1176, comma 2, c.c., di contro, viene in rilievo esclusivamente nell'ipotesi in cui la condotta negligente del debitore produca un danno al creditore, secondo le regole stabilite dagli artt. 1218 ss. c.c.

---

[240] R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali prime valutazioni,* in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 2006, 372; G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione di pratica commerciale sleale* in, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 122; C. LO SURDO, *sub art. 20*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, 103; R. PARTISANI, *sub art. 18,* in *Codice ipertestuale di consumo*, diretto da M. Franzoni, Torino, 2008, 71.

[241] Si permetta, sul punto il rinvio a M. SCALI, *sub art. 18, comma 1, lett. h)* in *Le modifiche al Codice del Consumo,* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, 76 ss.

La rilevata centralità delle clausole generali nella determinazione della condotta esigibile dal professionista impone di analizzarne, in dettaglio, il contenuto[242].

Quanto alla buona fede, gli interpreti[243] sono concordi nel ritenere che la nozione sia utilizzata nel suo significato oggettivo. A favore di tale opzione ermeneutica, si richiama il parere espresso dal Parlamento Europeo in prima lettura sulla proposta di direttiva presentata alla Commissione nel 2003, in cui si suggeriva di specificare che la buona fede dovesse intendersi nel senso accolto dalla direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive[244].

Se, dunque, si tratta di buona fede in senso oggettivo, l'interprete italiano potrà senz'altro richiamarsi alla lettura che la giurisprudenza e la dottrina hanno dato alla clausola nel contesto degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.

La buona fede dovrà, quindi, intendersi come "regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto", come "clausola generale che richiede comportamenti diversi, positivi ed omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto"[245]. Secondo la giurisprudenza, in particolare, la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto opera

---

[242] Sul rapporto tra clausole generali all'interno della definizione di pratica commerciale sleale, cfr. E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo Milano, 2007, Milano, 81, che parla di una «singolare contaminazione» tra le nozioni di buona fede oggettiva, ragionevolezza e diligenza.

[243] Cfr. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., 124. Secondo l'Autore «La circostanza che nel principio di buona fede oggettiva gli stessi organi comunitari abbiano individuato la matrice comune alle due uniche discipline comunitarie [direttive CEE/93/13 e 2005/29/CE] di tutela degli interessi economici dei consumatori di valenza autenticamente 'generale', in quanto suscettibili di trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale, conferma ed esalta la centralità e l'importanza del ruolo che il principio di buona fede assume ed è destinato ad assolvere nel presente (e a maggior ragione nel futuro) diritto comunitario dei contratti dei consumatori)». Propendono per una lettura oggettiva del principio di buona fede pure LO SURDO, *sub* art. 20, cit., 104; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 49; H. COLLINS, *The Unfair commercial practices directive*, in *European review of contract law*, 2005, 426 ss.

[244] Sulla interpretazione del requisito della buona fede nella direttiva sulle clausole abusive, cfr. M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 84 ss; G. CIAN, *Il nuovo capo XIV*-bis *(titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium juris*, 1996, 414; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive* in *Europa e diritto privato*, 1998, 5 ss.

[245] Così BIANCA, *Il contratto*, cit., 501 ss. Cfr. pure V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, XLI, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 493 ss.

come criterio di reciprocità, imponendo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra[246].

Il senso del richiamo alla buona fede va colto, pertanto, nella volontà di rafforzare gli obblighi di correttezza, cura e attenzione nello svolgimento della relazione commerciale con il consumatore.

L'aver affermato che la buona fede di cui all'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons. va intesa in senso oggettivo rende problematico attribuire un significato autonomo alla nozione di correttezza. La dottrina, infatti, ha sempre considerato buona fede e correttezza concetti non distinguibili.

Sebbene sia condivisibile in linea generale l'orientamento tradizionale che legge il riferimento alle regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1337, 1375 c.c. quale endiadi[247], con riguardo alla disposizione in esame pare doversi concludere diversamente; e ciò perchè la norma non parla genericamente di correttezza, bensì di correttezza professionale; in tal senso vale pure ricordare come il testo originario della direttiva facesse riferimento alle pratiche di mercato oneste, e non alla correttezza. Più chiaramente, la correttezza professionale non può essere ricondotta alla correttezza *tout court* perché al rispetto di determinate regole di condotta è chiamato non già un debitore qualunque, bensì un soggetto qualificato dall'agire nell'ambito della propria attività professionale. A questo soggetto qualificato non si chiede semplicemente di comportarsi in modo leale, collaborare con controparte per l'adempimento dell'obbligazione, o adempiere agli obblighi di protezione

[246] La Cassazione considera la buona fede in senso oggettivo come «limite interno di ogni situazione giuridica [che] concorre alla relativa conformazione per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà, ormai costituzionalizzato». La nozione di buona fede in senso oggettivo è stata approfondita con riferimento alle tematiche della rilevabilità d'ufficio della clausola penale. Sul punto cfr. T. VALLEBONA, *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 468 e, nella giurisprudenza, Cass., 15 settembre 2005, n. 18128, in *I Contratti*, 2006, 130 ss.

[247] Riconfermata da ultimo cfr. F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1153 il quale non ravvisa ragioni sufficienti per abbandonare "un uso linguistico e un'acquisizione concettuale ormai pacifici nel segno della sinonimia dei termini e dell'unicità di significato" nell'intera cultura giuridica europea almeno dal novecento.

nell'ipotesi di semplice contatto sociale[248]. Il professionista, per il ruolo che riveste nel mercato, per l'affidamento che è in grado di suscitare nei consumatori, per la sua capacità di movimentare gli scambi economici, è tenuto al rispetto di regole più rigorose di un qualsiasi altro agente economico, deducibili dai codici deontologici, dalle pratiche di mercato oneste, dai modelli comportamentali così come disegnati dalle sentenze dei giudici ed elaborati della dottrina, sempre più sensibile all'esigenza di tutela del contraente debole[249].

Infine, la *ragionevolezza*[250]. Senza arrivare agli estremi di un Autore[251] che considera le *ragionevoli aspettative* l'elemento centrale della definizione, va comunque rilevato che il riferimento all'attenzione e alla competenza "*che i consumatori ragionevolmente attendono*" arricchisce di molto il significato della diligenza professionale.

Anzitutto, vale porre in relazione l'avverbio *ragionevolmente* con il verbo *attendere* che lo segue. Il concetto da analizzare è dunque quello di *aspettativa ragionevole*.

L'aver dato rilievo all'aspettativa del consumatore è passaggio di non poco momento in quanto, per la prima volta nel nostro ordinamento, si introduce un elemento soggettivo nella valutazione della condotta del professionista. La portata dell'innovazione si coglie sol che si consideri che il monopolio della conoscenza delle *leges artis* è sempre stato baluardo per il professionista

[248] Si veda sul punto anche M. RABBITTI, *sub art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 149.

[249] Non è questa la sede per approfondire ulteriormente il significato delle clausole di buona fede e correttezza ed il loro rapporto. Vale tuttavia ricordare che già l'art. 39 cod. cons. si riferiva ad esse, quali canoni cui deve conformarsi il professionista nello svolgimento delle attività commerciali. Sul punto si rinvia a M. SANDULLI, *sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005. Vedi pure MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 75 ss. Sostiene l'Autore che l'art. 39 andrebbe interpretato alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, in quanto essa (*considerando* n. 13) "dà atto che il divieto generale delle pratiche commerciali sleali si applica a pratiche che si verificano all'esterno di un rapporto contrattuale o in seguito alla conclusione di un contratto o durante la sua esecuzione"; in senso analogo M. RABBITTI, *sub art.* 20, cit., 148-149.

[250] Sulla nozione di ragionevolezza cfr. A. RICCI, *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, 140; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, 709.

[251] COLLINS, *The Unfair commercial practices directive*, cit., 419 ss.

contro il consumatore, non in grado di provare la specifica violazione del professionista[252].

Il giudizio sulla responsabilità del professionista, dunque, si trasforma. Non verterà più esclusivamente sul rispetto, da parte del professionista, delle prescrizioni legislative e clausole contrattuali, ma riguarderà la valutazione della condotta tenuta in concreto, per l'affidamento ragionevole che essa è stata in grado di ingenerare.

Quanto al modello di consumatore cui si deve far riferimento per valutare la ragionevole aspettativa è la direttiva, oggi art. 20 comma 2, cod. cons., a chiarire che si tratta del "*consumatore medio o il membro medio di un gruppo* (…) *qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*".

La giurisprudenza comunitaria[253] precisa che il consumatore medio è un "*soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto*". Ciò non deve tuttavia far pensare che l'aspettativa ragionevole debba essere calibrata su un modello astratto di uomo avveduto, senza qualità o difetti particolari, pena l'appiattimento della diligenza sulle prassi di mercato. La stessa direttiva, tra l'altro, dopo aver presentato il modello del consumatore medio, relativizza il parametro dando rilievo alla categoria sociologica (*rectius* gruppo) cui il consumatore appartiene, alle circostanze del caso concreto[254] e persino al *consumatore vulnerabile*[255].

---

[252] Non condivide la lettura soggettivistica PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato.* cit., 1163 e ciò sul rilievo che ciò imporrebbe "indagini soggettivistiche che finiscono per assumere i contorni di un giudizio in cui si presume finzionisticamente quel che lo specifico consumatore preso in considerazione ha ritenuto o creduto".

[253] Cfr. causa C-283/89 (*Pall Corp*. contro *Dahlausen*), in *Racc*., 1990, I-4827; causa C-315/92 (*Verban Sozialer Wetterweb* contro *Clinique Laboratoires snc* e *Estée Lauder Cosmetics GmbH*), in *Racc*., 1994, I – 317; Causa C-210/29 (*Gut Springernheide GmbH* e *Rudolf Tusky* contro *Oberkeisdirektor des Kreises Steinfurt*), in *Racc*., 1998, I-4657; causa C 51/94 (*Commissione contro R.F tedesca* "*Sauce Hollandaise*"), in *Racc*., 1995, I – 3299.

[254] Per il rilievo che vengono ad assumere le circostanze concrete, cfr. la definizione di azione ingannevole (art. 21, comma 1), omissione ingannevole (art. 22, comma 1,) e pratiche commerciali aggressive (art. 24, comma 1) ove si da specifico rilievo, espressamente alla *fattispecie concreta* e a *tutte le caratteristiche e circostanze del caso.*

[255] Sulla nozione di consumatore vulnerabile si rinvia a RABBITTI, *sub art. 20*, cit., 155.

L'aspettativa ragionevole va pertanto valutata con riferimento all'uomo reale, tenendo conto della sua capacità critica, della sua età, della cultura, della suscettibilità rispetto a specifiche sollecitazioni d'acquisto[256].

Tale impostazione è stata di recente condivisa dalla giurisprudenza che ha chiarito come "*non esiste* un *astratto paradigma suscettibile* di integrare un univoco termine di riferimento quanto all'individuazione di un comportamento diligente"; pertanto "l'obbligo di diligenza, così configurato, è suscettibile di essere valutato non alla stregua di criteri rigidi e predeterminati, ma tenendo conto delle cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto suggeriscono e/o impongono"[257].

Chiarito, per le considerazioni sin qui esposte, che la diligenza professionale non è riconducibile alla diligenza *dell'homo eiusdem professionis et condicionis*, si impone una riflessione in merito al ruolo che la contrarietà a diligenza professionale svolge nel giudizio di slealtà di una pratica commerciale ed ai suoi rapporti con il secondo requisito previsto dall'art. 20 ai fini di qualificare una pratica come sleale e cioè l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore.

Al riguardo, per quanto la dottrina in prevalenza tenda a considerare separatamente i presupposti di slealtà della pratica[258] pare invece doversi affermare che trattasi di aspetti della medesima violazione. Ed in effetti, è difficile immaginare pratiche lesive della libertà di scelta che non si risolvano

---

[256] Cfr. C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008, 703. In tal senso vedi pure F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Commentario al codice civile*, XXI, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2004, 403. Propende invece per una nozione astratta di consumatore medio, E. CORSO, *Vendita di beni di consumo*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XIII, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005, 77.
Assumono posizioni intermedie RICCI e GUERINONI. Il primo propone un modello astratto di consumatore medio, che tenga in considerazione le circostanze del caso concreto, ma non la valutazione della capacità critica del consumatore reale (*Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, cit., 52 ss.). Il secondo, fa riferimento ad un modello virtuale di consumatore tipico, suggerendo al contempo la valorizzazione delle specificità del caso concreto (*La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I Contratti*, 2007, 175 ss).

[257] TAR Lazio 18 gennaio 2010, n. 306.

[258] Cfr. M. L. MAGNO, *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 117; DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione di pratica commerciale sleale*, 119 ss; LO SURDO, *sub art. 20*, cit. 99 ss; GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 174; M. RABBITTI, *sub art. 20*, cit., 148.

allo stesso tempo in violazioni di norme di diligenza. Ulteriormente, potrebbe affermarsi che la violazione della regola di diligenza, si desuma *ex post*, dall'avvenuta lesione della libertà di scelta del consumatore. La precisazione non ha valenza meramente teorica, in quanto il consumatore, verosimilmente a disagio nel provare il mancato rispetto delle *leges artis* da parte del professionista, non avrà invece difficoltà a dimostrare l'alterazione del suo processo decisionale per effetto della pratica scorretta.

Quale sia il livello *normale* di diligenza, dunque, non è determinabile a priori sulla base di un modello astratto di professionista, ma è questione che va risolta di volta in volta attribuendo il massimo rilievo alle peculiarità del caso concreto.

Una conferma di tale impostazione si trae analizzando i provvedimenti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia. La parte motiva delle decisioni che hanno concluso per la scorrettezza della condotta del professionista è infatti tutta dedicata alla dimostrazione che la pratica "*è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico*" del consumatore; mentre, con riferimento alla diligenza professionale, l'Autorità si limita a ripetere – tautologicamente - che "non si riscontra nel caso di specie da parte del professionista il normale grado di competenza e attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alle caratteristiche dell'attività svolta"[259].

[259] Così vedi: PS51, provv. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Aquilus piscine-Numero verde*); PS571, provv. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Vodafone-Internet Key*); PS54, provv. n. 18487 del 12 giugno 2008, in Boll. 28/2008 (*Vodafone casa*); PS781, provv. n. 18675 del 24 luglio del 2008 in Boll. 29/2008 (*Wind - Noi 2 big pack*); PS413, provv. n. 18490 del 12 giugno 2008, in Boll. 23/2008 (*Tiscali internet gratis dial-up*); PS30, provv. n. 18400 del 12 giugno 2008, in Boll. 20/2008 (*Geronimo's Hilton*); PS278, provv. n. 18519 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*Infostrada-meno 10 euro al mese*); PS243, provv. n. 18722 del 7 luglio 2008, in Boll. 31/2008 (*Findomestic-Aura Indennitaria Plus*); PS235, provv. n. 18589 del 10 luglio 2008, in Boll. 27/2008, (*Hotel Antille di Venezia*); PI6549 H3G, provv. n. 18540 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*Scendi in campo con "3"*); PS88 H3G, provv. n. 18698 del 31 luglio 2008, in Boll. 30/2008 (*Disattivazione operatore lock*); PS51, provv. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Aquilus Piscine numero verde*); PS413, provv. n. 18518 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*Telecom Italia accesso internet dial-up*); PS414, provv. n. 18626 del 17 luglio 2008, in Boll. 24/2008,(*Tim flat*).

3.1.1.1. La diligenza dell'operatore bancario ed i limiti all'autonomia contrattuale delle banche.

Nell'analizzare la posizione del TAR in merito alla valutazione delle condotte degli operatori bancari in tema di portabilità dei mutui, si era osservato come, solo una corretta definizione di ciò che deve intendersi per diligenza professionale, avrebbe consentito di esprimere un giudizio consapevole in merito alle pratiche poste in essere dalle banche in relazione alla vicenda della portabilità dei mutui.

L'analisi condotta nel paragrafo precedente ha mostrato come l'art. 18, comma 1, lett. h) del codice di consumo abbia introdotto una nozione di diligenza professionale particolarmente rigorosa, tale da imporre al professionista non soltanto il rispetto delle *leges artis*, ma anche l'adozione di una condotta corretta, conforme a buona fede o a ciò che *ragionevolmente* il consumatore può attendersi. In tale sede è stato inoltre sostenuto che in seno alla definizione di pratica scorretta, la contrarietà a diligenza professionale e l'idoneità a falsare la scelta del consumatore non sono aspetti separati, ma rappresentano diversi momenti di una medesima violazione.

Le conclusioni cui si è pervenuti in merito al ruolo e alla funzione della clausola di diligenza professionale inducono a prendere le distanza dall'affermazione del TAR secondo cui rientrerebbe nell'autonomia negoziale dell'impresa orientare le scelte dell'operatore verso un modulo negoziale piuttosto che un altro esclusivamente sulla base dei propri obiettivi di profitto.

Ed infatti la nozione di diligenza professionale accolta dall'art. 18, lett. h) cod. cons. ridisegna il limite stesso del concetto di autonomia privata alla quale ora si impone di arrestarsi al di quà della violazione degli obblighi di correttezza, buona fede e di tutela dell'aspettativa ragionevole del consumatore. Il professionista, infatti, come è stato chiarito nel paragrafo precedente, per il ruolo che riveste nel mercato e per l'affidamento che è in grado di suscitare nei consumatori, è tenuto al rispetto di regole più rigorose di qualsiasi altro agente economico.

Più in generale, si può dire che l'intera disciplina in tema di pratiche commerciali sleali, nell'imporre obblighi informativi e canoni di condotta, vada nella direzione di ridurre significativamente lo spazio lasciato ad un esercizio indiscriminato dell'autonomia privata.

Tale impostazione, che fa proprie le recenti acquisizioni del diritto privato europeo in merito al rapporto tra norme imperative ed autonomia privata, viene completamente rovesciata nella sentenza del TAR, ove il discorso sulla diligenza professionale fa solo da sfondo ad un inedito principio di autonomia contrattuale da considerarsi come valore in sé. Nel ragionamento del TAR pare quasi che il dovere di diligenza della banca debba cedere di fronte alla legittima perché naturale tendenza delle imprese a perseguire il proprio profitto, a scapito di scelte poco consapevoli della clientela. In tal senso significativa è l'affermazione secondo cui "*in assenza di alcun obbligo legale a contrarre (ed a contrarre esclusivamente mediante surrogazione del mutuo), ben avrebbe potuto qualunque istituto di credito, quand'anche in presenza di un chiaro quadro di riferimento, continuare a proporre alla clientela (esclusivamente) la sostituzione e non (anche) la surrogazione, ove ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili, ma sicuramente) ex se non interpretabili in termini di (sanzionabile) scorrettezza*".

Contro tale conclusione, oltre a quanto già osservato in merito al ruolo che i principi di buona fede e correttezza rivestono nella disciplina del rapporto contrattuale, va osservato come sia lo stesso articolo 8 del decreto-legge 7/2007 a sancire in maniera inequivoca la nullità di "*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*".

La previsione del rimedio della nullità (per di più di protezione) è un chiaro indice del fatto che l'intento del legislatore sia stato proprio quello di impedire quelle manifestazioni negoziali idonee ad indurre il consumatore ad assumere una decisione negoziale diversa da quella che avrebbe assunto in presenza di un'informazione consapevole.

Se questo è la *ratio* della nuova disciplina e se la diligenza professionale può essere considerata come fonte di obblighi ulteriori a quelli che derivano dal regolamento per le parti, ne deriva inevitabilmente una qualifica, in termini di scorrettezza, della pratica consistente nel proporre alla clientela la sostituzione onerosa in luogo della portabilità gratuita.

Le conclusioni cui si è pervenuti in tema di diligenza professionale inducono a prendere le distanze anche dalla conclusione secondo cui la scorrettezza della pratica non potrebbe dirsi sufficientemente provata.

A giudizio del Collegio, in particolare, la scorrettezza della condotta delle banche non potrebbe desumersi *ex post* dal rilievo che sia stato effettuato un numero decisamente superiore di sostituzioni di mutuo rispetto alle surrogazioni attive o dall'anomalia dei comportamenti dei clienti che optavano per la soluzione più onerosa.

Tale affermazione, infatti, non tiene conto di due elementi che invece assumono una rilevanza centrale.

In primo luogo, che nel giudizio davanti all'AGCM le banche non hanno negato l'omissione informativa in merito alla possibilità di valersi della portabilità gratuita, omissione di per se rilevante ex art. 22 cod. cons.

In secondo luogo, che la stessa definizione di pratica commerciale scorretta contiene tra i suoi elementi costitutivi l'idoneità *a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico,* la quale, come ampiamente chiarito, non è requisito autonomo, ma il riflesso sul piano degli effetti dell'adozione di una condotta non conforme a diligenza. Da tale prospettiva la violazione della regola di diligenza ben potrebbe desumersi *ex post,* dall'avvenuta lesione della libertà di scelta del consumatore.

Sulla base delle considerazioni svolte, rispondendo al primo dei quesiti posti nel paragrafo 3.1., deve concludersi che l'idea che il rispetto del principio di autonomia privata consenta alle banche di indirizzare il cliente sempre e comunque verso la soluzione maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale, oltre a non corrispondere all'idea di autonomia privata risultante dall'art. 41 Cost. - che, a ben vedere, impone di mediare il principio in parola con valori di superiore o pari rango - si scontra

con il quadro di interessi delineato dalla nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali, la quale, proprio al fine di consentire il rispetto della concorrenza e la tutela del consumatore, circoscrive gli spazi lasciati all'autonomia dei contraenti.

In termini più generali il principio di autonomia privata trova un limite nel dovere di diligenza professionale, il quale impone il rispetto dei principi di buona fede, correttezza e di tutela della ragionevole aspettativa della controparte.

La soluzione proposta dal TAR, inoltre, si pone in contrasto con la lettera e lo spirito dell'intervento normativo che è quello di incentivare la portabilità gratuita.

Se dunque, le conclusioni cui perviene il TAR non sono giustificabili alla luce del delineato quadro normativo, vale dunque chiedersi se le ragioni della crisi di rigetto, che ha coinvolto anche la giurisprudenza, possano ravvisarsi nella lamentata pervasività dell'intervento che forzerebbe meccanismi che sarebbe più efficiente lasciare al mercato.

In particolare, posto che molti autori, all'indomani dell'entrata in vigore delle nuove norme, hanno sollevato il quesito se il mercato si liberalizzasse dirigendolo, risulta opportuno ripercorrere, in estrema sintesi, i termini del dibattito tra regolazione e mercato al fine di chiarire se nella materia in esame un intervento di riforma del mercato si rendesse necessario.

4. Regolazione e mercato.

Il dibattito in merito alla struttura del mercato ruota attorno al seguente quesito: il mercato trova fondamento in leggi naturali dell'economia che esistono prima e al di fuori dell'ordinamento giuridico, o al contrario, è un luogo artificiale, sistema di scambi che si realizzano secondo l'ordine giuridico determinato da una precisa volontà legislativa?

Alla tematica sono stati dedicati molteplici studi in dottrina. Senza pretesa di completezza, ai soli fini di fornire un quadro sintetico dei vari orientamenti al fine di trarne conseguenze in merito alle scelte di politica legislativa

perseguibili, di seguito verranno sintetizzati le possibili opzioni che si presentano al regolatore nel momento in cui deve decidere se intervenire o meno a regolare un determinato settore, ivi inclusa l'*opzione zero*, cioè il non intervento.

Un primo orientamento (c.d. naturalistico)[260] raccoglie le teorie che attribuiscono all'economia la capacità di esprimere proprie regole – le "leggi di natura" – indipendentemente dalle "leggi giuridiche" dettate dagli uomini.

Il mercato, secondo questa prospettiva, vivrebbe "anche senza legge, come regola del singolo scambio, che è riproponibile in una serie indefinita di scambi e quindi come ordine spontaneo, che trova fondamento nelle convenienze soggettive umane e legittimazione nel principio di effettività, a prescindere da qualsivoglia riconoscimento del legislatore, così come nella felice immagine einaudiana della fiera di paese e nel pensiero precorritore di Locke, ove netto appare il rifiuto di un mercato che nasca ordinato da una realtà superiore anziché dalla naturale relazione degli atomistici interessi individuali"[261].

La priorità del mercato rispetto alla legge, inoltre, risulterebbe confermata dalla constatazione del suo imporsi come modello di organizzazione dei rapporti economici sostanzialmente uniforme all'interno dei sistemi giuridici estremamente eterogenei[262].

In tale prospettiva allo Stato e al diritto si chiede di "restringersi al minimo[263], provvedendo alla difesa dei confini, alla tutela dell'ordine pubblico, alla garanzia dei patti liberamente convenuti" e al legislatore un confronto, il più aperto possibile, con i soggetti riguardati dall'intervento regolativo "tenendo presente l'inutilità di ogni intervento che non sia

[260] Così lo definisce N. IRTI, *Introduzione*, in Il dibattito *sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Bari, 1999, VII.
[261] M. DRAGHI, *Contributo*, in Il dibattito *sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 83.
[262] Così DRAGHI, *Contributo*, cit., 85, il quale fa espresso riferimento alla concezione weberiana dell'autonomia tra strutture economiche e giuridiche. Sul punto vedi M. WEBER, *Economia e società: l'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali*, a cura di W. J. Mommsen e M. Meyer, trad. it., di M. Palma, Milano, 2003.
[263] IRTI, *Introduzion*e, cit., IX.

funzionale al raggiungimento degli obiettivi che il libero mercato consenta comunque autonomamente di raggiungere"[264].

In tale prospettiva, dunque, non viene negato in assoluto il ruolo dello Stato, e del diritto, ma si circoscrive il suo ambito di intervento all'introduzione nella realtà fenomenica di "modifiche agli «incentivi» delle scelte individuali che le rendano coerenti con il raggiungimento di un più elevato benessere sociale e degli obiettivi prefissati", salvo "l'onere di provare che il mercato da solo non è in grado di raggiungere gli obiettivi di benessere prefissati"[265].

Contro tale impostazione si è obiettato, anzitutto, che gli accordi, senza regole che ne garantiscano la coercibilità ed il rispetto, verrebbero consegnati alla "labile valutazione degli interessi individuali", senza alcuna garanzia di rispetto, e dunque possibilità di vincolare i soggetti coinvolti[266].

La tesi dell'ordine naturale del mercato e della prevalenza dell'economia sulla politica, in secondo luogo, è ritenuta in contrasto con le costituzioni moderne dalle quali risulta "il tentativo di assoggettare ad asse l'economia e il suo ordinato sviluppo, il tentativo, cioè, di rendere governabile e compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale «giusto» (secondo l'espressione utilizzata da Gustavo Zagrebelsky)"[267]. Dalle costituzioni sociali, in altre parole, deriverebbe la subordinazione dell'economico alla "decisione politica fondamentale" e dunque alla stessa Costituzione[268].

Il rapporto tra diritto ed economia in tale prospettiva viene rovesciato: poiché compete all'ordinamento giuridico e non al mercato attribuire valore vincolante agli scambi (stabilendo i requisiti minimi necessari affinché l'accordo sia valido), è al primo che va attribuita la priorità logica. La stessa esistenza del mercato, dunque, dipenderebbe da una precisa scelta dell'ordinamento, il quale non solo preferisce tale sistema economico ad altri

[264] DRAGHI, *Contributo*, cit., 87.
[265] DRAGHI, *Contributo*, cit., 87.
[266] Così IRTI, *Introduzion*e, cit., XI: "anche gli accordi, i quali sembrano agli zelanti neoliberisti come cellule originarie dell'economia, postulano norme giuridiche, capaci di renderli vincolanti e munirli di garanzie coercitive".
[267] G. AZZARITI, *Contributo*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 4.
[268] AZZARITI, *Contributo*, cit., 4.

possibili (es. modelli organizzativi di tipo collettivistico o misto), ma ne garantisce anche il corretto ed efficiente funzionamento attraverso norme volte a contrastare fenomeni che ne determinerebbero il fallimento o che comunque impedirebbero a esso di operare rispetto a determinati rapporti connotati da disparità di potere contrattuale[269].

L'intervento normativo, quindi, lungi dal sovrapporsi al fenomeno economico, ne costituirebbe una componente strutturale senza la quale il mercato nemmeno potrebbe sussistere[270].

Il mercato, in altri termini, avrebbe bisogno di un ordine che rendesse in misura prevedibile il comportamento dei soggetti che vi operano e che soltanto il diritto può garantire attraverso regole che stabiliscano l'ambito delle attività consentite e di quelle vietate; il diritto, dunque, non potrebbe essere ridotto a "mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendo la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato a valori puramente economici"[271].

Queste ragioni sono alla base del c.d. orientamento politico-giuridico[272], che concepisce l'ordinamento come statuto di norme ed il mercato come unità giuridica delle relazioni di scambio[273].

Un terzo orientamento, da ultimo, ritiene che il quesito in merito al rapporto tra economia e diritto sia mal posto e alla domanda se sia "nato prima l'uovo (economico) o (…) la gallina (giuridica)" risponde: "né l'uno né l'atro da soli. Ma tutti e due, insieme, all'interno di un processo «sintetico»"[274] o che "vuoi le affermazioni del mercato come regime normativo di relazioni

---

[269] Rileva al riguardo C. CASTRONOVO, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Relazioni Industriali*, 1983, 193-194 che "la mano invisibile pensata da Adam Smith, quale provvidenza secolarizzata, a muovere i fili dell'umana vicenda, appare vieppiù invisibile, fino a diventare una mano invisibile che non orienta nulla, che non dà ai rapporti economici il loro equilibrio ideale".

[270] Così G. CALOGERO, *Etica, giuridica, politica*, Torino, 1946, 305: "L'economia presuppone il diritto in quanto condizione determinante della sua stuttura".

[271] L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, I, Padova 1963, 1085-1086.

[272] Così lo definisce IRTI, *Introduzione*, cit., XIII.

[273] Così IRTI, in *Introduzione*, cit., XIII-XIV.

[274] G. TREMONTI, *Contributo*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., 39.

economiche, vuoi la tesi che il mercato viva anche senza le leggi, siano, ciascuna in una certa prospettiva, esatte"[275].

Tale affermazione si fonda sul rilievo che i due fenomeni sono strettamente interrelati in un divenire dialettico[276]: se, infatti, è "pacifico che la norma legislativa rifletta scelte, economico-politiche, compiute a monte, fondate sull'osservazione dei fatti e sulla considerazione di ciò che risulta più profittevole agli interessi della realtà empirica" tuttavia, è altrettanto vero che "l'affinamento del sistema economico (…) ha avuto come inevitabile presupposto l'osservazione di un sistema normativo degli scambi già operante"[277].

La radicalizzazione del conflitto tra mercato e diritto, dunque, sarebbe frutto di un equivoco: "L'affermazione dell'economia di mercato come legge naturale non è stata in realtà voluta per contrapporla ad una struttura giuridica, ma per affermarla come scelta politica. Mandeville, Adam Smith, Bentham, Thomas Paine ritenevano ad esempio – seppure con motivazioni ed argomentazioni diverse – che l'ordine economico dovesse regolarsi da solo, spontaneamente sulla base dei liberi scambi di mercato, senza che il legislatore si intromettesse. Qui, però, «legislatore» sta per «governo»: non si voleva decidere su fatti economici, perché questi si componevano, e si assume tuttora comporsi, assai meglio sulla base della legge naturale del mercato, vale a dire sulla base degli scambi quali effettuati in corrispondenza dei bisogni dei singoli che abbiano a manifestarsi. Legge naturale del mercato che dunque, se rifiuta ogni dirigismo ed iniziative similari, non nega affatto che il mercato sia il risultato di comportamenti giuridicamente regolati, vincolanti – in altre parole – per norma; in quanto, invece una regolazione vincolante di quei comportamenti – inerenti ai vari rapporti di scambio – in realtà viene presupposta, atteso che altrimenti un mercato veramente affidabile non si avrebbe"[278].

[275] LIBONATI, *Contributo* in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato,* cit., 108.
[276] LIBONATI, *Contributo,* cit.,113
[277] LIBONATI, *Contributo,* cit., 113.
[278] LIBONATI, *Contributo,* cit., 115.

Da tale prospettiva, dunque, il dibattito sull'ordine giuridico del mercato si risolverebbe in un problema di *quantum* giuridico.

Delineati i possibili modelli di interazione tra stato e mercato, diritto ed economia, si tratta ora di trarne alcune conseguenze in merito al problema da cui si è preso le mosse e cioè se, nella materia in esame, fosse opportuno intervenire con la "pretesa" di ripristinare i meccanismi concorrenziali.

Al riguardo è singolare rilevare come, nonostante le diverse premesse, i modelli teorici sin qui analizzati giungono a conclusioni analoghe in merito alla necessità dell'intervento regolatorio in ipotesi, come quella analizzata, in cui si è in presenza di fallimenti di mercato. Aderendo all'una o all'altra prospettiva, infatti, *l'opzione zero* risulterebbe comunque esclusa.

Ciò è evidente per l'orientamento politico giuridico: se il mercato è un ordine giuridico, senza le regole, esso nemmeno potrebbe esistere; e dunque, l'intervento del regolatore, prima ancora che opportuno, risulterebbe necessario per garantire gli assetti concorrenziali.

Proprio l'assenza di regolazione, invero, avrebbe determinato le segnalate inefficienze nel settore della circolazione delle operazioni di finanziamento.

A conclusioni non dissimili si perviene aderendo all'opposto orientamento. L'idea di una pretesa superiorità del mercato rispetto alla legge, in tale prospettiva, infatti, non si spinge sino a negare l'esistenza di fallimenti di mercato, né l'opportunità di rimediarvi attraverso la regolazione.

Per quanto detto l'opzione regolatoria risulta compatibile con entrambe le prospettive; solo che, nel primo caso, essa diviene addirittura necessaria, nel secondo caso, invece, essa è residuale e si giustifica solo a seguito della constatazione che nello specifico settore il mercato ha portato a fallimenti.

Le considerazioni sin qui effettuate permettono di dare una prima risposta all'ultimo quesito posto nel paragrafo 3.1, affermando come, stanti i costatati fallimenti, fosse necessario intervenire a regolare il settore anche tramite la fissazione di regole rigide finalizzate alla creazione di un nuovo mercato.

Risolto il problema dell'*an* dell'intervento si tratta ora di analizzare il problema del *quantum*, o per meglio dire del *quomodo*. E cioè se, ferma la necessità di un intervento, la strategia prescelta (il largo ricorso norme

imperative, nullità di protezione, divieti di compensi) sia adeguata o se trattasi di misure eccessivamente restrittive dell'autonomia privata destinate, in ultima analisi, a riversarsi negativamente sul consumatore.

Al fine di risolvere quest'ultimo problema, si rende opportuno ripercorre brevemente l'evoluzione del rapporto tra norme imperative ed autonomia privata nella materia contrattuale, al fine di verificare se, sulla base delle attuali acquisizioni del diritto privato europeo, da un lato, e dei risultati dell'analisi economica, dall'altro, l'opzione regolatoria prescelta si riveli corretta.

L'analisi delle varie tecniche di regolazione verrà condotta in una *prospettiva storica*, partendo cioè dal codice del 1942 fino ad arrivare ai tempi attuali. La scelta di tale tecnica espositiva dovrebbe facilitare la comprensione dell'influenza che i principi costituzionali prima e quelli comunitari poi hanno avuto sulla evoluzione della tecnica normativa e si presume continueranno ad avere anche per i successivi sviluppi.

5. Autonomia privata e norme imperative.

Il codice del 1942, muovendo dall'idea che l'equilibrio delle condizioni di scambio si raggiungesse per effetto del libero accordo tra contraenti, considerava l'autonomia contrattuale solo in termini astratti e formali, come libertà di decidere se stipulare o meno il contratto in assenza di vizi o di altre situazioni tipiche idonee a menomare la capacità di autodeterminazione del contraente.

Il contratto, inteso come atto, veniva preso in considerazione solo per quel che risultava dalla manifestazione di volontà oggettivata accordo, a prescindere dal contributo apportato alla concreta conformazione dello scambio e delle eventuali condizioni di debolezza di ciascun contraente.

In quest' ottica, qualsiasi intervento volto a riequilibrare i rapporti di forza tra contraenti veniva visto, oltre che una lesione del principio di autonomia negoziale, una controproducente ed inefficiente interferenza nell'economia di mercato.

Coerentemente a tale impostazione al regolatore, quale garante dell'uguaglianza formale, veniva attribuito il "controllo di regolarità del procedimento di formazione del consenso"[279], ovverosia delle "condizioni in presenza delle quali le decisioni private si possono considerare come libere e razionali espressioni di preferenze, idonee a concorrere alla conformazione del «giusto» prezzo di mercato"[280].

Tale impostazione è chiaramente manifestata dalla disciplina codicistica delle invalidità contrattuali che è basata su un giudizio di conformità o meno del contratto alla fattispecie delineata dal legislatore, in un modo del tutto prescindente dalla considerazione degli interessi e delle condizioni in cui vengono a trovarsi i contraenti al momento della stipula.

Ciò emerge non solo nella disciplina della nullità che, perseguendo un interesse superiore a quello delle parti, si disinteressa totalmente delle ragioni che hanno causato l'invalidità contrattuale, ma anche dall'esame della disciplina dell'annullabilità per vizi della volontà e della rescissione che pure, a prima vista, sembrerebbero considerare specifiche situazioni di debolezza.

Ed invero, la situazione di debolezza considerata dalla disciplina dei vizi del consenso è una debolezza *contingente ed occasionale* che non ha nulla a che vedere con la disparità di potere contrattuale o con situazioni di soggezione sociale, tali da chiamare in causa il problema dell'eguaglianza sostanziale[281].

Come è stato affermato chiaramente dalla dottrina "il contraente che subisce il dolo o la violenza nel momento della formazione del contratto è riguardato come soggetto la cui debolezza si è tradotta puramente e semplicemente nella turbativa della libertà di decidere l'*an* o il *quantum* del contratto, sì che il problema (…) non richiede altro rimedio che quello di ripristinare la situazione precedente a quella dell'esercizio del dolo o della violenza da parte dell'altro contraente, il quale, a sua volta, è forte in senso

[279] L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, 538.
[280] R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1985, 310.
[281] Così C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia privata nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008.

contingente e occasionale. L'alternativa annullamento/convalida restituisce al contraente la cui volontà sia stata viziata la facoltà di scelta che l'esercizio del dolo o della violenza gli aveva sottratto: quella facoltà di contrarre o non contrarre, *a condizioni negoziate*, che costituisce oggetto primario della tutela astratta e generale apprestata dal codice a garanzia dello svolgimento formalmente paritario delle contrattazioni private"[282].

Alle stesse conclusioni conduce la lettura della disciplina della rescissione "anch'essa legata ad una situazione di debolezza del tutto occasionale e contingente, la cui rilevanza, peraltro, non sussistendo un vizio della volontà in senso specifico, richiede la contemporanea sussistenza di una serie di requisiti soggettivi e oggettivi che ne limitano il campo di applicazione"[283].

L'unica disposizione che, a ben vedere, prende in considerazione una situazione di debolezza, per così dire fisiologica o strutturale, è rappresentata dalla disciplina sulle clausole vessatorie, ma anche tale ipotesi non fa che confermare una concezione meramente formale di parità tra contraenti.

L'art. 1341, co. 2 c.c., invero, nel prevedere che le clausole vessatorie predisposte da uno dei contraenti "*non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto*", *a contrario*, ammette la validità di tali clausole - purché sottoscritte - prescindendo dalla sussistenza o meno di una specifica trattativa in merito al loro contenuto, e dalla valutazione di un'eventuale mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato.

Tale quadro concettuale di riferimento, inizia ad entrare in crisi solo negli anni '90, quando il processo d'integrazione europea palesa che l'efficiente funzionamento del mercato presuppone non solo una pluralità di imprese in concorrenza tra loro, ma anche trasparenza delle condizioni economiche praticate; solo questa, invero, consentirebbe al consumatore di effettuare una scelta consapevole, presupposto indispensabile per il dispiegarsi del libero gioco concorrenziale.

---

[282] CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia privata nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 836-837.
[283] CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia privata nella prospettiva del diritto europeo*, cit., 837.

Tali considerazioni inducono a ripensare il ruolo dell'intervento normativo, al quale si attribuisce il compito di ridurre lo squilibrio di potere contrattuale tra le parti, dovuto non tanto alle condizioni economiche dell'una rispetto all'altra, o per meglio dire a situazioni di "patologia sociale", quanto piuttosto alla "situazione di fisiologia sociale" che "consente al detentore di informazioni di preventivare costi e rischi dell'operazione economica così da trarre dal contratto medesimo il massimo delle utilità a discapito di controparte, la quale, a sua volta rischia di non compiere scelte consapevoli"[284].

Accanto al paradigma del contratto del consumatore, in questo processo di trasformazione economica e culturale, il legislatore comunitario ha attribuito un particolare rilievo anche alla situazione di dipendenza economica in cui può venirsi a trovare l'impresa c.d. "debole", rispetto a quella "forte", in ragione ad esempio, delle difficoltà di reperire diverse alternative sul mercato o comunque di riconvertire la propria attività considerati gli investimenti specifici effettuati per soddisfare le esigenze dell'imprenditore committente[285].

Anche in tali ipotesi, analogamente a quanto avviene per le relazioni tra professionista e consumatore, l'asimmetria di potere contrattuale spesso induce l'impresa debole ad adottare decisioni di natura commerciale diverse da quelle che avrebbe preso in assenza di qualsivoglia condizionamente, in ciò contribuendo a causare fallimenti di mercato.

In questa prospettiva la tutela del contraente debole – sia esso consumatore o impresa - viene inserita nell'ottica della garanzia della concorrenzialità del mercato, da attuare mediante una sistema di regole che lo ponga "al riparo da rischi di autodissoluzione o comunque di atrofizzazione naturalmente connessi ad un esercizio incondizionato della libertà di impresa"[286].

---

[284] Così MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 602.
[285] Sulle *rationes* della disciplina del contratti tra imprese in condizioni di disparità economica cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, I, 529 ss.
[286] G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, Napoli, 2006, 166.

Per effetto del rilievo attribuito ai diversi soggetti che vengono a trovarsi in condizioni di debolezza, alla disciplina unitaria e generalizzante del codice civile viene così a sostituirsi una molteplicità di statuti: quello del consumatore, quello dell'investitore, quello delle imprese in posizione di dipendenza economica o discriminate da contraenti in posizione dominante sul mercato, quello dei creditori costretti a subire strumentali ritardi nei pagamenti commerciali e financo quello del turista.

Pur nella diversità delle situazioni considerate, le fattispecie in esame presentano un dato comune: e cioè l'esigenza di predisporre un apparato di regole che impedisca lo sfruttamento del contraente più debole o in posizione di dipendenza.

Di qui la strategia di intervenire con norme imperative che conformino autoritativamente il contenuto del contratto.

L'intervento dello stato, in tale logica, si pone come argine alla libertà dei contraenti, al fine di evitare che un suo arbitrario esercizio determini abusi da parte di soggetti economicamente più forti, e dunque alteri il processo decisionale del contraente debole, rendendolo succube e non artefice delle scelte di consumo; l'intervento legislativo, in altri termini, vuole evitare che l'accordo, "al di là dell'apparente bilateralità, sia in realtà espressione del potere contrattuale esercitato unilateralmente e abusivamente da una sola parte. Il limite posto all'autonomia privata dal divieto di abuso è dunque funzionale non a negare ma a garantire la libertà contrattuale il cui esercizio sia impedito dalla situazione di dipendenza economica"[287].

Al regolatore, in tale prospettiva, viene attribuito il compito di correggere il contratto, eliminando quella parte del regolamento che risulti in concreto iniqua ovvero integrando il contenuto dell'accordo con norme imperative o ricostruite dal giudice secondo equità o buona fede.

In altri termini, senza vietare *ex ante* un determinato regolamento di interessi, all'ordinamento si attribuisce il compito di disapprovare quel l'accordo che, in relazione al suo contenuto e alle modalità e circostanze in cui

[287] A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 9.

si è formato, non garantisce quel livello di libertà che è ritenuto necessario per la valida manifestazione del consenso[288].

5.1. La nullità di protezione.

Emblematico di tale mutamento di prospettiva è il proliferare del rimedio della nullità di protezione, che sarà oggetto di una specifica trattazione, non solo perché essa rappresenta l'esempio più evidente del superamento di una concezione meramente formale di parità tra contraenti, ma anche perché è precipuamente di tale strumento che il legislatore dei decreti Bersani si avvale per liberalizzare il mercato.

La nullità di protezione è una *species* di nullità relativa, diffusa principalmente nella legislazione consumeristica, caratterizzata dalla coesistenza tra legittimazione ristretta e rilevabilità d'ufficio, previa verifica della sua rispondenza all'interesse del contraente protetto.

Tale rimedio, già presente nella legislazione nazionale, conosce un'ampia diffusione negli anni novanta, sull'impulso del diritto europeo dei contratti e del diritto d'impresa, che ne fanno lo strumento principale di gestione e di controllo del regolamento contrattuale.

L'anomala conformazione del rimedio che vede coesistere due caratteri – legittimazione relativa e rilievo officioso - che il legislatore del 1942 sembrava aver concepito in termini di contrapposizione, si comprende considerando le finalità che la nullità di protezione intende perseguire e cioè, da un lato, la tutela del contraente debole, evitando che quest'ultimo, per l'asimmetria informativa e di potere contrattuale in cui versa, venga a subire il contenuto di clausole non volute; dall'altro, garantire il corretto funzionamento del mercato contro distorsioni causate dall'abuso di potere contrattuale da parte del contraente "forte".

In quest'ottica la legittimazione relativa – che pure è una caratteristica della nullità – si spiega in ragione della finalità del rimedio che è quella di garantire

[288] A. ALBANESE, *Disciplina generale e disciplina speciale dell'invalidità: la nullità del contratto di lavoro,* in *Europa e diritto privato,* 2006, 922 ss.

che il contraente debole compia una scelta consapevole.

Né varrebbe replicare che, essendo la finalità delle nullità di protezione anche la tutela della concorrenza, l'ordinamento dovrebbe incentivare qualsiasi soggetto alla caducazione di una clausola che con quelle finalità si pone in contrasto. Ed invero, se il contraente debole non si attiva per la caducazione, ciò significa che ha voluto quella determinata clausola e dunque, essendo la scelta consapevole, non c'è rischio di distorsioni nel mercato.

Tali considerazioni valgono anche a respingere l'obiezione dell'apparente inconciliabilità tra legittimazione relativa e rilievo officioso dell'invalidità della clausola nell'interesse del contraente protetto.

Tale potere, infatti, è concesso al giudice non già per sostituirsi alla volontà del titolare dell'interesse, bensì per garantire una protezione ulteriore al contraente debole nel caso in cui questi, proprio per la situazione di debolezza in cui venga a trovarsi, non sia stato in grado di valutare le conseguenze di una determinata clausola o semplicemente non sia stato tempestivo nel proporre una data eccezione.

Resta fermo, per le considerazioni che precedono, che un simile potere del giudice è invece escluso in tutti i casi in cui sia emersa la volontà del contraente di mantenere la clausola affetta da nullità relativa.

Prima di passare ad analizzare le diverse tipologie di nullità di protezione considerate nei provvedimenti di c.d. liberalizzazione del settore bancario, sembra opportuno effettuare alcune considerazioni in merito al ruolo che il rimedio in parola riveste nella costruzione del regolamento di interessi cui lo scambio è finalizzato, evidenziando, in particolare, per quale via si ricerchi il superamento di una concezione meramente formale di parità tra contraenti.

A tale fine, si evidenziaranno alcune differenze tra il sistema di invalidità codicistico e quello che risulta dalla legislazione speciale.

In particolare, mentre il sistema di invalidità delineato dal legislatore del 1942 si basa su un giudizio di conformità o difformità rispetto all'osservanza di determinati limiti e requisiti, che prescinde totalmente da considerazioni di carattere oggettivo e soggettivo, spaziale e temporale, nel sistema ordinamentale risultante dall'analisi delle norme costituzionali e dalla

legislazione speciale di derivazione comunitaria - che eleva dati valori a principi cui uniformare l'intera attività privatistica - la tutela delle posizioni giuridiche private non è più subordinata alla mera verifica della corrispondenza degli schemi adottati dai privati a quelli ritenuti legittimi dall'ordinamento o dal rispetto delle previste regole del gioco, ma l'esito di una valutazione più complessa che tenga conto dell'"agire autonomo dei privati nella sua globalità: nella sua dimensione sia soggettiva che oggettiva, nelle sue modalità sia di tempo che di spazio, nei suoi aspetti tecnici di realizzazione e così pure nei suoi profili tipologici di riferimento" [289].

Questo differente modo di concepire l'autonomia privata si riflette sul ruolo da attribuire alle parti e all'ordinamento nella costruzione del regolamento contrattuale.

In particolare, mentre il modello codicistico richiede che, a parità di schemi contrattuali, la disciplina del contratto risulti uniforme, quali che siano gli interessi perseguiti e lo *status* dei soggetti che se ne rendano portatori, invece, nel sistema risultante dalla legislazione di derivazione comunitaria, la considerazione di un dato assetto valoriale impone una pluralità di regimi giuridici differenziati e difformi che tengano conto delle diverse esigenze e dei diversi obiettivi che l'ordinamento vuole perseguire[290].

Ed invero, "se un'intima vocazione finalizzatrice pervade la tutela di dati interessi, non risulta di certo tollerabile che i regolamenti ed i programmi divisati dai contraenti restino nell'esclusiva gestione e disponibilità degli stessi". Così alla "tecnica modale della *disapprovazione* e del *rifiuto*, che potrebbe lasciare senza tutela il fine pratico avuto di mira e risultare anzi rimedio peggiore del male" si sostituisce la "strategia *conformativa* del regolamento contrattuale, la quale comporta che anche la norma, attraendo nella propria orbita non solo l'atto, ma anche il suo profilo prescrittivo,

[289] V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, 469.
[290] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 469.

partecipi alla costruzione e alla gestione dello stesso regolamento attraverso tecniche di vario tipo e di diversa intensità" [291].

L'esempio più evidente di questa nuova strategia conformativa è rappresentato, precipuamente, dalle nullità di protezione, il cui tratto identificativo, a ragione, è stato individuato "nella loro preordinazione al rimodellamento del regolamento contrattuale secondo canoni e criteri valutativi idonei a garantire la più efficace ed appropriata realizzazione dell'assetto di interessi volta a volta perseguito e quindi, in ultima istanza, nella loro preordinazione alla costruzione di corrispondenti regolamenti che in ragione del mezzo tecnico utilizzato e della finalità perseguita vengono denominati regolamenti di protezione"[292].

5.1.1. Il sistema d'invalidità previsto nelle c.d. misure di liberalizzazione del settore bancario.

Una volta delineati, in termini generali, struttura e funzione delle nullità di protezione, vale ora analizzare nel dettaglio le singole ipotesi di nullità contemplate dalle misure di c.d. liberalizzazione al fine di comprendere, nel contesto considerato, qual è l'assetto di interessi che, tramite la loro previsione, si è inteso raggiungere.

Del resto, dato che le ipotesi di nullità considerate nel provvedimento in parola non sono definite compiutamente, l'approfondimento dei caratteri e della funzione degli istituti nelle diverse disposizioni, risulta utile ai fini di individuare la disciplina applicabile per ciò che attiene agli aspetti non definiti.

Seguendo l'ordine utilizzato nei capitoli precedenti, l'analisi parte dall'art. 118 del TUB il quale, per l'ipotesi di inosservanza delle prescrizioni di forma imposte per l'esercizio dello *ius variandi,* dispone l'inefficacia della variazione se sfavorevole per il cliente.

Anche se l'art. 118 TUB contempla un'ipotesi di inefficacia e non di nullità, il rimedio merita trattazione in questa sede perché presenta tutte le

[291] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 469.
[292] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 470.

caratteristiche della categoria di invalidità che la dottrina ha qualificato come "nullità efficienti" e cioè di quelle ipotesi di invalidità, "a sicuro rilievo unilaterale, ma pur sempre rilevabili nei limiti dell'interesse protetto anche d'ufficio, nelle quali la norma non interviene direttamente sul regolamento pattizio, bensì sui presupposti e sulle condizioni (*ius poenitendi*, informazione e forma) ritenuti indispensabili e funzionali alla determinazione di un assetto negoziale senz'altro meritevole di garanzia giuridica" [293].

La legge, in questi casi, lascia libero il contraente di porre in essere un dato atto giuridico (*ius variandi*), ma se l'attività viene svolta contravvenendo i presupposti richiesti dalla legge, essa non è idonea a sortire alcun affetto giuridico (inefficacia della variazione).

La prima vera e propria ipotesi di nullità si rinviene invece nell'art. 7 del d.l. 7/07, ove si prevede il divieto di penali per l'anticipata estinzione del mutuo.

Per un'analisi dettagliata della disposizione si rimanda alle considerazione svolte nel paragrafo 4 del capitolo II di questa parte.

In questa sede si intende solo porre in luce la finalità della previsione, che appare quella di garantire, sopra ogni altra esigenza, che il mutuatario possa estinguere anticipatamente il contratto di mutuo, tutte le volte che, per sopravvenuti eventi, non abbia più interesse alla prosecuzione del rapporto sino alla scadenza in origine pattuita; tale finalità è considerata talmente importante che il regolatore decide di imporre autoritativamente un dato assetto negoziale sul presupposto che, una differente regolamentazione degli interessi in gioco realizzerebbe fini incompatibili con l'ordinamento, da ravvisarsi, in questo caso, nella lesione del contraente debole e della concorrenza.

L'individuazione della finalità della norma permette di risolvere uno degli aspetti che erano rimasti oscuri nel compiere l'esegesi della norma e cioè se la nullità in parola abbia carattere relativo o assoluto.

Riprendendo una nota classificazione delle diverse ipotesi di nullità di protezione, la nullità in parola va inquadrata tra quelle dirette a garantire i c.d.

[293] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 469.

regolamenti imposti, categoria elaborata dalla dottrina al fine di descrivere quelle nullità che rispondono ad esigenze di tutela rafforzata, e che dunque si caratterizzano per la previsione, accanto alla nullità, di "regole dettate dalla stessa previsione normativa di nullità oppure da organismi a ciò espressamente autorizzati (…), in quanto reputati funzionalmente più idonei a definire il profilo regolamentare dell'operazione economica considerata"[294].

Dall'inquadramento della nullità in esame nella categoria dei regolamenti *imposti* ne deriva l'applicabilità della regola della legittimazione assoluta

Altra ipotesi di nullità sembra desumibile dalla previsione di cui all'art. 7, comma 5, ove si prevede che l'ABI e associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale definiscano la misura massima dell'importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo. In tale ipotesi, sebbene non sia espressamente prevista la nullità delle pattuizioni difformi, la formulazione della norma consente di desumere il divieto, quantomeno implicito, di mantenere nei contratti di mutuo in essere penali eccedenti il limite quantitativo stabilito dagli accordi stabili dalle associazioni di categoria.

Non avrebbe senso, infatti, imporre a tali associazioni di definire il tetto massimo delle penali dovute dal mutuatario debitore per l'estinzione anticipata del mutuo se poi si consentisse comunque ai contraenti di disattendere tale prescrizione mantenendo penali eccedenti tali misura[295].

Né varrebbe replicare, contro l'ammissibilità del rimedio prefigurato, che la nullità non è espressamente prevista, perché, in tal caso essa appare manifestarsi nella sua forma virtuale, per contrasto alla norma imperativa che impone un preciso ordine economico[296] *sub specie* di protezione[297], ravvisabile

[294] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 473.
[295] T. RUMI, *Divieto di clausole penali e conformazione del contratto nel decreto Bersani-bis,* in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 827 ss.
[296] La dottrina ritiene che tra gli interessi collettivi o "seriali" ormai tipizzati nell'ordinamento oltre che nella coscienza sociale ed il cui soddisfacimento realizza esigenze di pubblico interesse rientrino anche gli interessi dei consumatori e degli utenti a procurarsi beni o servizi di largo consumo o di prima necessità che un imprenditore vende o presta in regime di monopolio. In tali casi "l'eteronomia sacrifica un momento (o una parte) dell'autonomia privata a favore di altro momento (o di altra parte) della stessa autonomia privata: con ciò assicurandosi in ogni caso la produzione degli effetti del contratto, anche se determinandoli o

nella tutela dei mutuatari e nella garanzia della concorrenza nel settore della circolazione delle operazioni di finanziamento.

Una volta chiarito che una clausola contenente una penale maggiore di quella determinata in sede di accordo sarebbe da considerare nulla, va tuttavia segnalata una particolarità nel meccanismo descritto, nel quale non è la legge a sostituire direttamente il regolamento contrattuale con un regolamento eteronomo, ma l'autonomia privata collettiva.

In tal modo, secondo parte della dottrina si è inteso superare[298] la dura critica[299] manifestata nei confronti del sistema descritto dagli artt. 1339 e 1419

---

derogandoli in conformità di valutazioni concrete, contenutistiche, di aderenza e di adeguatezza rispetto ad un interesse collettivo". Così M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 177.

[297] Volendo con tale espressione indicare "quella serie di principi e di valori che presiedono all'attività dei privati nell'ambito dei rapporti patrimoniali" nonché "il limite dell'utilità sociale nell'ambito dell'iniziativa economica privata ed i limiti, anche a carattere positivo (fini sociali), di cui si fa interprete la legislazione di settore al fine di proteggere la categoria debole del rapporto contrattuale". Così A. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico ed il contratto*, in *Illiceità ed immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di marzio, Napoli, 2004, 85.

La dottrina ritiene che tra gli interessi collettivi o "seriali" ormai tipizzati nell'ordinamento oltre che nella coscienza sociale ed il cui soddisfacimento realizza esigenze di pubblico interesse rientrino anche gli interessi dei consumatori e degli utenti a procurarsi beni o servizi di largo consumo o di prima necessità che un imprenditore vende o presta in regime di monopolio. In tali casi "l'eteronomia sacrifica un momento (o una parte) dell'autonomia privata a favore di altro momento (o di altra parte) della stessa autonomia privata: con ciò assicurandosi in ogni caso la produzione degli effetti del contratto, anche se determinandoli o derogandoli in conformità di valutazioni concrete, contenutistiche, di aderenza e di adeguatezza rispetto ad un interesse collettivo". Così CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, cit., 177.

[298] RUMI, *Divieto di clausole penali e conformazione del contratto nel decreto "Bersani bis"*, cit., 830.

[299] Sul punto, cfr. *ex multiis*, A. Di MAJO, *La nullità*, in *La nullità*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, VII, Torino, 2002, 108; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco e G. De Nova, II, Torino, 2004, 553; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 314; M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 177. La sostituzione delle norme cogenti alle clausole contrattuali difformi non inciderebbe invece sulla struttura contrattuale dell'atto di autonomia a parere di CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, cit., 168-169, il quale evidenzia come "l'inserzione automatica di norme cogenti si profila…come deroga alla tradizionale disciplina del contratto. Il quale non degrada a mera realtà materiale governata da norme cogenti, ma resta sempre contemplato e regolato, in linea di principio come manifestazione della privata autonomia". Più precisamente "l'interesse collettivo determina il conflitto tra autonomia ed eteronomia, e lo compone. Lo determina, perché le norme cogenti sono destinate ad assicurarne il soddisfacimento, anche sacrificando, l'interesse particolare delle parti, o meglio una di esse. Lo compone innanzitutto perché concorrendo l'attuazione di tale interesse collettivo nello scopo pratico perseguito dalle parti, esso rientra nel momento irriducibile dell'autonomia che la disciplina della nullità parziale presuppone: aderenza alla struttura contrattuale regolata imperativamente con lo scopo pratico perseguito…Lo compone, in

comma 2 c.c. accusato di manomettere o di estromettere l'autonomia privata.

A ben vedere, tuttavia, la scelta di demandare la determinazione del contenuto della penale ad associazioni di categoria, più che dall'intento di salvaguardare il rispetto di una certa concezione dell'autonomia privata, sembra giustificarsi in ragione della natura estremamente tecnica della valutazione.

In assenza di qualsiasi indicazione in merito ai caratteri della nullità in questione, anche in questo caso, per ricostruire la disciplina applicabile risulta utile considerare la finalità che con tale previsione si è inteso perseguire[300], e cioè quella di impedire che, per i mutui stipulati antecedentemente all'entrata in vigore delle nuove regole, il mutuatario sia costretto a subire il costo di penali inique eventualmente pattuite.

L'esigenza di protezione del contraente in questo caso è così forte che il legislatore si spinge fino a prevedere una sostituzione automatica della clausola del contratto con quella rideterminata in via equitativa.

Tali considerazioni permettono di inquadrare la nullità in esame tra quelle volte a costruire regolamenti *imposti* e *delegati* dall'ordinamento. *Imposti* perché il livello di protezione giuridica richiesto in questi casi è talmente elevato che l'ordinamento, attraverso un'operazione di ortopedia[301], procede ad eliminare parti del contratto, con contestuale ed automatica integrazione o sostituzione della parti colpite da nullità. *Delegati* perché la determinazione della clausola è rimessa, non già direttamente alla legge, ma ad un organismo di settore, in quanto reputato funzionalmente più idoneo a "definire il profilo

---

secondo luogo, perché la presenza e la considerazione dell'interesse collettivo è contemplata dalla volontà delle parti, in funzione della loro qualità, proprio nel momento in cui determinano il contenuto economico del contratto. Sicchè un nocciolo ineliminabile di autonomia si ravvisa sull'aver scelto una struttura produttiva di effetti giuridici e nell'aver determinato il contenuto economico di questa struttura, in modo da assicurare, con gli uni e con l'altro, la soddisfazione dell'interesse collettivo anche solo di una parte, che le altre parti sono tenute a conoscere, perché ritenuto imperativamente rilevante per il diritto nel contratto posto in essere. La inserzione automatica delle norme cogenti in luogo ed in vece della clausola ha, quindi, le sue radici nell'autonomia privata, perché si palesa come aderente, secondo criteri di rilevanza insiti nella fattispecie adottata, al vuoto, e cioè alla libera scelta dello strumento contrattuale con quel particolare contenuto giuridico ed economico, cui le parti hanno fatto ricorso".

[300] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 471.

[301] L'espressione è di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 602.

regolamentare dell'operazione economica considerata"[302].

Dall'inquadramento delle nullità in parola nella categoria dei regolamenti imposti, ne deriva l'applicabilità della regola della necessaria parziarietà in deroga all'art. 1419 c.c. e della legittimazione assoluta[303].

La conclusione cui si è pervenuti, soprattutto per quel che concerne la legittimazione assoluta, risultano rafforzate ove si consideri la finalità specifica che il divieto di penali di anticipata estinzione intende perseguire, e cioè quella di favorire la circolazione delle operazioni di finanziamento, incentivando tutti gli interessati – e cioè i soggetti che agiscono per le finalità indicate dall'art. 7 - a rimuovere gli ostacoli "di uscita" dal mutuo [304].

Le stesse considerazioni valgono per l'ipotesi di nullità di cui all'art. 7, comma 6 ove si prevede che, in assenza dell'accordo collettivo sull'importo massimo delle penali dovute per l'estinzione anticipata dei mutui, la Banca d'Italia determini la misura della penale idonea a ricondurre ad equità i vecchi mutui e tale prescrizione "*costituisce norma imperativa ai sensi dell'art. 1419, comma 2, del codice civile ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere*". Anche tale nullità appare riconducibile ai regolamenti imposti e delegati, e dunque, andrà considerata – oltreché necessariamente parziale come previsto dalla norma – a legittimazione assoluta.

L'ultima ipotesi di nullità contemplata nel microsistema delle c.d. liberalizzazioni del settore bancario, infine, si rinviene all'interno della disciplina sulla portabilità dei mutui, all'art. 8, ove si prevede la nullità di qualsiasi patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si impedisca o si renda più oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione ex art. 1202 c.c.

Già si è detto della finalità di tale disposizione e delle tipologie di clausole che entrano nel divieto.

L'unico aspetto che rimane da risolvere, dato che lo stesso articolo 8, comma 3 già prevede la regola della necessaria parziarietà, è quello relativo

[302] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 473.
[303] SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* cit., 473.
[304] FAUSTI, *Mutui e clausole vessatorie,* cit., 516.

alla legittimazione ad agire.

In assenza di una diversa previsione, anche questa ipotesi deve ritenersi a legittimazione assoluta, coerentemente alla *ratio* della norma che appare quella di imporre un dato assetto negoziale al fine di incentivare la circolazione dei finanziamenti bancari, a vantaggio non solo del consumatore, ma di tutti coloro che vengano a versare nella situazione di debolezza considerata dall'art. 8, e più in generale, del sistema finanziario nel suo complesso.

In quest'ultimo senso si vede chiaramente qual è la nuova funzione che vengono ad assumere i rimedi contrattuali, *sub specie* le nullità di protezione, non già il semplice soddisfacimento di un bisogno di tutela, ma "il perseguimento di una precisa idea di mercato in cui si incontrano gli interessi antitetici dell'impresa e del consumo"[305].

6. Conclusioni: valutazione di impatto concorrenziale…

In premessa al presente capitolo ci si era chiesti se lo strumento prescelto per liberalizzare il mercato fosse idoneo a raggiungere gli obiettivi prefissati e cioè aumentare la competitività tra operatori bancari nella fase relativa alla circolazione delle operazioni di finanziamento e a tutelare il consumatore, rafforzando il suo potere contrattuale nella gestione di eventuali sopravvenienze nella fase esecutiva del contratto di mutuo.

Il quesito prendeva le mosse dalla constatazione che i recenti interventi nel mercato del credito, pur dichiaratamente volti a liberalizzare il mercato, si traducessero in forti limiti dell'autonomia privata attraverso tecniche di conformazione eteronoma del regolamento contrattuale; constatazione che aveva indotto la dottrina ad interrogarsi, quasi a segnalare un ossimoro tra la finalità dichiarata e lo strumento giuridico prescelto se il mercato si liberalizzasse dirigendolo[306].

[305] MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 607.
[306] GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, cit., 464 ss., 471; FAUSTI, *La «rinegoziazione», dei mutui*, cit., 760; FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 196.

La breve analisi condotta in questo capitolo in merito al rapporto tra regolazione mercato, norme imperative e autonomia privata, ha mostrato come anche gli orientamenti che ritengono il mercato animato da regole sue proprie che non si lascerebbero addomesticare da quelle giuridiche, giungono ad affermare, in presenza di inefficienze nell'allocazione delle risorse, l'opportunità di un intervento correttivo volto a raggiungere gli obiettivi di benessere prefissati.

Più in particolare, l'approfondimento dei modelli privatistici di regolamentazione degli scambi ha evidenziato come l'imposizione di norme imperative assistite da rimedi invalidanti e il proliferare di regole condotta per disciplinare un dato settore di mercato, sia opzione regolatoria del tutto congrua rispetto all'obiettivo di aumentare competitività e la concorrenza, essendo acquisito nel diritto dei consumi che l'autonomia contrattuale si tuteli anche attraverso il divieto di determinate manifestazioni della stessa, che risultino incompatibili con il regolare funzionamento del mercato.

È emerso, vieppiù, almeno per quel che riguarda le relazioni tra soggetti dotati di dispari potere contrattuale che la delimitazione dei possibili contenuti dell'accordo, rappresenti l'unico antidoto contro una determinazione di fatto unilaterale del contenuto del contratto e dunque presupposto necessario per ripristinare la parità sostanziale tra contraenti a vantaggio del mercato e dunque del consumatore.

Tutto ciò conferma che la regolazione – secondo alcuni dirigistica[307] – non sia di per sé incompatibile con le libertà economiche degli individui e con lo sviluppo in senso concorrenziale dei mercati, potendo anche contribuire, se non addirittura essere necessaria, ad una maggiore efficienza dei mercati stessi, garantendo contestualmente condizioni di equità negli scambi. In altri termini non vi è antinomia tra liberalizzazioni e regolazione, nemmeno se questa si manifesti nella sua forma più autoritativa, perché i limiti

[307] GENTILI, *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, cit., 464 ss., 471; FAUSTI, *La «rinegoziazione», dei mutui*, cit., 760; FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 196.

all'autonomia privata sono compatibili, ed anzi funzionali, ad un mercato fondato sul libero scambio[308].

Le conclusioni teoriche cui si è pervenuti del resto hanno trovato conferma nell'analisi delle prassi bancarie antecedenti all'entrata in vigore dei c.d. decreti Bersani.

Lo studio delle pratiche commerciali bancarie, invero, ha mostrato come le inefficienze, sotto il profilo delle barriere all'ingresso e della qualità dei servizi praticati, fossero dovute non tanto all'assenza di istituti giuridici o a oggettive condizioni di mercato, ma precipuamente all'abuso di potere contrattuale da parte degli operatori bancari[309]. Si pensi all'utilizzo spregiudicato dello *ius variandi* cui le banche ricorrevano anche venti volte in un mese, e al termine concesso per recedere in tali ipotesi, talmente ristretto da non consentire al cliente intenzionato a cambiare operatore di comparare eventuali altre offerte sul mercato. Senza contare che il recesso non è valida alternativa per il mutuatario il quale, per effetto del suo esercizio, si troverebbe a dover restituire immediatamente e in misura non preventivata tutta la somma ricevuta.

Parimenti deve dirsi per quelle clausole contenenti divieti per il debitore di adempiere anticipatamente rispetto alla scadenza naturale del contratto o penali per anticipata estinzione o preclusioni alla facoltà di avvalersi della surrogazione per volontà del debitore o ancora che addebitano al cliente i costi notarili per la cancellazione dell'ipoteca.

---

[308] Cfr. sul punto, da ultimo, MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 604: "La regolazione del mercato su base concorrenziale, in altre parole, si persegue non più solo tramite politiche economiche e monetarie e vuole essere innanzitutto costruzione e conservazione di assetti a partire dalle singole negoziazioni tramite un decalogo di condotte delle parti in sede di conclusione ed esecuzione del contratto".

[309] In tal senso già R. MARCELLI, *Lo ius variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto,* in *Magistra, banca e finanza,* 2006, in *www.magistra.it*, il quale ritiene che i costi di chiusura e più, in generale, gli oneri di trasferimento abbiano sempre rappresentato un sostanziale impedimento all'uscita del rapporto e un rilevante ostacolo alla concorrenza.

Al fine di contrastare tale situazione risultava necessario intervenire sul regolamento contrattuale rimuovendo quegli ostacoli che impedivano al consumatore l'esercizio della libertà di cambiare banca[310].

La correttezza dell'approccio prescelto per liberalizzazione il mercato del credito, pur con tutti i limiti segnalati nello svolgimento della presente indagine, inoltre, risulta confermato da un'analisi di impatto concorrenziale condotta secondo le prescrizioni dell'art. 5 del regolamento AIR.

Tale disposizione, come anticipato nel paragrafo 1 del presente capitolo prevede che, quando si tratta di incidere sull'attività di impresa, il vaglio dell'AIRC (analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza) possa essere superato solo previa risposta positiva ai seguenti quesiti:

1) la norma/regolazione limita il numero o la tipologia dei fornitori di un determinato bene o servizio (restrizioni all'accesso)?

2) la norma/regolazione riduce le possibilità competitive dei fornitori (restrizioni dell'attività)?

3) la norma/regolazione riduce gli incentivi dei fornitori a competere (restrizioni delle possibilità competitive)?

Con riferimento al primo quesito è agevole rilevare come le nuove regole, lungi dal restringere l'accesso ai fornitori, al contrario abbiano allargato la platea dei potenziali finanziatori. Il meccanismo della portabilità, rafforzato dal divieto di penali per l'ipotesi di anticipata estinzione, infatti, nella misura in cui abbatte i costi di uscita dal vecchio mutuo e consente di trasferire senza spese l'ipoteca dal vecchio al nuovo finanziamento, pone i presupposti per la creazione del mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento cui ora potranno accedere anche banche di minori di dimensioni, subentrando in finanziamenti che, senza la portabilità, non avrebbero avuto la capacità di assumersi per l'elevato rischio di inadempimento nella fase iniziale.

---

[310] Cfr. sul punto, in termini più generali, le considerazioni di U. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, passim: "La correzione legale non sostituisce una misura politica alla misura mercantile, ma è chiamata a simulare una misura mercantile che nel concreto non è stata in grado di formarsi". Su cui, MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione economica*, cit., 58-59; ID, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, cit., 614: L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo: regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 112 ss.

Tali osservazione consentono di rispondere anche al secondo quesito: se viene a crearsi un nuovo mercato è evidente che aumenteranno le possibilità competitive, non più limitate alla sola attività di offerta di finanziamenti bensì estese alla rinegoziazione delle operazioni in essere.

Da ultimo, in relazione all'ultimo quesito, va segnalato come il perdurante rischio, in costanza di rapporto, di un'estinzione anticipata a causa degli incentivi alla portabilità e delle maggiori garanzie concesse al mutuatario per esercitare il diritto di recesso in caso di esercizio dello *ius variandi* (trasparenza delle condizioni modificate, aumento dello *spatium deliberandi*) dovrebbe indurre i finanziatori ad elevare sempre più la convenienza e la qualità dei nuovi servizi finanziari, così creando un circolo virtuoso a beneficio non solo i consumatori ma del sistema economico nel suo complesso, e dunque, delle stesse banche.

Ed infatti, se è vero che le nuove misure, espongono ogni banca erogatrice del mutuo al rischio costante di un'estinzione anticipata, non si può trascurare l'enorme occasione di profitto che ad esse viene offerta creando un mercato relativo alla circolazione delle operazioni di finanziamento. Da questo punto di vista la perdita di un cliente dovrebbe incentivare la banca stessa a migliorare le condizioni di prestito. Ed è proprio a tutela di questo circolo virtuoso che si spiegano i forti limiti imposti all'autonomia delle banche.

Tali affermazioni non sembrano smentite dalla circostanza che le banche, in una prima fase, abbiano avuto un atteggiamento dichiaratamente dilatorio. L'imposizione di un obbligo, infatti, anche se solo di tipo informativo, importa dei costi per i destinatari; costi il cui peso si fa sentire soprattutto nel breve periodo ove il sacrificio imposto non trova rispondenza, almeno a livello microeconomico, con il beneficio che se ne trae[311].

[311] Sui costi degli obblighi informativi quale *species* più ampia del *genus* oneri amministrativi cfr. G. COCO, *La misurazione degli oneri amministrativi tramite* Standard Cost Model, in *Economia pubblica*, 2007, 37 ss.; L. CAVALLO, G. COCO, M. MARTELLI, *Evaluating administrative burdens througt SCM: some indications from the Italian experience*, 2008, in *www.administrative-burdens.com;* D. HELM, *Regulatory reform, Capture, and the regulatory burden*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2006, XXII, 183; W. WEIGEL, *The standard cost model: a critical appraisal*, in *European Association of Law and Economics*, n. 4/2009, 27; C. M. RADAELLI, *Cracking down on administrative burdens: why business is not latching on*, 2007, in www.*federalismi.it*.

Le nuove misure, dunque, lungi dal delineare un modello paternalistico di protezione del contraente debole, sembrano, al contrario, andare nella direzione di responsabilizzare il consumatore stesso, nella misura in cui restituiscono a quest'ultimo la libertà (ma anche l' onere) di compare le diverse offerte sul mercato e di sostituire, finalmente senza costi, l'originario partner contrattuale[312].

Una conferma dell'impatto positivo che queste misure hanno avuto sul mercato e sui consumatore si trae dai risultati di un'indagine condotta dall'ABI dalla quale è emerso che, nonostante le resistenze iniziali, dal 2007 al 2009, circa 195 mila famiglie, pari all'8 % del totale, abbiano rinegoziato il mutuo "per un controvalore complessivo di circa 20 miliardi di euro" e circa 72 mila abbiano cambiato banca attraverso la portabilità per "un controvalore di circa 8 miliardi di euro" e ciò avrebbe contribuito a determinare una riduzione dei tassi dal 5, 09% del dicembre 2007 al 2,59% del dicembre 2009[313].

Il dato, inoltre, con particolare riguardo alle surroghe, è andato via via aumentando, fino ad arrivare alle 300 mila surroghe del 2010, che hanno rappresentato il 25% di tutte le operazioni sui mutui effettuate in Italia dall'introduzione della nuova normativa[314].

Quanto sin qui detto pare confermare l'idea che la normativa all'esame non vada letta esclusivamente in un'ottica di protezione del consumatore. E ciò non solo perché, al di là del *nomen iuris* delle rubriche, quasi tutte le

---

[312] Cfr. sul punto le osservazioni di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 604, il quale ritiene che la strategia conformativa del regolamento contrattuale sia volta anche "alla responsabilizzazione del consumatore che è reso arbitro delle proprie fortune e al contempo con un effetto riflesso – estremamente significativo – agente della razionalità degli scambi". Cfr. pure, p. 609, ove l'Autore osserva come, nella disciplina del contratto europeo, "il consumatore ovvero l'impresa debole rappresentano gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema; ID, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo,* in *Europa e diritto privato*, 2004, 1098.

[313] Il dato si apprende da R. BOCCIARELLI, *Mutui, 270 mila famiglie hanno usufruito della rinegoziazione o della portabilità*, in *Il Sole 24 ore* del 9 febbraio 2010 su *www.ilsole24ore.com* che riporta le dichiarazioni rilasciate dal direttore generale dell'Abi Giovanni Sabatini nel corso di un'audizione alla Camera.

[314] Lo si apprende da A. CURIAT, *Valutare le esigenze, i costi e l'ok della banca*, in *Il sole 24 ore,* 3 gennaio 2011 in *www.ilsole24ore.com* il quale riporta le dichiarazioni di Roberto Anedda, direttore marketing di Mutui Online.

disposizione sinora analizzate riguardano, più genericamente, l'utente del servizio finanziario, ma soprattutto per l'idea, che sin dall'inizio si è cercato di portare avanti, che non vi sia un'incompatibilità tra tutela del contraente debole e tutela della concorrenza. Ed al contrario, i due obiettivi, apparentemente contrastanti, ritrovano un punto di contatto nell'esigenza comune di regole certe che pongano al riparo da comportamenti scorretti che alterino il normale funzionamento del mercato[315].

… e prospettive di giustizia contrattuale.

Sin qui si è cercato di mettere in evidenza come le regole di nuova introduzione siano funzionali alla tutela della concorrenza e, nella misura in cui determinano un abbassamento dei prezzi e un miglioramento dei servizi offerti, anche efficaci strumenti di tutela del "consumatore" nell'accezione lata di contraente debole che si è inteso accogliere.

Tale rilievo non vuole però significare che l'interesse del consumatore non sia concettualmente distinto rispetto a quello generale all'efficiente funzionamento del mercato[316], e che, conseguentemente, una risposta in termini di maggiore efficienza economica sia sempre sufficiente a tutelare adeguatamente i suoi interessi.

Vi sono infatti casi, come quello in esame, in cui l'inferiorità del consumatore è data proprio dalla natura del bisogno che ha portato alla conclusione del contratto, a prescindere dal funzionamento dei meccanismi concorrenziali; in tali ipotesi, non è sufficiente introdurre strumenti che aumentino la concorrenza, ma è altresì necessario offrire degli strumenti che

[315] Cfr. sul punto MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 602, il quale, tanto in relazione al "paradigma" del contratto del consumatore, quanto in relazione al terzo contratto osserva come: "L'analisi della strategia rimediale prevista per entrambi modelli di contratto europeo (…) lascia trasparire la riduttività dell'orientamento che pretende di leggere le fattispecie in questione dalla microspettiva del contraente debole, e, quindi, dalla ricerca di una giustizia contrattuale mirata agli interessi del singolo, rinunciando ad evidenziare gli obiettivi di politica generale cha la trascendono".
[316] ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 60.

guardino al bisogno reale del consumatore, prima ancora che allo strumento più efficiente per conseguire il risultato.

Nei provvedimenti in parola, al contrario, l'interesse del singolo contraente sembra ricevere una tutela solo indiretta e strumentale rispetto alla tutela della concorrenza[317], senza che assumano autonomi rilievo prospettive di giustizia contrattuale, che invece dovrebbero essere tenute in una considerazione privilegiata in relazione ad un bisogno talmente importante da assumere rilevanza costituzionale (art. 47 Cost.).

L'affermata coincidenza tra tutela del consumatore e della concorrenza che le misure analizzate opererebbero, dunque, rappresenta il pregio, ma anche il limite dell'intervento ove le esigenze del consumatore sono prese in considerazione solo come riflesso della tutela della concorrenza, restando del tutto fuori obiettivi di giustizia ed equità contrattuale, ulteriori e diversi da quelli che si possono raggiungere attraverso la tutela della competitività[318].

In un settore così delicato come quello dei mutui contratti per l'acquisto della prima casa, invece, sarebbe stata preferibile una strategia che, anche alla luce della crisi finanziaria, garantisse maggiori strumenti di tutela del consumatore in un eventuale fase patologica del rapporto, quale ad esempio la previsione di un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca in presenza di specifici eventi in grado di squilibrare il sinallagma o di pregiudicare altrimenti la capacità di adempiere.

Di certo il meccanismo della portabilità può aiutare il consumatore a gestire il problema delle sopravvenienze: attraverso la "minaccia" di cambiare operatore il mutuatario avrà buon gioco in un'eventuale trattativa per

[317] La circostanza che le istanze solidaristiche costituiscano sempre e solo un accidente o un "effetto collaterale" della tutela della concorrenza appare naturale, *de iure condito*, a MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., il quale ritiene che, tanto la tutela del contraente debole, quanto la tutela della concorrenza sono funzionali a ripristinare i meccanismi contrattuali, e non già a perseguire obiettivi di giustizia contrattuale. In altri termini, nella prospettiva del diritto europeo, il controllo sul contenuto del contratto attuerebbe la "giustizia commutativa e non quella distributiva".

[318] Ma vedi le osservazioni di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 612, il quale segnala il rischio di "ideologismo ed artificialità", di una *policy* che pretenda, attraverso un incisivo intervento sul contenuto del contratto, perseguire obiettivi di giustizia contrattuale o financo sociale. E ciò soprattutto in considerazione dello scarto in avanti che una simile soluzione opererebbe rispetto alle indicazioni positive.

rinegoziare la durata del mutuo e l'entità delle nuove rate[319]; ma il meccanismo della portabilità tuttavia presenta molti rischi.

In primo luogo è possibile che la banca, vieppiù nella congiuntura attuale di aumento dei tassi di interesse, addossi interamente il *surplus* dell'operazione economica derivante dalla rinegoziazione esclusivamente sul consumatore, in alcun modo intaccato lo *spread;* in secondo luogo v'è il rischio che le banche, in questa prima fase interessate a farsi concorrenza (attraverso promozioni e tassi di interesse vantaggiosi), in un secondo momento tendano invece a fare cartello e dunque a consolidare le proprie posizioni per conseguire elevati livelli di profitto; eventualità da non sottovalutare anche in considerazione delle modalità suggerite dall'ABI[320] per dare attuazione alla portabilità, che si caratterizzano per una stretta cooperazione tra vecchia e nuova banca tramite sistemi di colloquio interbancario[321].

---

[319] In tal senso il consumatore/utente del servizio finanziario viene elevato ad agente della razionalità degli scambi. Il ruolo sembra analogo a quello che MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione economica*, 2005, 56, cit., riconosce al consumatore nella disciplina della vendita dei beni di consumo: "nella vendita dei beni di consumo, come in campi analoghi, il consumatore è individuato dal legislatore comunitario come il soggetto più adeguato – perché portatore di un interesse diretto – alla messa in opera di quell'apparato normativo fatto di diritti e di rimedi e tutele che è volto anche a confermare giuricamente il mercato"; ID, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo,* in *Europa e diritto privato*, 2004, 1098. ID, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, cit., 604.

[320] Circolari ABI del 17 e 21 dicembre 2007. La Banca d'Italia con la circolare n. 48520 del 29 aprile 2008 ha invitato le banche a utilizzare tale procedura.

[321] Il rischio che la procedura interbancaria suggerita dall'Abi e raccomandata dalla Banca d'Italia degeneri in dinamiche anticoncorrenziali è stato segnalato dall'AGCM la quale a proposito di tale procedura ha rilevato quanto segue: "…la procedura delineata non deve costituire un percorso obbligato o preferenziale per l'attuazione della portabilità del mutuo. Ciò anche considerando che lo stesso legislatore non ha sentito l'esigenza di inquadrare l'attuazione della portabilità dei mutui in specifiche iniziative di autoregolamentazione collettiva diversamente da quanto è accaduto, ad esempio, con l'individuazione dell'importo massimo delle penali per l'estinzione anticipata dei mutui stipulati antecedentemente all'intervento normativo in questione. D'altra parte, l'art. 8 del decreto Bersani richiama un istituto – la surrogazione di cui all'art. 1202 c.c. – già delineato da tempo nel nostro ordinamento giuridico, sebbene con portata applicativa sino ad oggi residuale, la cui operatività non presuppone procedure concordate. Pertanto, dovrebbe essere chiaro che l'operatore, sia per iniziativa propria che in presenza di eventuali sollecitazioni da parte della clientela in tal senso, possa attuare la portabilità dei mutui con modalità diverse da quelle condivise dall'ABI e dal CNN. (…) la procedura delineata sembra presupporre che la surrogazione del mutuo si attui attraverso una costante triangolazione dei soggetti coinvolti (banca originaria, nuova banca e cliente finale) Ciò si evince sia dal momento di avvio della procedura, che trae origine da una precisa richiesta della nuova banca originaria, sia dal momento finale che dovrebbe sfociare

Al di là di tali specifici profili, l'inadeguatezza di una risposta solo in termini di efficienza allocativa si mostra in quelle situazioni in cui il consumatore, per le oggettive difficoltà di adempiere in cui viene a trovarsi, non troverebbe, tramite il meccanismo della portabilità, nessun finanziatore disposto ad erogargli un nuovo mutuo per estinguere il precedente. In tali ipotesi, le banche, sfiduciose nel successo di un eventuale piano di ammortamento, invece che rinegoziare, potrebbero attivare immediatamente le procedure esecutive, o al contrario, nel tentativo di recuperare il danno del ritardato adempimento, prevedere un piano di ammortamento troppo gravoso per il cliente.

In altri termini se le nuove misure sembrano rappresentare un valido strumento in quelle situazione fisiologiche in cui il mutuatario intende beneficiare delle possibilità offerte dalla concorrenza per rendere meno gravoso il proprio mutuo non paiono invece adeguata risposta per situazioni patologiche, in cui una non adeguata gestione delle situazioni di crisi potrebbe pregiudicare definitivamente la possibilità di adempimento a svantaggio non solo del cliente, ma anche della banca, e se generalizzato, del sistema economico nel suo complesso.

---

nella stipulazione di un "unico atto", nel quale tutti i soggetti interessati sono presenti. Da un punto di vista concorrenziale, si manifesta la preoccupazione che tale opzione possa non essere efficace, favorendo l'instaurarsi di dinamiche improprie tra gli operatori e il permanere della clientela con la banca originaria. Non è del tutto chiaro, infatti, come una piena attuazione di strumenti volti a garantire la mobilità della clientela si possa realizzare consentendo la partecipazione diretta della banca originaria anche alla stipulazione del rapporto contrattuale tra cliente e la nuova banca". (Segnalazione AS 431).

Parte seconda

MUTUO E SOPRAVVENIENZE PERTURBATIVE NELLE MISURE "ANTI-CRISI"

Premessa.

A distanza di pochi mesi dalle c.d. liberalizzazioni del settore bancario, quasi a prendere atto della sostanziale insufficienza delle misure introdotte a fronteggiare le crescenti difficoltà dei mutuatari a pagare le rate a scadenza, il legislatore interviene nuovamente nella materia dei mutui ipotecari contratti per l'acquisto della prima casa, prevedendo, con la finanziaria per il 2008, la c.d. "sospensione delle rate di mutuo"[322].

Con tale provvedimento si inaugura una nuova stagione di intervento pubblico in economia a sostegno dei mutuatari, volto ad evitare che le banche, esigendo il rispetto delle condizioni originariamente pattuite, addossino interamente sui mutuatari le conseguenze negative connesse all'aumento del costo del denaro, in tal modo pregiudicando, nella particolare congiuntura, la possibilità di adempiere da parte di molti mutuatari in difficoltà, con il rischio di effetti a catena sul sistema bancario e su quello economico in generale.

Nel panorama degli strumenti offerti al mutuatario per far fronte alla sopravvenuta onerosità del contratto, espressione di questa nuova ondata "dirigistica", accanto all'istituto della sospensione delle rate si collocano, in ordine di tempo, la c.d. rinegoziazione "convenzionata" dei mutui a tasso variabile[323], la fissazione di un tetto massimo per gli interessi sulle rate di mutuo a tasso variabile con accollo da parte dello stato dell'eccedenza[324], la

[322] Art. 2, commi 475-480, l. 12 dicembre 2007, n. 244.
[323] Art. 3, d.l. 27 maggio 2008, come convertito dalla l. 24 luglio 2008, n. 126.
[324] Art. 2, commi 1-4, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, come convertito dalla l. 29 gennaio 2008, n. 280.

possibilità di ancorare i nuovi mutui[325] al tasso BCE[326] sul presupposto della sua maggiore stabilità rispetto all'euribor.

Tali misure determinano un'inversione di rotta rispetto ai c.d. decreti Bersani, che, come chiarito nei capitoli precedenti, hanno inteso fornire una risposta al bisogno di tutela del mutuatario valorizzando la concorrenza tra operatori e semplificando le procedure ed i costi per liberarsi da un vincolo non più gradito.

Più in particolare, con specifico riferimento al problema della sopravvenuta onerosità del mutuo, le misure di c.d. liberalizzazioni nel settore bancario, senza intervenire autoritativamente sul sinallagma, hanno garantito al mutuatario almeno tre importanti risultati. In primo luogo un abbassamento dei tassi di interessi, grazie al ripristino dei meccanismi concorrenziali; in secondo luogo la possibilità di cambiare il *partner* in modo agevole e senza costi; da ultimo l'attenuazione dell'asimmetria contrattuale nel rinegoziare i termini dello scambio.

I provvedimenti in esame, al contrario, si caratterizzano per un incisivo intervento sul contenuto dell'accordo, il quale viene conformato autoritativamente attraverso la predisposizione di "modelli di rinegoziazione" e nuovi piani di ammortamento che sostituiscono le condizioni contrattuali originariamente concordate tra le parti.

La ragione di questa inversione di tendenza non è spiegabile semplicemente con il cambio di legislatore; e ciò non solo perché la prima delle misure menzionate è stata adottata dalla stessa maggioranza politica che pochi mesi prima aveva adottato la manovra liberalizzazioni; ma anche perché la nuova legislatura è espressione di valori che a rigore dovrebbero porsi in contrasto con un eccessivo dirigismo.

L'abbandono della prospettiva "liberista" è ricollegabile piuttosto alla crisi finanziaria che, sul finire del 2007, già aveva iniziato a contaminare

[325] Per nuovi mutui si intendono quelli stipulati a partire dal 1° gennaio 2009.
[326] Art. 2, commi 5-5-sexies, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, come convertito dalla l. 29 gennaio 2008, n. 280.

l'economia reale, determinando non solo un'impennata dei tassi di interesse[327], ma anche una significativa riduzione del potere d'acquisto delle famiglie[328].

Questo quadro di riferimento spiega le crescenti difficoltà dei mutuatari nell'onorare gli impegni assunti e dunque la preoccupazione del legislatore di un eventuale inadempimento collettivo dei mutui che, oltre a problemi di ordine sociale, avrebbe messo a repentaglio la stabilità del sistema finanziario con il rischio di effetti analoghi a quelli prodottisi negli Stati Uniti per effetto della crisi dei mutui *subprime*.

[327] Per uno studio delle cause della crisi finanziaria cfr. F. CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2008, I, 20; E. VENTURI, *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione dei possibili interventi correttivi*, in *Banca borsa e titoli di credito,* 2009, I, 80.
[328] A. CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* in *La nuova giurisprudenza civile commentata,* 2009, I, 363.

CAPITOLO I

La sospensione delle rate di mutuo

1. Inquadramento dell'istituto: finalità e tratti essenziali.

Come anticipato, la prima misura adottata a sostegno di mutuatari in difficoltà nel far fronte al regolare pagamento delle rate di mutuo è rappresentata dalla c.d. sospensione delle rate.

Tale istituto consente al mutuatario di adempiere la propria obbligazione in un momento successivo rispetto a quello originariamente pattuito, con correlativo sacrificio per il creditore, in termini di ritardo nel recupero preventivato della disponibilità di capitali prestati.

Ai sensi dell'art. 2, comma 476, legge 22 dicembre 2007, n. 244 la sospensione viene concessa a chi abbia stipulato un mutuo per acquistare unità immobiliari da adibire ad abitazione principale[329] del mutuatario[330], purché "*al momento della richiesta di sospensione non sia iniziato il procedimento esecutivo per l'escussione della garanzia*"[331] e purché il mutuatario sia in grado di dimostrare - nelle forme stabilite dal regolamento da adottarsi dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della solidarietà sociale - di non essere in grado di provvedere al pagamento delle rate del mutuo, per le quali chiede la sospensione, dei costi bancari[332] e degli onorari notarili[333].

---

[329] Secondo i primo commentatori, al fine di beneficiare della misura in oggetto, è sufficiente che l'immobile sia adibito ad abitazione principale al momento del pagamento. Non rileverebbe, invece, l' eventuale mancanza di destinazione nel contratto di mutuo. Così FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 244. Cfr. pure A. CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" – Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, cit., 3, che sottolinea l'importanza di "scindere il momento genetico del contratto da quello successivo della eventuale richiesta di sospensione dei pagamenti".

[330] Secondo CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate"*, cit., 6, legittimato alla richiesta di sospensione del pagamento delle rate di mutuo è solo il mutuatario e non anche i familiari, i parenti o gli affini entro il terzo grado.

[331] Art. 2, comma 477, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

[332] Secondo G. CASALI, *La sospensione del pagamento delle rate di mutuo* in *Atti del convegno paradigma: Novità in tema di contratto di mutuo: la portabilità, la rinegoziazione e*

La suddetta disposizione precisa altresì che la misura non può essere richiesta per più di due volte e per un periodo massimo complessivo superiore a diciotto mesi nel corso dell'esecuzione del contratto[334].

Al fine di fronteggiare i costi delle procedure interbancarie, gli onorari notarili necessari per la sospensione del pagamento delle rate di mutuo e gli oneri finanziari pari alla quota interessi delle rate per le quali ha effetto la sospensione del pagamento anticipati dalla banca stessa è istituito un fondo di solidarietà per i mutui per la prima casa con una dotazione di 10 milioni di euro per ciascuno degli anni 2008 e 2009.

2. L'esegesi.

Muovendo dall'analisi dell'ambito di applicazione oggettivo, vale anzitutto osservare che la disposizione si riferisce esclusivamente ai mutui, non menzionando altre forme di finanziamento, invece espressamente considerate dalla disciplina della portabilità del mutuo.

Tale circostanza ha indotto la dottrina a chiedersi se la tale differente formulazione sia da addebitare ad una svista del legislatore - e dunque il riferimento al mutuo vada inteso come sineddoche - o, al contrario, l'ambito applicativo della disposizione sia limitato solo a questo tipo di contratto.

Alcuno lamenta un'incoerenza legislativa: non si spiegherebbe, infatti, il differente trattamento rispetto alla disciplina della portabilità che invece si riferisce a tutti i contratti di finanziamento[335].

---

le altre misure introdotte dalla finanziaria per il 2008, Milano, 28-29 febbraio 2008, 5, tra i costi delle procedure bancarie rientrano, oltre alla mancata riscossione delle rate di mutuo, anche i rischi connessi al prolungamento della durata della rata e gli adeguamenti organizzativi/informatici connessi ad una sicura gestione della sospensione.

[333] Per onorari notarili si intendono i costi riferibili all'atto stipulato in forma pubblica con cui le parti intendono formalizzare l'avvenuto esercizio della facoltà sospensiva con conseguente proroga della durata del rapporto e delle garanzie, specie ipotecarie ad esso correlate.

[334] Art. 2, comma 476, l. 24 dicembre 2007, n. 244.

[335] Cfr. CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93)*, cit., 355, il quale comunque giunge a privilegiare l'interpretazione letterale coerentemente al tradizionale criterio dell'*ubi voluit dixit*: "le stesse misure di liberalizzazione del settore bancario fanno riferimento ora al finanziamento (a proposito della portabilità) ora al mutuo (riguardo alle penali di anticipata estinzione) in ciò confermando che

A ben vedere, tuttavia, il riferimento al solo contratto di mutuo non è frutto di una svista, né di un'incoerenza, ed al contrario, appare frutto di una consapevole e coerente scelta del legislatore.

A tale conclusione si perviene non solo per l'evidenza dell'argomento letterale, ma anche in considerazione della *ratio* del provvedimento, che è quella di tutelare una categoria di soggetti in relazione ad un bisogno primario quale l'acquisto della prima casa.

Del resto, nell'interpretare la disposizione, non si può non tener conto del fatto che gli oneri di questa misura sono addossati completamente carico lo Stato. Tale circostanza, nel confermare che la misura è ispirata ad esigenze di carattere sociale, induce a prediligere l'interpretazione che limita l'intervento agevolativo alle ipotesi tassativamente indicate.

Da tale punto di vista resta privo di pregio il confronto con la disciplina della portabilità, la quale, inserendosi all'interno di una riforma strutturale nel settore del mercato del credito, inevitabilmente riguarda tutti contratti di finanziamento.

Un'altra questione interpretativa di particolare rilievo che l'analisi dell'ambito di applicazione pone è se le locuzioni "abitazione principale" [336] e "prima casa" utilizzate rispettivamente al comma 476, in relazione alla richiesta di sospensione, e all'art. 475, a proposito dei presupposti per l'accesso al fondo di solidarietà, possano essere considerate equivalenti o abbiano un significato differente.

Un primo orientamento, in considerazione della diversa formulazione, ha ipotizzato un regime differenziato: più ampio per l'esercizio della facoltà di sospendere i pagamenti, possibile per tutti i mutui riferiti all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale del mutuatario; più vincolato

---

ove abbia inteso fare riferimento a contratti diversi rispetto al mutuo il legislatore lo ha detto espressamente".

[336] Il concetto di abitazione principale utilizzato dalla norma in esame è stato accostato a quello previsto dalla normativa fiscale. Si è richiamato, al riguardo, l'art. 8 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 in materia di imposte, il quale prevede che per abitazione principale si intende quella in cui il contribuente e i suoi familiari "dimorano abitualmente". Nello stesso senso si ricorda la più risalente disposizione codicistica contenuta nel d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 15, comma 1, lett. b). Cfr. in tal senso CASALI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate*, cit., 356.

per l'accesso al fondo consentito per i soli mutui destinati all'acquisto della prima casa[337].

In senso opposto altri ha sostenuto che il distinguo in commento sia da imputare allo scarso tecnicismo del legislatore che impropriamente avrebbe considerato equivalenti le due espressioni[338].

A favore di quest'ultima ricostruzione si richiama, in primo luogo, lo stretto collegamento tra il comma 475 e 476: "il comma 478 induce ad una lettura congiunta delle due norme sopra indicate (comma 475 e comma 476), ponendole in stretta correlazione: il Fondo (ex comma 475) provvede, infatti, al pagamento dei costi e degli oneri necessari proprio per l'attuazione della sospensione del pagamento delle rate (ex comma 476)"[339].

In tal senso inoltre depone il comma 479 il quale "presuppone un collegamento tra la richiesta di sospensione e l'onere di dimostrazione di non essere in grado di provvedere al pagamento delle rate, che deve essere assolto secondo le forme che saranno state stabilite proprio nel regolamento di attuazione del fondo"[340].

In secondo luogo si osserva come, anche nei provvedimenti successivi adottati in tema di mutui i riferimenti alla "prima casa"[341] e all'"abitazione principale"[342] siano stati utilizzati indifferentemente in ciò confermando che il legislatore ha considerato i termini come sinonimi[343].

---

[337] CASALI, *Le misure volte al sostegno dei consumatori per i mutuatari a tasso variabile,* cit., 3.

[338] Così CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate,* cit., 5.

[339] Così CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* cit., 355.

[340] CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (l. 27.5.2008, n. 93),* cit., 355.

[341] Cfr. la rubrica dell'art. 2 d.l. 93/2008 e la rubrica dell'art. 2 d.l. n. 185/2008.

[342] Cfr. il comma 1 dello stesso articolo 3, d.l. n. 93/2008 che è stato confermato anche in sede di conversione nella l. n. 126/08; l'art. 2, comma 1-bis e comma 2, d.l. n. 185/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 2/2009; circ. 29 dicembre 2008, n. 17852 del Ministero dell'economia e delle finanze; d.m. del Ministero dell'Economia e delle finanze 25.2. 2009, art. 2, comma 2, lett. d).

[343] CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* cit., 355.

Sempre in relazione all'ambito applicativo, vale da ultimo precisare come, poiché la legge preclude la possibilità di ricorrere alla misura in esame nel caso in cui sia iniziato il procedimento esecutivo per l'escussione della garanzia, deve ritenersi, coerentemente al tradizionale criterio dell'*ubi voluti dixit ubi noluit tacuit*, che il diritto alla sospensione spetti anche in caso di morosità[344].

3. Come funziona la sospensione.

La sospensione opera mediante una proroga della durata del contratto di mutuo e di quella delle garanzie per un periodo eguale alla durata della sospensione.

Questo significa che, finché opera la sospensione, rimane sospeso anche il pagamento delle rate; mentre, una volta terminata, il pagamento delle rate riprenderà secondo gli importi e con la periodicità originariamente previsti dal contratto, salvo diverso patto eventualmente intervenuto fra le parti per rinegoziare le condizioni del contratto.

La norma non chiarisce come operi la proroga del contratto di mutuo: se cioè solo alcune delle rate che compongono il piano di ammortamento subiscano uno slittamento, restando invariate le altre scadenze ed ogni altro impegno assunto, ovvero si abbia una posticipazione di tutte le rate non ancora scadute di mutuo.

A favore della prima soluzione deporrebbe il tenore letterale della prima parte del comma 476[345], ove si prevede: "*Per i contratti di mutuo riferiti all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale del mutuatario, questi può chiedere la sospensione del pagamento delle rate per non più di due volte e per un periodo massimo complessivo non superiore a diciotto mesi nel corso dell'esecuzione del contratto*".

---

[344] CERVINI, *ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (l. 27.5.2008, n. 93),* cit., 361.

[345] In tal senso CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* cit., 353.

La dottrina maggioritaria si è espressa invece a favore della seconda soluzione in considerazione, da un lato, della finalità della norma, dall'altro del tenore dell'ultimo capoverso del comma 476 dell'art. 2 legge 244/2007[346].

Quanto al primo aspetto, in particolare, si osserva che il mutuatario otterrebbe un vantaggio effimero ove si ritenesse che, una volta esaurito il termine massimo di 18 mesi, la nuova scadenza delle rate non pagate si sovrapponesse a quella delle rate successive, non toccate dagli effetti della sospensione[347].

Quanto al secondo aspetto, invece, si evidenzia come il comma 2 dell'art. 476 nel prevedere che "*la durata del contratto di mutuo e quella delle garanzie per esso prestate è prorogata di un periodo uguale alla durata della sospensione*" toglierebbe ogni dubbio il merito al fatto che "la sospensione si inserisca come una parentesi nel piano di ammortamento originariamente fissato, destinato poi a riprendere il suo regolare corso"[348].

Una volta chiarito che la sospensione determina un prolungamento dell'intero piano di ammortamento, e non la posticipazione di alcune rate che andranno a sovrapporsi a quelle da restituire a scadenza, si tratta di chiarire se, per effetto della sospensione, si verifichi la posticipazione di tutte le rate non ancora scadute o se invece vi sia un mero slittamento di quelle non pagate nel periodo di sospensione che dovranno essere recuperate alla fine del normale ammortamento.

La questioni ha evidenti implicazioni pratiche nel caso in cui le rate non siano costanti, ma di diverso importo. Il differimento sino alla fine del piano di ammortamento, invero, darà luogo ad una più consistente maturazione di interessi che graveranno sul fondo[349].

---

[346] CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* cit., 353.

[347] CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* cit., 353.

[348] CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate di mutuo,* cit., 3.

[349] CERVINI, *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (l. 27.5.2008, n. 93),* cit., 353.

La dottrina propende per quest'ultima soluzione in considerazione del tenore letterale della relazione illustrativa[350] dove è utilizzato il termine "slittamento".

L'art. 2, comma 476 della finanziaria per il 2008, come anticipato, prevede espressamente che, non solo la durata del contratto di mutuo ma anche quella delle garanzie per esso prestate siano prorogate per un periodo uguale alla durata della sospensione.

Si ritiene che la disposizione si riferisca sia alle garanzie ipotecarie sia a quelle personali.

La circostanza che il legislatore abbia espressamente disposto in ordine alla proroga automatica delle garanzie ha indotto la dottrina a ritenere che non sia indispensabile una nuova prestazione del consenso da parte del fideiussore[351] e del datore di ipoteca[352].

4. Il regolamento di attuazione del fondo di solidarietà.

Per più di due anni la piena operatività della misura in esame è stata ritardata dalla mancata adozione del regolamento di attuazione del Fondo di solidarietà di cui all'articolo 2, comma 475, della finanziaria per il 2008.

Tale ritardo aveva suscitato le critiche di molti fra gli interpreti, i quali lamentavano che il legislatore continuasse ad emanare provvedimenti in suddetta materia per affrontare problemi che molto più efficacemente avrebbero potuto essere risolti attraverso la "messa in funzione" del fondo di solidarietà[353].

---

[350] Cfr. proposta di legge presentata il 28 marzo 2007, Camera dei deputati, n. 2462.
[351] CERVINI, *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate di mutuo,* cit., 3.
[352] Si ricorda che ai sensi dell'art. 2878 nn. 3 e 6 c.c. le proroghe dell'obbligazioni garantita si estendono automaticamente all'ipoteca e che l'estensione *ope legis* dell'ipoteca riguarda le somme originariamente iscritte; conseguentemente non è necessario procedere ad alcuna annotazione ex art. 2843 c.c. purchè la proroga dell'obbligazione non determini un aumento della somma originariamente iscritta.
[353] Cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui* in *Giurisprudenza di merito,* 2010, 285, il quale in sede di commento alle c.d. misure contenute nell'art. 3 del. D.l. 185/08 - che saranno analizzate nel prosieguo - aveva evidenziato come: "…per superare l'indubbio momento di crisi nel settore bancario sarebbe stato preferibile che il Governo avesse dato un reale sostegno a chi non fosse stato in grado di pagare le rate di mutuo, magari rivalutando

Il regolamento di attuazione del fondo, infatti, è stato adottato solo nel giugno del 2010, dopo che, in materia, già era stata introdotta la c.d. c.d. rinegoziazione "convenzionata"[354], la previsione di un tetto massimo alle rate di mutuo con conseguente accollo da parte dello Stato delle rate eccedenti la misura prefissata e, per i mutui in corso, la possibilità di cambiare l'indice di riferimento del tasso di interesse[355].

Rimandando per gli aspetti tecnici alla lettura del relativo regolamento[356], in questa sede interessa solo porre l'attenzione sull'art. 2, che disciplina i requisiti e le condizioni per l'accesso al fondo e sull'articolo 3 che indica l'oggetto e l'ammontare delle agevolazioni.

L'articolo 2, in particolare, fissa, da un lato, i requisiti soggettivi e oggettivi che valgono ad individuare i destinatari della disposizione; dall'altro i presupposti in presenza dei quali è possibile richiedere l'intervento agevolativo.

Quanto ai requisiti soggettivi l'art. 2, comma 1 richiede che il mutuatario dimostri:

a) il titolo di proprietà sull'immobile oggetto del contratto di mutuo;

b) la titolarità di un mutuo di importo erogato non superiore a 250 mila euro, in ammortamento da almeno un anno;

c) l'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE) non superiore a 30 mila euro.

Quanto ai requisiti oggettivi, l'art. 2, comma 2 richiede che l'immobile non rientri nelle categorie catastali A/1, A/8 e A/9, non abbia le caratteristiche di lusso indicate nel decreto del Ministero dei lavori pubblici in data 2 agosto

---

l'idea di dare finalmente esecuzione a quel fondo di solidarietà a sostegno delle famiglie inadempienti su pagamento delle rate dei prestiti già previsto dall'art. 2, comma 476 l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008) ed attualmente bloccato dalla mancata emissione del regolamento ministeriale di attuazione".

[354] Art. 3 decreto-legge, 28 maggio 2008, n. 93 convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, L. 24 luglio 2008, n. 126.

[355] Art. 3, decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.

[356] Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 21 giugno 2010, n. 132, *"Regolamento recante le norme di attuazione del Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi del'articolo 2, comma 475, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"*.

1969 e costituisca l'abitazione principale del beneficiario alla data di presentazione della domanda.

In presenza dei suesposti requisiti soggettivi e oggettivi si ha diritto alla sospensione qualora uno dei seguenti eventi, successivi alla data di stipula del contratto di mutuo, venga a determinare la temporanea impossibilità del beneficiario a provvedere al pagamento delle rate alla loro scadenza naturale:

a) perdita del posto di lavoro dipendente a tempo indeterminato o termine del contratto di lavoro parasubordinato o assimilato, con assenza non inferiore a tre mesi di un nuovo rapporto di lavoro;

b) morte o insorgenza di condizioni di non autosufficienza di uno dei componenti il nucleo familiare, nel caso in cui questi sia percettore di reddito per almeno il 30 per cento del reddito imponibile complessivo del nucleo familiare domiciliato nell'abitazione del beneficiario;

c) pagamento di spese mediche o di assistenza domiciliare documentate per un importo non inferiore a 5 mila euro annui;

d) spese di manutenzione straordinaria, di ristrutturazione o di adeguamento funzionale dell'immobile oggetto del mutuo, sostenute per opere necessarie e indifferibili per un importo, direttamente gravante sul nucleo familiare domiciliato nell'abitazione del beneficiario, non inferiore a 5 mila euro;

e) aumento della rata del mutuo, regolato a tasso variabile, rispetto alla scadenza immediatamente precedente, direttamente derivante dalle fluttuazioni dei tassi di interesse, di almeno il 25 per cento in caso di rate semestrali e di almeno il 20 per cento in caso di rate mensili.

L’individuazione dei presupposti applicativi del provvedimento consente di evidenziare due aspetti che aiutano a chiarire meglio la *ratio* della disposizione.

In primo luogo che la misura in esame intende tutelare solo una specifica categoria di soggetti; e cioè quei mutuatari che non dispongono di un reddito sufficiente (non superiore a 30 mila euro) a far fronte ad eventi eccezionali (perdita del lavoro, insorgenza di malattia che importi spese mediche per un valore non inferiore a 5 mila euro, significativo aumento del tasso di interesse, etc.), sopravvenuti al momento della stipula e tali da determinare la temporanea

impossibilità per il beneficiario di provvedere al pagamento delle rate del mutuo.

In secondo luogo che, con tale misura, si è voluto fornire una risposta, non soltanto al problema connesso all'anomalo aumento del tasso, ma anche alle situazioni di disagio economico che vengono a crearsi per eventi che attengono alla sfera giuridica del beneficiario e che solo in parte e solo indirettamente sono ricollegabili agli effetti della crisi finanziaria. Tale precisazione ha implicazioni che trascendono l'analisi della singola disposizione perché contribuiscono a rideterminare il concetto di sopravvenienza giuridicamente rilevante. Il problema verrà analizzato nel paragrafo 4 del capitolo II della parte terza; in questa sede invece interessa solo far notare come il rilievo attribuito ad eventi che attengono alla sfera del mutuatario fornisca un'ulteriore conferma della finalità solidaristica della disposizione.

Sempre in quest'ottica, del resto, pare doversi interpretare la disposizione di cui all'articolo 3 ove si chiarisce che gli oneri derivanti dalla concessione della sospensione (onorari notarili, quota degli interessi delle rate per le quali ha effetto la sospensione, costi amministrativi) saranno addossati interamente al fondo. Questo significa che il "costo" connesso al differimento del piano di rimborso sarà assunto dallo Stato e non riversato sul mutuatario.

CAPITOLO II

La rinegoziazione "convenzionata"

1. Alcune precisazioni terminologiche.

La prima misura adottata nell'attuale legislatura per far fronte alle difficoltà dei mutuatari nell'adempiere le rate dei mutui a causa della sopravvenuta onerosità dei tassi di interesse e dell'accentuarsi degli effetti della crisi finanziaria è rappresentato dalla c.d. rinegoziazione "convenzionata" di cui all'art. 3 del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93 come convertito in legge 24 luglio 2008, n. 126.

Il nuovo istituto offre al mutuatario la possibilità di rinegoziare le rate dei mutui a tasso variabile stipulati con banche ed intermediari finanziari ex art. 106 T.U.B, per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale anteriormente al 29 maggio 2008, secondo le condizioni, derogabili solo in senso più favorevole al mutuatario, stabilite da una convenzione stipulata tra il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Associazione bancaria italiana, cui potranno aderire le banche e gli intermediari finanziari.

Prima di analizzare il contenuto della disposizione è necessario chiarire alcuni concetti preliminari.

Anzitutto che il termine rinegoziazione nel provvedimento in esame è utilizzato in un'accezione diversa rispetto a quella che assume nelle fonti di diritto europeo dei contratti e negli studi della civilistica.

In questi contesti, infatti, il termine rinegoziazione, sta ad indicare un rimedio non ablativo di gestione delle sopravvenienze contrattuali non impossibilitanti che si concreta in una vera e propria ricontrattazione dei termini dell'accordo. Le parti, in altri termini, pongono in essere una nuova manifestazione negoziale che sostituisce la precedente e che è volta a rimodulare i termini dell'accordo adeguandolo agli eventi sopravvenuti che, *medio tempore*, hanno turbato il sinallagma.

La c.d. rinegoziazione "convenzionata", al contrario, non determina una ricontrattazione dei termini dell'accordo i quali, al contrario, sono definiti autoritativamente dalla legge.

Ed è per questo che si è scelto di utilizzare l'aggettivo *convezionata* invece che *obbligatoria*, il quale potrebbe generare confusione con l'obbligo di rinegoziazione, nel quale l'obbligatorietà riguarda l'*an* e non il *quomodo*[357].

Vale inoltre chiarire la differenza tra la c.d. rinegoziazione "convenzionata" e quella libera di cui all'art. 8 della legge 40/2007.

In particolare, mentre la disciplina prevista dall'art. 3 della legge 126/2008 impone alle banche che abbiano aderito alla rinegoziazione di ridefinire il contenuto del contratto secondo le modalità che la legge determina in via imperativa, la rinegoziazione di cui all'art. 8 della legge 40/07 si limita a ribadire la possibilità - che indubbiamente esisteva anche prima della modifiche apportate dall'art. 2, comma 450 della finanziaria per il 2008 all'art. 8, comma 3 della legge 40/07 - di rimettere in discussione i termini dell'accordo, attraverso una nuova manifestazione negoziale delle parti.

2. L'esegesi.

Chiariti tali concetti preliminari, si può ora procedere all'analisi della c.d. c.d. rinegoziazione "convenzionata". Stante l'elevato tecnicismo della disposizione si ritiene opportuno riprodurne il contenuto, per poi passare all'esegesi e alla trattazione delle principali problematiche interpretative.

*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

[357] Cfr. sul punto FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui,* cit., 763: "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".

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 è 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 è 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 è 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, è rimborsato dal cliente sulla base di rate costanti il cui

importo è uguale all'ammontare della rata risultante dalla rinegoziazione e l'ammortamento è calcolato sulla base dello stesso tasso a cui è 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 è 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.

Il contenuto di tale articolo è stato specificato dalla Convenzione ABI-MEF adottata il 19 giugno 2008, i cui principali aspetti verranno esaminati nel prosieguo nel compiere l'esegesi delle singole disposizioni[358].

Iniziando l'analisi dall'ambito applicativo, si tratta in primo luogo di chiarire cosa s'intenda per "*mutui ipotecari a tasso variabile e a rata variabile*" e "*abitazione principale*", cui fa riferimento l'articolo 3 sul punto recepito dalla convenzione.

La prima questione è stata risolta dalla dottrina in considerazione della *ratio* dell'istituto. Poiché la rinegoziazione intende venire incontro ai disagi scaturiti dall'andamento al rialzo dell'euribor, potranno fruire della c.d. rinegoziazione "convenzionata", oltre ai mutui a tasso e a rata variabile per tutta la durata del mutuo – espressamente contemplati dall'art. 3 e dalla convenzione - anche quei mutui il cui ammortamento avviene mediante il pagamento di rate calcolate sulla base di un tasso di interesse composto da una parte a tasso fisso e una a tasso variabile, anche qualora essi siano stati precedentemente rinegoziati su base volontaria o trasferiti mediante la portabilità del mutuo[359].

Di contro, risultano esclusi dalla rinegoziazione i mutui a tasso variabile a rata costante (ossia i finanziamenti a tasso e durata variabile, ma di importo fisso)[360].

La seconda questione, invece, è risolta espressamente dalla convenzione la quale chiarisce che, per abitazione principale deve intendersi "*solo quella in cui il proprietario o il coniuge o i parenti entro il quarto grado o gli affini entro il secondo dimorano abitualmente*"[361].

---

[358] Circolare ABI, 23 luglio 2008, n. 4133, pubblicata sul sito *www.abi.it.*

[359] Cfr. in tal senso Circolare ABI, 23 luglio 2008, n. 4133, cit.

[360] Secondo FIORUCCI, *I mutui bancari*, cit., 211, a tale conclusione deve giungersi in considerazione "non solo dell'interpretazione testuale della convenzione (art. 2), ma anche di un'interpretazione logico-sistematica, considerato che la Convenzione prevede reiteratamente la possibilità che al mutuatario sia applicata la rata più favorevole tra quella rinegoziata e quella originariamente prevista, dando evidentemente per scontato che quest'ultima possa mutare nel corso del tempo. Diversamente opinando la disposizione sarebbe priva di senso, essendo la rata rinegoziata sempre più favorevole di quella costante".

[361] Art. 2 convenzione ABI-MEF 19 giugno 2008 pubblicata sul sito *www.abi.it.*

La convenzione di rinegoziazione, dunque, resta esclusa "per tutte quelle operazioni finanziarie che, pur essendo realizzare attraverso un mutuo a tasso variabile, appartengono a schemi causali diversi, che, ad esempio, esprimano esigenze d'impresa" [362]. E dunque non si applica ai mutui contratti per finalità diverse da quelle "abitative" (il c.d. mutui di consolidamento o di liquidità), ai finanziamenti alle imprese, ferma restando la possibilità per la banca di estendere, su base volontaria, l'ambito di applicazione della convenzione a tali fattispecie[363].

Non pone invece problemi l'individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo posto che la norma fa espresso riferimento ai mutui stipulati con intermediari bancari e finanziari ex art. 106.

Sul punto giova solo ricordare che secondo la convenzione possono usufruire della rinegoziazione anche i mutuatari inadempienti alla data del 28 maggio 2008 rispetto a rate pregresse del mutuo originariamente contratto, purché non sia intervenuta a tale data la risoluzione del contratto medesimo.

Secondo la dottrina, tale previsione, ispirata ad un'esigenza di carattere sociale, intenderebbe fornire un rimedio a coloro i quali, per primi sul tempo, siano incorsi in morosità[364].

---

[362] Così S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 3087.

[363] FIORUCCI, *I mutui bancari*, cit., 211. Cfr. sul punto la Circolare ABI, 23 luglio 2008, n. 4133, cit.: "i mutui a tasso variabile con ammortamento non francese rientrano tra i finanziamenti considerati *eligible* ai fini della Convenzione, così come i finanziamenti con rimborso di capitale a determinate scadenze, in quanto la rata risulta variabile per tutta la durata del mutuo. I mutui ad ammortamento francese con cap sul tasso di interesse, sulla base di un'interpretazione basata sulla sola lettera della previsione in parola, potrebbero ritenersi non rientranti nell'ambito di applicazione della rinegoziazione *ex lege*, avuto presente che il contratto già prevede che, qualora l'incremento dei tassi superi la rata prefissata contrattualmente (cap), il finanziamento diverrebbe automaticamente a rata fissa. Si può eventualmente considerare la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della fattispecie su proposta della banca.
Sulla base delle stesse considerazioni, anche i mutui che prevedono la possibilità di passare dal tasso variabile al tasso fisso a determinate date (anche se a scelta del cliente) non appaiono rientrare nell'ambito di applicativo delle disposizioni in argomento, in quanto – come previsto dall'art. 2, comma 1, della Convenzione – questi ultimi sono quelli 'a tasso variabile e a rata variabile per tutta la durata del mutuo'. Ovviamente la Convenzione potrebbe trovare applicazione a tali mutui sulla base di una proposta migliorativa della banca".

[364] Con tale previsione, connotata da un'esigenza di carattere sociale, si intenderebbe fornire un rimedio a coloro i quali, per primi sul tempo, siano incorsi in morosità (Così VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3087, nt. 13).

3. Come funziona la rinegoziazione "regolata".

Assai più complesso risulta invece analizzare il concreto funzionamento del piano di ammortamento, la cui esatta definizione risulta indispensabile al fine di valutare l'idoneità della c.d. rinegoziazione "convenzionata" a rispondere alle difficoltà dei mutuatari.

In merito il primo aspetto da chiarire è che, per effetto del complicato meccanismo descritto dall'art. 3, non si avrà una trasformazione del mutuo, da fisso a variabile.

L'entità della somma da restituire, invero, anche a seguito della c.d. rinegoziazione "convenzionata", continuerà a dipendere dall'andamento dei tassi d'interesse; ciò significa che, per il mutuatario, sarà impossibile prevedere *a priori* l'entità della somma da rimborsare, nonché la durata del mutuo il cui ammortamento, essendo correlato all'andamento dei tassi di interesse, proseguirà a tasso variabile.

A diventare fisso, invece, sarà semplicemente l'importo della rata, corrispondente a quello pagato dal mutuatario in media nel 2006[365].

In altri termini, il principale effetto della c.d. rinegoziazione "convenzionata" è quella di ridurre il peso finanziario del mutuo espresso dalle rate mensili o periodiche fissandolo in una quota fissa[366].

Fatta tale precisazione preliminare, risulta necessario analizzare, nel dettaglio, le modalità attraverso cui la rinegoziazione opera, e dunque verificare in concreto come venga rimborsata la parte di mutuo che eccede quella calcolata facendo la media delle rate pagate nel 2006.

Sul punto, l'art. 3, comma 3, del d.l. 93/08 sostanzialmente riprodotto dall'art. 3 della convenzione, dispone che: la differenza tra l'importo della rata dovuta secondo il piano di ammortamento originariamente previsto e quello

---

[365] Cfr. F. MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui le difese contro l'aumento dei tassi variabili*, in *Guida al diritto*, 2009, 20: "se si considera il profilo complessivo dell'operazione di rinegoziazione, il muto originariamente contratto a tasso variabile non si trasforma in un mutuo a tasso fisso; divengono fisse, invece, le singole rate da pagare e che, perciò dovranno essere pagate per tempo più lungo rispetto a quello originariamente pattuito".

[366] Così VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3089 ss.

risultante dall'atto di rinegoziazione è addebitata su un conto accessorio, che produce interessi passivi capitalizzabili annualmente, al tasso più favorevole tra quello che si ottiene in base all'IRS[367] a dieci anni maggiorabile fino ad un massimo di uno *spred* dello 0, 50 annuo e quello contrattualmente previsto come determinati – entrambi in misura fissa – alla data[368] di rinegoziazione[369].

In buona sostanza, dunque, la rata di mutuo che eccede quella prefissata viene momentaneamente depositata su un conto di finanziamento accessorio[370] che si affianca a mutuo esistente, e che verrà rimborsato al termine del piano di ammortamento originario[371].

Le modalità di rimborso del conto di finanziamento accessorio, in particolare, dipenderà dall'andamento del parametro di riferimento originario durante periodo di ammortamento. Esemplificativamente: se nel periodo di tempo intercorrente tra la data della rinegoziazione e la scadenza originaria del mutuo, i tassi di interesse sono mediamente aumentati o non sufficientemente diminuiti, la durata del mutuo è automaticamente prolungata – sempre con la

[367] Come chiarisce VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3089, l'acronimo IRS sta per *Interest Rate Swap*, ed esprime il tasso al quale le aziende di credito concludono quegli accordi (noti appunto con la definizione di Swap) con terzi disposti ad accollarsi il rischio di un improvviso aumento dei tassi, nell'ipotesi in cui abbiano assunto contrattualmente l'obbligo di garantire al cliente un tasso fisso.

[368] Per data della rinegoziazione deve intendersi quella nella quale è conclusa tra le parti la rinegoziazione regolata, che coincide, ex art. 1326 c.c. con il momento in cui la la banca ha conoscenza dell'accettazione della proposta da parte del cliente.

[369] Vale precisare che le condizioni economiche indicate – tasso medio 2006 e IRS a dieci anni maggiorato di uno spread fino ad un massimo di 0, 50 punti percentuali annui – costituisce uno standard minimo, in quanto banche ed intermediari finanziari potranno offrire in via generalizzata, condizioni economiche ancor più favorevoli rispetto a quelle previste dal d.l. 93/2008 soprattutto per quel che riguarda lo *spread*, dandone contestuale comunicazione all'ABI al momento in cui aderiscono alla Convenzione (art. 1 Convenzione e art. 3, 1 comma, d.l. 93/08).

[370]Accogliendo le istanze avanzate dalle Associazioni dei Consumatori, la Convenzione stabilisce (art. 3) che sono altresì addebitate nel conto di finanziamento accessorio le eventuali rate scadute e non pagate prima del 29 maggio 2008, nonché quanto altro maturato fino alla data di rinegoziazione (pertanto anche eventuali rate non pagate successivamente al 28 maggio 2008) comprensive degli interessi di mora, e fino alla data di rinegoziazione. La circolare ABI 23 luglio 2008 n. 4133 (pubblicata sul sito *www.abi.it*) inoltre precisa che eventuali interessi di mora che dovessero maturare sull'ammontare delle rate rinegoziate a partire dal 1 gennaio 2009 potranno essere trattati in funzione delle politiche adottate da ogni singola banca ovvero addebitate sul conto di finanziamento accessorio.

[371] L'ABI nella circolare 23 luglio 2008 n. 4133, cit., ha in proposito chiarito che per la determinazione del tasso da applicare al conto di finanziamento accessorio è possibile utilizzare il tasso IRS a 10 anni riferito al giorno lavorativo precedente alla data di rinegoziazione, così come pubblicato sui principali quotidiani economici, maggiorato eventualmente di uno *spread* massimo di 0, 50 punti percentuali annui.

medesima rata fissata rinegoziata – per il periodo necessario a rimborsare le somme risultanti a debito del mutuatario sul conto di finanziamento accessorio; se, invece, la diminuzione dei tassi di interesse determinerà che l'importo della rata (a tasso variabile) dovuta secondo il piano di ammortamento originariamente previsto risulti addirittura inferiore all'importo della rata (costante) derivante dall'atto di rinegoziazione, il mutuatario continua a pagare la rata rinegoziata ma la differenza andrà "a credito" e potrà essere scalata dal conto accessorio[372], il cui rimborso riprenderà secondo la rata variabile come prevista dal mutuo originario, a evidente beneficio del mutuatario[373].

4. L'anatocismo sul conto accessorio.

L'art. 3, primo comma del d.l. 93/2008 e l'art. 6, secondo comma della convenzione prevedono espressamente la possibilità che le operazioni di rinegoziazione dei mutui possano essere realizzate anche in deroga all'art. 120, comma 2, TUB che disciplina l'anatocismo nei contratti bancari.

Tale disposizione, in particolare, consente la produzione di interessi sugli interessi nei soli casi in cui le banche rispettino le regole di trasparenza e correttezza fissate con delibera del CIRC e solo allorché sia prevista la stessa periodicità nella capitalizzazione degli interessi derivanti dalle operazioni a debito e a credito.

Con tale previsione sembra volersi consentire che le rate del mutuo originario – già comprensive di una parte degli interessi – addebitate sul conto accessorio producano, a loro volta, interessi.

Parte della dottrina ha espresso perplessità in merito alla previsione di un siffatto anatocismo, perché l'art. 120, comma 2, TUB e la delibera CIRC, adottata il 9 febbraio del 2000, consentono, in tema di mutuo, l'anatocismo

[372] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 763.

[373] La possibilità che vi sia una differenza tra l'importo della rata a tasso variabile e quella a tasso fisso rinegoziato si spiega perchè la rata rinegoziata ha una duplice componente: quella fissa derivante dalla rinegoziazione e quella variabile ai tassi del contratto originario che sarà accantonata su un conto di finanziamento accessorio. Cfr. sul punto VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3088 ss.

solo sulle somme rimaste inadempiute, mentre nella fattispecie si tratterebbe di somme solo scadute e non ancora esigite[374].

Altri invece ritiene non fondata il dubbio sull'applicabilità di una simile misura in considerazione criteri di risoluzione dei conflitti tra norme che consentono a quella speciale di derogare quella generale e comunque a quelle successiva di derogare la precedente[375].

Dubbi sussistono anche sull'"entità" della deroga. Non è chiaro infatti se il comma 2 dell'art. 3 intenda prevedere la possibilità di anatocismo ad ogni scadenza annuale sul conto accessorio o abbia voluto introdurre un doppio anatocismo, e cioè, sia al decorso di ogni anno dalla formazione del conto accessorio, sia alla scadenza della rata originaria[376].

Nell'incertezza del dettato legislativo va comunque dato atto che alcuni istituti bancari, probabilmente per una strategia di *marketing*, non hanno previsto alcuna capitalizzazione periodica sul conto di finanziamento accessorio[377].

5. Le garanzie.

Quanto al problema delle garanzie, specie ipotecarie, concesse a fronte del mutuo originario, l'art. 3, comma 6, del d.l. 93/08 e la convenzione stabiliscono che: "*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*".

In tal modo, coerentemente al principio generale secondo cui l'ipoteca dipende dalla durata del debito, si conferma la possibilità di rinegoziare talune

---

[374] A.A. DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, cit., 3.

[375] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 769.

[376] Sembra ritenere inevitabile tale soluzione per ragioni di matematica finanziaria, ROCCIA, *Direttore centrale ABI*, al convegno *Il mercato dei mutui e i nuovi scenari*, Marcus Ivans, Milano, 15/16 settembre 2008.

[377] Cfr. Lo si apprende da D. AQUARO, *Offerta rafforzata da 30 istituti*, in *Il Sole 24 ore del 22 agosto 2008,* 23.

condizioni accessorie del finanziamento senza l'intervento notarile e dunque senza la necessità di procedere ad annotazioni a margine dell'ipoteca[378].

Ciò significa che l'ipoteca originariamente iscritta[379] continuerà ad assistere il rimborso del mutuo anche con riferimento alle obbligazioni derivanti dalla rinegoziazione del mutuo, e dunque coprirà sia l'allungamento del mutuo – conseguente alla trasformazione della rata da fissa a variabile – sia il rimborso dell'importo risultante a debito del mutuatario e contabilizzato nel conto di finanziamento accessorio.

Anche in questo caso, come già visto in tema di portabilità dei mutui e di rinegoziazione libera, si pone il problema della tutela dei terzi garanti.

In particolare, nell'analizzare la disciplina della rinegoziazione libera si era rilevato come, secondo l'orientamento prevalente, l'allungamento del termine o il cambiamento del tasso non importassero novazione e dunque, coerentemente a tale impostazione, non si ritenesse necessario il consenso del garante.

La dottrina, tuttavia, anche in questo caso, non ha mancato di rilevare come risulti "francamente difficile analizzare le caratteristiche in concreto delle rate di mutuo se non in relazione a tasso corrispettivo e durata" e dunque ipotizzare che gli interessi del garante non possano essere in alcun modo lesi[380].

Sulla base di tali presupposti l'orientamento più prudente conclude che l'art. 3 comma 6 non si applichi quando la garanzia ipotecaria è prestata da un soggetto diverso dal debitore[381], terzo rispetto alla convenzione, il quale dovrebbe comunque manifestare il proprio assenso ai fini del mantenimento

[378] Così FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 226.
[379] Il riferimento alle garanzie già iscritte, sottolinea FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 227. intende disciplinare "la sorte delle ipoteche costituite a garanzia del mutuo originario escludendovi effetti novativi ex art. 1230 ss. c.c. della rinegoziazione regolata".
[380] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 772. Cfr. pure A. 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.
[381] "ipotesi invero remota poichè nella fattispecie il mutuo deve essere acceso per l'acquisto di un immobile che il mutuatario intende adibire alla propria abitazione principale": così FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 227.

della garanzia, in analogia, del resto, a quanto prevede l'art. 1232 c.c. per la novazione[382].

Con specifico riguardo alla fideiussione, un primo orientamento, poiché la disciplina in esame ha rimesso *ope legis* alla discrezionalità del mutuatario il differimento della scadenza, ha ritenuto che potrebbe prescindersi dal consenso del fideiussore all'allungamento del finanziamento conseguente a rinegoziazione[383].

In senso contrario si sostiene che, al fine di evitare gli effetti previsti dall'art. 1957 c.c. in tema di scadenza dell'obbligazione[384], sia necessaria un'espressa deroga, come del resto avviene nella prassi bancaria[385].

Sulla questione è intervenuta l'ABI affermando che "ferma restando la necessità di verificare i termini dell'accordo, appare preferibile una presa d'atto da parte del fideiussore della rinegoziazione del mutuo"[386].

Vale da ultimo ricordare che l'art. 6, capoverso, prevede che le operazioni di rinegoziazione e di portabilità sono esenti da imposte e tasse di qualsiasi genere. Ciò significa che il mutuatario non sostiene alcun costo amministrativo per il perfezionamento della rinegoziazione e per tutta la durata residua del mutuo, anche sulle rate aggiuntive finali. Secondo l'interpretazione prevalente, inoltre, alla clientela interessata non possono essere addebitati costi notarili[387].

---

[382] G. TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, in AA.VV., *Atti del convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, cit., 3.

[383] Così CERVINI, *La cosiddetta "sospensione del pagamento delle rate" – Legge 24 dicembre 2008, n. 244*, cit., 9.

[384] L'art. 1957 c.c. prevede che, dopo la scadenza dell'obbligazione principale, il fideiussore rimane obbligato solo se il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate.

[385] TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte*, cit., 14.

[386] Circolare ABI, 23 luglio 2008, n. 4133, cit.

[387] Così FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 229. Ma cfr. pure M. LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera, convenzionata e le altre opzioni*, cit., 5: "il testo della convenzione chiarisce che non è imposta la gratuità delle prestazioni ai notai, che sono soggetti terzi rispetto alla convenzione, bensì che il costo della prestazione notarile non dovrà gravare sul cliente; il che significa che non dovrà gravare sulla banca".

6. La Convenzione ABI-MEF.

In precedenza si è evidenziato come il successo applicativo dell'istituto sia fortemente condizionato dall'adesione delle banche e degli intermediari finanziari alla convenzione ABI-MEF. Invero, se queste non prestano adesione alla convenzione, il mutuatario non potrà pretendere l'applicazione delle condizioni ivi indicate.

Del resto, l'adesione alla convenzione non è di per sé una garanzia del corretto funzionamento dell'istituto, che invece risulta inevitabilmente influenzato, da un lato, dalla capacità delle banche di discostarsi dai requisiti minimi di tutela garantiti dall'art. 3, dall'altro, dall'adempimento, da parte di quest'ultime, di basilari doveri di correttezza nel prospettare la nuova soluzione ai clienti.

Risulta quindi indispensabile analizzare il contenuto della convenzione ABI-MEF la quale, oltre a chiarire importanti aspetti operativi della c.d. rinegoziazione "convenzionata", sembra preoccuparsi di entrambi gli aspetti evidenziati.

Della prima esigenza, in particolare, si fa interprete l'art. 7 della convenzione il quale, dopo aver previsto che le banche e gli intermediari finanziari aderiscano alla convenzione inviando all'ABI, Area Segretariato Generale, e per conoscenza al Ministero dell'Economia e della Finanze, Dipartimento del Tesoro, una comunicazione, dispone che queste possano altresì indicare le condizioni migliorative rispetto agli *standard* minimi contemplati nella convenzione, da offrire in via generalizzata alla clientela interessata. In tal modo, dunque, si dà attuazione alla disposizione contenuta nel comma 1 dell'art. 3 ove detta possibilità era prevista proprio "*al fine di favorire una maggiore concorrenza nel mercato a vantaggio dei mutuatari*".

Una volta aderito alla convenzione, le banche e gli intermediari finanziari dovranno formulare una proposta di rinegoziazione alla clientela interessata. Poiché il limite stabilito per inviare tale proposta è di tre mesi dalla data di

entrata in vigore del decreto legge 93/08, l'ultimo termine utile era il 29 agosto 2008.

L'accettazione della proposta, corredata da una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (ai sensi dell'art. 47 d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) – con il quale il mutuatario (persona fisica) attesta di possedere i requisiti per accedere alla rinegoziazione, ossia di aver in essere, alla data del 28 maggio 2008, un mutuo stipulato o accollato a seguito di finanziamento per l'acquisto, la costruzione o la ristrutturazione dell'abitazione principale – è comunicata dal mutuatario alla banca o all'intermediario. Secondo quanto stabilito dall'art. 3, comma 7, d.l. 93/2008, il mutuatario ha tre mesi dalla comunicazione della proposta per decidere se aderire.

Al fine di garantire la massima consapevolezza del mutuatario in merito al funzionamento e agli effetti della rinegoziazione, anche allo scopo di valutare l'eventuale convenienza di soluzioni alternative – e qui veniamo alla seconda delle esigenze segnalate - la convenzione (art. 5) precisa altresì che la proposta che le banche e gli intermediari finanziari devono inviare ai mutuatari deve essere effettuata nel rispetto della disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari prevista dal TUB e dalla sua normativa di attuazione, con modalità di comunicazione chiare, comprensibili e con appropriata evidenziazione grafica, anche utilizzando, ove possibile, le comunicazioni che banche ed intermediari effettuano periodicamente alla clientela.

La necessità di un'informativa trasparente ed esaustiva da parte delle banche alla clientela è stata sollecitata espressamente dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato che nella nota del 27 maggio 2008 sottolineava l'esigenza che il mutuatario fosse messo in conduzione di valutare gli *"effetti della rinegoziazione, tenendo conto non solo dell'abbattimento della rata, ma anche del maggior costo legato alle diverse possibili evoluzioni dei tassi di interesse"* mediante predisposizione di fogli informativi sintetici, di immediata intelligibilità con le stime dei costi e dei vantaggi attesi in base, ad esempio, ad ipotesi alternative sull'andamento dei tassi e sull'allungamento del finanziamento.

Accogliendo i suggerimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato la convenzione precisa altresì che la proposta, datata e sottoscritta, richiami in modo esplicito le diverse opportunità di scelta che i mutuatari hanno in tema di ricontrattazione dei mutui, ossia: continuare a rimborsare il mutuo a banche ed intermediari secondo il piano di ammortamento in corso; proporre a banche ed intermediari una rinegoziazione delle condizioni di mutuo in essere, da concordare appositamente; avvalersi della portabilità del mutuo; ricorrere alla c.d. rinegoziazione "convenzionata", obbligatoria per le banche e gli intermediari che aderiscono alla convenzione, con la espressa specificazione che, in ogni caso, il mutuatario può usufruire anche di più opportunità.

La proposta deve indicare altresì i contenuti dell'offerta di rinegoziazione con specifico riferimento al contratto di mutuo in essere, includendo elementi che consentano al mutuatario di calcolare gli effetti della rinegoziazione sull'importo delle rate, nonché le possibili implicazioni sulla durata del mutuo in funzione dell'evoluzione dei tassi di interesse[388].

7. La banca ha l'obbligo di formulare una proposta di rinegoziazione?

Specificate le modalità operative ed i presupposti per accedere alla c.d. rinegoziazione "convenzionata", si tratta ora di chiarire se l'adesione, da parte della banca, alla convenzione, faccia sorgere l'obbligo di formulare la proposta di rinegoziazione, ed eventualmente quale rimedi abbia a disposizione il mutuatario nel caso in cui la banca non formuli alcuna proposta

[388] L'ABI, nella circolare del 23 luglio 2008, n. 4133. cit., ha evidenziato l'opportunità che la proposta riporti, oltre ai contenuti dell'offerta di rinegoziazione, anche altri elementi che consentano al mutuatario di valutare gli effetti della rinegoziazione in termini di riduzione dell'importo delle rate e cioè:
a) importo originario del mutuo;
b) importo residuo del mutuo;
c) tasso applicato al mutuo originario (in termini di parametro di riferimento + spread);
d) la media del tasso applicato al mutuo nel 2006 (o del corrispondente periodo di riferimento ai sensi dell'art. 3 della Convenzione);
e) rata attuale in base al tasso contrattualmente in essere (riferita all'ultima rata pagata);
f) rata derivante dalla rinegoziazione proposta".

o la formuli in maniera difforme rispetto a quanto imposto dalla convenzione[389].

Quanto alla prima questione, la soluzione positiva è stata argomentata dal dato testuale dell'art. 3, comma 7 il quale, nel prevedere che "*le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 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*" indurrebbe a ritenere la proposta di rinegoziazione "ragionevolmente dovuta"[390]; in tal senso inoltre si osserva che la banca ha la possibilità di conoscere le condizioni della rinegoziazione al momento dell'adesione alla convenzione[391], quasi a voler prevenire l'obiezione che tale lettura si porrebbe in contrasto con l'autonomia negoziale della banca.

Sulla base di tali rilievi si conclude che "una adesione non seguita da una proposta di rinegoziazione potrebbe generare un comportamento valutabile sotto il profilo della sua contrarietà a buona fede e correttezza; come tale sufficiente a costituire, di là della presenza di inadempimento alla prestazione, una responsabilità contrattuale ai sensi degli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c. impedendo il verificarsi dei pretesi effetti benefici in termini di competitività imprenditoriale e di solidarietà sociale"[392].

Altra ricostruzione giunge ad affermare la vincolatività della convenzione movendo dall'assunto che essa abbia il valore di un contratto normativo imposto "di natura privatistica, come tale idoneo a costituire titolo di obbligazioni per le parti contraenti e per gli aderenti"[393].

---

[389] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui ipotecari*, cit., 765 ha segnalato un'anomalia nell'iter di formazione del provvedimento normativo. Si osserva, in particolare, come la convenzione sia stata stipulata prima della conversione del decreto, "cosicché è la legge ad uniformarsi alla Convenzione e non il contrario". Tale rilievo pone il legittimo dubbio se l'eventuale violazione della convenzione costituisca un inadempimento contrattuale o una violazione di legge.

[390] L'espressione è di G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 144.

[391] VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3090.

[392] VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3090.

[393] LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, cit., 3.

In senso diametralmente opposto altri esclude la configurabilità di un diritto del cliente alla prestazione nei confronti diretti della banca interessata, che non potrebbe essere nè contrattuale, non essendo la convenzione un contratto a favore di terzi e, nè extracontrattuale, difettando nella fattispecie l'ingiustizia del danno[394].

Per chi aderisce alla prima delle soluzioni prospettate si pone l'ulteriore problema di individuare il rimedio concretamente esperibile da parte del mutuatario.

Nessun dubbio che sussista il diritto al risarcimento del danno il cui fondamento va individuato o nella violazione delle regole di comportamento e buona fede[395] o in alternativa nella violazione dell'obbligo legale a contrarre.

La dottrina tuttavia si è spinta fino ad ipotizzare il rimedio in forma specifica dell'obbligo a contrarre, sul rilevo che nella fattispecie risultano già predeterminate in maniera esaustiva le modalità generali della rinegoziazione obbligatoria[396].

Per un esame approfondito del problema relativo alla configurabilità di un obbligo a contrarre in capo alla banca e dei rimedi eventualmente esperibili in capo di inadempimento si rimanda all'analisi condotta nel capitolo II della parte terza.

8. Rinegoziazione e portabilità.

[394] Così DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, cit., 4.

[395] LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, cit., 3.

[396] TUCCI, *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa*, cit,: 8: avendo banche ed intermediari finanziari "già predeterminato in maniera esaustiva le modalità generali della rinegoziazione obbligatoria già al momento della loro adesione alla Convenzione, il cliente avrà diritto a chiedere l'esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c. di tale obbligo, allegando la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, che è tenuto ad allegare all'accettazione della proposta a norma dell'art. 5, comma 4, della Convenzione e ottenendo in via giudiziaria gli stessi effetti della rinegoziazione che si realizzano attraverso la dinamica della proposta e dell'accettazione; e ciò sia per la particolare posizione del cliente, che, come si è già precisato è un consumatore, sia per il carattere di massa e standardizzato di tale contrattazione".

L'articolo 3, comma 1, l. 93/2008, dopo aver descritto il funzionamento della c.d. rinegoziazione "convenzionata" chiarisce che, ad ogni modo, resta ferma l'opzione della portabilità.

Ciò significa che la c.d. rinegoziazione "convenzionata" di cui all'articolo 3 del d.l. 93/2008 non sostituisce la portabilità del mutuo, ma rappresenta un ulteriore strumento[397] concesso al mutuatario per far fronte alle sopravvenienze che si presentano nell'esecuzione del contratto di mutuo.

Tuttavia, sebbene portabilità e rinegoziazione siano cumulabili, è facile supporre che gli strumenti entrino in competizione ponendo al cliente il problema di valutare lo strumento più adeguato per tutelare le proprie esigenze[398].

Come è stato chiaramente messo in luce, dunque, l'aspetto della comparazione sotto il profilo della convenienza tra le due operazioni appare "prevalente rispetto a quello della loro cumulabilità, che, se certo non si può escludere, sembra, oltreché poco probabile, limitata anche dalle stesse disposizioni normative implicate"[399].

E ciò in primo luogo perché l'articolo 3, comma 1, del d.l. 93/2008, limita la sua portata applicativa ai mutui stipulati fino alla data di entrata in vigore del decreto (29 maggio 2008).

Secondariamente perché, una volta attivato il rimedio ex articolo 8 della legge Bersani-bis, questa scelta gli impedisce di avvalersi della rinegoziazione, qualora portabilità sia stata effettuata in una data successiva al 28 maggio 2008; e ciò in quanto, per effetto del pagamento con surrogazione, il mutuo originario è definitivamente venuto meno, e dunque non potrà applicarsi l'articolo 3, il quale invero richiede che il mutuo già esistesse alla data del 28 maggio 2008[400].

---

[397] Cfr. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 265 il quale sottolinea come "lo strumento della rinegoziazione obbligatoria costituisce non solo una valida alternativa rispetto alla surrogazione in capo al 'debitore' ma anche un utile strumento a disposizione degli istituti di credito per trattenere i propri clienti che possono scegliere lo strumento della rinegoziazione".

[398] Cfr. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 280.

[399] MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui*, cit., 19-20.

[400] Così MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui*, cit., 20: "una volta che il mutuatario abbia optato per la portabilità, questa scelta poi gli impedisce di avvalersi della

Diversamente deve dirsi per l'ipotesi inversa e cioè di rinegoziazione seguita da portabilità, la quale risulta "oltreché possibile, concretamente fattibile nel senso che, se il mutuatario si avvale della rinegoziazione disciplinata dall'articolo 3 del D.l. 93/2008 e dalla convenzione MEF-ABI, potrà poi anche giovarsi della portabilità"[401].

rinegoziazione, in quanto il presupposto di quest'ultima è che il mutuo già esistesse alla data del 28 maggio 2008. In altri termini, se dopo tale data si stipula un contratto di mutuo per consentire alla banca di surrogarsi nell'ipoteca della vecchia banca, non sarà poi possibile rinegoziare questo nuovo mutuo in base alla convenzione prevista dall'articolo 3 del d.l. 93/08". Cfr. pure BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 280.

[401] MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui: le difese contro l'aumento dei tassi di interesse,* cit., 20.

CAPITOLO III

Il tetto del 4% sulle rate dei mutui in corso e l'ancoraggio dei nuovi mutui al tasso bce

1. Il tetto massimo per le rate di mutuo a tasso variabile: finalità ed ambito di applicazione.

Completando il disegno di politica economica volto a ridurre il carico mensile delle rate di mutuo delle famiglie italiane indebitate per l'acquisto della prima casa[402], il legislatore, da ultimo, è intervenuto con il d.l. 29 novembre 2008, n. 185 convertito dalla legge 29 novembre 2009, n. 9, prevedendo il "tetto" massimo del 4% degli interessi sui mutui a tasso non fisso contratti per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale.

L'articolo 2, commi da 1 a 3, in particolare, sotto l'articolata rubrica "*Mutui prima casa: per i mutui in corso le rate variabili 2009 non possono superare il 4 per cento grazie all'accollo da parte dello Stato dell'eventuale eccedenza; per i nuovi mutui, il saggio di base su cui si calcolano gli spread è costituito dal saggio BCE"*, prevede che per i mutui a tasso non fisso erogati entro il 31 ottobre 2008 a persone fisiche per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale, ad eccezione delle categorie catastali A1 (abitazione di tipo signorile), A8 (abitazioni in ville) e A9 (castelli, palazzi di eminenti pregi artistici o storici), le rate da corrispondere nel 2009 siano calcolate con riferimento al maggiore tra un tasso di interessi pari al 4%, *senza spread*, spese varie o altro tipo di maggiorazione e il tasso contrattuale alla data di sottoscrizione del contratto e, comunque, per un ammontare non superiore a quanto previsto dalle condizioni contrattuali in essere.

[402] Per uno sguardo d'insieme degli ultimi interventi a favore dei debitori si veda M. BELLINAZZO, *Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, in *Il Sole 24 ore*, 1 settembre 2008, 5.

Tale misura trova applicazione anche con riguardo ai mutui che sono stati oggetto di rinegoziazione di cui all'art. 3 del decreto-legge 28 maggio 2008, n. 93 convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 126 (art. 2, comma 2).

La differenza tra gli importi a carico del mutuatario ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge 185/2008 e le rate da corrispondere ai sensi del contratto di mutuo sottoscritto viene, per espressa previsione, accollata allo Stato.

Posto che la nuova norma viene ad incidere un'ennesima volta nella materia dei mutui contratti per finalità abitative e per risolvere problemi già affrontati da provvedimenti di poco precedenti, al fine di comprendere l'esatta portata dell'istituto e le eventuali interferenze con gli altri strumenti di modifica del contratto di mutuo risulta essenziale definirne l'ambito di applicazione.

In merito, balza subito all'occhio che, a differenza delle misure in precedenza analizzate, il provvedimento si riferisce ai mutui a tasso *non fisso*, invece che ai mutui a tasso *variabile.*

Va chiarito, dunque, se tale circostanza abbia un qualche significato o si tratti di mera scelta lessicale.

L'orientamento prevalente[403] propende per la prima soluzione rilevando come l'espressione generica di "mutui diversi da quello a tasso fisso" sia idonea a ricomprendere anche forme di finanziamento a struttura ibrida[404].

---

[403] R. PARISOTTO-G. RENELLA, *Dal 2009 mutui variabili ancorati al saggio BCE*, in *Guida al diritto*, n. 50, dicembre 2008, 73; F. CHESSA, *Decreto «anticris»i: un vero limite alle rate di mutuo?* in *Immobili e proprietà*, 2009, 4, 232; F. ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi: ": luci ed ombre*, in *Notariato*, 2009, 1, 79 : "L'espressione, che esprime con il ricorso alla negazione e per differenza relazionale la qualificazione in positivo di una data categoria oggetto di interesse, sembra essere adoperata per escludere dall'ambito applicativo solo i mutui a tasso fisso *tout court*, includendo, nell'ampia accezione, tutti quelli che a siffatta qualificazione non possono essere ricondotti. Ancora una volta, dunque, un'interpretazione estensiva sarebbe da preferirsi, nel senso di estendere l'agevolazione non solo ai mutui a tasso variabile, bensì a tutti quei prodotti che l'estro finanziario è spinto ad ideare sulla pressione delle forti esigenze che la prassi propone; sia, dunque, a quelli per cui, pur se ancorati ad un tasso variabile, si sia convenuta una rata di importo fisso, trasferendo l'effetto principale della variabilità da quest'ultima alla durata complessiva del finanziamento, sia per quei contratti in cui sia convenuta la possibilità per il mutuatario di optare tra il tasso fisso o variabile, tanto una sola volta quanto più volte, a seconda di periodi prestabiliti ovvero a scelta del medesimo mutuatario. Occorrerà, tuttavia, per avere una soluzione definitiva, attendere le disposizioni di attuazione del presente decreto".

[404] Così CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?*, cit, 232.

Aderendo a tale impostazione, dovrà concludersi che la norma agevolativa possa applicarsi oltre ai mutui a tasso variabile "puro", anche ai finanziamenti indicizzati a tasso variabile con rata fissa nell'importo e ai finanziamenti per cui sia prevista per il mutuatario la possibilità di optare tra il tasso fisso e il tasso variabile una o più volte nel corso della durata del mutuo[405].

Per quanto concerne la finalità del finanziamento, dato che è la stessa norma a chiarire che questa deve essere l'acquisto, la costruzione o la ristrutturazione dell'abitazione principale, l'unica questione che rimane aperta riguarda la possibilità di accedere alle agevolazioni fiscali, in quanto, nella quasi totalità degli atti di mutuo è previsto che il mutuatario dichiari, ai fini dell'applicazione delle stesse, che questo sia volto all'acquisto della prima casa e non già dell'abitazione principale[406].

Nonostante i dubbi che la differente formulazione potrebbe ingenerare si ritiene, in considerazione della *ratio* protettiva della norma, che "prima casa" ed "abitazione principale" siano espressioni equivalenti e cha la diversa formulazione sia frutto di un atecnicismo legislativo.

Ulteriore questione interpretativa è se la misura in esame si applichi ai mutui per i quali sia già intervenuta la rinegoziazione o la portabilità[407].

Il problema non si pone in relazione ai mutui rinegoziati sulla base della convenzione ABI-MEF, perché la questione è risolta positivamente dall'art. 2, comma 2, seconda parte, ma solo per le ipotesi di rinegoziazione libera e portabilità.

A favore della non cumulabilità tra misure deporrebbe il tenore letterale della disposizione e il tradizionale argomento dell'*ubi voluit dixit.*

---

[405].Il dubbio della dottrina se nella locuzione "mutui a tasso fisso" utilizzata dal decreto, rientrassero anche quelle forme di mutuo escluse dalla rinegoziazione realizzata sulla base delle convenzione ABI-MEF è stato risolto dalla Circolare MEF n. 11434 del 13 febbraio 2009, pubblicata il 17 febbraio 2009.

[406] Cfr. CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?,* cit, 231.

[407] In tal caso il decreto sortirà i propri effetti solo a partire dal momento in cui il conto di finanziamento accessorio dovesse risultare a saldo zero e sulle rate da corrispondere nel corso del 2009. differenza tra la rata fissa rinegoziata (ai tassi medi del 2006, come previsto dalla convenzione) e rata massima con tetto al 4%. Cfr. BOSCO *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 283.

Pare tuttavia preferibile l'interpretazione opposta in considerazione dell'analoga finalità che rinegoziazione libera, c.d. rinegoziazione "convenzionata" e portabilità perseguono[408].

Vale da ultimo evidenziare che il secondo comma dell'art. 2 del d.l. n. 185/2008, nel riferirsi esclusivamente ai mutui erogati a persone fisiche entro il 31 ottobre circoscrive ulteriormente l'ambito di applicazione soggettivo e temporale[409].

2. Il tetto del 4%.

La problematica interpretativa di maggior rilievo, attese le conseguenze pratiche che ne derivano attiene alle modalità di calcolo del c.d. tetto del 4%.

Ci si chiede, in particolare, se il limite del 4% sia o meno comprensivo dello spread [410].

Sul punto vale anzitutto segnalare una discrasia tra la rubrica e il contenuto della disposizione. Mentre la prima si riferisce genericamente al tetto del 4%, in ciò facendo supporre - coerentemente alla *ratio* della norma – che la misura vada calcolata a lordo di tutte le varie spese inglobate nel valore della rata, ivi incluso lo *spread,* il corpo della disposizione, al contrario, parla "del 4% senza spread, spese varie o altro tipo di maggiorazione".

---

[408] Sostenuta in dottrina da CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?,* cit, 232: "La disparità di trattamento che si verrebbe a creare potrebbe, senza dubbio, costituire un valido presupposto per sollevare la questione di legittimità costituzionale"; ID., *Tasso BCE: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui,* in *Immobili e proprietà,* 2009, 3, 150; ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi,* cit., 79: "La disparità di trattamento, a parità di condizioni, si mostrerebbe palese, tale da non rendere possibile il sollevamento della questione di legittimità costituzionale, ai sensi del combinato disposto tra l'articolo 3, comma 1, e art. 47 Cost., che difficilmente potrebbe concludersi con esiti negativi o di rigetto".

[409] CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?,* cit., 232.

[410] Non è chiaro se il tetto del 4% sia onnicomprensivo di qualsivoglia spesa. Cfr. in tal senso BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 283, nt. 127: "Nonostante nelle dichiarazioni di intento del Governo debba trattarsi di una previsione onnicomprensiva, l'ermeneticità del testo normativa non fornisce certezza sul se il tetto del 4% debba intendersi comprensivo dello *spread,* spese varie ed altro tipo di maggiorazione, o sia riferito al solo parametro Euribor. In realtà però dalla lettura della relazione tecnica al decreto si desume l'intento di bloccare le rate di mutuo ad un tasso del 4%, presumibilmente, senza aggiunta di *spread,* spese o altre maggiorazioni previste dal contratto ".

Volendo privilegiare un criterio di interpretazione letterale dovrebbe senz'altro concludersi che il tetto del 4% vada considerato al netto dello *spread* e di altre eventuali spese.

Nonostante l'evidenza dell'argomento letterale, pare doversi suggerire l'interpretazione opposta secondo cui il limite del 4% debba considerarsi comprensivo dello spread; diversamente, "si contribuirebbe a spingere verso l'alto il limite cui verosimilmente il legislatore avrebbe inteso fissare le rate di mutuo in corso del 31 ottobre 2008"[411] in tal modo giungendo "a risultati ermeneutici in contrasto con le finalità legislative e le pressioni provenienti dal particolare momento storico-sociale-economico"[412].

Tale interpretazione trova conferma nella relazione illustrativa che, "pur senza dirlo esplicitamente (…) fa riferimento ad il tasso di interesse *finito*, vale a dire ad un tasso di interesse al lordo dello *spread*"[413].

Si segnala che sia il Governo, sia l'ABI[414], si sono espresse a favore di quest'ultima interpretazione.

3. L'accollo delle rate da parte dello Stato.

Passando all'analisi del concreto funzionamento del meccanismo, l'articolo 2, comma 3, prevede che l'importo che eccede la misura prefissata "è assunto a carico dello Stato".

In merito si impongono dunque due precisazioni, l'una serve a chiarire in concreto quale sia la misura prefissata, la seconda riguarda le modalità attraverso le quali lo Stato provvederà ad attuare suddetto obbligo.

Quanto al primo aspetto vale sottolineare che le rate per i mutui in corso al 31 ottobre 2008 non saranno tutte ricalcolate al tasso minimo del 4%, come risulta dalla fuorviante rubrica della norma.

---

[411] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi"*, cit., 80.
[412] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi"*, cit., 80.
[413] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi"*, cit., 80.
[414] Lo si apprende da *Il sole 24* ore di martedì 2 dicembre 2008 e di mercoledì 3 dicembre 2008.

Ed infatti, dall'analisi del contenuto della disposizione si evince che il tasso di interesse a cui si deve far riferimento non è rappresentato dal 4% bensì dal maggiore dei tassi tra il "4% senza spread" e "il tasso contrattuale alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo".

E dunque, come chiarito dalla dottrina, "solo per i mutui nei quali fosse stato convenuto il tasso di interesse iniziale "finito" (euribor + spread) inferiore alla soglia del 4%, il tasso di interesse, successivamente aumentato a causa dei continui rialzi subiti dai parametri di indicizzazione, potrebbe essere ridotto al 4%"[415].

Se, al contrario, all'epoca della conclusione del contratto di mutuo, il tasso iniziale risulta essere maggiore al tasso soglia fissato nella novella legislativa, risulterebbe impossibile applicare il tasso del 4%[416]; e, dunque si applicherà quello risultante dalla data di sottoscrizione del contratto.

Quanto al secondo aspetto l'articolo si limita a prevedere che l'eccedenza è posta a carico dello Stato senza tuttavia descrivere le modalità concrete attraverso cui detto "accollo"[417] si realizzi.

---

[415] Così BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 283; Cfr. pure CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?*, cit., 232, in particolare la nota 4, in cui, con il seguente esempio, è chiarito il funzionamento del meccanismo:"Se un contratto di mutuo è stato stipulato ad un tasso finito (euribor + spread) del 5% iniziale, per effetto dell'art. 2 in esame, riverificherà una riduzione che tuttavia non comporterà automaticamente l'applicazione del 4%, bensì del tasso del 5%, che, invece, rappresenta – nel confronto tra il tasso iniziale ed il 4% - il maggiore dei due parametri presi di riferimento previsti dal legislatore. Se, invece, il contratto di mutuo fosse stato stipulato inizialmente ad un tasso finito del 3,5 %, riverificherà una riduzione effettiva del 4%".

[416] CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?*, cit., 232. Cfr. in particolare la nota 4 in cui, con il seguente esempio, è chiarito il funzionamento del meccanismo: "Se un contratto di mutuo è stato stipulato ad un tasso finito (euribor + spread) del 5% iniziale, per effetto dell'art. 2 in esame, si verificherà una riduzione che tuttavia non comporterà automaticamente l'applicazione del 4%, bensì del tasso del 5%, che, invece, rappresenta – nel confronto tra il tasso iniziale ed il 4% - il maggiore dei due parametri presi di riferimento previsti dal legislatore. Se, invece, il contratto di mutuo fosse stato stipulato inizialmente ad un tasso finito del 3,5 %, si verificherà una riduzione effettiva del 4%".

[417] La dottrina ha evidenziato come l'utilizzo dell'espressione accollo sia alquanto imprecisa, poiché l'operazione integra piuttosto un'espromissione parziale liberatoria ex lege: "È infatti difficoltoso ricondurre l'intervento dello Stato alla fattispecie dell'accollo che presuppone un accordo e un espresso richiamo nel momento in cui il terzo assuntore si presenta al creditore. In altre parole, l'accollo prevede un precedente accordo tra debitore e il terzo che si assume il debito, accordo che sarà portato a conoscenza del creditore per consentire l'adesione di quest'ultimo. Proprio tali considerazioni porterebbero ad escludere il ricorso all'istituto dell'accollo nel caso in esame, alla luce del fatto che il contributo dello Stato dovrebbe avvenire in modo automatico, mediante la corresponsione diretta dello stesso alle banche mutuanti, senza alcun costo per il mutuatario, alla scadenza di ciascuna rata. Al fine

Si ritiene, tuttavia, in ragione della finalità protettiva della norma, che non si possa configurare un onere in capo alla persona interessata che intenda valersene[418]; al contrario, sarà compito dello Stato corrispondere la relativa somma direttamente alle banche mutuanti, senza alcun costo per il cliente, alla data di scadenza di ciascuna rata[419].

È stata ipotizzata financo un'applicabilità automatica delle agevolazioni a favore del mutuatario[420], rinviando al decreto del direttore dell'agenzia delle entrate esclusivamente la determinazione delle "modalità tecniche per garantire alle banche il pagamento delle rate da parte dello stato"[421].

In tal modo dunque si andrebbe "a prefigurare una inesigibilità ex lege della prestazione (che nel contratto di mutuo iniziale rinviene il suo fondamento funzionale), a carico delle banche ed a beneficio dei mutuatari (comma 1) e dello stato (comma 3), che pur si atteggerebbero diversamente, rivelandosi definitiva per i primi, temporanea per il secondo"[422].

A determinare le concrete modalità operative del contributo dello Stato sono intervenute due circolari, l'una del Ministero dell'economia e delle finanze, la seconda dell'Agenzia delle entrate.

Con la prima[423] sono stati chiariti tre aspetti fondamentali.

In primo luogo sono state prescritte le modalità attraverso cui lo Stato eroga il proprio contributo, stabilendo che l'importo "deve essere accreditato con valuta del giorno della scadenza cui è relativo".

In secondo luogo, si chiarisce che "l'effetto del contributo statale si evidenzierà sulla minor durata del mutuo, piuttosto che sull'ammontare della

---

dell'individuazione dell'istituto civilistico che meglio rappresenti l'intervento dello Stato nel pagamento della parte di rata eccedente il tasso soglia del 4%, sembrerebbe doversi ricorrere all''espromissione liberatoria e parziale *ex lege'*. 'Liberatoria', in quanto l'istituto mutuante creditore non potrà richiedere al mutuatario debitore l'adempimento dell'obbligazione consistente nel pagamento dell'eccedenza', 'parziale', dal momento che essa riguarda solo una parte della più ampia prestazione imputata al debitore" (Così CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?,* cit., 233). In senso analogo cfr. ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi",*cit., 80.

[418] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi",* cit., 80.

[419] BOSCO *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 283.

[420] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi",* cit., 80.

[421] Art. 2 comma 3, d.l. 185/2008.

[422] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi",* cit., 80.

[423] Si tratta della Circolare del Ministero dell'economia e delle finanze 13 febbraio 2009, n. 11434 pubblicata sul sito *http://gazzette.comune.jesi.an.it/2009/48/6.htm*.

rata, che, per contratto, rimane fissa la variare del parametro di indicizzazione".[424]

In terzo luogo si precisa che il contributo previsto dalla misura in esame "si applica anche ai mutuatari in ritardo nei pagamenti a meno che non sia intervenuta (prima o nel corso del 2009) la decadenza dal beneficio del termine o la risoluzione del contratto di mutuo stesso, anche tramite la notifica dell'atto di precetto".

Ad ulteriore chiarificazione delle indicazioni contenute in suddetta circolare interviene l'Agenzia delle entrate con un provvedimento direttoriale n. 32583 del 4 marzo 2008.

La principale precisazione contenuta nel provvedimento in esame è che si ha diritto al contributo statale, pro quota, anche quando il mutuo risulti intestato a due o più mutuatari, di cui solo uno o alcuni di essi siano in possesso dei requisiti di legge; in tal caso il contributo è riconosciuto sulla quota della rata corrispondente alla quota degli intestatari aventi diritto all'agevolazione.

Quanto alla modalità di attribuzione del contributo statale, che lo vede riconosciuto al mutuatario di volta in volta, alla data di scadenza di ogni singola rata, mediante accredito del relativo importo su conto corrente del mutuatario, la circolare MEF del 29 dicembre 2008, n. 17852 aveva già chiarito che qualora si presentino problemi tecnici nella concreta e tempestiva attribuzione del beneficio, la banca interessata deve tenere indenne il mutuatario da ogni effetto del ritardato accredito, il quale deve essere eseguito in ogni caso con valuta del giorno di scadenza della rata. La nuova circolare del MEF (30 aprile del 2009, n. 35256) ora aggiunge che, nel caso particolare in cui il ritardato accredito riguardi un conto corrente aperto presso una banca

[424] Chiarisce sul punto CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?*, cit., 233, nota 5: "La riduzione del tasso ai sensi dell'art. 2, comma 1, del D.L. n. 185/2008 rispetto a quello vigente contrattualmente – mantenendo fisso l'importo della rata – aumenta la quota capitale da ammortizzare, accelerando l'ammortamento stesso, e quindi, la riduzione del debito residuo, riduce la quota di interessi sulla rata, determinando una minore durata del mutuo. In tal caso, il contributo statale è pari alla differenza –rata per rata – tra la quota degli interessi a tasso contrattualmente vigente e la quota degli interessi risultante dall'applicazione del tasso ai sensi dell'art. 2, comma 1, del decreto-legge".

diversa dalla banca mutuante, il contributo deve essere riconosciuto al mutuatario con un rendimento annuo dell'1,38% (media dei tassi sui depositi in conto corrente delle famiglie italiane rilevata da Banca d'Italia nei mesi da ottobre a dicembre 2008), applicato per il periodo dalla scadenza della rata fino all'effettivo accredito al mutuatario.

Le ulteriori disposizioni della circolare riguardano le modalità di comunicazione (da partedell'Agenzia delle entrate) a banche e intermediari.

4. L'ancoraggio dei nuovi mutui al tasso bce.

Il comma 5 della disposizione in commento si propone di regolare, a decorrere dal 1 gennaio 2009, l'offerta dei mutui da parte di banche e di intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del TUB, stabilendo che quest'ultimi, debbano garantire alla clientela la possibilità di stipulare mutui ancorati al tasso bce, invece che all'euribor.

Va da subito sottolineato che tale opzione risulta possibile solo per mutui destinati all'acquisto dell'abitazione principale, posto che la norma non fa alcun riferimento alle ipotesi di costruzione e ristrutturazione, né al fatto che l'abitazione non debba possedere le caratteristiche dell'immobile di "lusso"[425] in ciò differenziandosi significativamente dall'ambito di applicazione dei commi precedenti, che invece includono la prima categoria ed escludono la seconda.

La norma precisa altresì che la scelta del tasso di indicizzazione potrà avvenire solo in relazione alla stipulazione di mutui assistiti da garanzia ipotecaria.

In presenza di tali condizioni, al consumatore dovrà essere offerta la possibilità di ancorare il proprio finanziamento al tasso bce che esprime le condizioni alle quali la Banca centrale europea è disposta ad effettuare transazioni con il mercato o al tasso euribor che rappresenta il tasso della

[425] CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 151 ss.

provvista interbancaria e, quindi, il tasso che una banca paga all'altra per farsi prestare il denaro.

La possibilità introdotta di ancorare la rata del mutuo al tasso bce, in alternativa all'euribor si spiega per la ragione che il tasso bce, pur essendo variabile, è più stabile dell'indice euribor che, invece, è molto sensibile ad eventuali contrazioni del mercato del credito, come dimostra l'influenza che la crisi dei derivati *subprime* ha avuto sull'euribor, i cui indici sono balzati al 5% staccandosi di oltre 100 punti base rispetto al tasso bce[426].

L'articolo 2 del d.l. n. 185/2008 prevede anche che il tasso complessivo dei contratti per cui sia stato scelto come parametro di indicizzazione il tasso bce, debba essere in linea con quello praticato per le altre forme di indicizzazione offerte.

Questo significa che non ci potrà essere uno *spread* significativamente più alto rispetto a quelli indicizzati all'euribor, e quindi, una maggior penalizzazione per i sottoscrittori, anche se non si richiede che esso sia del tutto coincidente a quello dei mutui[427].

Ora, posto che l'articolo 2, comma 5, si limita a prevedere che le banche assicurino la possibilità di stipulare mutui ancorati al tasso bce, risulta chiaro come l'attuazione della disposizione in esame dipenda sostanzialmente dalla condotta in concreto tenuta dalla banca[428].

Proprio in considerazione di ciò, l'articolo 5 prevede che *"Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive*

---

[426] CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, 152 ss.
[427] CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 152 ss.
[428] ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi": luci ed ombre,* cit., 81 il quale sottolinea la discrasia tra la rubrica e l'enunciato normativo: "Se dalla prima pare emergere la direttiva secondo cui i nuovi mutui dovranno essere disciplinati avendo come riferimento un nuovo tasso di indicizzazione, sostituendo il tasso BCE all'euribor, dal secondo si ricava un ridimensionamento della prima affermazione, giacché le banche, per i mutui finalizzati all'acquisto della abitazione principale 'devono assicurare *meramente…*la possibilità di indicizzare il mutuo destinato a quelle finalità' a quel dato parametro. In altri termini, l'affermazione sicura ed apparentemente definitiva della rubrica cede il passo al più tenue assetto disciplinare consegnato al disposto normativo, in cui il 'devono' si riferisce non già ad una condotta obbligatoria (peraltro senza la previsione di alcuna sanzione) imposta, nelle modalità deontiche, alla banca erogatrice del mutuo, bensì alla meno impegnativa sfera delle indicazioni comportamentali".

modificazioni, sono tenuti a osservare le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia per assicurare adeguata pubblicità e trasparenza all'offerta di tali contratti e alle relative condizioni. Le banche e gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui ai citati articoli 106 e 107 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, e successive modificazioni, trasmettono alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da questa indicate, segnalazioni statistiche periodiche sulle condizioni offerte e su numero e ammontare dei mutui stipulati" e che *"Per l'inosservanza delle disposizioni di cui al presente comma e delle relative istruzioni applicative emanate dalla Banca d'Italia, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista all'articolo 144, comma 3, del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 145 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993*".

In attuazione di tale disposizione, la Banca di Italia ha previsto "che sia fornita alla clientela un'informativa riguardante tutte le tipologie di mutuo offerte dalla banca stessa, che agevoli la scelta del cliente verso prodotti potenzialmente confacenti alle sue esigenze"[429].

In aggiunta alla documentazione specifica di ciascun contratto, quindi, per agevolare la scelta del consumatore, a partire dal 1 marzo 2009 le banche che offrono i mutui in Italia dovranno fornire ai clienti un documento contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti, elencando: tutti i prodotti di mutuo offerti dalla banca; le caratteristiche ed i rischi dei diversi tipi di mutuo elencate in maniera comprensibile, ossia "secondo modalità tali da agevolare per la clientela la comprensione tra le differenze principali dei prodotti offerti".

Il documento dovrà indicare inoltre il tasso di interesse e, in caso di tasso variabile, lo *spread*, il parametro di riferimento e l'ammontare del tasso al momento della pubblicità con l'avvertenza che si tratta di un mero esempio; la durata minima e massima del mutuo; le modalità di ammortamento, la periodicità delle rate.

[429] Disposizioni di vigilanza Banca d'Italia, 30 dicembre 2008.

Qualora banca non rispetti tali prescrizioni, a prescindere dalla specifica sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 2, comma 5, sembra necessario ipotizzare strumenti attivabili dal mutuatario, in tutte quelle ipotesi in cui si riesca a provare che il professionista abbia omesso di prospettare, nella fase di studio e di verifica, lo strumento più adeguato a tutelare le sue esigenze[430].

[430] Cfr. sul punto ROSARIO, *Mutui prima casa e "decreto anticrisi"*, cit., 81.

CAPITOLO IV

L'impatto sul mercato e sui "consumatori"

1. Premessa.

In premessa al presente capitolo si era evidenziato come la presa d'atto della sostanziale insufficienza delle misure di c.d. liberalizzazione del settore bancario a far fronte al problema della sopravvenuta onerosità dei tassi di interesse, soprattutto in un momento, come quello attuale, caratterizzato da una forte crisi economica, aveva indotto il legislatore a mutare strategia, inaugurando una nuova stagione di intervento pubblico a sostegno dei mutuatari, al fine di evitare le conseguenze di ordine sociale ed economico connesse ad una eventuale inadempimento collettivo dei mutui.

Compiuta l'esegesi dei diversi interventi ed analizzate le principali problematiche interpretative, si intende ora valutare qual è stato l'impatto di queste misure sui soggetti coinvolti, anche al fine stabilire se il modello di gestione delle sopravvenienze offerto dalle misure analizzate in questa parte dell'indagine, sia adeguato rispetto agli obiettivi presi di mira e quali siano le interferenze tra disciplina *de qua* e le misure di liberalizzazione del mercato del credito da cui s'è preso le mosse.

Da un punto di vista metodologico, stante l'eterogeneità degli interventi, si procederà dapprima ad un'indagine separata di ciascun istituto; successivamente, ad una valutazione comparativa volta a stabilire quale, nelle singole ipotesi, rappresenti la risposta più efficace per tutelare il mutuatario in difficoltà nel pagamento delle rate; da ultimo si cercherà di stabilire se, prescindendo dalle singole problematiche operative, tale proliferazione di modelli di gestione delle sopravvenienze, possa considerarsi, nel suo complesso, un effetto benefico per la concorrenza nel mercato del credito o piuttosto l'introduzione di strumenti che privilegiano il mantenimento del *partner* originario rappresenti un passo indietro rispetto ai progressi raggiunti con le misure di liberalizzazione.

2. L'impatto sul consumatore: quale misura conviene?

Nel chiudere l'indagine compiuta nella prima parte, si era giunti alla conclusione che le misure di c.d. liberalizzazioni del settore bancario se, da un lato, rappresentano un significativo passo avanti sotto il profilo della tutela del consumatore e della concorrenza, nella misura in cui restituiscono un maggiore potere contrattuale al mutuatario nel rinegoziare le condizioni del contratto, non forniscono tuttavia un'adeguata tutela in quelle situazioni in cui il debitore, per le oggettive difficoltà ad adempiere in cui viene a trovarsi, non troverebbe nessun finanziatore disposto ad erogargli un nuovo mutuo, a condizioni migliori, per estinguere il precedente.

Le banche originarie, d'altronde, sfiduciose nel successo di un eventuale piano di ammortamento, invece che rinegoziare, potrebbero attivare immediatamente le procedure esecutive, o al contrario, nel tentativo di recuperare il danno conseguente al ritardato adempimento, prevedere un piano di ammortamento troppo gravoso per il cliente, e così pregiudicare definitivamente la sua capacità di adempiere.

Si tratta quindi di verificare se le c.d. misure "anticrisi" siano in grado di colmare il vuoto di tutela non coperto dalla disciplina delle liberalizzazioni.

Muovendo dal primo degli istituti introdotti, deve segnalarsi il significativo impatto applicativo della c.d. "sospensione delle rate di mutuo".

Un'indagine compiuta dall'ABI [431], invero, ha evidenziato come tra il febbraio e il settembre del 2010 abbiano beneficiato della sospensione delle rate del mutuo circa 31 mila famiglie, con un risparmio per ciascuna di 6.300 euro in più[432].

[431] Si tratta del comunicato stampa rilasciato dall'ABI, 8 settembre 2010 pubblicata sul sito *www.abi.it*.

[432] Il comunicato dell'ABI, 8 settembre 2010, cit., ha evidenziato inoltre che la soluzione più frequente per le operazioni di sospensione ha riguardato l'intera rata (88% dei casi) e che causa più frequente che ha determinato la necessità di ricorrere a questa opportunità nelle posizioni "in bonis" (senza ritardi nei pagamenti) è stata la cessazione del rapporto di lavoro subordinato. Dal punto di vista "territoriale", inoltre, si è evidenziato come il maggior numero di domande ammesse è stata al Nord con il 53,1%,segue il Centro (25,7%), infine Sud e Isole (21,2%):

La ragione del successo applicativo dell'istituto si comprende ove si consideri che il rimedio fornisce risposte proprio a quelle situazioni che non si prestano ad essere risolte con l'istituto della portabilità o della rinegoziazione volontaria, cioé quelle ipotesi in cui il mutuatario, per le difficoltà di adempiere in cui viene a trovarsi - per ragioni connesse non solo all'aumento dei tassi di interesse ma anche ad eventi che, seppur eccezionali, attengono alla propria sfera di rischio (la perdita del posto di lavoro, l'insorgenza di gravi malattie che richieda spese di rilevante entità, etc.) - non è in grado di reperire alternative migliori sul mercato, e dunque concretamente rischia l'insolvenza.

A ciò si aggiunga l'incentivo rappresentato dalla gratuità della misura che consente un dilazionamento del piano di ammortamento, a carico non già del mutuatario ma del Fondo di solidarietà[433].

In considerazione dell'efficacia della misura l'Abi e l'associazione dei consumatori hanno, con apposito accordo, prorogato fino al 31 luglio 2011 la data per la presentazione delle domande di sospensione delle rate dei mutui, in adesione all'iniziativa prevista nel "Piano famiglie" dall'ABI.

Non ha avuto, invece, il successo sperato l'istituto della c.d. rinegoziazione "regolata".

Da quanto risulta dalle stime dell'ABI, alla data del novembre del 2008 hanno usufruito della rinegoziazione "convenzionata"circa 50 mila famiglie[434]; un dato superiore rispetto a quello delle "sospensioni" attuate, ma sicuramente più deludente se si considera che secondo le previsioni iniziali ne avrebbero beneficiato circa 1.250.000 famiglie[435] e che - a differenza della sospensione che ha ristrettissimi presupposti applicativi - la misura in esame ha una portata, benché temporalmente circoscritta, tendenzialmente generale per i mutui con tassi variabili superiori a dati importi.

---

[433] Tuttavia, la concreta attuazione di questa misura è stata ritardata, sino a pochi mesi fa, dalla mancata adozione del regolamento ministeriale di attuazione del Fondo di solidarietà. Cfr BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 285.

[434] Lo si apprende dal comunicato stampa ABI, del 17 dicembre 2008, pubblicato sul sito *www.abi.it.*

[435] Lo si apprende da un dossier del governo pubblicato su *http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/misure_economiche/mutui/html.*

Al fine di meglio comprendere perché la misura in discorso non abbia avuto la diffusione prevista è necessario richiamare brevemente alcuni aspetti su cui ci si era soffermati nell'introdurre l'istituto.

Si era evidenziato, anzitutto, come il termine rinegoziazione in questo contesto fosse utilizzato in un'accezione diversa rispetto a quella tradizionale, perché, a rigore, nella rinegoziazione di cui all'art. 3 del d.l. 93/2008, non vi è una ridiscussione dei termini dell'affare sulla base di una nuova manifestazione di volontà delle parti, ma semplicemente una modifica nel piano di rimborso del mutuo, la cui rata viene trasformata, attraverso un allungamento del piano di ammortamento, da fissa a variabile.

Questo significa che lo squilibrio derivante dal sopravvenuto aumento di interesse non viene ridistribuito in modo equo tra le parti - il concreto ammontare della somma da restituire invero continua a dipendere dall'andamento dei tassi di interesse – ma, al contrario, resta interamente a carico del mutuatario al quale viene semplicemente offerta la facoltà di scegliere di rimborsare il mutuo, invece che con le modalità pattuite nel contratto, con quelle previste dal legislatore in via generale[436].

Da tale punto di vista, dunque, l'unico effetto benefico[437] per il mutuatario consiste nell'attenuare "l'incidenza onerosa dei singoli tassi di interesse sull'adempimento rateale, procrastinando nel tempo il piano di ammortamento originario e stabilizzando, dunque, gli importi delle singole rate"[438]. In altri termini, la sostituzione della rata variabile con quella fissa alleggerisce nell'immediato il peso del mutuo, consentendo al mutuatario di pagare una rata che, seppur non bassa come quella degli anni 2003-2005, sarà almeno parametrata alla media del 2006 e quindi più vicina a quella preventivata nel momento in cui fu acceso il mutuo[439]. Ciò tuttavia non determina alcuno

[436] La banca invero mantiene lo spread originariamente pattuito differentemente da quanto avviene con la rinegoziazione libera o la portabilità del mutuo. Così LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, cit., 1: "la misura prevista (e imposta) dal d.l. consiste in una dilazione onerosa *ex lege*, e non in una modifica sostanziale migliorativa delle condizioni negoziali originariamente previste".
[437] Così FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 234.
[438] VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo*, cit., 3090.
[439] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 763.

sconto in termini reali sull'ammontare della rata da restituire ma solo una proroga molto lunga dei termini del pagamento e dunque un aumento degli interessi da restituire[440].

In particolare, è stato calcolato che ad ogni anno di applicazione della rinegoziazione "convenzionata" corrisponda un prolungamento della rata di mutuo originario pari a due mesi e mezzo[441].

Quindi, chi decidesse di avvalersi della convenzionata regolata, in ultima analisi, pagherà di più, in termini assoluti, di chi continuerà a seguire il piano di ammortamento originario[442].

Fatta tale precisazione, vale chiedersi in quali casi la c.d. rinegoziazione "convenzionata" possa rappresentare una risposta adeguata al problema della sopravvenuta onerosità del tasso di mutuo.

La dottrina, pur premettendo la difficoltà di effettuare una valutazione in astratto[443], ha tuttavia ipotizzato che coglieranno l'opportunità offerta dalla c.d. rinegoziazione "convenzionata" solo quei mutuatari che, versando in gravi difficoltà economiche, non potranno fare a meno che aderirvi per guadagnare un momentaneo beneficio finanziario a seguito della riduzione dell'importo della rata di mutuo[444].

---

[440] Così FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 763; DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, cit., 3; LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, cit., 1.

[441] Cfr. MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui:le difese contro l'aumento dei tassi di interesse*, cit., 21: "questo allungamento della durata del mutuo non è gratuito sia perché gli interessi continuano a maturare al tasso variabile, sia, poi, per la spalmatura nel tempi delle rate ulteriori".

[442] DOLMETTA, *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio, 2008, 3 il quale sottolinea come l'allungamento del contratto di mutuo sia tutt'altro che gratuito.

[443] Cfr. in tal senso VIOTTI, il quale rileva come non sia possibile stabilire a priori s"e il mutuo rinegoziato, tralasciando il differimento della scadenza finale sia vantaggioso per taluno o entrambi i contraenti; risultando necessario relativizzare il giudizio di ponderazione caso per caso". Il vantaggio concreto dell'adesione alla misura, invero, è condizionato da una serie di variabili, quali la durata del mutuo, il numero delle rate, le condizioni previste nel contratto per il rimborso, la situazione economica del mutuatario, etc.

[444] BELLINAZZO (*Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, cit., 5) ritiene che "la rinegoziazione conviene a chi ha bisogno di alleggerire subito e in misura 'certa' la rata. Appare come l'unica soluzione per chi ha stipulato un mutuo variabile con un basso livello dei tassi (anche del 2%) ma con un importo delle rate già superiore al 30% del reddito disponibile".

Più in particolare, si è sottolineato come, dal punto di vista del consumatore, la convenienza (in termini di concreto, immediato alleggerimento della rata) della c.d. rinegoziazione "convenzionata" diminuisce per i mutui già in avanzato stato di ammortamento poiché, com' è noto, nell'ammortamento francese che abitualmente disciplina il rimborso dei mutui, la quota capitale è progressivamente crescente e quella di interessi, su cui incide la rinegoziazione, decrescente. Per ragioni opposte, il beneficio della rinegoziazione può essere apprezzabile per i mutui all'inizio dell'ammortamento, per quanto, anche in tale ipotesi, a lungo termine le somme accumulate sul conto di finanziamento accessorio (che è, nei fatti, un ulteriore prestito a tassi sostanzialmente di mercato) possono diventare economicamente significative[445].

Va tuttavia posto nel dovuto risalto che, anche in quelle ipotesi in cui il mutuatario abbia un interesse concreto a rinegoziare la rata del mutuo[446], le banche non saranno tenute a rinegoziare, perché la legge non configura un obbligo di rinegoziazione, ma si limita ad attribuire alle banche la facoltà di aderire alla convenzione ABI-MEF.

E dunque, qualora la banca con la quale è stato stipulato il contratto non aderisca alla convenzione, il mutuatario non avrà alcuno strumento per evitare la procedura esecutiva.

È verosimile, tuttavia, che la maggior parte degli istituti bancari aderirà alla convenzione, per le ragioni che sono di seguito indicate[447].

---

[445] FIORUCCI, *I mutui ipotecari*, cit., 234. Cfr. pure FAUSTI,, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 765 il quale evidenzia come la rinegoziazione regolata non risulta conveniente sia per il mutuatario che si trovi oltre la metà dell'ammortamento e "abbia già pagato la quota più significativa di interessi, 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"; M. CELLINO, *Un aiuto concreto per chi fatica a pagare le rate*, in *Il sole 24 ore* del 21 agosto 2008, 24; ID, *Convenienza legata al reddito,* in *Il Sole 24 ore* del 26 agosto 2008, 37.

[446] Cfr. sul punto VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo,* cit., 3090, il quale testualmente afferma: "Non pare possano sussistere dubbi, allora, nel reputare che l'effetto principale al quale dovrebbe tendere le operazioni di rinegoziazione coincida con l'attenuare l'incidenza onerosa dei singoli tassi di interesse sull'adempimento rateale, procrastinando nel tempo il piano di ammortamento originario e stabilizzando, dunque, gli importi delle singole rate".

[447] Dalla stampa quotidiana si apprende che entro il termine di scadenza abbiano aderito alla rinegoziazione regolata 407 banche pari al 92% del sistema bancario. Cfr. in particolare Il sole

In primo luogo per strategie di *marketing* al fine di impedire che i clienti trasferiscano il mutuo ad altra banca.

In secondo luogo perché, attraverso la c.d. rinegoziazione "convenzionata", le banche ottengono un prolungamento della durata del finanziamento, perlomeno del tempo necessario ad ammortizzare il conto di finanziamento accessorio – che produce interessi capitalizzabili annualmente – con significativi vantaggi in termini di fidelizzazione della clientela e di maggior remunerazione del prestito[448].

Da ultimo, considerato che, anche i mutuatari morosi al 28 maggio 2008 possono accedere alle condizioni di rinegoziazione fissate nella convenzione, l'offerta di modificare il contratto secondo i termini dalla convenzioni indicati, dal punto di vista della banca, può risultare funzionale a ridurre il rischi di insolvenza dei mutuatari in difficoltà[449].

Venendo all'analisi delle misure contenute nell'art. 3 del decreto 185/2008 vale anzitutto premettere che l'elevato tecnicismo delle disposizioni in esso contenute, le numerose lacune e contraddizioni[450], nonché i ritardi[451] nell'adozione delle misure applicative rendono assai complesso stabilire quale è stato e quale sarà l'impatto di queste misure sui mutui in corso.

---

24 ore del 30 agosto e del 3 settembre 2008 ove l'ABI evidenzia come tra gli istituti che offrono credito alle famiglie l'adesione è generiale. La stampa, tuttavia, da notizie anche di banche che sconsigliano l'adesione all'accordo. Cfr. D. AQUARO - F. SIMONELLI, *Mutui, banche dissidenti*, *Il Sole 24 ore* del 10 settembre 2008, 34.

[448] Cfr. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo,* cit., 3090: il quale rileva come la rinegoziazione dovrebbe assicurare alla banca "un maggiore margine di profitto coincidente con l'eventuale lucro differenziale tra il saggio di interesse variabile – punto di riferimento dell'operazione negoziale – e quello fisso determinato ai sensi del comma 2 dell'art. 3 cit.". Cfr. pure La banca invero mantiene lo spread originariamente pattuito differentemente da quanto avviene con la rinegoziazione libera o la portabilità del mutuo. Così LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI,* cit., 1.

[449] VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo,* cit., 3090 : "La rinegoziazione in tal modo consentirebbe al mutuatario "quel maggior grado di solvibilità delle singole rate, con una riduzione del rischio di un'azione esecutiva connessa al mancato adempimento".

[450] Alcuni dei quali fortunatamente chiariti dalla circolare Ministero dell'economia e delle finanze n. 11434 del 13 febbraio 2009, cit.

[451] BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 284, nt. 132 sottolineava come - nel gennaio del 2010 – la gran parte degli istituti di credito non si fossero ancora organizzati per erogare il contributo delle prime rate di mutuo in scadenza nel 2009.

In particolare, per quanto riguarda la previsione del tetto massimo del 4% degli interessi sulle rate dei mutui, il significato della disposizione cambia completamente a seconda di come si interpreti il limite del 4% di interessi.

Ed infatti se il tetto massimo del 4% degli interessi va calcolato, come espressamente dice la norma, al netto dello "*spread, spese varie od altro tipo di maggiorazione*" questo significa che fino al 4%, il rischio derivante dall'aumento del tasso di interesse dovrà ricadere interamente sul mutuatario mentre la banca resterà libera di aumentare lo *spread* eventualmente adossando sul cliente il maggior costo del credito di cui anch'essa viene a risentire per effetto della crisi.

Diversamente, se si aderisce all'orientamene prevalente che, in contrasto con la lettera della norma, ritiene che il tetto del 4% sia comprensivo di capitale, spese ed interessi, si riduce sensibilmente il rischio che il mutuatario dovrà assumersi in conseguenza del sopravvenuto aumento dei tassi di interesse. Calcolando che i valori di *spread* nei mutui vanno mediamente dallo 0,50% al 3%, seguendo l'interpretazione proposta, il tasso, al netto dello *spread*, non potrà essere superiore al 3,50 % - nel caso in cui lo *spread* è minimo - e superiore al 1% nei casi in cui esso raggiunge il 3%.

Ma a prescindere dalla risoluzione di questa questione, la dottrina sin da subito ha evidenziato la scarsa utilità ed efficacia dello strumento[452] in ragione, da un lato, del ristrettissimo ambito di applicazione[453] che condurrebbe ad un risparmio di spesa, a dir poco, irrisorio[454], dall'altro, del taglio di interessi praticato dalla bce il quale avrebbe sostanzialmente privato di utilità il decreto[455.]

Del resto, dato che l'agevolazione fiscale rappresentata dal tetto sulle rate di mutuo, nelle ipotesi in cui risulta applicabile, è, per espressa previsione normativa, limitata alle sole rate in scadenza nel 2009, e non per tutte le rate di

[452] Per le critiche allo strumento si rimanda a S. FASCINA, *Decreto-legge anticrisi: prime e parziali valutazioni* in www.*stefanofascina.it.*
[453] "…il provvedimento, facendo trasparire il suo valore contingente, ha validità per il solo 2009, quindi il già piccolo vantaggio è ulteriormente limitato ad un unico anno" (Così BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 284).
[454] BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 283.
[455] Così BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui,* cit., 284.

durata del finanziamento, ci si chiede pure se il problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sia stato risolto o semplicemente posticipato[456].

Anche per quanto riguarda la previsione contenuta nei commi 4 e 5, ove si consente di ancorare i nuovi mutui al tasso bce, è tutt'altro che agevole stabilire se al mutuatario convenga o meno valersi della possibilità di ancorare il mutuo in corso al tasso bce invece che all'euribor. Ed infatti la convenienza di tale misura dipende dall'andamento dei tassi di interesse, la cui oscillazione, nel lungo periodo, è difficilmente prevedibile[457].

L'opinione prevalente tuttavia ritiene che la norma in esame non consentirebbe di ottenere alcun risparmio pratico per il mutuatario posto che si limita a fornire la "possibilità di scelta tra due parametri differenti, senza porre alcun limite alla maggiorazione che la banca può proporre, il cosiddetto *spread*". In particolare, poiché le banche applicano *spread* diversi a seconda che il parametro di indicizzazione per il calcolo della rata nei mutui a tasso variabile sia l'euribor o il tasso bce, e poiché l'euribor, per natura, è inferiore al tasso bce i finanziamenti ad esso ancorati, prevedranno "uno spread maggiore rispetto a quelli indicizzati al tasso euribor, annullando così il margine di risparmio per i consumatori"[458].

Da tale prospettiva, inoltre, si evidenzia come con il tasso bce la rata possa restare bloccata "anche per lunghissimi periodi, e questo, ovviamente, anche nel caso in cui l'euribor dovesse risultare più basso (…). In tale eventualità, è evidente che, chi avesse scelto un tasso ancorato agli umori del mercato, e per questo estremamente volatile, risparmierebbe sulla rata rispetto a chi avesse scelto il tasso BCE"[459].

[456] CHESSA, *Decreto anticrisi: un vero limite alle rate di mutuo?*, cit, 232.
[457] Anche se, osserva CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 152 "la portabilità dei mutui consentirà di non soffrire troppo a lungo se si scopre di aver fatto la scelta sbagliata".
[458]CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 152.
[459] CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 151.

L'analisi dei primi dati a disposizione, confermando i timori degli interpreti, ha mostrato che lo *spread* dei mutui legati al tasso bce sia più alto rispetto a quello conteggiato sui mutui euribor[460].

Del resto, rileva l'ABI, oggi i mutui euribor risultino meno cari perché le tensioni sul mercato interbancario si sono placate e l'euribor si è di nuovo allineato al tasso BCE "[461], coerentemente a quanto è avvenuto negli anni precedenti in cui lo scarto tra l'euribor ed il tasso bce è stato sempre contenuto (compreso tra lo 0,1% e lo 0,2% a seconda delle scadenze).

3. Potenzialità e limiti dei nuovi strumenti: una valutazione d'insieme.

L'analisi sin qui condotta ha mostrato come la scelta dello strumento idoneo a gestire la sopravvenienza nel contratto di mutuo possa impedire l'immediata attivazione delle procedure esecutive (sospensione e accollo delle rate da parte dello stato) ed attenuare l'impatto del rischio connesso all'aumento incontrollato del tasso di interesse, tramite, ad esempio, il dilazionamento delle rate nel tempo (c.d. rinegoziazione "convenzionata") o l'ancoraggio del mutuo ad un tasso di riferimento che si presume più stabile.

Non può tuttavia passare inosservato – e qui veniamo ai limiti - come tutte le misure esaminate si occupino solamente di "tamponare" l'emergenza, lasciando però normativamente irrisolta la questione circa l'opportunità di fissare regole volte ad attribuire in via generale rilevanza alle sopravvenienze.

La costruzione del rimedio sulla contingenza, del resto, lascia aperto l'interrogativo di cosa accadrà nel lungo periodo una volta che sarà venuto

[460] Ciò, secondo l'ABI, dipende dal fatto che l'ancoraggio al tasso BCE rende il finanziamento più rischioso per le banche, le quali, non si finanziano solo al tasso BCE, ma attingono soprattutto al finanziamento interbancario che ha tassi mediamente più alti di quello BCE. Lo si apprende da CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 152: "In definitiva, se le banche si finanziano al tasso euribor ed erogano mutui al tasso BCE rischiano forti perdite; conseguentemente, si tutelano anche contro questo rischio applicando uno spread più alto. I costi di approviggionamento delle banche, inoltre, sono spesso anche superiori all'euribor. La differenza che c'è tra lo spread applicato al tasso Euribor e quello applicato al tasso BCE è data infatti dalla diversità del costo sottostante. Lo spread è un'unità di misura che, oltre a quantificare quanto una banca guadagna, ha sulla base il costo di liquidità, che non è rappresentato solo dall'euribor, ma costituisce qualcosa in più: è il costo del rischio a cui si devono aggiungere i costi operativi".

[461] CHESSA, *Tasso Bce: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, cit., 153.

meno il sostegno economico da parte dello stato o una volta che, "scaduto" il piano di ammortamento "rinegoziato", si tratterà di pagare alle banche il prezzo concesso per questo dilazionamento.

Si avverte infatti la preoccupazione che queste misure abbiamo spostato il problema invece che risolverlo, con effetti traumatici per il mutuatario il quale, una volta finito il regime agevolato, si troverà a dover pagare non solo l'effetto negativo della sopravvenienze, ma anche il costo connesso al ricorso agli interventi agevolativi.

4. Una scelta anticoncorrenziale?

Individuati potenzialità e limiti dei recenti interventi a sostegno dei mutuatari, vale ora chiedersi quale sarà l'impatto di queste misure sul c.d. mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento.

La questione è particolarmente complessa e potrà essere impostata solo in termini ipotetici posto che gli effetti di queste misure sul mercato potranno essere valutate solo nel lungo periodo. In questa sede ci si pone l'obiettivo minimo di evidenziare gli elementi che sembrano significativi ai fini di questa indagine e di segnalare alcuni degli spunti emersi in dottrina.

Vale anzitutto richiamare l'attenzione su un dato fondamentale, e cioè che, prima dell'introduzione delle misure sin qui analizzate, non esisteva alcun mercato relativo alla ristrutturazione delle operazioni di finanziamento: gli unici strumenti attivabili (rinegoziazione, sostituzione, surrogazione ex art. 1202 c.c.), invero, presentavano notevoli problemi applicativi e soprattutto non realizzavano un adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti, e dunque, risultavano di fatto inutilizzati.

Conseguentemente, il mutuatario era costretto a subire l'incidenza di tutti gli eventi che, successivamente alla conclusione del contratto, avessero determinato uno squilibrio delle prestazioni a suo sfavore.

Da tale punto di vista deve considerarsi fattore senz'altro positivo la previsione di una molteplicità di strumenti per modificare e sostituire il mutuo originario.

Ed infatti, almeno in quelle situazioni fisiologiche in cui il mutuatario intenda semplicemente modificare le modalità di adempimento per non dover subire mese per mese l'incidenza del cambiamento dei tassi, ma non sia a rischio concreto di insolvenza, è verosimile che la banca originaria entri in concorrenza con eventuali altre banche che, tramite il meccanismo della portabilità, intendessero acquisire quel cliente rinegoziando il contratto nei termini da questo desiderati.

Più in particolare, poiché oggi il cliente ha la possibilità di sostituire il finanziatore originario senza costi, qualora la banca con cui si è contratto non offra una situazione soddisfacente, limitandosi, ad esempio, a formulare una proposta rinegoziativa nei termini stabiliti dalla convenzione ABI-MEF, il cliente potrà rivolgersi ad altro istituto che eventualmente proponga condizioni migliorative. In tali ipotesi, se il finanziatore originario è interessato a non perdere il cliente offrirà una controproposta ulteriormente migliorativa[462]. Lo stesso meccanismo potrebbe attivarsi nel caso in cui la banca, nell'applicare le misure previste dall'art. 3 del decreto 185/2008, applicasse uno *spread* troppo alto rispetto alle esigenze del cliente.

Ove si venisse a creare questo circolo virtuoso, è evidente, ne beneficierebbero non solo i mutuatari, ma anche le banche e dunque il mercato nel suo complesso. E dunque i segnalati effetti indesiderati di questi provvedimenti, a lungo termine, verrebbero almeno in parte compensati dai vantaggi che il mutuatario ne riceverebbe, sotto il profilo della riduzione dei tassi di interesse e del miglioramento della qualità dei servizi offerti.

A ben vedere, tuttavia, l'effettiva garanzia di una concorrenza nel mercato di sostituzione delle operazioni di finanziamento è, prima ancora che dall'esistenza di una pluralità di rimedi, garantita dalla possibilità di cambiare banca grazie al meccanismo della portabilità.

Ed infatti a nulla servirebbe comparare tra le diverse soluzioni offerte dai vari istituti se non si offrisse allo stesso tempo al mutuatario la possibilità di

[462] MAZZINI, *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui*, cit., 19-20.

muoversi liberamente nel mercato di sostituzione senza significativi costi transattivi.

Coglie il punto la dottrina che osserva come l'istituto della portabilità, anche se non dovesse registrare "l'«esplosione» del trasferimento delle ipoteche da banca a banca, ha avuto sicuramente un effetto trainante sul capitolo della rinegoziazione del mutuo" perché "pur di non rischiare di perdere i propri clienti, gli istituti di credito, si sono resi più disponibili a ridiscutere le condizioni del mutuo presisente"[463], facilitati – si aggiunge – dalla presenza di una pluralità di modelli offerti dal legislatore.

Tuttavia, la portata delle considerazioni sin qui svolte deve essere ridimensionata in considerazione di alcuni fattori che sembrano ostacolare il raggiungimento degli evidenziati obiettivi.

In primo luogo, vi è il rischio che le banche non prospettino sempre la soluzione più conveniente per il cliente, come si è già visto accadere in relazione alla vicenda della portabilità dei mutui.

Tale rischio è reso concreto dal fatto che la c.d. rinegoziazione "convenzionata" e le misure contenute nell'art. 3 del decreto anticrisi apportano un indubbio vantaggio alla banca e un dubbio beneficio al mutuatario. In questi casi, qualora venissero prese alla lettera le affermazioni contenute nella sentenza del TAR 3086/09[464] secondo cui ciascun istituto di credito, resta sempre libero di proporre al mutuatario che intenda rinegoziare o sostituire il mutuo la soluzione "*ritenuta maggiormente conveniente sulla base di scelte di carattere imprenditoriale (forse censurabili, ma sicuramente) ex se non interpretabili in termini di (sanzionabile) scorrettezza*", ne deriverebbe una legittimazione di queste ultime a prospettare al cliente la soluzione che meglio si adatta a conseguire i proprio obiettivi di profitto e dunque, in ultima analisi, ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale diversa da quella che avrebbe assunto in presenza di un'informazione consapevole.

[463] FUASTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 753.
[464] E da ultimo confermate dal Consiglio di Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9322.

In secondo luogo, stante l'elevato tecnicismo delle nuove misure, prescindendo dall'adempimento corretto degli obblighi informativi da parte degli istituti bancari, v'è il rischio che i clienti comunque non comprendano fino in fondo gli effetti delle varie misure[465]e dunque non riescano ad effettuare una scelta veramente consapevole.

Del resto, anche qualora, a dispetto dei rischi segnalati, si riuscisse a realizzare l'auspicata concorrenza tra rimedi, detto virtuoso meccanismo sarebbe destinato ad esaurirsi con il venir meno dei presupposti applicativi delle nuove disposizioni.

Ed infatti, una volta scaduti i termini previsti dalle norme in commento, al mutuatario non resterebbe che la strada della portabilità o della rinegoziazione volontaria le cui insufficienze a far fronte al problema delle sopravvenienze sono state in più occasioni denunciate.

In terzo luogo, nel confronto con la disciplina della portabilità, gli interpreti non hanno mancato di rilevare come le nuove misure rappresentino un passo indietro sotto il profilo della tutela della concorrenza, perché inducono a privilegiare il rapporto con il *partner* originario, invece che la ricerca di una alternativa sul mercato[466].

Infine: dato che tutte le misure in esame, per espressa previsione normativa, si realizzano senza costi per il mutuatario, nel valutarne l'impatto sul mercato, non si può non esprimere perplessità in merito al fatto che i provvedimenti in oggetto non sempre indichino i soggetti su cui ricadono i costi dell'operazione. Come osservato in dottrina: "essendo noto che 'nessun pasto è gratis' e che qualsiasi operazione commerciale o negoziale comporta

[465] M. BELLINAZZO e A. BUSANI, *Mutui, tre mesi per la rinegoziazione*, in *Il Sole 24 ore*, 23 agosto 2008, 26, esprimono tale perplessità in merito alla rinegoziazione regolata: "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 che cosa si tratta e in che cosa consista la rinegoziazione. Si tratta infatti di materia assai complessa anche per gli addetti ai lavori e non è difficile immaginare che l'arrivo a casa di un pacco di documenti di tale tecnicità possa produrre un effetto di scoraggiamento e di non completa consapevolezza dell'operazione da compiere" tanto più se si tratta di banche senza sportelli.

[466] In tal senso vedi pure BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, cit., 284 il quale però limita il discorso alle misure anticrisi delle quali viene valutato l'impatto anticoncorrenziale rispetto alla rinegoziazione regolata e alla portabilità. Sembra invece più corretto contrapporre anche la rinegoziazione regolata alla portabilità, posto che anche questa spinge a privilegiare il rapporto originario.

costi, grandi o piccoli che siano, l'imposizione di operazioni 'senza costi a carico del consumatore 'significa solo che questi costi saranno trasferiti su altre operazioni e su altri soggetti"[467].

5. Conclusioni: sulla necessità di ricercare nei principi generali modelli alternativi di gestione delle sopravvenienze nel contratto di mutuo

Giunti a questo punto del lavoro sembra opportuno trarre alcune conclusioni in merito ai problemi che ci si è proposti di analizzare all'inizio della presente trattazione.

L'indagine, in particolare, ha preso le mosse dalla constatazione dell'assenza, nel nostro ordinamento, di adeguati rimedi a disposizione del mutuatario per gestire le sopravvenienze nel contratto di mutuo bancario. E ciò, sia per quanto riguarda i c.d. rimedi caducatori, in considerazione, da un lato, della rigidità dei presupposti applicativi dell'art. 1467 c.c., e, dall'altro, della difficoltà di reperire in breve termine nuovi finanziatori; sia per quanto riguarda i rimedi manutentivi, attivabili solo dalla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza quale antirimedio rispetto alla risoluzione.

L'analisi condotta nei precedenti capitoli ha mostrato come le misure di c.d. liberalizzazione del settore bancario abbiano sostanzialmente risolto il primo dei problemi analizzati.

In particolare, l'introduzione del principio della libera estinzione anticipata dei mutui ha reso superfluo agire ex art. 1467 c.c., con la conseguenza che il mutuatario potrà ottenere l'interruzione anticipata del vincolo in tutti i casi in cui sia venuto meno l'interesse alla prosecuzione del rapporto, senza dover dimostrare i rigorosi presupposti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; inoltre, l'istituto della portabilità, nel consentire il trasporto

[467] LIBERTINI, *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI*, cit., 6. Cfr. pure FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 770 il quale porta a confronto l'analogo provvedimento emanato recentemente in Spagna i quale prevede che le famiglie indebitate possano chiedere alle banche di migliorare le condizioni dei mutui ed in particolare di allungare il termine di rimborso dei prestiti senza costi aggiuntivi (commissioni bancarie e notarili) che saranno interamente addossate a carico dello Stato.

della garanzia ipotecaria da un finanziamento ad un altro, senza spese e senza penalità, ha eliminato il principale tra gli ostacoli che avevano impedito il formarsi di un mercato relativo alla circolazione delle operazioni di finanziamento.

Il secondo problema, invece, è stato risolto solo risolto solo in parte.

Si è evidenziato, anzitutto, come le nuove regole, nel diminuire i costi di transazione connessi alla rinegoziazione con la propria banca (gratuità della rinegoziazione, libertà di forma, e mantenimento dei benefici fiscali), o con il nuovo istituto di credito (portabilità gratuita del mutuo e dell'ipoteca) abbiano reso economicamente appetibile l'operazione per il mutuatario.

In secondo luogo, nonostante la mancata previsione di un obbligo di rinegoziazione, si è osservato come la portabilità e il principio della libera estinzione anticipata dei mutui, abbiano, di fatto, avuto un effetto trainante sulla rinegoziazione stessa.

Le banche, invero, a fronte del rischio di perdere la remunerativität dell'investimento tramite l'adempimento *ante tempus* o il trasferimento del contratto ad altro operatore, se interessate al mantenimento del cliente, saranno indotte alla rinegoziazione pur non essendovi obbligate.

Tuttavia, molti restano i problemi ancora aperti.

Si pensi alle ipotesi in cui il consumatore, per le oggettive difficoltà di adempiere in cui viene a trovarsi, non troverebbe, tramite il meccanismo della portabilità, nessun finanziatore disposto ad erogargli un nuovo mutuo per estinguere il precedente. In questi casi, le banche, sfiduciose nel successo di un eventuale piano di ammortamento, invece che rinegoziare, potrebbero attivare immediatamente le procedure esecutive, o al contrario, nel tentativo di recuperare il danno del ritardato adempimento, prevedere un piano di ammortamento troppo gravoso per il cliente, così pregiudicando definitivamente la possibilità di restituzione della totalità dell'importo erogato.

Né, da tale punto di vista, le c.d. misure anticrisi sembrano aver risolto compiutamente il problema, e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché, salvo l'istituto della sospensione delle rate di mutuo, i cui effetti sul piano di ammortamento sono chiari e prevedibili dal

mutuatario, in tutte le altre misure l'esito dell'operazione è del tutto incerta. Ed invero, la possibilità ora concessa di ancorare il mutuo al tasso bce invece che all'euribor, se assicura una maggiore stabilità della rata, non garantisce tuttavia che l'ammontare della somma da restituire, di fatto, risulti inferiore rispetto a quella che si sarebbe dovuta restituire seguendo il piano di ammortamento originario: essendo difficilmente prevedibile l'andamento dei tassi, altrettanto lo sarà valutare se conviene cambiare indice di riferimento. Lo stesso deve dirsi per ciò che concerne la c.d. rinegoziazione "convenzionata", il cui unico esito è quella di ridurre il peso finanziario del mutuo espresso dalle rate mensili o periodiche fissandolo in una quota fissa. Anche in tali ipotesi, poiché il mutuo resta a tasso variabile, l'entità della somma da restituire continuerà a dipendere dall'andamento dei tassi d'interesse. Del resto, poiché la funzione della c.d. rinegoziazione "convenzionata" è proprio quella di trasformare le più alte rate variabili in più basse e costanti rate fisse, la diminuzione della rata determinerà un allungamento del piano di ammortamento, e dunque, un aumento del montante complessivo degli interessi da restituire, senza contare l'aumento degli interessi conseguente all'applicazione dell'anatocismo sul conto accessorio.

Va da ultimo rilevato che le misure analizzate hanno un ambito temporale piuttosto circoscritto.

Pertanto, una volta scaduti i termini previsti dalle norme in commento, al verificarsi di sopravvenienze perturbative che non si prestino ad essere efficacemente gestite da rimedi caducatori, il mutuatario non potrà che subire interamente il peso della sopravvenienza, evitando di ricorrere ad un rimedio che è peggior del male.

La presa d'atto dell'enorme rilevanza del problema delle sopravvenienze nel mutuo bancario – confermata dall'interesse quasi ossessivo manifestato negli ultimi anni dal legislatore - e allo stesso tempo, la constatazione dell'insufficienza delle misure introdotte a tutelare l'interesse del mutuatario alla manutenzione del vincolo, impone di tornare a studiare le norme generali al fine di verificare se ed in che termini queste possano soccorrere l'interprete al fine di configurare rimedi di tipo manutentivi a tutela del mutuatario.

Parte terza

L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE NEL MUTUO BANCARIO

Premessa.

Nella parte *prima* e *seconda* della presente indagine il problema delle sopravvenienze è stato analizzato con esclusivo riferimento al mutuo bancario, in ragione, da un lato, delle singolari difficoltà che il debitore, in questo contratto, incontra nel rinegoziare i termini dello scambio con l'istituto bancario e, dall'altro, delle implicazioni - anche di ordine sociale ed economico – che viene ad assumere il problema connesso all'eccessiva onerosità delle rate di mutuo.

La tematica delle sopravvenienze, tuttavia, ha una portata significativamente più ampia perché riguarda tutti i contratti che si caratterizzano per una divaricazione tra il momento della stipula e quello dell'esecuzione, ed in misura sempre più rilevante quanto più lungo è l'intervallo tra i due momenti.

Anche in queste ipotesi si pone l'esigenza di chiarire se il contratto debba continuare ad essere osservato alla lettera, nonostante lo scollamento con la realtà di fatto o, viceversa, possa essere disatteso, o ancora rivisto e riadattato alla luce delle nuove circostanze.

La tematica, in termini così generali, sin qui è stata tralasciata ipotizzandosi che il problema delle sopravvenienze nel mutuo potesse trovare adeguate soluzioni all'interno del microsistema risutante dalle liberalizzazioni nel settore bancario e dalle c.d. misure anti-crisi adottate a tutela dei mutui contratti per finalità abitative.

L'analisi condotta nei capitoli precedenti, tuttavia, se ha confermato senz'altro alcune peculiarità che il problema delle sopravvenienze viene ad assumere nel contratto di mutuo, ha mostrato, in pari tempo, l'insufficienza delle soluzioni offerte a risolvere adeguatamente la questione. Ed invero, nonostante i significativi passi avanti per ciò che concerne gli incentivi, per mutuatari e banche, alla rinegoziazione, la possibilità di utilizzare il rimedio in

esame rimane inevitabilmente condizionata dalla disponibilità manifestata dalla banca nel ridiscutere in termini dell'affare; il che comporta un sacrificio delle ragioni del mutuatario in tutti i casi in cui l'istituto bancario, al sopravvenire di eventi che rendano eccessivamente onerosa la prestazione del mutuatario, si rifiuti di rinegoziare.

La constatazione dell'insufficienza delle soluzioni offerte a fornire un'adeguata risposta al problema dell'eccessiva onerosità nel mutuo suggerisce di spostare l'analisi su un piano più generale, al fine di verificare se, alla configurazione di un siffatto obbligo, possa pervenirsi per via interpretativa.

Da un punto di vista metodologico si procederà, dapprima, ad inquadrare in termini generali il problema delle sopravvenienze nel nostro ordinamento, evidenziando i diversi tentativi effettuati per giungere alla configurazione di un obbligo di rinegoziazione.

Successivamente, individuata l'opzione interpretativa che meglio si adatta ad inquadrare l'obbligo in questione, si tornerà ad analizzare il problema dell'eccessiva onerosità nel mutuo bancario, al fine di verificare, per un verso, se la specificità del contratto in questione giustifichi soluzioni differenziate rispetto a quelle individuate come valide per le altre tipologie contrattuali, e, per l'altro, se ed in che misura, i recenti interventi nel settore del credito abbiano inciso sul dibattito relativo alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione nel mutuo bancario e sulla individuazione dei presupposti delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti.

CAPITOLO I

Lo stato del dibattito sull'obbligo di rinegoziazione

1. La disciplina delle sopravvenienze nel codice civile.

Nella dottrina più recente si è fatta strada l'idea secondo la quale, all'insorgere di sopravvenienze perturbative, la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa abbia diritto alla rinegoziazione del contratto nonostante l'assenza di una esplicita previsione in tal senso nelle parti o nella legge[468].

[468] Sul fondamento dell'obbligo di rinegoziazione cfr. R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto,* in *Enciclopedia del diritto,* XL, Milano, 1989; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VII, Torino, 1991, 243 ss.; ID, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, cit.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario*, XVI, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1995, 238 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. GALLO, voce *Revisione del contratto,* in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVII, Torino, 1998, 431 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche* a cura di N. Lipari, 1998, 193; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1998, 619 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 390 ss.; A. DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041 ss.; M. AMBROSOLI, *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale* in *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Padova, 2002, 147 ss.; ID, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, 63; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di* civil *e* common law, Napoli, 2003, 96 ss. 358 ss; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, 467 ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., 722 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; A. D'ANGELO, *La buona fede* in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, XIII, Torino, 2004, 147 ss.; F. GALGANO, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padova, 2004, 646. G. GRISI, *Gli istituti nel diritto privato*, I, Napoli, 2003, 409; MARASCO, *La rinegoziazione e l'interevento del giudice nella gestione del contratto,* in *Contratto e impresa*, 2005, 539 ss; ID, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit.; M. BARCELLONA - M. R. MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione* in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 529 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 216.

Il punto di partenza dei diversi studi in merito al c.d. obbligo di rinegoziazione è la constatazione dell'assenza, nel nostro ordinamento, di adeguati strumenti per fronteggiare le c.d. sopravvenienze contrattuali.

Il codice, invero, nella parte relativa al contratto in generale, considera esclusivamente le sopravvenienze quantitative prevedendo, quale rimedio a carattere generale, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e, per i soli contratti unilaterali, la *reductio ad equitatem.*

L'art. 1467 c.c., in particolare, stabilisce che, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, mentre la controparte potrà evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni contrattuali.

In relazione ai contratti unilaterali, invece, l'art. 1468 c.c., dispone che, ricorrendo i presupposti dell'art. 1467 c.c., la parte che si è obbligata può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità esecutive sufficiente da ricondurla ad equità.

Per ciò che attiene al diverso problema delle sopravvenienze qualitative, non vi è alcuna disciplina di carattere generale, ma solo due disposizioni in tema di appalto.

Si tratta, in particolare, degli art. 1660 e 1661 c.c. che prevedono un diritto all'adeguamento del compenso dell'appaltatore, nell'ipotesi in cui, per eseguire l'opera a regola d'arte, o per soddisfare altrimenti le esigenze del committente, si renda necessario apportare variazioni al progetto originario.

La scelta di prevedere la risoluzione quale unico rimedio a carattere generale contro le sopravvenienze quantitative, e di considerare marginalmente, in relazione ad un singolo tipo contrattuale, il problema delle sopravvenienze qualitative, si spiega con l'esigenza, fortemente avvertita dal legislatore del 1942, di preservare il valore del *vinculum iuris* impedendo che

una parte potesse, successivamente alla stipula, ritenersi vincolata ad un equilibrio dalla stessa sin dall'inizio non consentito[469].

Tale soluzione appariva un portato diretto del principio consacrato all'articolo 1372 c.c. il quale, nel prevedere che il contratto ha forza di legge tra le parti, impedirebbe a ciascuno dei contraenti, successivamente alla stipula, di pretendere la modifica del regolamento già definito.

Ad una simile impostazione fa da sfondo l'idea che ciascun contraente debba rispondere dei rischi connessi alle operazioni negoziale che compie, salvo esonerarsi con apposite clausole preventivamente accettate dalla controparte.

La disposizione di cui all'art. 1372 c.c., in questa prospettiva, avrebbe la funzione di valorizzare al massimo grado l'autonomia negoziale, nel senso che le parti sono libere fino al momento della stipulazione del contratto di prevedere clausole anche finalizzate a fronteggiare gli eventi futuri; ma se tale potere non hanno speso, allora significa che hanno voluto assoggettarsi al rischio derivante dal dato assetto regolamentare[470].

L'imposizione di un adeguamento giudiziale del rapporto, inoltre, nella prospettiva delineata, si scontrerebbe con il principio di intangibilità eteronoma del contratto che, in ossequio al dogma della volontà, impedirebbe al giudice, in assenza di un accordo tra le parti, di intervenire sul regolamento da queste predisposto.

2. Inadeguatezza dei rimedi codicistici: l'esigenza di rimedi manutentivi.

Una simile risposta al problema delle sopravvenienze, tuttavia, è apparsa inadeguata sotto diversi profili.

A parte l'ovvio rilievo che tale disciplina trascura completamente, salvo il caso dell'appalto, il problema delle c.d. sopravvenienze qualitative, si osserva

[469] BARCELLONA-MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, cit., 529.
[470] Cfr. sul punto G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 786 e R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro italiano*, 1981, I, c. 2142.

come la disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta, nei contratti a prestazioni corrispettive, lasci del tutto sprovvisto di tutela il contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, rispetto all'interesse al mantenimento del contratto[471].

Ed invero, stante la struttura *unilaterale* della norma, se la controparte, nella dialettica *dialogica* che presiede l'accordo, rifiuta di accettare la *reductio ad equitatem*, nessuna richiesta in tal senso il contraente "svantaggiato" potrebbe rivolgere al giudice[472].

Più in generale, in fattispecie in cui si auspicherebbe la conservazione del contratto, lo strumento offerto dall'art. 1467 c.c. volge "all'unico rigido esito dello scioglimento del contratto, vanificando attese e calcoli originari dei contraenti"[473].

In altri termini - come è stato efficacemente osservato - il difetto di rispondenza tra "il molteplice empirico e l'art. 1467 c.c."[474] porrebbe "la rigida alternativa fra la cancellazione del contratto difettoso e suo mantenimento nell'assetto difettoso che presenta (mediante la rinuncia al rimedio ablativo)"[475].

A ciò si aggiungono, sia considerazioni di giustizia sostanziale, che sconsigliano di addossare ad uno solo dei contraenti - *sub specie* se questo venga a coincidere con quello più debole - l'eccesso di squilibrio sopravvenuto, sia valutazioni di analisi economica, che inducono a privilegiare l'opzione che consente la traslazione del rischio in capo al soggetto che è maggiormente in grado di assorbirlo o distribuirlo[476].

Da quest'ultima prospettiva, in particolare, si chiarisce che, sotto un profilo strettamente economico, "è certamente più efficiente cercare di

---

[471] Cfr. tra gli altri SACCO, *Il contratto*, cit., 723.
[472] GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 27.
[473] GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 24-25.
[474] GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 26.
[475] Così ROPPO, *Il contratto*, cit., 1044.
[476] GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, cit., 385 ss., spec. 389, 394, 444-445 e, per l'obbligo di risarcimento, 397, 406-407, 417. Anche se, in senso contrario, SICCHIERO (*La rinegoziazione*, cit., 796) osserva come il richiamo all'economia non appaia un criterio idoneo a fondare l'obbligo di rinegoziazione, perché, trattandosi di scelta politica, dovrebbe essere l'economia a chiedere al diritto la regola da applicare.

mantenere in vita il rapporto contrattuale, ancorché con tutte le variazioni necessarie per ricondurlo ad equità, che non giungere puramente e semplicemente al rimedio estremo della risoluzione del contratto"[477].

In considerazione di tali rilievi, la dottrina più recente, pur in assenza di un'esplicita previsione nell'accordo o nella legge, è giunta a configurare un diritto del contraente svantaggiato alla revisione delle condizioni contrattuali.

Una prima linea ricostruttiva, in particolare, ha cercato di dimostrare l'esistenza, nel nostro ordinamento, del principio di adeguamento del contratto, a partire da un'interpretazione sistematica della disciplina generale del contratto e di alcune disposizioni dettate nella parte speciale[478].

Quanto alle norme di carattere generale si richiamano, tra le altre, l'art. 1458 c.c. ove si prevede l'importante eccezione alla regola della retroattività per quel che riguarda le prestazioni già eseguite; l'art. 1432 c.c. ove si consente alla parte non caduta in errore la possibilità di evitare l'annullamento del contratto, adeguandolo alle condizioni volute dalla controparte; l'art. 1430 c.c. che prevede la rettifica quale unico rimedio contro l'errore di calcolo; l'art. 1450 che consente alla parte contro la quale è domandata la rescissione di evitarla proponendo una modifica del contratto sì da ricondurlo ad equità; l'art. 1464 c.c. che sancisce il diritto di ridurre la prestazione in termini corrispondenti alla prestazione della controparte divenuta parzialmente impossibile[479]; l'art. 1467, comma 3 c.c. che attribuisce alla parte cui è domandata la risoluzione la facoltà di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto; l'art. 1468 c.c. che, nei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, consente alla parte obbligata di

[477] ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041-1042. Ma in senso contrario vedi la tesi di POSNER-ROSENFIELD, *Impossibility and related docrtines in contract law: an economic analysis*, cit., 88.

[478] DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit., 27 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1044; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1920, 221 ss., MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 72.; GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 243-244.

[479] Sul punto cfr. in particolare GENTILI, *La risoluzione parziale*, cit., 227, il quale ha sostenuto l'applicabilità in via analogica dell'art. 1464 c.c. anche all'ipotesi di inadempimento parziale, in linea con l'assunto del suo studio che l'intitolazione del capo XIV del codice civile alla "risoluzione" non escluda affatto che la tutela dei contraenti si realizzi anche attraverso l'adeguamento.

chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Quanto alla parte speciale, si richiamano una serie di disposizioni che, pur collocate in contesti normativi eterogenei, sarebbero tutte riconducibili ad una sorta di "macro-ratio"[480], rispondente "all'esigenza dell'ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell'atto di autonomia da cui il regolamento stesso promana"[481].

All'interno di questa macroarea, si distingue ulteriormente tra due categorie. La prima comprendente le disposizioni che "predispongono un'alternativa giuridica rispetto alla vanificazione degli effetti del contratto"[482], incidendo sull'aspetto strutturale (ad. es. la disciplina della determinazione del prezzo nella vendita e nell'appalto o dell'entità nella somministrazione) o su quello funzionale (ad es. la scelta attribuita al compratore di chiedere la riduzione del prezzo invece che la risoluzione del contratto di vendita ex art. 1492 c.c.). La seconda riguardante tutte quelle disposizioni che fissano presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite al fine di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale, prevedendo delle indicazioni precise di ordine quantitativo (ad. es. la disciplina delle variazioni del progetto di appalto, e, in particolare, le variazioni ordinate dal committente ex art. 1661, o ancora la difficoltà o l'onerosità dell'opera appaltata ex art. 1664 c.c.) ovvero rinviando a criteri generali di giustizia sostanziale quali la proporzionalità o l'equità della determinazione affidata al giudice, in mancanza di accordo tra le parti (quali ad es. gli artt. 1660, 1664, 1623, 1710, comma 2 c.c. e l'art. 3, comma 5, l. 18 giugno 1998, n. 192)[483].

---

[480] ROPPO, *Il contratto*, cit., 1044.
[481] MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 72.
[482] MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 72.
[483] MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 73.

L'analisi di tale complesso normativo dimostrerebbe, nella prospettiva considerata, "l'interesse dell'ordinamento per la manutenzione del contratto quale soluzione preferibile rispetto alla vanificazione del vincolo"[484].

Seguendo un percorso metodologico affine, e cioé muovendo dall'analisi dei precisi dati legislativi, è stata poi affermata la vigenza, nell'ambito dei rapporti tra privati di "un principio di proporzionalità, ispirato ai valori costituzionali dell'uguaglianza, della solidarietà e della ragionevolezza, da un lato (quello del versante pubblicistico) (…) e dall'altro (più propriamente privatistico) tendenzialmente preclusivo dell'approfittamento del contraente avvantaggiato dalla situazione di squilibrio contrattuale"[485].

La manifestazione di questo principio assumerebbe una portata financo più generalizzata rispetto a quella che può assumere il principio di adeguamento, superando il ruolo che viene attribuito alla buona fede, per fornire al giudice un parametro di controllo sugli atti di autonomia privata maggiormente vincolante rispetto a quello di correttezza. Secondo tale ricostruzione, la valorizzazione del principio di proporzionalità imporrebbe una nuova lettura della disciplina codicistica delle sopravvenienze volta ad evitare che l'un contraente possa profittare dallo squilibrio sopravvenuto in cui è venuto a trovarsi l'altro.

3. Teorie sull'obbligo di rinegoziazione.

Le ipotesi ricostruttive delineate nel capitolo precedente rappresentano il contesto culturale a partire dal quale si sono sviluppati i diversi tentativi di configurare specifici rimedi manutentivi a favore del contraente svantaggiato

[484] MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti:dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 71; Cfr. pure DE MAURO, *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit., 132 ss.

[485] Così sintetizza efficacemente MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 74. Il pensiero sintetizzato è di F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, XVI, Milano, 1988, 467; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2000, 545; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002, 213 ss.

dalla sopravvenienza e che, di seguito, si cercherà di ricostruire nei loro caratteri essenziali.

Un primo filone d'indagine, in particolare, muovendo dalla rilevanza accordata dal nostro ordinamento al principio di adeguamento del contratto, fa derivare l'obbligo di rinegoziazione da una rilettura della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta alla luce del principio di equità e/o del canone di buona fede.

Dalla prima prospettiva, in particolare, si richiama il disposto dell'art. 1374 c.c. ove si prevede che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi o *l'equità*.

La valorizzazione dell'equità quale fonte di integrazione del contratto, unitamente alla considerazione che "gli artt. 1467 c.c. e 1468 c.c. fanno governo di questa stessa idea di equità programmando procedimenti mediante i quali il contraente troppo onerato potrà sollevarsi da certi effetti iniqui del negozio" ha indotto ad ipotizzare che l'art. 1374 c.c. sia in grado di generare "rimedi equitativi ulteriori rispetto alla risoluzione e alla riduzione"[486]. Più in particolare, secondo questa prospettiva, il richiamo all'equità dovrebbe indurre a ritenere sottintesa in ciascun contratto di lunga durata una clausola implicita che consenta di rimettere alla trattativa dei contraenti la gestione delle sopravvenienze al fine di sostituire il "dato obsoleto e non più funzionale" con quello "aggiornato ed opportuno"[487], senza passare per la risoluzione che "uccide il rapporto contrattuale"[488]. E tale *ratio* equitativa potrebbe spingersi sino a consentire un'interpretazione estensiva dell'art. 1467 al diverso ambito del "rischio qualitativo"[489].

---

[486] SACCO, *Il contratto*, cit., 722.
[487] SACCO, *Il contratto*, cit., 723.
[488] SACCO, *Il contratto*, cit., 723.
[489] SACCO, *Il contratto*, cit., 722: "Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo (…). Stipulato un appalto, le clausole che riguardano i materiali da impiegare nell'opera invecchiano quando il progresso tecnico offra materiali migliori a prezzo uguale, o materiali uguali a prezzo più discreto; la clausola che localizza il luogo del padiglione da edificare invecchia quando la costruzione di una nuova strada ad opera dell'ANAS renda agibile un terreno che finora veniva trascurato; la modifica di un letto di un

Nella seconda prospettiva, invece, l'affermazione dell'obbligo di rinegoziazione è l'esito di un procedimento più complesso. Da un lato, si prospetta che al diritto della parte "avvantaggiata" di richiedere la *reductio ad equitatem* corrisponda l'obbligo dell'altro contraente a rinegoziare le condizioni contrattuali. Dall'altro, si immagina che nei contratti di durata le parti abbiano rinunciato ad allocare il rischio, e detta omissione attivi un "dovere di collaborazione" che, nella specie, consisterebbe nell'obbligo – sanzionabile ex art. 1375 c.c. - di trattare al fine di ripristinare l'aderenza del contratto alla situazione nel frattempo mutata[490].

La rilevanza degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase dell'esecuzione del contratto consentirebbe dunque di risolvere "l'apparente antinomia tra l'obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti così come si esprime nell'atto autonomia"[491]; e ciò sul presupposto che "l'interesse meritevole di tutela sia non tanto quello al preciso adempimento delle obbligazioni contrattuali *tout court*, bensì quello all'esecuzione del contratto come mezzo per realizzare il risultato finale, che finisce per identificarsi con l'interesse dedotto nel contratto"[492].

L'idea di far derivare l'obbligo di rinegoziazione dalle clausole generali è stata criticata sotto diversi profili.

Si evidenzia, in primo luogo, la diversità tra la struttura della norma in esame e il meccanismo dell'obbligo di rinegoziazione; e difatti, mentre la disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta consente solo

---

corso d'acqua suggerisce di ridefinire il progetto del ponte; e così via. In tutti questi casi la risoluzione può rientrare nello spirito – anche se non sempre nella lettera – dell'art. 1467 c.c. La riduzione ad equità assumerà dunque un valore qualitativo più che quantitativo". In senso analogo cfr. pure M. FRAGALI, *Del mutuo, artt. 1813-1822* c.c., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XIX, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1966, 412 ss.

[490] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 147 ss; 316-317; 321-327; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 299; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1046; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit.,143 ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., 686; F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonte di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice)*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, 74 ss.; GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, cit., 381-383.

[491] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 322.

[492] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 325.

alla parte avvantaggiata la possibilità di offrire la riconduzione ad equità dello scambio, la rinegoziazione invece consente anche alla parte svantaggiata di aprire la trattativa per rinegoziare il contenuto del contratto[493]. Sarebbe dunque del tutto contraddittorio che l'ordinamento appresti *ex equitate* o *ex fide bona* "un tale potere bilaterale di rinegoziazione e dunque di riduzione ad equità, che investa quella medesima area della sopravvenienza la cui gestione esso stesso ha, invece, espressamente riservato ad un potere assolutamente unilaterale"[494].

In altri termini, qualunque sia la capacità espansiva che si volesse attribuire all'equità o alla buona fede, non si ritiene – nella prospettiva considerata – che sulla base di essa, o soltanto di essa, "si possa, seriamente, giungere alla radicale disapplicazione di un'espressa previsione normativa"[495].

In secondo luogo non è parsa del tutto "convincente l'equiparazione del «rischio qualitativo» al «rischio quantitativo» sotto la *ratio* dell'art. 1467 c.c., tanto in generale, a misura che impropriamente unifica e unitariamente spiega in termini di equità o buona fede la materia delle sopravvenienze «qualitative», quanto, in particolare, a misura che, data per scontata la riconducibilità di sopravvenienze «qualitative» e «quantitative» ad un medesimo tipo di problema, suppone appropriato in ogni caso il problema dell'obbligo di rinegoziazione"[496].

Con specifico riguardo alla ricostruzione che fonda l'obbligo di rinegoziazione sulla buona fede, inoltre, si evidenzia come, una simile interpretazione condurrebbe ad una doppia forzatura del sistema normativo di gestione delle sopravvenienze.

Forzatura, anzitutto, dell'art. 1467 c.c., in quanto, ammettere un generale dovere di rinegoziare significherebbe sottovalutare la *ratio* della distribuzione, tra contraenti, del potere di risolvere il contratto e, del potere di evitare la

---

[493] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 216.
[494]BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 481.
[495] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 481
[496] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 479.

risoluzione, che è quella di attuare "un dispositivo non altrimenti fungibile senza, però, costringere il creditore ad un sacrificio non preventivato"[497].

Forzatura, in secondo luogo, dell'art. 1375 c.c. perché condurrebbe ad un incongruo ridimensionamento dei problemi che essa è deputata a risolvere, e, soprattutto, in una sottovalutazione della sua specifica efficacia normativa[498].

Nel dispositivo di questa norma, infatti, "la buona fede è deputata a rideterminare essa stessa le nuove condizioni di esecuzione della prestazione che provengano da circostanze sopravvenute e non invece a riattivare nuovamente la volontà dei contraenti perché provvedano a siffatta rideterminazione"[499].

Le difficoltà di desumere l'obbligo di rinegoziazione da un'interpretazione dell'art. 1467 c.c. alla luce dei principi di buona fede ed equità ha indotto parte della dottrina ad impostare in termini diversi il problema della gestione del rischio contrattuale, a partire da un'articolata ricostruzione dei regimi di governo delle sopravvenienze nel sistema italiano.

Si è sostenuto, da tale prospettiva, che nel codice civile siano rinvenibili due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze, quello c.d. consensualistico, delineato dall'art. 1467 c.c. e quello conservativo previsto in tema di appalto dall'art. 1664 c.c. (cui va affiancato, per le sopravvenienze qualitative, anche l'art. 1660 c.c. e 1661 c.c.)[500].

Il primo modello, poiché mira a tutelare le ragioni dell'autonomia individuale, prevede come rimedio generale la risoluzione e, quale unica alternativa alla caducazione del vincolo, una ricostituzione dell'equilibrio contrattuale ascrivibile alla volontà di entrambe le parti: "a quella della parte svantaggiata dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché la modifica delle condizioni contrattuali non fa che ripristinare l'equilibrio da essa sin dall'inizio accettato; ed a quella della parte avvantaggiata, poiché l'incremento

[497] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 224.
[498] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 223 ss.
[499] BARCELLONA-MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, cit., 533.
[500] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 231.

quantitativo della sua prestazione risale alla sua stessa offerta (riduzione ad equità)"[501].

In tale modello, al debitore della prestazione è garantita la congruità dello scambio, ma non la permanenza dell'affare e dunque la profittevolezza degli investimenti ad esso dedicati; le ragioni dell'efficienza economica dunque cedono di fronte alle ragioni di autodeterminazione del creditore[502].

Il secondo modello, invece, trova il referente nell'art. 1664 c.c. che prevede il rimedio dell'adeguamento del corrispettivo in caso di variazioni del costo della manodopera, dei materiali o comunque di altri eventi che rendano notevolmente più onerosa la prestazione di una delle parti.

In questo diverso modello al debitore della prestazione sono garantite "tanto la certezza dello scambio, quanto l'equilibrio sinallagmatico in esso convenuto; mentre il rischio di sopravvenienze che alterino tale equilibrio è integralmente allocato sul creditore della prestazione, del tutto a prescindere dal suo consenso. E la garanzia così accordata al debitore della prestazione trova ragione, essenzialmente, nella tutela degli investimenti preordinati all'esecuzione del contratto e nella incentivazione che essa introduce alla loro effettuazione nella misura economicamente ottimale"[503].

Secondo la ricostruzione in parola, ciascuno di questi modelli si adatta ad un tipo specifico di scambio: quello consensuale ad un tipo scambio puntuale, ovvero uno scambio in cui l'esecuzione non presuppone e non comporta alcuna duratura interferenza tra le sfere patrimoniali; mentre quello conservativo ad un tipo di scambio integrativo, ovvero uno scambio che dà luogo ad una rilevante integrazione tra le sfere patrimoniali dei contraenti o un reciproco condizionamento della loro programmazione economica[504].

Non sfugge tuttavia alla ricostruzione prospettata che i summenzionati modelli ricevono una collocazione assolutamente dispari, essendo il primo

---

[501] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 492.
[502] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 493.
[503] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 493.
[504] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale,* cit., 230-236.

prospettato come disciplina generale del contratto ed il secondo come disciplina speciale di un tipo nominato. Di quì il tentativo "particolarizzare" l'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. e di "generalizzare" la regola contenuta nell'art. 1664 c.c[505] per approdare alla conclusione secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 1467 c.c. non andrebbe considerata come una disciplina generale delle sopravvenienze quantitative, bensì come una disciplina particolare del rischio quantitativo nel solo ambito degli scambi puntuali; viceversa, la disciplina contenuta nell'art. 1664 c.c. andrebbe considerata come una disciplina generale del rischio delle sopravvenienze applicabile alle ipotesi di scambi integrativi, quale che sia il tipo contrattuale prescelto[506].

4. Alcune prime conclusione e la delimitazione del campo di indagine.

Una volta ricostruiti, nei loro caratteri essenziali, i diversi tentativi effettuati in dottrina al fine di configurare un obbligo di rinegoziazione, prima di procedere ad analizzare il problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nel mutuo bancario, risulta preliminare individuare quale, tra le ipotesi segnalate, meglio si presti ad inquadrare, in via generale, l'obbligo in questione.

A ben vedere due sono i percorsi argomentativi seguiti per giungere all'affermazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Una prima linea ricostruttiva si muove all'interno dell'art. 1467 c.c. e cerca di superarne gli stringenti presupposti alla luce del principio di equità o della clausola di buona fede, di guisa da concedere anche alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza il diritto a richiedere la riconduzione ad equità del contratto.

Un seconda ricostruzione, invece, propone un'estensione dell'ambito applicativo dell' articolo 1664 c.c. a tutte le ipotesi di scambio che non si prestino ad essere gestite da un rimedio di tipo caducatorio.

---

[505] Cfr. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 245. Cfr. anche le osservazioni di TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto,* cit., 117 ss.
[506] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale,* cit., 237-240.

Al fine di comprendere quale ricostruzione si renda preferibile risulta opportuno analizzare i diversi profili di criticità che sono emersi nell'analizzare le diverse teorie sul fondamento dell'obbligo di rinegoziazione.

Nel paragrafo precedente, in particolare, si è visto come, la tesi che fonda l'obbligo di rinegoziazione su un'interpretazione equitativa o *ex fide bona* dell'art. 1467 c.c., secondo parte della dottrina[507], si scontrerebbe irrimediabilmente con la lettera dell'art. 1467 c.c. che attribuisce alla sola parte avvantaggiata dalla sopravvenienza la possibilità di ricondurre ad equità il contratto[508].

Contro una simile ricostruzione, in secondo luogo, è stato obiettato essa, ingiustificatamente, opererebbe un'equiparazione tra rischio quantitativo e rischio qualitativo sotto la *ratio* dell'art. 1467 c.c[509].

Da ultimo, con particolare riguardo alla tesi che fonda l'obbligo di rinegoziazione sulla lettura congiunta degli art. 1467 e 1375 c.c., parte della dottrina aveva osservato come tale ricostruzione, da un lato, contrastasse con la *ratio* dell'art. 1467 c.c. e cioè quella di "tutelare il debitore svantaggiato senza però costringere il creditore ad un sacrificio non preventivato"[510], dall'altro, conducesse ad un sottodimensionamento della clausola di buona fede alla funzione di "riattivare la volontà dei contraenti", che invece potrebbe spingersi sino a "rideterminare essa stessa le nuove condizioni di esecuzione della prestazione"[511].

Esaminiamole separatamente.

La prima critica, a ben vedere, prova poco.

Ed invero, se è indubbio che l'art. 1467 c.c. non contempli *expressis verbis* l'obbligo di rinegoziazione, l'insufficienza del dato normativo è precipuamente il punto di partenza da cui muovono tutte le ricostruzioni che

---

[507] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 481.
[508] Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 216. Cfr. in particolare paragrafo 3 del capitolo I di questa *parte*.
[509] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze,* cit., 479.
[510] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 224.
[511] BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale,* cit., 228.

cercano di dare una risposta al problema delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti. A voler considerare esclusivamente la lettera della norma, infatti, dovrebbe concludersi che, salvo il caso dell'appalto e dei contratti unilaterali, non sia possibile concedere al contraente svantaggiato dalla sopravvenienza rimedi manutentivi in caso di eccessività sopravvenuta della prestazione; e pertanto rassegnarsi all'idea che contro quelle sopravvenienze che non possono essere efficacemente gestite da rimedi caducatori, il contraente "svantaggiato" non ha rimedio; il che è alternativa senz'altro plausibile.

Tuttavia, tra seguire un'interpretazione letterale che lasci un vuoto di tutela o proporre un'interpretazione evolutiva che superi la lettera della norma al fine di fornire una risposta ai problemi che essa prende in considerazione ma regola in modo insufficiente, sembra più ragionevole prediligere la seconda opzione.

Tanto più che le tesi criticate, a loro modo, hanno risolto il problema rappresentato dal dato letterale: il richiamo all'equità o alla buona fede, invero, serve proprio a superare il conflitto tra il carattere bilaterale dell'obbligo di rinegoziazione e la struttura unilaterale dell'art. 1467 c.c.

In particolare, dalla prima prospettiva, si sostiene che la *ratio* equitativa ascrivibile alla disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta imponga un'interpretazione antiletterale dell'art. 1467 c.c. c. al fine di impedire che, in spregio alla finalità della norma, il *debitore* cada "in rovina senza una giustificazione completamente sufficiente"[512].

Dalla seconda prospettiva, invece, si osserva come "il rimedio della rinegoziazione (a favore di tutti i contraenti svantaggiati o meno dalla sopravvenienza), in quanto espressione di una norma imperativa dell'ordinamento giuridico, dovrebbe prevalere su quello risolutorio"[513]. Conseguentemente, la parte onerata potrebbe chiedere alla parte avvantaggiata

[512] SACCO, *Il contratto*, cit., 698. Cfr. pure FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 414-415.
[513] MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., 128.

la rinegoziazione del contratto, senza che quest'ultima potrebbe eccepirle di avere, ai sensi dell'art. 1467 c.c. solo il diritto alla risoluzione[514].

Ma a prescindere dagli esiti di tali ricostruzioni, una spinta al superamento del dato testuale viene dalle fonti normative internazionali[515]. I *Principles of International Commercial contracts*, definita l'*hardship* in termini non dissimili dall'eccessiva onerosità sopravvenuta, dispongono all'art. 6.2.3. che la parte svantaggiata abbia diritto a richiedere la rinegoziazione[516]; nello stesso senso depongono i *Principles of European Contract Law* che, all'art. 6.111[517],

---

[514] MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., 128.

[515] Sulla disciplina del mutamento delle circostanze e dell'obbligo di rinegoziazione nei *Principi Unidroit* e nei Principi di diritto europeo dei contratti cfr. BARCELLONA - MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, cit., 539 ss.

[516] L'art. 6.2.3, dei principi *Unidroit* 2004, rubricato "*effetti dell'hardship*" in particolare stabilisce che:

> (1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza giustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.
>
> (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.
>
> (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole ciascuna parte può rivolgersi al giudice.
>
> (4) Il giudice, se accerta ricorrere un'ipotesi di *hardship*, può, ove il caso,
>
> (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire
>
> (b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio".

[517] L'art. 6.111 dei PECL, rubricato "*mutamento delle circostanze*" in particolare dispone che:

> (1) "Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto.
>
> (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto nel caso in cui:
>
> (a) il mutamento delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto.
>
> (b) il mutamento delle circostanze non fosse una possibilità suscettibile ragionevolmente di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto e
>
> (c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare.
>
> (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in tempo ragionevole, il giudice può:
>
> (a) (sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà
>
> o
>
> (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite ed i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze.

che, per il caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, prevedono l'obbligo per le parti di intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto.

Quanto alla seconda critica, invece, sebbene sia indubbio che la multiforme fenomenologia cui possono manifestarsi le sopravvenienze possa richiedere risposte differenziate a seconda della tipologia di sopravvenienza e che, da tale punto di vista, la natura dello squilibrio certamente assume rilievo, ciò tuttavia non esclude che, in alcune ipotesi, una sopravvenienza di tipo qualitativo possa esigere una risposta identica ad una di tipo qualitativo. Del resto, non può non osservarsi come la stessa dottrina da cui proviene l'obiezione propone due distinti modelli di gestione delle sopravvenienze, fondati, non già sulla natura, qualitativa o quantitativa della sopravvenienza, bensì sulla tipologia (puntuale o integrativa) dello scambio[518].

A ben vedere, del resto, se proprio si volesse escludere il problema della sopravvenienze qualitative alla disciplina dell'art. 1467 c.c., dovrebbero richiamarsi non tanto le differenze ontologiche tra rischio quantitativo e rischio qualitativo, quanto la formulazione dell'art. 1467 c.c. i cui presupposti applicativi non si prestano a definire la soglia di rilevanza della sopravvenienza qualitativa. Ma sul problema non si dirà oltre perché la disciplina delle sopravvenienze qualitative esula da questa indagine.

Non appaiono decisive, da ultimo, nemmeno le critiche manifestate contro la tesi che fonda su una lettura congiunta dell'art. 1467 c.c. e 1375 c.c. l'obbligo di rinegoziazione; e cioè, per un verso, l'idea che la *ratio* dell'art. 1467 c.c. sia irriducibile all'obbligo di rinegoziazione e, per l'altro, che fondare sulla buona fede l'obbligo di rinegoziazione determini una sottovalutazione dei problemi che essa è deputata a risolvere.

In particolare – quanto al primo argomento – ponendo mente al risultato che l'art. 1467 c.c. intende conseguire, prima ancora che alla risposta in

---

Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare il risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare le trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza".

[518] BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 491 ss. e BARCELLONA - MAUGERI, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, 533 ss.

concreto fornita, ne risulta che la disciplina sull'onerosità sopravvenuta miri, non tanto a liberare i contraenti da un vincolo non più gradito, quanto piuttosto a porre rimedio ad un'alterazione del sinallagma contro uno squilibrio rilevante tra prestazioni. In relazione a questo specifico bisogno, il legislatore ha fornito una medesima risposta – risoluzione del contratto – a situazioni diverse, e cioè quella in cui la sopravvenienze possa essere efficacemente risolta attraverso un rimedio di tipo ablativo e quella in cui, in considerazione del tipo di contratto e di sopravvenienza, un rimedio caducatorio è inutile o dannoso. Al fine di correggere l'irragionevole scelta, dunque, sembra preferibile considerare l'art. 1467 c.c. per risultato che ha di mira e solo incidentalmente per le modalità e gli strumenti apprestati a tal fine[519].

Il secondo argomento, invece, prova troppo: se infatti si suppone che la clausola di buona fede possa "rideterminare essa stessa il contenuto del contratto", a *fortiori* dovrà ammettersi che siffatta clausola possa attivare un dovere di collaborazione tra parti. Il *più* infatti non può che comprendere il *meno.*

Non vi è, dunque, alcun ostacolo di ordine concettuale che impedisca di configurare un obbligo di rinegoziazione a partire da una interpretazione evolutiva dell'articolo 1467 c.c. secondo buona fede o, se si preferisce, secondo equità.

Passando all'esame della diversa interpretazione che propone una restrizione dell'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. a tutte le ipotesi di scambio puntuale e viceversa un'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. alle ipotesi di scambio integrativo, vanno segnalati almeno due profili di criticità che, nonostante l'importante intuizione che sorregge l'impianto argomentativo della ricostruzione - e cioè l'idea che è tipologia dello scambio a dover indirizzare la scelta del rimedio esperibile - sconsigliano di condividerne le conclusioni.

[519] In tal senso già MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., 124.

Suscita perplessità, in primo luogo, l'idea di particolarizzare l'ambito applicativo dell'art. 1467 c.c. e di generalizzare l'art. 1664 c.c., posto che la prima è una norma di carattere generale e la seconda invece, non solo è dettata per un tipo contrattuale specifico – l'appalto – ma è altresì circoscritta a stringenti presupposti applicativi.

Da un punto di vista metodologico, in particolare, si contesta che dall'interpretazione di una disposizione di carattere particolare si faccia derivare una regola generale cui sussumere fattispecie che, salvo assomigliarsi per la tipologia di scambio cui danno luogo, sono significativamente differenti tra loro.

Del resto, se l'intento è quello di applicare l'art. 1664 c.c. a fattispecie che presentano identità di *ratio* se ne dovrebbe proporre un'interpretazione analogica; giammai invece attribuirgli una valenza generale che invece è categoricamente esclusa dalla sua formulazione e dalla sua collocazione sistematica[520].

In altri termini, per quanto si voglia forzare il dato normativo e fornire un'interpretazione sistematica ed evolutiva delle diverse disposizioni che prendono in considerazione il problema delle sopravvenienze, un dato dovrebbe rimaner fermo, e cioè che le uniche norme che, in via generale, regolano la materia sono gli artt. 1467 e 1468 c.c. È da queste disposizioni, dunque, che deve partire ogni tentativo di rilettura del *sistema delle sopravvenienze.*

In secondo luogo, non convince - nella sua generalizzazione - l'idea che scambi puntuali siano sempre efficacemente gestiti da modelli di gestione delle sopravvenienze caducatori, mentre quelli integrativi da modelli manutentivi.

In particolare, se appare corretto affermare che sopravvenienze intervenute su un assetto di interessi raggiunto attraverso specifici investimenti e profonda

[520] Esclude che si possa desumere da disposizioni contingenti dettate per singoli tipi contrattuali "un meccanismo operativo idoneo a costituire un nuovo istituto che disciplini senza limiti il «diritto» e il correlativo «obbligo» alla rinegoziazione" SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 779. In senso analogo MANIACI nel *Commento* a Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Contratti*, 2001, 164; cfr. pure TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto*, cit., 123-124.

integrazione tra sfere patrimoniali, siano più efficientemente gestite da rimedi di tipo manutentivo, non sembra corretto affermare l'inverso e cioè che l'art. 1467 c.c. sia rimedio sempre adeguato per gli scambi puntuali. E l'esempio è offerto proprio dalla materia dei mutui ipotecari contratti per finalità abitative. Tale tipo contrattuale, infatti, pur non presupponendo investimenti specifici da parte dei contraenti, e pur non determinando significative integrazioni tra sfere patrimoniali, purtuttavia, in caso di sopravvenienze, non si presta ad essere regolato da un modello consensualistico, posto che la risoluzione porrebbe il mutuatario in una posizione ancora peggiore di quella in cui viene a trovarsi per effetto della sopravvenienza.

Se dunque la ricostruzione prospettata si contraddice per una sola ipotesi allora non può essere considerata valida per tutte e dunque per altra via deve ricercarsi il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione.

CAPITOLO II

Eccessiva onerosità sopravvenuta e obbligo di rinegoziazione nel mutuo bancario.

1. Le sopravvenienze nei contratti di mutuo bancario.

In questa sede non s'intende analizzare la complessa tematica se, in presenza di sopravvenienze giuridicamente rilevanti, *de iure condito*, la rinegoziazione possa essere considerata un modello alternativo e di pari rango rispetto alla risoluzione.

La soluzione della questione, invero, richiederebbe uno studio monografico sul tema, che tenesse conto della specificità – delle quali in parte si è dato atto – dei singoli tipi contrattuali e delle diverse esigenze che si possono venire a manifestare nelle varie tipologie di scambio.

Proseguendo lo specifico ambito di indagine, invece, ci si pone il più limitato obiettivo di verificare se, nella specifica materia dei mutui contratti per l'acquisto della prima casa, possa porsi, in presenza di dati presupposti, un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca; il che consente, da un lato, di limitare il discorso al problema delle sole sopravvenienze quantitative, dall'altro, di focalizzare l'attenzione sulla tipologia di problemi che è necessario risolvere allorquando a divenire eccessivamente onerosa è la rata del mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale.

Le considerazioni svolte nel capitolo precedente inducono a prendere le distanze da qualsiasi tentativo volto ad erigere il dispositivo specifico previsto per un dato tipo contrattuale a principio generale di gestione del rischio e, al contrario, rafforzano la convinzione che ogni tentativo di costruzione di un modello di gestione delle sopravvenienze non possa prescindere dal dato normativo degli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c. ovi si regola, in via generale, la materia; in secondo luogo, avvertono circa la necessità di arricchire l'indagine sui modelli di gestione del rischio contrattuale di un ulteriore elemento di

valutazione, rappresentato dal bisogno che il tipo contrattuale toccato dalla sopravvenienza è destinato a soddisfare.

Pertanto, al fine di individuare il più adeguato modello di gestione delle sopravvenienze nei mutui bancari contratti per finalità abitative dovrà aversi riguardo, non solo e non tanto alla natura dello scambio, ma anche e soprattutto a ciò che i contraenti tipicamente intendevano conseguire nello stipulare il dato contratto.

La valorizzazione del bisogno – l'esigenza abitativa - che induce il mutuatario alla stipula del contratto permette di evidenziare, sotto un profilo diverso rispetto a quelli già analizzati, l'insufficienza del rimedio risolutorio a fronteggiare il problema dell'eccessiva onerosità dei mutui.

In particolare: la risoluzione del contratto appare inadeguata a tutelare l'interesse del contraente svantaggiato non solo perché, in tal modo, il mutuatario si vedrebbe costretto ad un'anticipata e non preventivata restituzione del *tantundem*, ma anche perché, essendo il mutuo finalizzato al pagamento dell'immobile, la restituzione anticipata della somma pregiudica in via definitiva la possibilità far fronte al regolare pagamento delle rate dell'immobile e dunque, in ultima analisi, il diritto a conseguire la proprietà dell'abitazione.

Sulla base di tali considerazioni, già negli anni novanta, in occasione dell'eccezionale svalutazione monetaria dei mutui indicizzato in *ecu* e della vicenda dei mutui c.d. sopravvenuti usurari per superamento del tasso soglia fissato dalla legge 7 marzo 1996, n. 108, la dottrina era giunta a configurare un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca a partire da una valorizzazione delle norme costituzionali che prendono in considerazione la finalità abitativa.

A tal fine si era richiamato, in primo luogo, l'art. 41 della Costituzione il quale porrebbe in stretta relazione il principio di autonomia privata consacrato dall'art. 41, comma 1 – all'epoca invocato dall'ABI al fine di escludere la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca - con "l'immanente limite della «utilità sociale», assunta nel suo significato minimo di «tutela delle posizioni economiche più deboli»", in questo caso il

mutuatario, e con l'art. 47 Cost. laddove tutela l'accesso privato alla proprietà dell'abitazione[521].

Secondo questa interpretazione, l'"esplicito collegamento posto nel disegno costituzionale tra la formazione del risparmio delle famiglie e l'accesso alla proprietà dell'abitazione induce a prendere atto che la norma dell'art. 47, ancor prima dei significati che può assumere - ove se ne colga il collegamento con gli artt. 41, comma 2, 3, comma 2 e 42, comma 2 Cost., nonché, in una prospettiva intesa a considerare l'accesso alla proprietà (o comunque alla fruizione) della casa in termini *latu senso* retributivi, con l'art. 36, comma 1, della stessa Costituzione – abbia come destinatari i cittadini-piccoli risparmiatori che intendono e siano in grado di accumulare una somma sufficiente a coprire un'unica soluzione o nel tempo del prezzo dell'alloggio"[522]; tale tutela si tradurrebbe nella garanzia di modalità di pagamento sostenibili dal mutuatario sicché "potrà dirsi davvero favorito (secondo la dizione dell'art. 47) l'accesso al bene casa, quando l'incidenza della relativa spesa (rata del mutuo o fitto) scenda a livelli più sopportabili"[523].

I suesposti rilievi inducono ad affermare l'esistenza di un diritto potestativo del mutuatario alla rinegoziazione, diritto che, lungi dall'incidere sul principio di autonomia negoziale e di libera iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost. rappresenterebbe la traduzione nella "categoria civilistica del diritto potestativo della precettività del complessivo quadro costituzionale sopra indicato (artt. 41, comma 2; 3, comma 2; 36, comma 1; 42, comma 2) nella direzione della finale tutela dell'interesse economicamente più debole ad accedere alla proprietà della casa ed espresso (…) dall'art. 47"[524].

In tale prospettiva, l'affermazione della "soggezione della banca alla rinegoziazione del mutuo" poiché effetto della precettività del dettato costituzionale, non avrebbe nemmeno bisogno della mediazione di clausole generali[525].

---

[521] TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, cit., 92.
[522] TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, cit., 93.
[523] N. LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, 411.
[524] TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, cit., 95-96.
[525] TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, cit., 96.

Tale ricostruzione ha senz'altro il merito di aver isolato, all'interno della complessa tematica delle sopravvenienze, il problema che viene a porsi allorquando la straordinaria alterazione del sinallagma venga a manifestarsi, a danno del debitore, nei contratti di mutuo stipulati per l'acquisto dell'abitazione principale. Poiché in tal caso il contratto è destinato a soddisfare un bisogno primario del mutuatario, non consentire al soggetto svantaggiato dalla sopravvenienza la possibilità di esperire rimedi manutentivi equivarrebbe a privarlo di una qualsivoglia tutela in tutte le ipotesi, invero frequenti, in cui il mutuatario non sia in grado di sopportare il trauma della risoluzione.

L'aver correttamente inquadrato la materia in esame nell'alveo dell'art. 47 della Costituzione, inoltre, fornisce un'ulteriore indicazione all'interprete, nel senso di prediligere quella lettura che si ponga in conformità con il dettato costituzionale; il che equivale ad escludere quell'opzione ermeneutica che, per quanto suggerita dal dato normativo, lasci il mutuatario sfornito di una tutela che la Costituzione impone.

La specificità dei problemi che vengono a porsi allorquando si tratti di rinegoziare la rata del mutuo bancario risulta confermata dall'analisi condotta in merito ai recenti provvedimenti in materia di mutui ipotecari.

Dall'esame di tale complesso normativo è emerso, in primo luogo, come le relazioni contrattuali che vengono ad instaurarsi tra banca e mutuatario siano improntate da una forte asimmetria contrattuale; il che consente alla banca, per un verso, di acquisire l'intero *surplus* della rinegoziazione eventualmente attivata dal cliente e, per l'altro, qualora la sopravvenienza venga a prodursi nella sfera giuridica della banca stessa, di traslare sul debitore gli effetti negativi connessi al costo del denaro.

Di quì l'intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli che impediscono una libera rinegoziazione. Si pensi, ad esempio, alla nuova disciplina dello *ius variandi*, con la quale si è cercato di frenare la prassi degli istituti di credito di trasferire sull'utente finale tutti i sopravvenuti costi dell'attività bancaria. O, ancora, alla generalizzazione del divieto di penali o clausole vessatorie, con la quale si è inteso, da un lato, restituire al mutuatario

la libertà di rivolgersi al mercato in cerca di alternative adeguate alle sopravvenute esigenze e, dall'altro, colmare il *deficit* di potere contrattuale nel rinegoziare i termini dello scambio.

Un secondo dato che è emerso nell'analizzare i nuovi interventi nel settore del credito è il chiaro *favor* legislativo per l'esigenza di manutenzione del contratto.

E ciò è vero non solo per quei rimedi che privilegiano la prosecuzione del rapporto con *il partner* originario (la rinegoziazione libera, la c.d. rinegoziazione "convenzionata", la sospensione delle rate, l'accollo delle rate da parte dello Stato, etc.) ma anche per quelle misure, quali la portabilità, che determinano un'estinzione del primo rapporto.

Invero, nonostante l'idea, con insistenza sostenuta, che la portabilità dia luogo ad una vicenda costitutivo-estintiva, ciò tuttavia non impedisce di considerare l'istituto in parola come uno strumento che privilegia l'interesse al contratto piuttosto che al suo scioglimento, posto che la sostituzione della controparte e la rinegoziazione del contratto con il nuovo finanziatore sono funzionali a garantire il conseguimento dell'utilità che il mutuatario si riprometteva di ottenere con il primitivo vincolo.

Del resto, come è stato chiaramente evidenziato, la portabilità ha avuto un "effetto trainante" sul capitolo della rinegoziazione. Ed invero, "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"[526].

Pare dunque corretta la conclusione secondo cui i recenti provvedimenti legislativi in materia di mutui ipotecari contribuiscano "a rafforzare l'autorevole ricostruzione dottrinale favorevole alla sussistenza nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione"[527].

Il legislatore, in altri termini, avrebbe "tratto ispirazione dalla prassi, riconoscendo l'utilità sociale di un rimedio manutentivo, non ablativo al punto da imporne l'utilizzo". Pertanto, anche se permangano ancora dubbi circa la piena assimilazione delle ricontrattazioni introdotte dalle nuove norme al

[526] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 753.
[527] FAUSTI, *La «rinegoziazione» del mutui*, cit., 773.

concetto tecnico di rinegoziazione, dovrebbe quantomeno riconoscersi che sia stato lanciato un segnale non trascurabile nel segno di un "evoluzione del diritto interno verso le codificazioni internazionali più avanzate"[528].

2. Se il rimedio della *reductio ad equitatem* sia esperibile dal mutuatario.

Una volta esclusa l'opzione ermeneutica che, in aderenza alla lettera della norma, impedisce al mutuatario di attivare la *reductio ad equitatem*, in considerazione, da un lato, del rilievo attribuito dalla Costituzione alla tutela del risparmio quale mezzo di conseguimento della proprietà dell'abitazione, e, dall'altro, del *favor* legislativo manifestato nei confronti di un modello *conservativo* di gestione delle sopravvenienze, si tratta di individuare quale, tra le ricostruzioni prospettate, meglio si presti a fondare un obbligo di rinegoziazione in capo al mutuante.

A tal fine, conviene prendere le mosse dalla disposizione di cui all'art. 1468 c.c., il cui dato normativo si presenta assai meno ostile rispetto all'art. 1467 c.c. ad un'interpretazione orientata verso la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione. Ed invero, a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 1467 c.c., l'art. 1468 c.c. espressamente attribuisce alla parte colpita dall'eccessiva onerosità il diritto di chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione, sufficienti da ricondurla ad equità[529]; diritto al cui cospetto non può che stare l'obbligo della controparte alla rinegoziazione[530].

---

[528] FAUSTI, *La «rinegoziazione» del mutui*, cit., 773.

[529] Ritengono che il rimedio di cui all'art. 1468 c.c. sia esperibile dal mutuatario, FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 412 ss; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, Torino, 1999, 480 secondo il quale l'art. 1468 c.c. trova applicazione solo in presenza di un mutuo feneratizio allo scopo precipuo di ricondurre ad equità la controprestazione relativa al pagamento degli interessi; R. MICCIO, *Dei singoli contratti e della altre fonti delle obbligazioni*, Torino, 1959, 119; U. NATOLI, *I contratti reali: appunti dalle lezioni*, Milano, 1975, 151-152; L. BIGLIAZZI-GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, A. LUMINOSO, U. NATOLI, *Obbligazioni e contratti*, XXIII, Torino, 1992, 582 ritengono esperibile la *reductio ad equitatem* anche per far fronte all'eccessiva onerosità della prestazione restitutoria. In questo senso l'art. 1468 c.c. viene visto come lo strumento idoneo a legittimare non già una riduzione del *quantum* dovuto, bensì una modificazione delle modalità di restituzione del *tantundem*. Secondo altri autori (A. CERVINI, *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realità e presupposizione*, in *Giustizia civile*, 1996, II, p. 327 ss; DI MARZIO F., *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo*

Ove si riuscisse a dimostrare che il rimedio di cui all'art. 1468 c.c. è esperibile anche dal mutuatario l'indagine potrebbe dirsi senz'altro conclusa, perché la concessione del rimedio manutentivo completerebbe il sistema delle tutele attivabili dal mutuatario.

Tale soluzione tuttavia presenta talune difficoltà posto che la disposizione fa esclusivo riferimento ai contratti unilaterali, nella cui categoria non è pacifico rientri il mutuo.

Si tratta dunque di chiarire se il mutuo vada qualificato come contratto con obbligazioni a carico di una sola parte (con conseguente applicazione dell'art. 1468 c.c.) o, al contrario, contratto a prestazioni corrispettive (invece soggetto al regime dell'art. 1467 c.c.).

2.1. Se il mutuo possa essere considerato un contratto unilaterale.

La difficoltà di definire la struttura del contratto di mutuo si era posta già sotto il vigore codice abrogato, il quale, pur non disciplinando i contratti a prestazioni corrispettive, conosceva l'omologa categoria dei contratti bilaterali che l'art. 1099 del codice del 1865 identificava in quelli in cui "*i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri*".

L'idea che il contratto di mutuo restasse fuori dalla categoria dei contratti "bilaterali" discendeva dall'adesione alla concezione, all'epoca dominante, secondo cui un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale non potesse essere, al tempo stesso, atto esecutivo e dunque prestazione[531]; pertanto, una volta inquadrato il mutuo tra i contratti reali e dunque "assorbita"

---

indicizzati all'ECU, cit., 1105), il mutuo, sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito – in quanto contratto con obbligazioni a carico di una sola parte – si sottrae completamente all'applicazione dell'art. 1467 c.c. per essere regolato esclusivamente dall'art. 1467 c.c.; U. MINECCI, *Sopravvenienza del mutuo in ECU e dovere di buona fede* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2000, II, 194 ss., a commento di Trib. Roma, 22 maggio 1998.

[530] In tal senso sembra orientato anche MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 292 ss. Ma cfr. le osservazioni di BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 219 in relazione all'ipotesi di *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, comma 3.

[531] E. BETTI, *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, 152, nt. 36.

la consegna nel momento perfezionativo del contratto, si concludeva che mutuante non avesse alcuna obbligazione.

Di qui la conclusione che il mutuo fosse un contratto unilaterale con conseguente inapplicabilità di tutti i rimedi che presupponevano la sinallagmaticità del rapporto[532].

Al fine di evitare una simile conseguenza, parte della giurisprudenza era giunta a configurare anche in capo al mutuante un'obbligazione, consistente nel lasciar godere le cose o la somma di denaro al mutuatario per il tempo previsto nel contratto, in modo da fare rientrare anche il mutuo nella definizione di cui all'art. 1090 cod. abr[533].

Da altra prospettiva, ma nella medesima direzione, la dottrina elaborò delle formule più elastiche di contratto bilaterale che superassero il dato normativo, al fine di comprendere nella definizioni di cui all'art. 1099 ogni scambio che importasse "reciproche o indipendenti alienazioni (intesa questa parola in

---

[532] Cfr. sul punto R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, 1933, Milano-Messina, 410-411: "Le obbligazioni che nascono sono *ex uno latere*, cioè tutte a carico del mutuatario, trattandosi pur qui di contratto unilaterale. Deve ripetersi pel mutuo quanto s'è di sopra osservato circa il comodante, che non può, prima del tempo debito domandar la restituzione; ne influisce punto sulla unilateralità il patto degli interessi, che se mai aggiunge una seconda obbligazione a carico del mutuatario e non crea al mutuante la posizione di obbligato.
È dunque da dichiarare inapplicabile a questo contratto la condizione risolutiva tacita dell'art. 1165 c.c.: perché il mutuante possa ad es. in un mutuo fruttifero domandar l'anticipata restituzione del capitale se il mutuatario indugi nel pagamento di interessi, o in un mutuo da restituirsi a rate la decadenza dal beneficio del termine per indugio nella solutio di una delle rate occorre un patto speciale". Per una critica a tale ricostruzione cfr., tra gli altri, U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., 125-126.

[533] Cfr. sul punto G. OSTI, voce *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano*, sezione civile, IV, Torino, 1959, 492-493: "vigendo il codice del 1865, c'era il problema già accennato della risolubilità del mutuo quando il mutuatario non pagasse regolarmente gli interessi, problema, che si sentiva di non poter risolvere in modo diverso da come lo risolveva l'articolo 1165 per i contratti bilaterali, senza una sostanziale ingiustizia: sicchè la nostra giurisprudenza, antivenendo i tentativi di ricostruzione dommatica (…) ne fu sospinta a sottoporre a critica la tesi tradizionale sulla natura del contratto, cercando di dimostrare che dal contratto reale (di comodato o di mutuo) non sorge semplicemente l'obbligazione di restituire la cosa (cosa determinata o quantità di cose), a carico di colui che la riceve, bensì anche, e necessariamente, a carico di chi dà la cosa, l'obbligazione di lasciare la cosa (o la quantità di cose) a disposizione del ricevente per il tempo determinato dal contratto, o per quello necessario alla scopo di utilità, per cui la cosa fu consegnata (o data). E, parve, altresì, che da una tale ricostruzione fornissero appoggio testuale le disposizioni degli articoli 1815 e 1825 (del codice del 1865), la prima delle quali, in tema di comodato, affermava che «il comodante non può ripigliare la cosa data a prestito, fuorché decorso il termine convenuto, ecc.», la seconda, in tema di mutuo, negava al mutuante il diritto di domandare le cose prestate prima del termine convenuto."

senso molto più ampio e quindi comprendente anche le prestazioni di fare o non fare) d'ambo le parti"[534].

Con il nuovo codice, come è noto, la situazione è stata semplificata, evitando il legislatore di fornire distinzioni di carattere generale tra le diverse tipologie di contratto e limitandosi ad individuare la nozione di contratto a prestazioni corrispettive (cfr. 1406 c.c., 1453 c.c., 1463 c.c., 1467 c.c.).

L'influsso delle classificazioni tradizionali non mancò, tuttavia, di condizionare la dottrina immediatamente successiva alla promulgazione del codice, la quale continuò a sostenere che l'espressione contratti a prestazioni corrispettive equivalesse a quella di contatto bilaterale[535]e dunque che tra il termine prestazione quale contenuto o oggetto dell'obbligazione e l'espressione prestazione corrispettiva vi fosse perfetta equivalenza.

Da tale prospettiva, si sostenne che la vera ragione per la quale il codice avrebbe sostituito l'espressione contratto bilaterale con quella di contratto a prestazioni corrispettive andasse ravvisata nell'esigenza di evitare equivoci, posto che di unilateralità e di bilateralità si parla anche in relazione al negozio giuridico per caratterizzare la struttura dell'atto e non la configurazione del rapporto consequenziale[536].

---

[534] M. ALLARA, *Le prestazioni in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario di Palermo*, vol. XIII, 1929, 75 nota 1.

[535] Cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, 196 ss. in part. 198 ove si afferma che: "La distinzione tra contratto con prestazioni corrispettive e contratto con prestazioni a carico di una sola parte è, nel pensiero del nuovo legislatore, l'equivalente della distinzione fra contratto *bilaterale* (o sinallagmatico) e contratto *unilaterale* che era propria del codice del 1865 (artt. 1099-1100). Infatti, gli articoli del nuovo codice sopra richiamati, hanno sostanzialmente il loro parallelo negli artt. 1165 e 1469 del codice abrogato, i quali erano propri ed esclusivi dei contratti bilaterali.
I nuovi articoli sono, dunque, l'equivalente degli artt. 1165 e 1469. Essi (…) sarebbero emendati da un difetto, che si imputava al concetto di contratto bilaterale; ed era questo: di lasciar fuori le figure di contratto nelle quali, pur non essendovi obbligazioni da ambo le parti, vi fossero prestazioni corrispettive (tale, ad es., il contratto che importa la rinunzia a un diritto, o che implica lo scioglimento di un vincolo giuridico)".

[536] MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., 198: "La ragione della nuova terminologia adottata al riguardo dal nuovo legislatore va cercata, verosimilmente, nell'intento di evitare l'uso dei termini «unilaterale» e «bilaterale» riferiti *al contratto*: uso, che poteva condurre ad equivoci, visto che i due medesimi termini si adoperano *con portata diversa*, con riferimento al *negozio giuridico*. Richiamandosi al rapporto tra le prestazioni – come ha fatto il nuovo legislatore – si evitano quei termini e si rende in modo adeguato il contenuto dei due accennati tipi di contratto". In senso analogo E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, 237-238: "La nuova terminologia è stata usata per evitare gli equivoci che possono nascere dall'uso dei termini «bilaterale» e «unilaterale», che

Tale posizione fu superata dalla dottrina di poco successiva, la quale, una volta scomparso l'impedimento formale dell'art. 1099 cod. abr. ed una volta acquisita l'efficacia reale del mutuo, non ebbe difficoltà a dimostrare che il termine prestazione che ricorre nel contratto a prestazioni corrispettive avesse un significato diverso rispetto a quello che lo stesso assume nell'accezione di oggetto o contenuto dell'obbligazione[537].

La nozione di prestazione, nel contesto della disciplina sui contratti a prestazioni corrispettive, andrebbe intesa, dunque, non già in senso tecnico come contenuto dell'obbligo, e dunque come comportamento del debitore finalizzato al soddisfacimento del diritto del creditore, bensì come attribuzione, vale a dire come risultato cui tendono i contraenti.

In altri termini, volendo sintetizzare le diverse posizioni, pur nella varietà delle soluzioni adottate, l'esito più rilevante di tale percorso è l'idea che la corrispettività stia ad indicare "una relazione di scambio tra due attribuzioni patrimoniali legate da un vincolo di causalità giuridica, in un nesso di reciprocità tra le utilità o tra i risultati che le parti intendono conseguire tramite il contratto, in uno scambio (tuttavia inteso in senso giuridico, non economico) implicante un duplice trasferimento di beni o di servizi attuato tramite uno strumento negoziale, in una reciprocità di attribuzioni e di sacrifici patrimoniali correlativi od in una assai generica e scarsamente significativa esistenza di obbligazioni poste in funzione reciproca e corrispettiva" traenti origine dalla medesima fonte e aventi carattere principale"[538].

---

non stanno a contrassegnare né il numero delle parti contraenti, né le dichiarazioni di volontà (che nel contratto sono sempre due), ma valgono a caratterizzare gli *effetti* nascenti dal contratto, e cioè il *numero delle prestazioni* (e delle obbligazioni), che scaturiscono dal rapporto contrattuale.
Il contratto a prestazioni corrispettive è contraddistinto dal fatto che ciascuna delle parti è tenuta ad una prestazione, per cui vi sono due obbligazioni contrapposte, le quali funzionano con un nesso di corrispettività ed interdipendenza (collegamento c.d. sinallagmatico). Perciò ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, senza che sia dovuta la prestazione dell'altra: l'una è il presupposto indeclinabile dell'altra. "

[537] G. SCALFI, *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1958, 452-495.

[538] Tale sintesi delle diverse nozioni di corrispettività è di L. BIGLIAZZI-GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XI, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 9. Per l'analisi delle singole posizioni cfr. G. SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, 57; P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura*

Una volta chiarito che la nozione di prestazione va intesa, non come comportamento del debitore finalizzato al soddisfacimento del diritto del creditore, ma come risultato cui tendono i contraenti, ne risulta che tra i contratti con attribuzioni patrimoniali corrispettive vanno inclusi anche i contratti reali, nei quali la consegna si pone come elemento perfezionativo della fattispecie e non come contenuto dell'obbligo.

Tale conclusione è stata sostenuta anche dalla dottrina più recente la quale è giunta a tale risultato, sostenendo la natura bilaterale del contratto di mutuo, in adesione all'idea che formazione ed esecuzione del contratto, pur essendo momenti logicamente distinti, non abbiano tuttavia contrapposizione logica necessaria[539]; e dunque nulla osterebbe a che un elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale rappresenti, al tempo stesso, prestazione, vale a dire oggetto del contratto.

Se dunque, ai fini della qualifica di un contratto come sinallagmatico, ciò che rileva è il nesso di corrispettività che viene a crearsi tra attribuzioni o tra risultati[540], ne deriva che il mutuo ad interesse va qualificato come contratto a prestazioni corrispettive perché all'obbligazione di corrispondere gli interessi si contrappone sinallagmaticamente l'attribuzione patrimoniale già realizzata a favore del mutuatario mediante la consegna[541].

Tale conclusione non è stata tuttavia ritenuta ancora sufficiente[542] da alcuna dottrina escludendosi che, la consegna, da un lato, e la restituzione del *tantundem* dall'altro, potessero essere considerate come gli estremi di un rapporto sinallagmatico; esse, al contrario, rappresenterebbero i presupposti per attuare lo schema economico-giuridico del contratto di mutuo, consistente per l'appunto nel garantire la materiale fruizione di un capitale per un certo

---

civile, 1959, 1275-1276; F. REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento* in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965, 222, nota 4; M. DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1948, 48; A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto*, Padova, 1963, 159.

[539] SIMONETTO, voce *Mutuo***,** cit., 2.

[540] In tal senso R. CRISTOFARI, *Mutuo e risoluzione del contratto*, Milano, 2002, 138.

[541] CRISTOFARI, *Mutuo e risoluzione del contratto*, cit., 138.

[542] PINO, *Il contratto a prestazioni corrispettive*, cit.; Si vedano inoltre gli autori citati in L. NIVARRA – G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 86 ss.

periodo di tempo. L'esclusione della relazione sinallagamatica tra consegna e restituzione, in particolare, risulterebbe dalla impossibilità di spiegare l'assurdo giuridico di uno scambio di *idem contro idem*.

A tale argomento, tuttavia si è replicato che in realtà lo scambio di *idem contro idem*, lungi dal configurare un impossibile giuridico, rappresenta invece il vero senso dell'operazione di mutuo. In tale contratto, infatti, chi dà denaro a mutuo lo fa precisamente per ricevere in cambio altrettanto denaro[543].

A ciò si aggiunga - e questo appare l'argomento decisivo - che quando il mutuo è oneroso, poiché l'obbligo di restituzione include anche il pagamento dell'interesse, non si può parlare di restituzione dell'*idem*. E, dunque, anche a voler escludere la restituzione della somma dal meccanismo sinallagmatico – il che, in effetti, è del tutto ragionevole – ciò tuttavia non impedisce di ritenere il mutuo quale contratto a prestazioni corrispettive; e ciò perché la corresponsione dell'interesse sta al di fuori del meccanismo restitutorio, rappresentando un di più, anche concettualmente, rispetto all'obbligo di restituzione. L'interesse, infatti, è precipuamente il corrispettivo che il mutuatario è tenuto a versare per compensare il mutuante del sacrificio rappresentato dall'erogazione del prestito.

Giunti a questo punto, per completare l'analisi in merito alla struttura e alla natura del contratto di mutuo, corre obbligo affrontare la questione se la prestazione del mutuante si esaurisca nella consegna ovvero se la sua posizione risulti più complessa.

L'indagine sul punto risulta utile non solo a rafforzare le conclusione che il mutuo configuri un contratto a prestazioni corrispettive che, per questa via, verrebbe riconfermata su diversi presupposti, ma anche ad escludere che il mutuo possa qualificarsi, come sostenuto dalla alcuna dottrina, un contratto, in pari tempo, unilaterale e a prestazioni corrispettive[544].

---

[543] E. SIMONETTO, voce *Interessi* in *Enciclopedia giuridica* Treccani, XVII, Roma, 1989, 10.
[544] L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, A. LUMINOSO, *Norme soggetti e rapporto giuridico*, XIII, Torino, 1986, 5. Da tale prospettiva il contratto di mutuo viene considerato unilaterale perchè "costituito il mutuo mediante la consegna della cosa ne deriva automaticamente l'obbligo di corrispondere gli interessi (o il diverso compenso pattuito) e di restituire a fine rapporto il *tantundem* (…)". Unilaterale perché nessuna obbligazione nasce a carico del *tradens*; a prestazioni corrispettive perché "alla prestazione

L'idea che la prestazione del mutuante non si esaurisca nell'obbligo di consegna, ma risulti più complessa è stata sostenuta configurando, in capo al mutuante, l'obbligo di far godere per un certo tempo al mutuatario il denaro consegnato[545].

Tale ricostruzione, tuttavia, è stata criticata sul rilievo che vi sarebbe una contraddizione insuperabile tra l'effetto traslativo della consegna del denaro e l'obbligo di farlo godere; e ciò in quanto il mutuo determina il trasferimento della proprietà, e dunque, per definizione la possibilità di godimento del bene acquistato[546].

La dottrina più recente, tuttavia, ha posto in discussione il fondamento di questa obiezione che non terrebbe nell'adeguata considerazione la specificità del tipo contrattuale in questione ove il passaggio di proprietà non viene ad

---

degli interessi si contrappone – legandosi ad essa in un preciso nesso sinallagmatico – l'attribuzione patrimoniale già realizzatasi in favore del mutuante mediante la consegna della cosa"; e in giur. Trib. Napoli, 1 marzo 1997, in *Foro italiano*, 1998, I, 618-621 con nota di MACARIO ove si afferma che "il contratto di mutuo in senso proprio è un contratto essenzialmente reale e unilaterale e con obbligazioni a carico di una sola parte; esso si perfeziona soltanto con la consegna, da parte del mutuante al mutuatario, di determinate quantità di denaro o di altre cose fungibili; e da quel momento sorge a carico del solo mutuatario, l'obbligazione fondamentale di restituire, nei termini e nei modi stabiliti, altrettante cose della stessa specie e qualità, con l'aggiunta eventuale dell'obbligazione parallela di prestare anche gli interessi, ove si tratti di mutuo feneratizio". In senso analogo Cass., 12 maggio 1971, n. 1358, in *Repertorio del foro italiano,* 1971, voce *Mutuo*, n. 3. La struttura reale del contratto di mutuo e la circostanza che dallo stesso derivino obbligazioni a carico del solo mutuatario non impedisce, secondo la prospettiva considerata, "di ricondurre lo stesso nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive; ciò in quanto il tratto che li contraddistingue non è la bilateralità delle obbligazioni, ma la causa di scambio, la interdipendenza tra attribuzioni patrimoniali, il trovare l'una attribuzione giustificazione nell'altra secondo un dato rapporto economico di equilibrio composto dalle parti al momento della conclusione del contratto (…) e la cui alterazione costituisce il presupposto per l'applicazione di taluni rimedi, non essendovi pertanto incompatibilità tra la struttura del mutuo oneroso e l'azione di cui all'art. 1453 c.c." (Cass., 27 novembre 1967, n. 2845, in *Foro padano*, 1969, 1019-1020).

[545] DALMARTELLO, *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, cit., 817 ss.; in particolare 845: "le obbligazioni che si pongono in posizione di corrispettività sono: quella del mutuante di far godere per un certo tempo al mutuatario il valore delle cose consegnate…da un lato; e quella del mutuatario di pagare gli interessi dall'altro lato"; F. CARRESI, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di F. Vassalli, VIII, Torino, 1957, in particolare p. 117 ove il mutuo viene definito come "un contratto in forza del quale una parte, mutuante, si obbliga (…) a far godere all'altra, mutuatario, per un dato tempo e, salvo una diversa loro volontà, dietro un certo loro corrispettivo, una determinata quantità di denaro….di cui il mututario acquista la proprietà",

[546] G. OPPO, *Obbligazione e negozio giuridico*, cit., 225 : "non è giuridicamente concepibile che il mutuante presti il godimento di cose che appartengono al mutuatario".

assumere i caratteri della definitività, essendo il mututario tenuto alla restituzione[547].

Oltre tale dato, in tale prospettiva, si valorizzano ulteriori aspetti che contribuirebbero ad arricchire la posizione obbligatoria del mutuante.

Tra questi spiccherebbe l'obbligo di predisporre un apparato organizzativo per la gestione dei diversi servizi da rendere al mutuatario nel corso del rapporto (quali ad esempio l'avviso di scadenza ad incasso delle rate, la determinazione delle stesse in caso di rate ad interesse variabile, la contabilizzazione e la comunicazione del debito residuo, l'acquisizione e l'archiviazione di documenti).

Accanto a quello di gestione, inoltre, in capo al mutuante graverebbero obblighi legali e convenzionali, quali ad esempio quello di procedere allo svincolo parziale o totale delle garanzie a seguito dei pagamenti o quello di consentire l'anticipata estinzione del rapporto); ed ancora l'obbligo di buona fede[548] che applicato allo specifico contratto di mutuo imporrebbe - tra l'altro -

---

[547] FAUSTI, *Il mutuo*, cit., 60: "concentrando l'attenzione in via esclusiva sull'effetto traslativo della consegna, si svaluta la *lex dationis*, si affievolisce la specificità del tipo contrattuale e della sua funzione, rendendolo omogeneo e indistinguibile rispetto ad altre fattispecie: il mutuo, infatti, non è soltanto «trasferimento di proprietà» bensì anche, e soprattutto, trasferimento di proprietà «per un certo tempo». Ciò significa anzitutto che il trasferimento in proprietà non è definitivo, cioè che deve avvenire, prima o poi, una restituzione; ma perché questa restituzione, a sua volta, non sia rimessa discrezionalmente alla volontà del mutuante è necessario uno strumento convenzionale che disciplini i contrapposti interessi: e questo strumento è tipicamente uno strumento obbligatorio, l'obbligo di far godere per un certo tempo, a fronte dell'obbligo di restituire alla scadenza dello stesso".

[548] Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., 493 ss. Per alcune considerazioni sul concetto di buona fede, in funzione di rimedio contro lo squilibrio sostanziale tra le parti, si veda U. LA PORTA, *Limiti all'autonomia nei contratti di scambio*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche – Relazione al XXXIX Congresso Nazionale del notariato*, Milano, 2002, 157 ss., in particolare 210 ss. Sul ruolo della buona fede *in executivis*, si veda, tra le tante Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Massimario Giustizia civile*, 2002, 1811 secondo la quale, in tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà – imposto, tra l'altro, dall'art. 2 Cost. – tale da imporre ad ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da precisi obblighi contrattuali, ed a prescindere altresì dal dovere negoziale di *neminem laedere* siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell'altra parte. In particolare, l'obbligo di buona fede in sede di esecuzione del contratto deve, pertanto, ritenersi violato non solo nel caso in cui una parte abbia agito con il doloso proposito di recare pregiudizio all'altra, ma anche qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato a diligenza e correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il principio di buona fede. Quindi: buona fede come fonte di integrazione del contratto e come articolazione del principio di solidarietà sociale consacrato a livello costituzionale. Ma vedi pure MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 10, per il quale il "contenuto assiologico della clausola di correttezza e buona fede è sempre in grado

di rinegoziare le condizioni squilibrate da eventi successivi ed impedirebbe al mutuante di esercitare i propri diritti in modo formalmente lecito, ma sostanzialmente sleale o dannoso per la controparte (es. recesso; *ius variandi*)[549].

Dal complesso di tali elementi, dunque, emergerebbe una prestazione di tipo complesso caratterizzata da aspetti di vera e propria obbligatorietà, anche a prescindere dall'inquadramento dogmatico della consegna; ciò che consentirebbe di ritenere verificati tutti i presupposti per la teorica applicazione, anche nei confronti del mutuatario, dei rimedi che presuppongono la struttura bilaterale del rapporto[550].

Le considerazioni che precedono, riconfermano, seppur con argomenti diversi da quelli ritenuti decisivi, la conclusione della natura sinallagmatica del contratto di mutuo e, per altro verso, che esso non abbia struttura unilaterale.

Ma a prescindere dall'adesione alla tesi secondo cui in capo mutuante residuino comunque obbligazioni diverse dalla *datio rei*, contro la qualificabilità del mutuo quale contratto unilaterale a prestazioni corrispettive depongono almeno tre considerazioni.

In primo luogo, la nuova formulazione della disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta la quale, nel contrapporre contratti a prestazioni corrispettive e contratti unilaterali, sembra presupporre quale criterio distintivo per la scelta del rimedio applicabile, non già la struttura unilaterale o bilaterale del contratto, ma l'assenza o meno di sacrificio corrispettivo.

In secondo luogo, l'idea secondo cui la *datio rei* non solo perfezioni la fattispecie, ma integri, al contempo, inizio di esecuzione.

In terzo luogo – e l'argomentazione appare decisiva – che vi è incompatibilità insanabile tra la struttura unilaterale e natura corrispettiva. Se infatti si aderisce all'idea che il contratto a prestazioni corrispettive è quello in cui si realizza "un nesso di interdipendenza tra attribuzione patrimoniali" non può poi concludersi che questo è un contratto con obbligazioni a carico di una

---

per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali".

[549] FASUTI, *Il mutuo,* cit., 61.

[550] FASUTI, *Il mutuo,* cit., 64-65.

sola parte[551]. Invero delle due l'una: o l'obbligazione è a carico di solo una delle parti e allora non c'è sinallagmaticità, perché il corrispettivo, l'utilità ricevuta dal mutuante giammai potrebbe prodursi da sola; o sinallagmaticità c'è, e allora le utilità reciproche che si producono in capo alle parti non potranno che derivare da due diverse prestazioni.

2.2. Sui tentativi di interpretare estensivamente l'art. 1468 c.c.

Una volta chiarito che l'ambito di applicazione dell'art. 1468 c.c. è identificabile nella categoria dei contratti con obbligazione o con attribuzioni non reciproche o comunque a carico di una sola parte, e che il mutuo oneroso è un contratto sinallagmatico ne viene che il rimedio previsto dall'art. 1468 c.c. non risulta applicabile, in via diretta, al mutuo oneroso.

Per consentire al mutuatario il ricorso all'art. 1468 c.c., una volta escluso che il mutuo rappresenti un contratto unilaterale, l'unica via possibile, dunque, resta quella di interpretare la formula dell'art. 1468 c.c. in modo elastico facendo rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione in esame quelle fattispecie che presentino un bisogno di tutela analogo a quello da essa considerato.

La tesi secondo cui l'art. 1468 c.c. sarebbe esperibile da parte del mutuatario è stata sostenuta dalla dottrina meno recente sul rilievo che, diversamente, si verrebbe a creare una disparità di trattamento tra mutuo oneroso e mutuo gratuito, al quale invece, ex art. 1468 c.c. risulta applicabile la *reductio ad equitatem*. Disparità che non potrebbe essere giustificata in ragione della natura corrispettiva del contratto di mutuo perché – secondo la prospettiva considerata – la corrispettività non attiene all'obbligazione di restituzione, da considerarsi estranea al sinallagma.

Al contrario, dovrebbe valorizzarsi l'analogia tra l'ipotesi in cui la struttura del contratto non permette la risoluzione (art. 1468 c.c.) e quella in cui la risoluzione non è utile al debitore o comunque non è da lui invocabile a causa

[551] Trib. Firenze, 7 luglio 1997, in *Rivista diritto privato*, 1998, 364, con nota di GUARRACINO.

del contenuto del contratto, che è quella non inquadrabile nell'art. 1467 c.c. In entrambe le fattispecie, invero, "v'è una forza interna a quel contratto che impedisce di servirsi dell'azione risolutiva e che promana dal modo di essere del rapporto; il quale, agli effetti dell'art. 1468 c.c. è un modo del tutto identico nel mutuo feneratizio e in quello gratuito, in entrambi i casi l'eccessiva onerosità concernendo l'obbligazione di restituzione, cioè un'obbligazione che non si contrappone ad alcuna obbligazione del mutuante"[552].

Sulla base di tali rilievi, si propone una lettura congiunta degli artt. 1467 e 1468 c.c. dai quali si ricaverebbe un'unica regola materiale, e cioé quella per cui "non grava sul debitore o, quanto meno, si può ripartire tra creditore e debitore, il rischio di eventi straordinari e imprevedibili che aggravano l'adempimento in modo smisurato; in modo che il debitore non è tenuto ad uno sforzo di adempimento che gli procuri intollerabili perdite patrimoniali per la sopravvenienza di quell'evento o, se meglio piace, il dovere di adempimento non include l'onere di sopportare il maggior costo economico della prestazione, che sia derivato da sopravvenienze non rappresentabili al tempo del contratto, e sia di rilevante proporzione"[553].

Tale ricostruzione che pure si fa apprezzare perché segnala l'esigenza di non gravare esclusivamente il mutuatario del rischio connesso ad una sopravvenuta eccessiva onerosità, tuttavia non può essere condivisa perché parte dall'errato presupposto che il rimedio della *reductio ad equitatem* nel mutuo gratuito sia attivabile dal mutuatario, quando invece l'art. 1468 c.c. consente di attivare il rimedio in parola solo alla parte che deve la prestazione, non a quella che riceve gratuitamente l'attribuzione.

In secondo luogo, l'idea che l'obbligazione di restituzione sia estranea al sinallagma sembra corretta solo se riferita al *tantundem*, perché, come ampiamente dimostrato, la corresponsione dell'interesse invece assume natura corrispettiva.

[552] FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 415.
[553] FRAGALI, *Del mutuo*, cit., 414-415.

Da altra prospettiva si è evidenziato come si tratti non tanto di interpretare l'art. 1468 c.c. "in modo più elastico sì da comprendere anche i casi in cui l'onerosità sopravvenuta concerne non una delle prestazioni, in relazione alle quali si determina la corrispettività del contratto, ma un'obbligazione ulteriore che non valga a determinare quel carattere quale sarebbe, appunto, quella relativa alla restituzione"[554], quanto, piuttosto, se del caso *ex fide bona.*

L'idea di applicare l'art. 1468 c.c., in talune circostanze, ai contratti a prestazioni corrispettive è stata autorevolmente sostenuta anche a partire dalla valorizzazione della *ratio* equitativa che presiederebbe la disciplina sulla eccessiva onerosità sopravvenuta.

La disciplina contenuta negli artt. 1467 c.c. e 1468 c.c., in particolare, mirerebbe a tutelare il *debitore*, evitando che questi cada "in rovina senza una giustificazione completamente sufficiente"[555].

La *ratio* equitativa che regola il sistema ricavabile dalle disposizioni citate impedirebbe di ritenere che, nelle ipotesi in cui una delle prestazione di un contratto sinallagmatico fosse stata interamente eseguita - o perché contemporanea alla conclusione dell'accordo o perché è intervenuto l'adempimento di una delle parti – si applichi l'art. 1467 c.c. perché in tale ipotesi "la soluzione che troviamo in piedi è una obbligazione isolata"[556]e la situazione che viene a crearsi "riecheggia (…) quella regolata dall'art. 1468"[557].

Più in particolare, l'applicazione dell'art. 1467 c.c. condurrebbe a difficoltà di tipo tecnico e pratico non minori di quelle che si verificherebbero risolvendo i contratti di cui all'art. 1468. "Tanto varrebbe, dunque, assoggettare, l'obbligazione residua al rimedio di cui all'art. 1468 c.c.".[558]

Sulla base di tali rilievi si auspica un'interpretazione antiletterale degli art. 1467 c.c. e 1468 c.c. volta ad impedire sovrapposizioni tra "la linea di demarcazione fra il campo di applicazione della risoluzione e il campo di

[554] U. NATOLI, *I contratti reali. Appunti di lezioni*, Milano, 1975, 151-152.
[555] SACCO, *Il contratto*, cit., 698.
[556] SACCO, *Il contratto*, cit., 700.
[557] SACCO, *Il contratto*, cit., 700.
[558] SACCO, *Il contratto*, cit., 700.

azione della riduzione" e "la linea di demarcazione tra contratto a prestazioni corrispettive e contratto con obbligazioni a carico di una sola parte"[559] non sempre coincidenti.

Contro le segnalate ricostruzioni, tuttavia, sembra decisiva la considerazione delle ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere il rimedio della *reductio ad equitatem* nell'ipotesi di cui all'art. 1468 c.c. e cioè l'"esigenza di evitare alla parte che si è obbligata ad una prestazione, senza riceverne un'altra in corrispettivo, di subire passivamente il sopravvenuto aggravio della prestazione dovuta"[560] senza tuttavia sacrificare totalmente le ragioni del destinatario della prestazione.

In questa ipotesi non avrebbe avuto alcun senso prevedere il meccanismo di cui all'art. 1467 c.c. perché ciò sarebbe stato contrario ad un principio di economia dei mezzi giudiziari: in un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte la previsione del rimedio della risoluzione sarebbe solamente formale, in quanto la parte che ottiene un vantaggio dal contratto senza nessun corrispettivo sacrificio sarebbe sempre interessata ad ottenere una prestazione a suo vantaggio, e dunque, richiederebbe sempre la *riduzione ad equità della prestazione dell'altra*. Tanto ha valso consentirgli di esperire direttamente il rimedio manutentivo.

La considerazione della precipua finalità cui intende rispondere il meccanismo dell'art. 1468 c.c. dovrebbe valere ad escludere qualsiasi tentativo di estendere la disposizione in esame alle fattispecie che, non essendo gratuite, non presentano identità di *ratio*.

3. L'art. 1467 c.c. e l'obbligo di rinegoziazione.

[559] SACCO, *Il contratto*, cit., 699.
[560] Così P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, 33.

Una volta chiarito che il mutuo è un contratto bilaterale a prestazioni corrispettive, e che dunque la norma applicabile in ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta è l'art. 1467 c.c. si tratta di verificare se, a partire da una lettura evolutiva di tale disposizione, possa configurasi un obbligo di rinegoziazione in capo alla banca.

Alla fine paragrafo 1, nell'analizzare gli interessi che vengono in rilievo nella disciplina del mutuo contratto per finalità abitative, si era giunti alla conclusione che una valorizzazione delle norme costituzionali che tutelano il diritto all'abitazione imponesse di scartare l'opzione ermeneutica che, per quanto suggerita dalla lettera della norma, lasciasse il mutuatario sprovvisto di una qualsivoglia tutela.

Si tratta quindi di verificare quale, tra le soluzioni proposte dalla dottrina, si presti meglio ad inquadrare l'obbligo di rinegoziazione nel mutuo bancario.

Una prima questione da chiarire è se un siffatto obbligo possa farsi derivare direttamente dal dettato costituzionale, come suggerisce l'ipotesi ricostruttiva analizzata nel paragrafo 1 del capitolo II di questa *parte*, o, al contrario, debba - di necessità - procedersi tramite la mediazione delle clausole generali.

La questione sembra risolversi con il rilievo che, essendo la disposizione di cui all'art. 47 Cost. una norma di carattere programmatico, dal suo precetto non può farsi derivare una situazione giuridica in capo al soggetto interessato.

Come evidenziato in dottrina, invero, i valori di sicurezza, di libertà e di dignità umana "con i quali deve armonizzarsi l'iniziativa economica privata e quindi anche l'autonomia negoziale privata non hanno efficacia immediata nei rapporti privati"[561]. Tali valori possono vincolare "la libertà di contratto solo con la mediazione della legge e nella misura in cui sono specificati dalla disciplina legale degli atti di autonomia (…). Nell'adempimento di tale funzione la discrezionalità del legislatore ha un ampio spazio vincolato dai valori costituzionali (…) e dal principio di ragionevolezza, cioè di congruità e

[561] MENGONI, *Autonomia privata e costituzione economica*, cit., 4. Cfr. pure, da ultimo, le considerazioni di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 636 in merito al rapporto tra principio costituzionale di solidarietà sociale e clausola di buona fede.

proporzione allo scopo. Entro questo spazio spetta alla legge, o al giudice autorizzato dalla legge mediante una clausola generale (…) stabilire i limiti di disponibilità pattizia di un diritto fondamentale"[562]; in altri termini, il principio di autonomia privata non consentirebbe di "sovrapporre un diverso piano di valori a quello che i titolari degli interessi in gioco hanno scelto in vista dei loro progetti personali e dei calcoli di utilità di volta in volta ipotizzati"[563].

Di qui la conclusione secondo cui senza il veicolo della legge o delle sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale "i diritti fondamentali non possono incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive di interpretazione delle leggi che li regolano"[564].

Questo significa, non già che Costituzione e autonomia privata siano due mondi normativi separati, ma che i principi costituzionali possono interagire con le scelte dei singoli solo seguendo canali predeterminati: orientando le scelte interpretative in caso di scelte plurivoche, sollecitando la revisione di interpretazioni divenute incompatibili con l'ordine costituzionale, concretizzando le clausole generali del diritto civile in materia di autonomia negoziale[565].

Tali considerazioni inducono a prendere le distanze dalla tesi secondo cui dalla "forza precettiva" dell'art. 47 Cost. deriverebbe un "diritto potestativo" alla rinegoziazione del mutuo contratto per finalità abitative[566].

Chiarito dunque che anche i valori costituzionali, per essere veicolati nei rapporti giuridici privati, necessitato della mediazione della legge o delle clausole generali, si tratta di chiarire quale, tra le ipotesi ricostruttive che a tali parametri fanno riferimento, meglio si presti a fondare l'obbligo di rinegoziazione.

A tal fine risulta utile riprendere alcune delle conclusioni cui si era giunti nell'analizzare le diverse teorie sul fondamento dell'obbligo di rinegoziazione.

---

[562] MENGONI, *Autonomia privata e costituzione economica*, cit., 4.
[563] G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, 288.
[564] MENGONI, *Autonomia privata e costituzione economica*, cit., 4.
[565] MENGONI, *Autonomia privata e costituzione economica*, cit., 6.
[566] La tesi è di TATARANO, *La "rinegoziazione" nei finanziamenti bancari*, cit., 95-96. Cfr. paragrafo 1, capitolo II, di questa *parte*.

In quella sede, contestate le premesse teoriche ed i risultati applicativi cui conduceva la tesi che suggeriva di individuare il rimedio applicabile sulla base della natura – puntuale o integrativa dello scambio - e dimostrato, di contro, che non vi sono ostacoli di ordine concettuale né logico ad una lettura evolutiva dell'art. 1467 c.c. che sappia fornire soluzione ad un problema che l'ordinamento considera (art. 1467 c.c.) ma regola in modo insufficiente con un rimedio peggiore del male, si era giunti alla conclusione che qualsiasi tentativo di ricostruzione del sistema delle sopravvenienze quantitative dovesse muovere dalle uniche norme che regolano la materia e cioè l'art. 1467 c.c. e 1468 c.c.

Una volta chiarito che il mutuo è un contratto a prestazioni corrispettive e che dunque la norma di riferimento in tema di eccessività sopravvenuta è rappresentata dall'art. 1467 c.c., l'unica questione che resta da risolvere è quale clausola - equità o buona fede – consenta il superamento del dato letterale della disposizione, nella direzione di consentire anche al contraente svantaggiato dalla sopravvenienza l'attivazione del rimedio manutentivo.

Si ricorderà, in merito, come la tesi fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'equità muoveva dalla valorizzazione della *ratio* equitativa sottesa alla disciplina di cui agli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c. la quale indurrebbe a ritenere implicita in ciascun contratto di lunga durata una clausola che consenta di rimettere alla trattativa dei contraenti la gestione delle sopravvenienze al fine di sostituire il "dato obsoleto e non più funzionale" con quello "aggiornato ed opportuno"[567], senza passare per la risoluzione che "uccide il rapporto contrattuale"[568].

Tale tesi, a ben vedere, presuppone che l'equità, nella fattispecie all'esame, venga in rilievo come fonte di integrazione del contratto, nel significato in cui è utilizzata dall'art. 1374 c.c. e dunque quale mezzo per colmare una lacuna presente, nella legge o nel regolamento.

Al fine di vagliare la bontà di una simile ricostruzione, risulta necessario, per un verso, stabilire se la funzione integrativa dell'equità possa spingersi

[567] SACCO, *Il contratto*, cit., 723.
[568] SACCO, *Il contratto*, cit., 723.

sino al punto di introdurre in via interpretativa un obbligo di rinegoziazione; e, per l'altro, considerate le diverse funzioni cui l'equità può assolvere, di chiarire se, nella fattispecie esaminate, a venire in rilievo sia proprio l'equità integrativa.

Quanto alla prima questione, deve osservarsi come, secondo l'orientamento prevalente, l'equità opera come criterio residuale, nel senso che, da un lato, interviene solo qualora le regole d'interpretazione del contratto o della legge non riescano a fornire la disciplina del caso all'esame, dall'altro, legittima un intervento circoscritto al solo "profilo regolamentare ed obiettivo (…), alla regola come tale"[569], "al recupero e alla rilevanza dei fattori più contingenti (…) che operano a livello di dettagli del regolamento contrattuale"[570].

L'intervento integrativo in via equitativa risponderebbe dunque ad un giudizio, non già complessivo, ma analitico e frammentario, avendo ad oggetto il singolo elemento contrattuale (sia esso l'obbligo convenuto che l'oggetto determinabile), al fine di determinarne in base alle norme del sistema l'estensione ovvero il contenuto, rendendo così esplicito ciò che è giuridicamente contenuto nella determinazione delle parti[571].

Tale ricostruzione, del resto, trova perfetta rispondenza nella giurisprudenza la quale ha evidenziato come l'equità di cui all'art. 1374 c.c. "non è un canone interpretativo del contratto già completo di tutti i suoi elementi", ma è puramente suppletiva, nel senso che colma le lacune non coperte dagli usi e dalle altre legittime fonti"[572], costituendo un criterio

[569] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, 775.
[570] SACCO, *Il contratto*, cit., che richiama le regole di opinione.
[571] Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 211.
[572] Cass., 8 luglio 1983, n. 4626, in *Repertorio del foro italiano*,, 1983, voce "*Contratto in genere"* n. 240. In proposito S. ROMANO, voce *Equità*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, 96 fa l'esempio in cui il debitore, essendo obbligato a rilasciare cose fragili, è tenuto, in conseguenza, ad osservare "quelle norme di custodia, di consegna, di spedizione, che siano ad essi confacenti". In Cass., 26 novembre 1971, n. 3450 in *Repertorio del foro italiano*, 1971, voce "*Appalto*", n. 32, invece si considera come comportamento ascrivibile all'equità integrativa il "dovere di impiegare materiali di qualità tale da assicurare che l'opera stessa sia immune da vizi"; dovere ritenuto "implicito" nell'obbligo di garanzia di cui all'art. 1667 c.c., gravante sull'appaltatore.

integrativo per ricavare dalle norme di diritto sostanziale elementi per determinare il contenuto delle obbligazioni dedotte nel contratto[573].

Il riconoscimento di tale funzione all'equità porta ad escludere forme d'integrazione repressiva[574], che determinino la sostituzione – per ragioni di giustizia contrattuale - della valutazione discrezionale dell'interprete alla volontà espressa dalle parti[575]o dalla legge[576].

Se è questa la funzione che va attribuita all'equità, contro il tentativo di fondare sull'equità suppletiva l'obbligo di rinegoziazione depongono almeno due considerazioni.

In primo luogo, non potendo l'equità porsi in contrasto con la volontà delle parti, può quantomeno porsi il dubbio che entrambi i contraenti, nel concludere il contratto, abbiano, per ciò stesso, inteso accettare il rischio di dover rinegoziare i termini dello scambio.

In secondo luogo, se è vero che l'equità rappresenta un criterio residuale rispetto agli altri "*criteri di interpretazione del contratto*" e "*alle altre legittime fonti*", ciò significa che v'è spazio per l'equità solo qualora la lacuna non possa essere colmata da quest'ultime regole; se così è, ammettere che l'equità rappresenti il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione significherebbe, da un lato, negare il suo carattere residuale, dall'altro, sminuire la funzione ed il ruolo della buona fede, la quale, per espressa previsione normativa è criterio interpretativo (art. 1366 c.c.), e, in quanto richiamata dall'art. 1374 c.c., *sub specie legge*[577], è fonte legittima di obblighi per i contraenti.

I rapporti tra l'equità e buona fede sono stati di recente chiariti dalla dottrina proprio in relazione alla materia dell'obbligo di rinegoziazione:

---

[573] Cfr. Cass., 11 giugno 1965, n. 1189, in *Repertorio del foro italiano*, 1965, voce "*Obbligazioni e contratti*", n. 296.
[574] SACCO, *Il contratto*, cit., 434-435.
[575] G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto,* in *Rivista di diritto commerciale,* 1999, I, 67 ss. Cfr. pure S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* Milano, 1969, 222-224.
[576] Cfr. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, cit., 69: "non può esistere dubbio circa l'assurdità di voler considerare l'equità diretta *contra legem* con funzione sostitutiva di essa nella regolamentazione del caso concreto".
[577] G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale,* in *Contratti,* 2001, 723.

"entrambe mirano a garantire l'esecuzione del contratto secondo l'originario programma inizialmente fissato dalle parti, ma diverse sono quantitativamente e qualitativamente le aree di incidenza. La repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, senza fare della buona fede uno strumento di un giudizio equitativo"[578].

Tale conclusione, del resto, è coerente con le posizioni della dottrina maggioritaria la quale, negando all'equità il ruolo di clausola generale[579], esclude categoricamente che essa possa considerasi fonte di diritti ed obblighi per le parti[580].

Una conferma delle conclusioni cui si è giunti nell'interpretare il rapporto tra buona fede ed equità si ritrova anche nei Principi per i contratti commerciali internazionali *Unidroit* e dei Principi di diritto contrattuale europeo, i quali non menzionano in alcun modo l'equità, mentre considerano espressamente la buona fede come principio generale del diritto[581].

A tali considerazioni se ne aggiunge un'altra che appare dirimente e cioè che, nel contesto degli articoli 1467 c.c. e 1468 c.c., l'equità sembra venire in rilievo non già nella sua funzione di strumento suppletivo dell'autonomia privata ex art. 1374 c.c., bensì come criterio di valutazione da parte del giudice.

Se così è, il vero limite della tesi che fonda l'obbligo di rinegoziazione sull'equità risiede, prima ancora della tradizionale diffidenza verso l'intervento del giudice in via equitativa[582], nella circostanza che l'equità è in queste norme richiamata, non già quale fonte di integrazione del contratto,

---

[578] FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 92.
[579] Così RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 214; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, 172 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987, 748 ss. che evidenzia, dando conto di un'opinione minoritaria, come la tesi sia stata sostenuta anche da coloro che attribuiscono un rilievo generale all'equità, proprio muovendo dall'interpretazione dell'art. 1374 c.c.
[580] D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, I, 541; L. MENGONI, *Spunti per una teoria generale delle clausole generali*, in *Rivista di diritto privato*, 1986, 5 ss., spec. 19.
[581] Così M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 91.
[582] Diffidenza manifestata, tra gli altri, da BUSNELLI (*Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 540-543), in considerazione dell'inversione che opererebbe tra termini nel rapporto di condizionamento tra buona fede ed equità.

bensì come criterio di valutazione da parte del giudice, nello stesso significato in cui è utilizzata, tra le altre, nelle ipotesi di cui agli artt. 1226 c.c., art. 1525 c.c. 1384 c.c..

Le considerazioni effettuate in merito al ruolo dell'equità ed al suo rapporto con la buona fede consentono di evidenziare, per chiaroscuro, le ragioni che invece consigliano di fondare precipuamente su quest'ultima clausola l'obbligo di rinegoziazione.

In particolare, mentre l'equità non costituisce "un autonomo principio regolativo" e può operare solo in presenza di una norma espressa che la richiami, la buona fede, al contrario, è una clausola generale che non si ferma a delimitare "diritti e doveri delle parti", ma "richiede un impegno di solidarietà che va oltre e che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali"[583].

Vieppiù, la buona fede, come clausola generale, non solo può porre obblighi, ma è anche in grado di esprimere "in sede ermeneutica una funzione *latu sensu* correttiva, *a posteriori*"[584].

Il dovere di correttezza si pone invero all'interno del sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva (attiva e passiva) contrattualmente stabilita, concorrendo "alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso da quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del noto principio per cui ciascuno dei contraenti è tenuto a

[583] C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, Milano, 1984, 493.
[584] Così L. BIGLIAZZI-GERI, voce *Buona fede nel diritto civile* in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, II, Torino, 1988, 180. La delineata contrapposizione tre le due regole, invece, la si trova in D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 542.

salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio"[585].

Ed allora proprio il principio di buona fede contrattuale risulterebbe idoneo a fondare un obbligo di rinegoziazione, "perché di fronte ad una posizione a cui il diritto appresti una tutela, il difetto di collaborazione non appare giustificato[586].

Da tale prospettiva "il meccanismo di adeguamento del contratto che fa capo all'art. 1467, comma 3, finisce per confluire in un più ampio quadro sistematico fondato sull'obbligo delle parti di cooperare, alla stregua dei canoni di correttezza e di buona fede secondo le rispettive esigenze (desumibili dalle circostanze ovvero dalla natura dell'affare), per la realizzazione più compiuta del regolamento contrattuale"[587].

4. I presupposti di rilevanza delle sopravvenienze quantitative.

L'aver individuato nella disciplina sull'eccessiva onerosità sopravvenuta il referente normativo su cui fondare l'obbligo di rinegoziazione porta con sé l'importante corollario che l'alterazione quantitativa del sinallagma assumerà rilievo solo al ricorrere dei tre presupposti indicati dall'art. 1467 c.c.; e cioè che l'alterazione del sinallagma sia eccessiva; che essa sia stata causata da eventi straordinari ed imprevedibili; che tale alterazione non rientri nell'alea normale del contratto.

Si tratterà dunque, da un lato, di chiarire meglio il contenuto di questi presupposti, dall'altro di verificare se, ed eventualmente in che termini, gli analizzati interventi normativi nel settore dei mutui ipotecari abbiano inciso sull'interpretazione dei presupposti applicativi della norma in esame.

Partendo dal primo presupposto, nell'assenza di qualsiasi indicazione da parte del legislatore, la dottrina ha cercato di ricostruirne il contenuto al fine di

[585] Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corriere giuridico*, 1994, con nota di CARBONE.
[586] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 290.
[587] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 290.

ridurre, quanto più possibile, la discrezionalità giudiziale nell'applicazione della norma.

Si è chiarito, anzitutto, in conformità delle indicazioni dei compilatori del codice[588], che l'eccessiva onerosità della prestazione deve essere valutata alla stregua di criteri rigorosamente oggettivi, senza considerare le eventuali rappresentazioni delle parti[589].

Ci si chiede, tuttavia, quali siano questi criteri oggettivi alla stregua dei quali valutare l'eccessiva onerosità sopravventa.

In aderenza alla lettera della legge che disciplina la sola ipotesi della prestazione divenuta più gravosa per la parte obbligata, un primo orientamento ha ritenuto che l'eccessiva onerosità consista in un aggravio del costo originario della prestazione percepibile al momento dell'adempimento, di un margine che superi la normale alea contrattuale. In quest'ottica, l'eccessiva onerosità sopravvenuta non conseguirebbe al raffronto di valore tra prestazioni, riguardando invece il divario tra costo originario e costo della prestazione a seguito della sopravvenienza, da valutarsi mediante l'unità di misura costituita dal referente monetario[590].

Tale ricostruzione troverebbe conferma nella disciplina prevista dall'art. 1468 c.c. la quale, considerando i contratti con obbligazione a carico di una sola parte, consente di valutare l'eccessiva onerosità sopravvenuta solo in relazione alla prestazione originaria[591].

L'orientamento prevalente ritiene invece che la valutazione in merito all'eccessiva onerosità riguardi il rapporto tra una prestazione rispetto

---

[588] Cfr. relazione al libro delle obbligazioni n. 133 ove si afferma testualmente che "l'eccessiva onerosità va determinata avendo riguardo ad un criterio rigorosamente obiettivo".

[589] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti,* cit., 111; N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, I, Torino, 1980, 2230; GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 239; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 25 ss.

[590] GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta,* cit., 240; SACCO, *Il contratto*, cit., 984; G. SCALFI, voce *Risoluzione del contratto,* in *Enciclopedia giuridica Treccani,* XXVIII, 1991, 15; F. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto,* in *Rivista di diritto commerciale* 1960, I, 416; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 120.

[591] GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta,* cit., 240.

all'altra[592]. Senza l'individuazione della controprestazione che ne costituisce il referente[593], invero, la prestazione – isolatamente considerata - non potrebbe considerarsi eccessivamente onerosa.

Da un diverso punto di vista si è evidenziato come "le differenti concezioni della «eccessiva onerosità» risultino solo apparentemente inconciliabili, ciascuna in realtà accentuando l'uno o l'altro dei profili rilevanti di un medesimo fenomeno unitario, seppur l'uno in via generale (aggravio del costo) e l'altro solo con riguardo ai contratti sinallagmatici (alterazione dell'equilibrio delle prestazioni)" [594]. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, invero, reagirebbe ad un aggravio dell'impegno economico dedotto nell'«affare» che si pone al di là delle prevedibili oscillazioni connesse al rischio proprio di ogni contratto, evitando così un'alterazione *in itinere* dei termini del rapporto e, nel contempo, un sacrificio economico non programmato, né prevedibile[595].

Quale che siano i parametri prescelti per valutare l'eccessiva onerosità sopravvenuta, resta comunque fermo che il raffronto tra prestazione e controprestazione andrà effettuato, applicando il *tertium comparationis*, costitutito dal referente monetario che "rappresenta concettualmente e legalmente il parametro di capacità di acquisto dei beni e dunque l'unità di misura idonea a rivelare il mutamento di valore della prestazione"[596].

Chiudendo l'esame di tale requisito vale da ultimo osservare come, secondo l'orientamento prevalente, il concetto di onerosità sopravvenuta vada inteso in senso lato, sì da comprendere non solo l'aggravio economico che

---

[592] Così A. BOSELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 1952, 24; R. VESSICHELLI, La *risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIAVI, Torino, 1991, pp. 972 ss.; N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 2234. In giur. cfr. Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giustizia civile*, 1985, I, 84; Cass., 13 luglio 1984, n. 4114; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, 1705.

[593] V. FRANCESCHELLI, *La svalutazione monetaria come causa di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Temi*, 1949, 136; C. BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946, 80; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1976; 161; E. REDENTI, *Sulla nozione di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1959, 346, TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità nell'appalto*, cit., 26 ss.

[594] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 124.

[595] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 124.

[596] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 124.

incide direttamente sulla prestazione, ma anche lo svilimento della corrispettiva attribuzione patrimoniale, il quale determina, in via mediata, un eccessivo sacrificio economico del creditore[597].

Passando all'esame del requisito dell'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento, vale anzitutto segnalare come la dottrina sia concorde nel ritenere che gli aggravi economici rilevanti sono solo quelli il cui rischio non è stato assunto nel contratto in quanto ritenuto improbabile alla stregua dell'ordinaria e prevedibile dinamica del mercato[598].

È altresì pacifico che i termini di "straordinarietà" ed "imprevedibilità" non costituiscono un'endiadi, avendo ciascuno un significato autonomo. Tale conclusione è supportata dall'esame della relazione illustrativa ove espressamente si dice che "la mancata previsione dell'evento non da diritto, di per sé, all'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*, se l'evento sopravvenuto non è straordinario, ma, a sua volta, l'evento straordinario non è rilevante (…) se poteva essere previsto"[599].

Come sintetizza chiaramente un Autore "è imprevedibile l'evento il cui verificarsi risulta logicamente improbabile (si pone al di fuori della probabile verificabilità); è straordinario l'evento il cui verificarsi appare statisticamente improbabile (si colloca al di là della normale portata degli eventi). Il dato dell'imprevedibilità attiene dunque al profilo soggettivo della capacità di rappresentazione di un evento probabile; il dato della straordinarietà riguarda invece il profilo oggettivo della ripetibilità dell'accadimento rispetto ad un ordine consueto"[600]. Al fine di delimitare il concetto di imprevedibilità che, rimandando a parametri di valutazione soggettiva risulta difficilmente afferrabile, la dottrina ha cercato di definire dei criteri che consentano di valutare in termini il più possibili oggettivi la prevedibilità, quali ad esempio la capacità di previsione dell'uomo medio nella situazione considerata, i rischi

---

[597] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 124 ss.
[598] Così C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 396; VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 976; SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., 15.
[599] Pagina 93 della Relazione al progetto definitivo del codice civile.
[600] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 131, che richiama SCALFI, voce *risoluzione del contratto*, cit., 15; TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., 45.

connessi ad un dato tipo contrattuale, le condizioni esistente al momento della conclusione del negozio[601].

Si ritiene ormai comunemente che i connotati dell'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento (cagione dell'onerosità) possano sussistere anche in ragione delle proporzioni o degli sviluppi imprevedibili di un evento in sé prevedibile e quindi non straordinario[602], come accade nelle ipotesi di svalutazione monetaria che si presenti in misura così repentina e grave da determinare il crollo della moneta[603].

Da ultimo, quale ulteriore presupposto per la rilevanza delle sopravvenienze quantitative l'art. 1467 c.c. richiede che l'alterazione del sinallagma ecceda l'alea normale del contratto.

La giurisprudenza, tuttavia, tende a sottovalutare tale requisito prospettando che il superamento dell'alea normale si ponga come mera conseguenza del verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili[604] o adducendo che il superamento dell'alea normale risulti un tutt'uno con l'eccessiva onerosità della prestazione[605].

---

[601] N. LIPARI, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta: la struttura del giudizio di prevedibilità e la rilevanza dell'inflazione*, in *Giustizia civile*, 1985, 2798; SACCO, *Il contratto*, cit., 540.

[602] Per tutte cfr. Cass., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro italiano*, 1981, I, 2132 e in dottrina VESSICHELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 978; SACCO, *Il contratto*, cit., 997.

[603] Cfr. in tal senso BIANCA, *La responsabilità.*, cit., 133; L. MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948; O. CAGNASSO, *Appunti in tema di sopravvenienza contrattuale*, nota a Trib. Torino, 11 dicembre 1979, in *Giurisprudenza italiana*, 1980, I, 2, 416 ss.

[604] Trib. Bologna, 19 agosto 1946, in *Foro padano*, 1946, I, 681; Cass., 9 marzo 1985, n. 1913. E in dottrina cfr: E. ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da M. D'Amelio e E. Finzi, Firenze, 1947; L. MENGONI, *Rendita vitalizia e svalutazione monetaria*, in *Temi*, 1948, 95, secondo il quale le oscillazioni di mercato derivanti da avvenimenti straordinari ed imprevedibili danno luogo al superamento dell'alea normale del contratto; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 97 che individua l'alea normale del contratto le variazioni prodotte da eventi che rientrano nella regolarità e nel normale andamento del mercato.

[605] Cass., 30 luglio 1957, n. 3223, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1959, 344. E in dottrina: G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1949, 172 ss. per il quale il secondo comma dell'art. 1467 c.c. ha il compito di determinare quando l'onerosità è da considerarsi eccessiva; BOSELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 177, secondo il quale la legge pone una presunzione di eccessiva onerosità nel caso di superamento dell'alea normale del contratto; A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 26, per il quale "il concetto astratto di eccessiva onerosità sopravvenuta si incarna nel concetto concreto

La dottrina più attenta tuttavia si è sforzata di evidenziare l'autonomia semantica della nozione in esame perché, diversamente, "il concetto di alea normale verrebbe privato di ogni autonomo contenuto e verrebbe ad attuarsi una arbitraria indifferenziazione dei requisiti nettamente distinti della norma"[606].

La nozione in esame si distinguerebbe da quella di straordinarietà ed imprevedibilità "nel senso che l'imprevedibilità di un evento va commisurato alla sua alea normale", e da quello di eccessiva onerosità nel fatto che: "mentre la seconda concretizza un criterio relativo-quantitativo idoneo a far percepire il superamento del rischio proprio del tipo contrattuale, la prima identifica in criterio relativo-qualitativo idoneo a far percepire il superamento del rischio proprio del tipo contrattuale"[607].

In tal senso si evidenzia come "non sempre gli accadimenti straordinari ed imprevedibili comportano il superamento dell'alea normale del contratto; così come, d'altro canto, il superamento dell'alea normale negoziale non sempre presuppone un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione"[608].

L'alea normale del contratto che, a norma dell'art. 1467, comma 2 esclude la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, pertanto, andrebbe dunque ravvisata nell'"incertezza del risultato economico dell'««affare» concluso, ossia dal rischio, in termini di normali (e perciò prevedibili) oscillazioni di costi e di valore delle prestazioni (originate dalle ordinarie fluttuazioni di mercato), alle quali i contraenti si sottopongono stipulando un dato contratto, per effetto del differimento dell'esecuzione"[609].

Una volta chiariti i presupposti di rilevanza delle sopravvenienze quantitative, così come reinterpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, v'è da chiedersi se l'attuale crisi dei mutui ipotecari presenti i caratteri della

---

di superamento dell'alea contrattuale, spostandosi dal terreno generico del senso comune al terreno specifico dell'esperienza contrattuale".

[606] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 154.

[607] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 155, che richiama GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione*, cit., 447 e 448. E in giur. Trib. Genova, 3 marzo 1967, in *Rassegna di legislazione e di giurisprudenza petrolifera.*, 1967, 3.

[608] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 155.

[609] TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 155.

straordinarietà e dell'imprevedibilità, posto che le misure introdotte nei recenti provvedimenti al fine di adeguare i termini dello scambio, tra le finalità dichiarate, indicano proprio quella di far fronte all'eccezionale situazione di crisi economica venutasi a manifestare a partire dal 2007.

L'interpretazione prevalente è nel senso di escludere, anche in considerazione della rigorosa interpretazione che viene data ai presupposti dell'art. 1467 c.c., che l'aumento dei tassi di interesse venutosi a manifestare a cavallo del 2007 e del 2008 integri i presupposti della straordinaria necessità ed urgenza, 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 sl 2%)" e del resto l'aumento dei due punti percentuali dei tassi di interesse, poiché in linea con gli aumenti disposti dalla politica monetaria della BCE, dovrebbe considerasi "tutt'altro che eccessivo[610].

Il legislatore, pertanto, con le nuove misure, avrebbe introdotto alcune presunzioni legali assolute di eccessiva onerosità sopravvenuta, per ipotesi di squilibrio che non rileverebbero applicando i requisiti di valutazione delle sopravvenienze ai sensi dell'art. 1467 c.c[611].

Va inoltre osservato come, in alcuni provvedimenti (è il caso ad esempio del d.l. 93 del 2008) il legislatore abbia preso in considerazione, non solo i problemi connessi all'anomalo aumento dei tassi, ma anche le situazioni di disagio economico che vengono a crearsi per eventi che attengono alla sfera giuridica del beneficiario e che solo in parte e solo indirettamente sono ricollegabili agli effetti della crisi finanziaria. Si pensi ad esempio alla perdita del posto di lavoro, all'ipotesi di morte o insorgenza di condizioni di non autosufficienza di uno dei componenti il nucleo familiare, percettore di reddito

[610] Così FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 755 ss. e spec. nota 18. L'Autore in particolare sottolinea come: "se si configurano graficamente due mutui, uno a tasso variabile e uno a tasso fisso, contratti a gennaio 2004 si può agevolmente constatare che l'ampiezza di risparmio di spesa conseguito dal mutuatario fino a metà del 2007 è scarsamente intaccato, nel momento attuale, dall'innalzamento dei tassi. In questa situazione o in altre soluzioni 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".
[611] FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 755.

per almeno il 30 per cento del reddito familiare; alle spese di manutenzione straordinaria, di ristrutturazione o di adeguamento funzionale dell'immobile oggetto del mutuo, eventi espressamente considerati della convenzione ABI-MEF al fine di giustificare una rinegoziazione del contratto ai sensi dell'art. 3 del d.l. 93 del 2008.

Senza addentrarsi in valutazioni tecniche al fine di stabilire quale sia la misura dello squilibrio cui l'art. 1467 c.c. intende attribuire rilievo o se il manifestarsi di una crisi finanziaria possa considerarsi evento prevedibile, vale però osservare come le misure analizzate, nell'abbassare la soglia di rilevanza delle sopravvenienze quantitative e nell'attribuire specifico rilievo ad eventi connessi alla sfera di rischio del mutuatario, sembrino andare nella direzione di favorire un'interpretazione meno rigorosa dei requisiti legali di cui all'art. 1467 c.c.[612].

5. I rimedi contro l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione.

La difficoltà di inquadrare entro le categorie giuridiche tradizionali l'obbligo di rinegoziazione si riflette inevitabilmente sul piano della individuazione della disciplina applicabile in caso di inadempimento, sia in relazione alla definizione dei suoi presupposti, sia per quel che riguarda la prospettazione dei rimedi in tal caso attivabili.

Quanto alla prima questione, in assenza di qualsivoglia appiglio normativo, la dottrina ha tentato di ricostruirne il contenuto a partire dalla valorizzazione del principio di buona fede che imporrebbe, da un lato, l'obbligo di intavolare nuove trattative e, dall'altro, quello di condurle secondo buona fede[613]. In applicazione di tali principi, la parte tenuta alla

[612] In senso contrario FAUSTI, *La «rinegoziazione» dei mutui*, cit., 757, il quale, pur rilevando come il d.l. 93 del 2008 introduca una presunzione di eccessiva onerosità sopravvenuta in presenza di presupposti assai meno rigorosi di quelli di cui all'art. 1467 c.c. ritiene tuttavia che "si tratti 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".

[613] MARASCO, *La rinegoziazione e l'interevento del giudice nella gestione del contratto,* cit., 539 ss;

rinegoziazione dovrebbe essere considerata adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuova una trattativa o raccolga tempestivamente l'invito a rinegoziare propostogli dalla controparte, promuovendo soluzioni riequilibrative eque ed accettabili alla luce dell'economia del contratto. Viceversa, sarà considerata inadempiente qualora si opponga in maniera assoluta ed ingiustificata alla rinegoziazione o si limiti ad intavolare delle trattative di mera facciata, senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo o di rivederli in senso favorevole alla parte svantaggiata (c.d. trattativa maliziosa) [614].

Individuata nella violazione dell'obbligo di buona fede il fondamento della responsabilità e della misura dell'obbligo, si tratta tuttavia di chiarire i parametri alla stregua dei quali determinare il *quantum* risarcitorio.

Un primo orientamento, in particolare, ritiene che il giudice debba valutare le conseguenze dell'inadempimento "non soltanto in relazione all'obbligazione in sé considerata, bensì con riferimento alla dinamica del contratto, cioè ai probabili sviluppi della vicenda contrattuale, compromessi dall'inerzia o dal comportamento scorretto del contraente obbligato a trattare"[615].

Secondo la prospettiva enunciata, in particolare, il contenuto del contratto modificativo, e dunque la misura dell'obbligo risarcitorio, dovrebbe essere individuato a seconda dello stato di avanzamento del processo rinegoziativo, tenendo conto di diversi parametri. Così, se la rinegoziazione non viene avviata a causa del rifiuto o dell'inerzia della parte che vi era tenuta, ai fini della determinazione del danno derivante dalla cessazione del rapporto, bisognerebbe ricorrere a parametri oggettivi. E dunque, se il contratto fornisce gli elementi da porre ad oggetto della rinegoziazione e si possono desumere dal mercato le coordinate per la modificazione del contratto, il giudice, avvalendosi di tali strumenti, dovrebbe definire i contorni del negozio

[614] MARASCO, *La rinegoziazione e l'interevento del giudice nella gestione del contratto,* cit., 560.
[615] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine,* cit., 403.

modificativo e procedere ad una liquidazione del danno prossima al vantaggio che la parte adempiente avrebbe potuto conseguire.

Se, di contro, l'obbligo di trattare viene violato in una fase avanzata delle trattative "tale da ingenerare un consistente affidamento delle parti", il danno risarcibile andrebbe ravvisato in quello da mancata esecuzione del contratto "come modificato per effetto della rinegoziazione", purchè i relativi termini siano individuabili "mediante una valutazione giudiziale agevolata dalle intese parziali raggiunte dalle parti (nel corso della trattativa e) fino al momento dell'inadempimento (…)"[616].

In senso contrario, tuttavia, si osserva che, l'autonomia negoziale di cui rimangono titolari i contraenti anche in questa fase negoziale, impedirebbe di immaginare l'assetto che la parti potrebbero dare ai propri interessi. Il giudice, pertanto, dovrebbe tenere in considerazione i vantaggi che il contratto nella sua dimensione iniziale era destinato a procurare ad entrambe le parti perché sono questi vantaggi che il diritto-dovere di rinegoziare mira a preservare.

Ai fini della liquidazione del danno, quindi, il giudice "più che prefigurarsi astrattamente l'esito di una trattativa modificativa svolta alla stregua del dovere di correttezza e dunque secondo uno spirito di leale e fattiva collaborazione, dovrebbe invece tener conto dell'originario equilibrio contrattuale e del profitto che, in assenza di sopravvenienze, avrebbe comportato per la parte adempiente, salvo naturalmente quel sacrificio cui il contraente è pur sempre sottoposto per il semplice fatto di aver stipulato il contratto in certe condizioni ed in presenza di certe situazioni"[617].

Passando all'analisi del secondo aspetto, relativo alla individuazione dei rimedi attivabili in caso di violazione dell'obbligo di contrattare, la dottrina è giunta a configurare, accanto al rimedio risarcitorio, anche una tutela in forma specifica, in tal modo attribuendo al giudice il potere di integrare il contenuto del contratto.

---

[616] MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 407 ss.
[617] MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., 179.

Una prima ricostruzione, in particolare, ha individuato nell'art. 1375 c.c., in funzione integrativa, la norma che consentirebbe di censurare la condotta della parte inadempiente facendole perdere il diritto di trattare sulle condizioni lasciate in sospeso, attribuendo conseguentemente al giudice il potere di stabilire, attraverso una valutazione equitativa, il contenuto del diritto del quale la parte scorretta ha rifiutato la determinazione.

In tale prospettiva, la repressione di un abuso con la buona fede rappresenterebbe il presupposto logico giuridico per riequilibrare il contratto con l'equità[618].

Da altra prospettiva, è stato affermato che l'intervento del giudice, creatore della parte di regolamento contrattuale non definita dalle parti in sede di rinegoziazione, dovrebbe considerarsi escluso solo nel caso in cui le parti risultino assolutamente libere nella conduzione della trattativa diretta a modificare l'originario assetto negoziale; di fronte alla piena libertà di autodeterminazione dei contraenti, invero, sarebbe priva di giustificazione ogni ingerenza dell'autorità giudiziaria con funzione di adeguamento dell'originario assetto negoziale; una simile libertà, tuttavia, non dovrebbe ritenersi sussistente in presenza di un obbligo di rinegoziazione che, pur non imponendo alle parti di concludere un contratto, le obbliga a contrattare, e a contrattare secondo buona fede.

Sulla base di tali premesse si conclude che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo modificativo a causa del comportamento ostruzionistico di uno dei contraenti, possa ammettersi un intervento del giudice, il quale "modificando un regolamento il cui contenuto è

[618] Così FRANZONI, *Buona fede ed equità tra fonti di integrazione del contratto*, cit., 86 s. L'autrice parte dalla considerazione che, ai fini della integrazione del contratto ex art. 1374 c.c., il giudizio equitativo funga da strumento per attribuire ad una prestazione un prezzo di mercato, sicchè, malgrado l'apparenza, nell'assolvere tale funzione, il giudice non creerebbe una regola da applicare al caso concreto, esistendo già una regola anche se economica e non giuridica. Ciò porta l'autrice a concludere che "se è sulla base del mercato che l'integrazione del contratto secondo equità tende ad uniformarsi, la differenza tra questa e le clausole generali da impiegare nello stesso contratto si assottiglia notevolmente. La differenza tra questa e quelle si riduce al profilo della tipicità che normalmente vale solo per la prima e non per la seconde, stante l'autonomia dell'art. 1375 c.c.".

sostanzialmente già definito, non procede *tout court* alla creazione di un nuovo regolamento contrattuale"[619].

Tra gli argomenti utilizzati a sostegno dell'intervento del giudice è stata richiamata anche la regola di cui all'art. 1349 c.c.: se, infatti, il giudice può sostituirsi al terzo tutte le volte in cui questo non provveda alla determinazione dell'oggetto del contratto, non dovrebbero esservi ostacoli insuperabili ad ammettere che tale potere gli vada riconosciuto anche quando i contraenti, obbligati a rinegoziare, non portino a buon fine le trattative[620].

Il giudice dovrebbe quindi sostituirsi alle parti utilizzando i "parametri concreti" offerti dall'obbligo di buona fede, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto[621].

In senso diametralmente opposto alle ricostruzioni ora prospettate, altra impostazione nega in radice la possibilità di un adeguamento giudiziale del contratto, sul rilievo che essa rappresenterebbe un'inammissibile interferenza nell'autonomia negoziale riservata alle parti.

Né, per giustificare tale soluzione, varrebbe richiamarsi al principio dell'equità integrativa posto che questa è uno "strumento suppletivo e residuale, il che comporta: da un lato, che il giudice non può correggere la volontà delle parti neanche nel caso in cui le scelte di queste dovrebbero apparirgli inique, sicché la sua funzione sarà quella di colmare le eventuali lacune del contratto (inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma e con la natura dell'affare come voluto dalle parti); dall'altro, che l'integrazione

---

[619] CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 264, secondo il quale, posto che la clausola di buona fede "offre parametri analitici e concreti verso i quali deve essere indirizzata la trattativa rinegoziativa, e più precisamente, impone alle parti di elaborare proposte modificative, armoniose e coerenti con l'originario equilibrio contrattuale, tali da non poter sortire sul piano della ragionevolezza l'effetto del rifiuto", la parte adempiente potrebbe ricorrere all'intervento del giudice, la cui "pronuncia determinativa del nuovo assetto di interessi (…) non costituisce il risultato di una scelta arbitraria e discrezionale rimessa al mero senso della giustizia, ma trova nella previsione negoziale, o comunque, nella buona fede, il parametro cui fare necessario riferimento". Il giudice, il cui intervento "deve essere necessariamente coerente con le leggi che regolano il rapporto, con la sua concreta disciplina ed in particolare con l'originario equilibrio economico-giuridico" voluto dalle parti, non si sostituisce integralmente all'autonomia privata, ma si limita ad impiegare quei criteri negoziali e legali che le parti erano tenute egualmente a seguire nella composizione dei propri interessi.

[620] CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 260.

[621] CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 264.

del contratto secondo equità può operare solo nei casi in cui la legge l'ammetta"[622].

La possibilità di adeguamento coattivo del contratto, del resto, sconterebbe difficoltà insormontabili per la scarsa propensione dei giudici ad una tale forma di intervento e comunque per il rischio della sovrapposizione di un'idea del tutto personale di adeguamento, a quella fatta propria dal contratto al momento della contrattazione[623].

Contro la prospettata possibilità di utilizzare il rimedio previsto dall'art. 1349 c.c. anche per il caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, inoltre, si è evidenziata la sostanziale diversità tra le due fattispecie, giacché mentre nella rimessione della determinazione dell'oggetto alla valutazione del terzo i contraenti hanno già abbandonato ogni spazio alla propria valutazione, esattamente il contrario avviene nella fattispecie in esame ove non risulta in alcun modo che le parti abbiano inteso riservare a terzi soggetti la decisione sui reciproci vincoli negoziali.

Anzi, nell'ipotesi in cui le parti abbiano previsto una clausola di rinegoziazione, tale circostanza dovrebbe escludere la possibilità che il giudice intervenga sul contenuto del contratto per completarlo[624].

In presenza di sopravvenienze squilibranti, dunque, non vi sarebbe alternativa tra applicare l'art. 1467 c.c., qualora ne ricorrano i presupposti - ma allora sarebbe superfluo configurare un obbligo di rinegoziazione – o concludere che "si è in presenza di una modifica delle circostanze che non giunge a quella importanza, apparendo allora impossibile il richiamo a quella

---

[622] MARASCO, *La rinegoziazione e l'interevento del giudice nella gestione del contratto,* cit., 562 ss. In senso analogo GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* cit., 184 e A DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca,* XXIII, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 302, il quale osserva come: "ove la legge a ciò autorizzi, il giudice esercita un potere di apprezzamento equitativo, valutando tutte le circostanze del caso. La più ampia e generica autorizzazione contenuta nella norma sui contratti (art- 1374 c.c.) non deve indurre in equivoco, non potendo il giudice evidentemente imporre conseguenze equitative alle parti, modificando quanto da esse stabilito". Sulla funzione meramente suppletiva dell'equità in giur. Cfr. Cass., 8 luglio 1983, n. 4626, in *Massimario Foro italiano,* 1983.

[623] BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale,* 319-320; L. PONTIROLI, *Protezione del contraente debole nei Principles of International commercial contracts di Unidroit: much ado about nothing*?, cit., 592.

[624] RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto,* cit., 196.

regola e tantomeno ad un giudizio equitativo, criteri che non appaiono dunque invocabili per risolvere l'intervento del giudice"[625].

In altre parole "la pretesa che il contraente corretto sia disposto a modificare il contenuto dell'accordo a favore della controparte tutte le volte che mutino le circostanze è un'affermazione astratta che risponde ad un'idea tutta personale di ciò che accade nella vita quotidiana. Invece ogni volta che si compie una scelta economica si calcola la misura del proprio investimento a quella che è una speranza (…). Ed è proprio quella scelta che indica qual è il rischio che si è voluto correre, la cui determinazione ha come dato correlativo quello del rischio che l'altra parte si è accollata per la medesima circostanza (…)". Pertanto affermare che, cambiate le circostanze, il contratto andrebbe riadeguato tenendo conto dello "specifico equilibrio fissato dalle parti nell'accordo originario" significherebbe ritenere che le parti avrebbero compiuto la medesima scelta anche in una nuova situazione. Ma tale opzione oltre a negare *ex post* la funzione strategica delle reciproche scelte economiche ed a valutare una inesistente volontà ipotetica dei contraenti, porterebbe "alla conclusione della necessaria equivalenza delle prestazioni rispetto a valori espressi sulla base del rapporto originario tra le prestazioni stesse, che però non è mai un rapporto obiettivo, ma l'esito della contrattazione, cioè di scelte irripetibili"[626].

Né, per superare tale critiche, potrebbe sostenersi che l'attività del giudice non sarebbe a tal punto discrezionale, limitandosi quest'ultimo a rideterminare le prestazioni tenendo conto di quelli che sono i valori di mercato"[627]. Tale soluzione, invero "postula che il singolo contratto debba necessariamente corrispondere a quei valori, pianifica cioé la contrattazione e nega alle parti la

[625] SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 804.
[626] SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 807.
[627] Così Cass., 8 settembre 1988, n. 8857; Conf. Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, c., 994, in cui, tra l'altro si legge: "il contenuto dell'offerta per riportare il contratto al giusto rapporto di scambio, a norma dell'art. 1477, ultimo comma, c.c., deve essere tale da uniformare il corrispettivo ancora dovuto ai valori di mercato del bene da trasferire, ovvero della parte del bene per il quale il corrispettivo non è stato versato; l'indagine del giudice per verificare l'idoneità dell'offerta ad eliminare lo squilibrio economico delle prestazioni deve essere condotta attenendosi a criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico e non a meri criteri equitativi".

scelta del rischio da assumersi nella misura del prezzo che si è disposti a pagare", ma ciò appare incompatibile con le regole che il nostro ordinamento ha accolto[628].

A ben vedere, dunque, i termini della questione in merito ai poteri di intervento del giudice sul contratto da rinegoziare, si risolve nell'alternativa tra negare, in ossequio ad un principio di autonomia contrattuale, qualsiasi ipotesi eterointegrazione del contratto e ammettere invece l'intervento *ab esterno* dal giudice sulla base di considerazioni di giustizia contrattuale consentite dalla valorizzazione delle clausole generali.

Al fine di prendere posizione sulla questione risulta opportuno richiamare alcune osservazioni svolte in precedenza in merito al rapporto tra clausole generali ed autonomia privata, e cioè l'idea che, nel modello di costituzione economica delineato dall'art. 41, l'autonomia privata non rappresenti un valore assoluto ma, al contrario, un principio da porre in relazione, ed eventualmente sacrificare, nel bilanciamento con valori di superiore o pari rango, attraverso la mediazione della clausola di buona fede.

Riportando tali osservazioni al problema in esame, dovrà concludersi che l'intervento del giudice risulterà legittimo tutte le volte in cui il contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza, contrariamente a buona fede, non si manifesti disponibile a rinegoziare il termini dello scambio sì da ricondurlo entro i limiti dell'alea normale e intenda, al contrario, lucrare sull'anomala e imprevedibile alterazione del sinallagma.

In questi casi il giudice, lungi dal sovrapporre la sua personale valutazione di contratto equo a quella effettuata dalle parti, farà rigorosa applicazione dei presupposti applicativi dell'art. 1467 c.c. riconducendo lo squilibrio nei limiti tollerati dall'ordinamento.

Tale conclusione, del resto, non dovrebbe apparire così sconvolgente perché, in tal modo, non si fa che attribuire alla parte aggravata dalla sopravvenienza "quello stesso potere d'invocare la riduzione ad equità del contratto squilibrato che già le spetta in relazione ai contratti gratuiti, e che,

[628] SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 807.

nei contratti onerosi spetta alla controparte (sicchè più che un rimedio nuovo, si tratterebbe di un semplice allargamento della legittimazione di un rimedio già previsto)"[629].

Né varrebbe replicare che, in tal modo, si trasformerebbe il meccanismo di adeguamento da regola dell'eccezione a principio generale[630], perché, nella prospettiva suggerita, non si intende fondare sul disposto dell'art. 1467 c.c. un potere generalizzato di revisione del contratto ma, al contrario, concludere che, ricorrendo i presupposti dell'art. 1467 c.c., qualora il rimedio risolutorio si riveli inadeguato o controproducente nella stessa prospettiva del contraente svantaggiato dalla sopravvenienza, questi, analogamente a controparte, possa ottenere una riconduzione ad equità del contratto squilibrato.

Una volta chiarito che non vi sono ostacoli di ordine concettuale che impediscano la configurazione di un intervento giudiziale sul contenuto del contratto, il vero problema da risolvere riguarda l'individuazione della pronuncia che il giudice dovrebbe emanare per ricondurre ad equità il contratto.

La via della sentenza di condanna, dal punto di vista teorico, risulta senz'altro percorribile perché tale tipo di tutela non è assoggettata dal nostro ordinamento a particolari limiti. Tuttavia, qualora si ritenesse che il giudice, in caso di trattativa maliziosa o di inerzia del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza, debba limitarsi a condannare le parti a rinegoziare indicando i criteri che queste sono tenute a seguire, lo sforzo di configurare un obbligo di rinegoziazione sortirebbe in un esito misero poiché, in ipotesi di inadempimento, farebbe regredire il risultato che attraverso l'elaborazione di un simile obbligo si è inteso perseguire, e cioè garantire la prosecuzione del rapporto. Ed invero, dopo la condanna, il contraente che subisce l'eccessiva onerosità verrebbe a trovarsi nella stessa situazione in cui versava prima che tale obbligo venisse riaffermato in via giudiziale.

---

[629] Così ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047.

[630] GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 562; GABRIELLI, *Alea e rischio contrattuale*, Napoli, 1997, 31; PONTIROLI, *Protezione del contraente debole nei Principles of International commercial contracts di Unidroit: much ado about nothing*?, cit., 592.

La via della sentenza costitutiva, invece, sconta la difficoltà di superare l'idea che tale forma di tutela operi solo nei casi previsti dalla legge[631] e comunque in situazioni in cui "le parti abbiano già contrattato e solo rimanga di contrarre, nel senso di prestare il consenso alla produzione di quegli effetti già predeterminati"[632].

In merito a quest'ultimo aspetto, senza prendere posizione sulla questione, che, a ben vedere, pone anche problemi di diritto processuale, in questa sede vale tuttavia osservare come, in alcune decisioni[633], sebbene contrastate da altre[634], si sia ammesso che il giudice possa provvedere a rideterminare equitativamente il contenuto del contratto anche qualora la parte non indichi la propria offerta ma si limiti a rimettersi a giustizia per la relativa determinazione; in questo modo, dunque, si configurerebbe un potere del giudice stesso di intervenire sul merito del contratto per adeguarlo alle necessità dei contraenti anche a vantaggio dalla parte onerata e a prescindere dalla fissazione convenzionale dei termini dello scambio[635].

In senso analogo, contro l'idea che i rimedi costitutivi possano essere adottati solo al fine di attribuire efficacia ad un regolamento di interessi già definito in ogni suo aspetto, in una prospettiva evolutiva del sistema, potrebbe valorizzarsi il recente orientamento giurisprudenziale che - in tema di sentenze ex art. 2932 c.c. – ha attribuito al giudice, non solo il potere di costituire gli

---

631 Tra gli altri vedi ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 346; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 123; ID, *Le tutele giurisdizionale dei diritti*, cit., 114-116.

632 Così A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005.

633 Ammettono la possibilità che la parte si rimetta alla determinazione del giudice Cass., 25 maggio 1991, n. 5922 e, qualora la domanda sia formulata subordinatamente al rigetto dell'offerta analiticamente indicata, Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, *Foro italiano*, 1999, I, 564 e Cass. 7 giugno 1957, n. 2109 e in dottrina SACCO, *Il contratto*, cit., 684; ROPPO, *Contratto*, cit., 1029; F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, 184-185; Invece secondo Cass., 23 aprile 1994, n. 389 occorre che "l'offerta presenti un minino di specificità, onde consentire al giudice, sostituendosi alla parte, di valutare l'adeguatezza"; a tale tesi aderisce TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 194.

634 Cass., S.U., 27 gennaio 1959, n. 224; Cass., 24 marzo 1976, n. 1067. La letteratura prevalente è contraria ad una determinazione giudiziale dell'offerta; si obietta infatti che "il giudice deve qui decidere se la prestazione offerta sia equa, ossia tale da ripristinare l'equilibrio cui fa parola l'art. 1467, comma 3 (comma l'art. 1450): l'equità è criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, non criterio per adeguare il contenuto del contratto all'evento sopravvenuto"; così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 516, n. 66; QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 127.

635 MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 287.

effetti del contratto, ma anche quello di modificarne il contenuto, quando si debba, ad esempio, valutare l'incidenza di vizi o una differenza modesta tra bene promesso e bene da trasferire. Una volta ammesso che il giudice, in assenza dell'accordo tra le parti, possa rideterminare esso stesso alcuni aspetti del contratto non dovrebbero esservi più difficoltà ad ammettere gli stessi poteri anche per sostituirsi ad una rinegoziazione rimasta sterile o non attivata[636].

Quanto all'idea della pretesa tipicità della tutela costitutiva - che, a ben vedere, affonda le proprie radici nella tradizionale diffidenza nei confronti del potere di intervento giudiziale nel contratto, in ossequio al principio di intangibilità eteronoma del contratto – vale osservare, anche in questo caso senza pretesa di soluzione, come di recente la dottrina abbia posto in discussione una simile conclusione a partire dalla constatazione del diffuso utilizzo delle sentenze costitutive quale mezzo per rimuovere situazioni illegittime o *contra ius*.

In tale evenienze, parrebbe che la tutela giurisdizionale di carattere costitutivo rappresenti rimedio generale a "servizio di posizioni di «libertà» o di autonomia contro situazioni illegittime o *contra ius*"[637]. Lo stesso dovrebbe dirsi quando la tutela costitutiva è chiamata ad esercitare funzione di controllo sull'esercizio dei poteri dei privati destinati a produrre mutamenti giuridici.

Sempre nella direzione di superare il ristretto ambito cui è relegata la tutela costitutiva, inoltre, si segnala il tentativo di configurare, accanto alle sentenze "costitutive" in senso stretto, un'altra categoria di pronunce, cosiddette "costitutivo determinative".

Queste ultime, a differenza delle prime, che si limitano a costituire le modificazioni della realtà giuridica secondo canoni predeterminati dalle parti, sarebbero in grado di costituire e determinare esse stesse "effetti o rapporti

---

[636] M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Adempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 316; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, cit., 429; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1047; cfr. pure CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 263; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 95.

[637] A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 392.

giuridici e ciò ad integrazione e *ad adiuvandum* di quanto potrebbe essere realizzato dalle parti medesime"[638].

Così, quando l'autonomia delle parti, cui spetta di determinare, integrare, precisare rapporti giuridici, modalità di esecuzione delle prestazione, ciò non abbia potuto fare, l'ordinamento giuridico sarebbe in grado apprestare un rimedio sostitutivo rappresentato dall'attività del giudice[639].

In questi casi l'intervento del giudice risulterebbe necessario ed "al limite insostituibile perché si tratta di operare in una situazione di *conflitto di interessi* e cioè di realizzare l'interesse dell'uno, ma tenendo conto anche dell'interesse dell'altro"[640].

Quali casi emblematici nei quali al soggetto è riconosciuta una utilità, ma tale diritto ha bisogno, per essere realizzato, di ulteriori elementi determinativi, senza i quali non può raggiungersi l'effetto, si ricorda l'ipotesi di costituzione del muro sul confine ex art. 844 c.c. ove l'elemento indeterminato ma indeterminabile è rappresentato dal pagamento della c.d. indennità di *medianza,* o la disciplina dei modi di costituzione delle servitù coattive, che richiede di determinare, oltreché l'indennità dovuta al proprietario del fondo servente, anche le concrete modalità di esercizio della servitù, o ancora l'art. 1349 c.c. che attribuisce al giudice di determinare con la sua equa valutazione l'oggetto del contratto.

Ma al di là di tali ipotesi specifiche, l'applicazione della clausola di buona fede e del principio equità integrativa, giustificherebbe, in via generale, la pretesa delle parti ad ottenere la determinazione di quegli elementi che consentano "di rendere azionabili le pretese di base" in tutte quelle ipotesi in cui detti "elementi presentino un sufficiente grado di determinabilità"; e ciò "anche contro la volontà della parte che oppone resistenze, impedimenti o indugi"[641].

Collocandosi all'interno di tale linea ricostruttiva, dunque, potrebbe sostenersi che in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione il

[638] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 388.
[639] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 388.
[640] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 388.
[641] DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 394.

giudice possa emettere una sentenza determinativa dei termini dello scambio e allo stesso tempo costitutiva degli effetti del negozio.

Si tratterebbe di una soluzione un po'audace, ma "quando si affrontano problemi di giustizia che sfuggono agli schemi troppo rigidi e stretti delle prescrizioni legali", forse, "un po' di audacia non fa male"[642].

[642] Così ROPPO, *Il contratto,* cit., 1047 ss.

BIBLIOGRAFIA

ADLER M.D., POSNER E.A., *New foundation of cost-benefit Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

ALBANESE A., *Disciplina generale e disciplina speciale dell'invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 922.

ALBANESE A., *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008.

ALLARA M., *Le prestazioni in luogo di adempimento*, in *Annali del Seminario di Palermo*, XIII, 1929.

ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952.

ALPA G., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, 723.

ALVISI C., *Subfornitura ed autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2002.

ALVISI C., *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008, 703.

AMBROSOLI M., *Le sopravvenienze perturbative e la revisione contrattuale* in *Studi in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Cedam, Padova, 2002, 147.

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2002.

AQUARO D., *Offerta rafforzata da 30 istituti*, in *Il Sole 24 ore*, 22 agosto 2008, 23.

AQUARO D. – SIMONELLI F., *Mutui, banche dissidenti*, in *Il Sole 24 ore*, 10 settembre 2008, 34.

ARCURI A., VAN DEN BERGH R., *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolazione: il ruolo dei costi-benefici*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2001, 223.

AZZARITI G., *Contributo* in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Laterza, Bari, 1999, 3.

BARCELLONA M., *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e di gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 467.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.

BARCELLONA M.- MAUGERI M. R., *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione* in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano, 2007, 521.

BELLINAZZO M. e BUSANI A., *Mutui, tre mesi per la rinegoziazione*, in *Il Sole 24 ore*, 23 agosto 2008, 26.

BELLINAZZO M., *Il rebus dei mutui, 5 soluzioni per pagare la rata*, in *Il Sole 24 ore*, 1 settembre 2008, 5.

BETTI E., *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Mattei, Pavia,1920.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Giuffrè, Milano, 1955.

BEVILAQUA E., *Rischi di pregiudizio per la banca surrogata e la relazione ipotecaria notarile,* in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari: Atti del Convegno/Fondazione italiana per il notariato,* Milano, Il Sole 24 ore, 2008.

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., LUMINOSO A., NATOLI U., *Obbligazioni e contratti,* XX, Giappichelli, Torino, 1989.

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., LUMINOSO A., NATOLI U., *Norme soggetti e rapporto giuridico,* XIII, Giappichelli, Torino, 1986.

BIGLIAZZI-GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile* in *Digesto delle discipline privatistiche,* sezione civile, II, Torino, Utet, 1988, 180.

BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D, LUMINOSO A., NATOLI U., *Obbligazioni e contratti,* XXIII, Giappichelli, Torino, 1992.

BIANCA C.M., *Il contratto,* III, *Diritto civile,* Giuffrè, Milano, 1984.

BIANCA C.M., *L'obbligazione,* IV, *Diritto civile,* Giuffrè, Milano, 1993.

BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili,* in *Commentario al codice civile,* XXI, a cura di P. Schlesinger, Ipsoa, Milano, 2004, 403.

BOARDMAN A., GREENBERG D.G., VINING A.R., WEIMER D.L., *Cost Benefit Analysis. Concepts and Practice,* Prentice Hall, Upper Saddle River, 2006.

BOCCIARELLI R., *Mutui, 270 mila famiglie hanno usufruito della rinegoziazione o della portabilità,* in *Il Sole 24 ore,* 9 febbraio 2010 in *www.ilsole24ore.com.*

BOSCO S., *Portabilità e rinegoziazione dei mutui* in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 265.

BOSELLI A., *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Utet, Torino, 1952.

BRECCIA U., *Le obbligazioni,* in *Trattato di diritto privato*, XXIV, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1992.

BUCCISANO O., *Surrogazione per pagamento,* Giuffrè, Milano, 1958.

BUSANI A., *Operazione invalida se i garanti sono assenti* in *Il sole 24 ore*, 22 agosto 2008, 23.

BUSNELLI D., *Note in tema di buona fede ed equità,* in *Rivista di diritto civile,* 2001, I, 537.

BUSSOLETTI M., *La normativa sulla trasparenza: il* ius variandi, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1994, 465.

CALOGERO G., *Etica, giuridica, politica,* Einaudi, Torino, 1946.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia privata nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 831.

CAPOBIANCO E., *Contratto di mutuo bancario* e ius variandi, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, 504.

CAPRIGLIONE F., *I "prodotti"di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche?* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2008, I, 6.

CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova, 1933.

CAROTTI B. – CAVALIERI E., *La nuova semplificazione*, Ipsoa, Milano, 2009.

CARPINO B., *Del pagamento con surrogazione: artt. 1201-1205* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XIX, a cura di F. Galgano, Zanichelli-Società del Foro italiano, Bologna-Roma, 1988.

CARPINO B., voce *Surrogazione (pagamento con)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, 964.

CARRESI F., *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, VIII, a cura di F. Vassalli, Utet, Torino, 1957.

CASALI G., *La sospensione del pagamento delle rate di mutuo* in *Atti del convegno paradigma: Novità in tema di contratto di mutuo: la portabilità, la rinegoziazione e le altre misure introdotte dalla finanziaria per il 2008*, Milano, 28-29 febbraio 2008.

CASELLA M., *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, Milano, 1974.

CASTRONOVO C., *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Relazioni Industriali*, 1983, 193.

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive* in *Europa e diritto privato*, 1998, 5.

CAVALLO L., COCO G., MARTELLI M., *Evaluating administrative burdens througt SCM: some indications from the Italian experience*, 2008, in *www.administrative-burdens.com.*

CELLINO M., *Un aiuto concreto per chi fatica a pagare le rate*, in *Il sole 24 ore*, 21 agosto 2008, 24.

CELLINO M., *Convenzione legata al reddito*, in *Il Sole 24 ore*, 26 agosto 2008, 37.

CEOLIN M., *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis* in *Le nuove leggi civile commentat*e, 2008, 259.

CERVINI A., *Mutui in valuta e rischio di cambio fra realità e presupposizione*, in *Giustizia civile*, 1996, II, 327.

CERVINI A., *La c.d. "sospensione del pagamento delle rate" – Legge 24 dicembre 2007, n. 244*, in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

CERVINI A., *Proroga ex lege e natura del contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. "sospensione del pagamento delle rate" (L. 24.12.2007, n. 244) e della rinegoziazione dei mutui (L. 27.5.2008, n. 93),* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 351.

CHESSA F., *Decreto «anticrisi»: un vero limite alle rate di mutuo?* in *Immobili e proprietà*, 2009, 4, 231.

CHESSA F., *Tasso BCE: un nuovo parametro di indicizzazione per i mutui*, in *Immobili e proprietà*, 2009, 3, 150.

CHIANALE A., *L'ipoteca*, Utet, Torino, 2005.

CIAN G., *Il nuovo capo XIV*-bis *(titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori,* in *Studium iuris*, 1996, 414.

COCO G., *La misurazione degli oneri amministrativi tramite* Standard Cost Model, in *Economia pubblica*, 2007.

COLAGROSSO E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Stamperia nazionale, Roma, 1948.

COLLINS H., *The Unfair commercial practices directive*, in *European review of contract law*, 2005, 426.

CONSOLO C. e MURONI R., *L'impatto della rinegoziazione sulle procedure esecutive immobiliari*, in *Atti del convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica,* in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, 3492.

CORSO E., *Vendita di beni di consumo,* in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca,* XIII, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005, 77.

CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza,* in *Rivista di diritto civile,* 1984, I, 709.

CRISCUOLO F., *Adeguamento del contratto e poteri del giudice,* in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002, 213.

CRISCUOLO F., *Equità e buona fede come fonte di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice)*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, 71.

CURCURUTO M. e LEMME G., *Le problematiche dei mutui in ecu* in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, II, 452.

CURIAT A., *Valutare le esigenze, i costi e l'ok della banca*, in *Il sole 24 ore*, 3 gennaio 2011, in *www.ilsole24ore.com*.

DALMARTELLO A., *Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1955, 816.

D'ANGELO A., *La buona fede* in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, a cura di M. Bessone, Torino, 2004.

PANUCCIO DATTOLA F., *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, Giuffrè, 1990.

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione di pratica commerciale sleale*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2007, 122.

DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1999.

DE MAURO A., *Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Giuffrè, Milano, 2000.

DE NOVA G. - SACCO R., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, XIII, a cura di R. Sacco, Utet, Torino, 2004.

DERNBURG H., *Das bürgerliche Reichs und Preussens*, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1903-1908.

DE RUGGIERO R., *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario,* III, in *Istituzioni di diritto civile*, G. Principato, Milano-Messina, 1933.

DE SIMONE M., *Il contratto con prestazioni corrispettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, 48.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XXIII, a cura di F. Galgano, Società editrice del foro italiano - Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO A., *La nullità*, in *Trattato di diritto privato,* VII, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2002.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003.

DI MARZIO F., *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU*, in *Giustizia civile*, 1997, I, 1098.

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 39.

DISTASO N., *I contratti in generale,* in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale,* fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 1980, 2230.

DOLMETTA A.A., *Dai decreti Bersani alla Convenzione Tremonti, Filosofie e rinegoziazione,* in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

DOLMETTA A.A., *Estinzione anticipata dei mutui immobiliari. Divieto di clausole penali (art. 7 d.l. n. 7/2007). Prime note*, in *Atti del convegno*

Paradigma: *Il contratto di mutuo nel "decreto liberalizzazioni"*, Milano, 20-21 marzo 2007.

DOLMETTA A.A., *La facoltà di «estinzione anticipata» nei contratti bancari con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007,* in *Rivista di diritto civile,* 2008, II, 529.

DOLMETTA A.A., *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (cd. "portabilità del mutuo"),* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, 395.

DRAGHI M., *Contributo* in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Bari, Laterza, 1999, 81.

FALCONE G., *Le operazioni di credito fondiario alla luce delle disposizioni del decreto-legge n. 7 del 2007, convertito nella legge 40 del 2007 (c.d. "decreto Bersani-bis"),* in *Diritto fallimentare,* 2007, 727.

FAUSTI P.L., *Il mutuo,* in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato,* XIII, a cura di P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2004.

FAUSTI P.L., *Legge bersani bis: riflessioni sugli art. 7 e 8,* in *Atti del convegno Paradigma*: *Il contratto di mutuo nella "manovra liberalizzazioni"*, Milano, 15-16 maggio 2007.

FAUSTI P. L., *Mutui e clausole vessatorie,* in *Notariato,* 2007, 509.

FAUSTI P.L., *La «rinegoziazione» dei mutui,* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, I, 746.

FEDERICO A., *L'ordine pubblico economico ed il contratto,* in *Illiceità ed immeritevolezza, nullità,* a cura di F. Di Marzio, Esi, Napoli, 2004, 85.

FERRI G. B., *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova, 2004.

FERRONI L., *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Esi, Napoli, 1983.

FICI A., *Il contratto "incompleto"*, Giappichelli, Torino, 2005.

FIORENTINI F., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica,* in *Europa e diritto privato*, 2006, 1155.

FIORUCCI F., *Modalità tecniche di rinegoziazione dei mutui non contemplati dalla convenzione ABI-Ministero*, in *Atti del Convegno Paradigma*: *La rinegoziazione libera, convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

FIORUCCI F., *I mutui bancari*, Giuffrè, Milano, 2008.

FRAGALI M., *Del mutuo, artt. 1813-1822 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca,* XIX, a cura di F. Galgano, Società editrice del foro italiano - Zanichelli, Bologna-Roma, 1966.

FRAGALI M., voce *Ipoteca,* in *Enciclopedia del diritto,* XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 846.

FRANGINI A., *Il pagamento del terzo. L'imputazione dei pagamenti. La compensazione tra debiti e crediti,* in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali,* Giuffrè, Milano, 1999.

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 83.

GAGGERO P., *La disciplina del ius variandi nel testo unico bancario,* in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori,* a cura di C. M. Bianca e G. Alpa, Cedam, Padova, 1996, 367.

GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Cedam, Padova, 1999.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1988.

GALGANO F., *Le obbligazioni e i contratti*, II, in *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 2004.

GALLO P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VII, Utet, Torino, 1991, 234.

GALLO P., *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.

GALLO P., voce *Revisione del contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, XVII, Torino, Utet, 1998, 431.

GAMBINO F., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1960, I, 416.

GARDELLA-TEDESCHI B., voce *Mutuo* (*contratto di*) in *Digesto discipline privatistiche*, sezione civile, XI, Torino, Utet, 1994, 537.

GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 1987.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2006.

GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Jovene, Napoli, 1990.

GENTILI A., *Teoria e prassi nella portabilità dei contratti di finanziamento bancario*, in *I Contratti*, 2007, 453.

GIAMPICCOLO G., voce *Mutuo (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1997, 444.

GIAMPIERI A., *Il decreto sulle liberalizzazioni. La portabilità del mutuo, le intenzioni del legislatore e gli effetti forse indesiderati della norma*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, 471.

GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VII, F. Cammelli, Firenze, 1910.

GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1968.

GIOVANETTI NUTI F., *La valutazione economica delle decisioni pubbliche. Dall'analisi costi benefici alle valutazioni contingenti*, Giappichelli, Torino, 2001.

GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008.

GORLA G. – ZANELLI N., *Del pegno – Delle ipoteche*: *artt. 2784-2899*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XXII, Società editrice del Foro italiano – N. Zanichelli, Bologna-Roma, 1962.

GRANDE STEVENS F., *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, 1998, 193.

GRASSANI A., voce *Mutuo (Diritto civile)* in *Novissimo Digesto italiano*, X, Utet, Torino, 1964, 1049.

GRECO A., *L' analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*, 2009, in *www.federalismi.it.*

GRIECO G., *Le cause di estinzione patologiche:inadempimento e risoluzione*, in *Il mutuo*, a cura di G. Cassano, Cedam, Padova, 2009.

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I Contratti*, 2007, 173.

GUERINONI E., *Le nuove regole nei rapporti bancari*, Ipsoa, Milano, 2007.

HARTMANN G., *Die obligation. Undersuchungen zum Zweck and Bau*, Erlangen, 1875.

HELM D., *Regulatory reform, Capture, and the regulatory burden*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2006, XII, 183.

INCARDONA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali prime valutazioni*, in *Diritto del commercio e degli scambi internazionali*, 2006, 372.

INZITARI B., *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e il divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, I, 257.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2009.

IRTI N., *Introduzion*e, in Il *dibattito sull'ordine giuridico del mercato,* a cura di N. Irti, Laterza, Bari, 1999, VII.

IUDICA G., *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, Esi, Napoli, 2006, 166.

IURILLI C., *Jus variandi e testo unico bancario. La nuova formulazione dell'art. 118, e l'art. 10 del c.d. "decreto bersani". Una proposta interpretativa,* in *Studium iuris*, 2007, 131.

LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale,* in *Contratto e impresa*, 1985, 309.

LA PORTA U., *Limiti all'autonomia nei contratti di scambio,* in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche – Relazione al XXXIX Congresso Nazionale del notariato,* Milano, 2002.

LA SPINA A., *L'analisi di impatto della regolazione: i caratteri distintivi, le tecniche, la ricezione in Italia,* in *Rivista trimestrale della scienza amministrativa,* 2000, 11.

LEIDI A., *La revisione dei contenuti dei contratti di mutuo alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 7/2007,* in *Atti del convegno Paradigma*: *Il contratto di mutuo nella "manovra liberalizzazioni"*, Milano, 15-16 maggio 2007.

LIBERTINI M., *La regolamentazione in materia di mutui: la convenzione stipulata tra il ministero dell'Economia e l'ABI,* in *Atti del Convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera, convenzionata e le altre opzioni*, Milano, 3-4 luglio 2008.

LIPARI N., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Laterza, Bari, 1974.

LIBONATI B., *Contributo*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Laterza, Bari, 1999, 103.

LO SURDO G., *sub art. 20*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. Cuffaro, Giuffrè, Milano, 2008, 103.

LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, I, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1995, 708.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996.

NATOLI U., *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene, Napoli, 2004.

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, 63.

MACARIO F., *La disciplina della rinegoziazione del contratto di mutuo e le relative problematiche operative*, in *Atti del convegno Paradigma*: *Il contratto di mutuo nella "manovra liberalizzazioni"*, Milano, 15-16 maggio 2007.

MAGAZZÙ A., *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 1528.

MAGINI U., *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Fratelli Bocca, Torino, 1924.

MAGNO M. L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva*

comunitaria e ordinamento italiano, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2007, 117.

MAIORCA C., voce *Ipoteca (diritto civile),* in *Novissimo Digesto italiano,* Utet, IX, Torino, 1963, 82.

MANIACI A., *Contratti in corso e usurarietà sopravvenuta* (*nota a Cass., 17 novembre 2000),* in *I Contratti*, 2001, 154.

MANTOVANI M., *Le nullità ed il contratto nullo,* in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Rimedi, I, a cura di A. Gentili, Giuffrè, Milano, 2006.

MARASCO G., *La rinegoziazione e l'interevento del giudice nella gestione del contratto,* in *Contratto e impresa*, 2005, 539.

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale,* Padova, 2006.

MARCELLI R., *Lo ius variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto,* in *Magistra, banca e finanza,* 2006, in *www.magistra.it.*

MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, 288.

MASTROPAOLO F., *I contratti reali,* Giappichelli, Torino, 1999.

MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo,* in *Europa e diritto privato*, 2004, 1098.

MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione economica,* in *Europa e diritto privato*, 2005, 53.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi,* in *Europa e diritto privato,* 2010, 601.

MAZZANTINI G., *L'AIR sulla concorrenza: «eppur si muove!»,* in *La tela di Penelope. Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocratica,* a cura di A. Natalini e G. Tiberi, Il Mulino, Bologna, 2010.

MAZZINI F., *Dalla portabilità alla rinegoziazione dei mutui le difese contro l'aumento dei tassi variabili,* in *Guida al diritto,* 2009, 20.

MENGONI L., *L'oggetto della obbligazione,* in *Jus*, 1952, 177.

MENGONI L., *Forma giuridica e materia economica,* in *Studi in onore di A. Asquini*, I, Cedam, Padova 1963, 1075.

MENGONI L., *Spunti per una teoria generale delle clausole generali,* in *Rivista diritto privato,* 1986, 5.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione,*in *Banca borsa e titoli di credito,* 1997, I, 3.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile,* in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, 537.

MERLO G. M., *La surrogazione per pagamento,* Cedam, Padova, 1933.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto,* Giuffrè, Milano, 1946.

MICCIO R., *Dei singoli contratti e della altre fonti delle obbligazioni,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1959.

MICCIO R., *Delle obbligazioni in generale*: *artt. 1201-1205* c.c. in *Commentario al codice civile,* IV, Utet, Torino, 1966.

MIDENA M., *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 88.

MINECCI U., *Sopravvenienza del mutuo in ECU e dovere di buona fede*, in *Banca borsa e titoli di credito,* 2000, II, 194.

MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali,* in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo Milano, 2007, Giuffrè, Milano, 8.

MONTESANO L., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Utet, Torino, 1981.

MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile,* Giuffrè, Milano, 2009.

NATOLI U., *I contratti reali: appunti dalle lezioni,* Giuffrè, Milano, 1975.

NATOLI U., *L'abuso di dipendenza economica,* Jovene, Napoli, 2004.

NICOLÒ R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milano, 1936.

NICOLÒ R., voce *Successione nei diritti,* in *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Utet, Torino, 1971, 608.

NIVARRA L. – ROMAGNO G. W., *Il mutuo,* Giuffrè, Milano, 2000.

NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo: regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Esi, Napoli, 2010, 112.

NOBILI C., *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2001.

OPPO G., *I contratti di dura*ta, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, I, 159.

OPPO G., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazione e negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1992, 260.

OSTI G., voce *Contratto* in *Novissimo Digesto italiano*, sezione civile, IV, Utet, Torino, 1959, 492.

PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 327.

PANUCCIO V., voce *Cessione dei crediti* in *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, 861.

PARDOLESI R., *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro italiano*, 1981, I, c. 2142.

PARISOTTO R.- RENELLA G., *Dal 2009 mutui variabili ancorati al saggio BCE*, in *Guida al diritto*, dicembre 2008 n. 50, 73.

PARTISANI R., *sub art. 18*, in *Codice ipertestuale di consumo*, diretto da M. Franzoni, Giappichelli, Torino, 2008, 71.

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, XXXI, a

cura di F. Galgano, Società editrice del foro italiano - Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto,* in *Rassegna di diritto civile,* 2000, 545.

PERNA R., *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta – Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione,* in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, 49.

PETRAGLIA A. U., *Il contenzioso relativo ai mutui in ecu: primo round per le banche,* in *Corriere giuridico,* 1997, 814.

PETRELLI G., *Portabilità dei mutui. Surrogazione per pagamento,* 2007, in *www.gaetanopetrelli.it.*

PETRELLI G., *Estinzione anticipata dei mutui contratti per l'acquisto di determinati immobili e clausole penali,* in *Notariato,* 2007, 590.

PINO A., *Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto,* Cedam, Padova, 1963.

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato,* in *Europa e diritto privato,* 2010, 1117.

PIRAINO F., *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione,* in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto civile.*

POSNER R. A. e ROSENFIELD A.M., *Impossibility and related docrtines in contract law: an economic analysis,* 6, in *Journal of Legal Studies*, 1977, 88.

PORZIO M., *I contratti di durata nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 1998, I, 298.

PRESTI G., *Annotazione per il subingresso ipotecario e fallimento del proprietario del bene,* in *Giurisprudenza commerciale,* 1993, II, 491.

PRESTI G., *Rinegoziazione dei mutui ipotecari*. *Qualificazione e disciplina,* in *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali,* Giuffrè, Milano, 1999.

PROSPERETTI M., *Il pagamento con surrogazione,* in *Trattato di diritto civile e commerciale,* IX, diretto da P. Rescigno, Giappichelli, Torino, 1999.

PUGLIATTI S., *L'atto di disposizione ed il trasferimento dei diritti,* in *Diritto civile (Metodo-Teoria-Pratica),* Giuffrè, Milano, 1951.

PUGLIATTI S., *Grammatica e diritto,* Giuffrè, Milano, 1978.

RABBITTI M., *sub art. 20,* in *Le modifiche al codice del consumo,* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, 141.

RANGONE N., *Impatto delle analisi delle regolazioni su procedimento, organizzazione e indipendenza delle Autorità,* in *Studi parlamentari di politica costituzionale,* 2006, 79.

RADAELLI C. M., *Cracking down on administrative burdens: why business is not latching on,* 2007, in *www.federalismi.it*.

RAVAZZONI A., *Le ipoteche,* Giuffrè, Milano, 2006.

REALMONTE F., voce *Eccezione di inadempimento* in *Enciclopedia del diritto,* XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 222.

RESCIGNO P., *Incapacità naturale e inadempimento*, Jovene, Napoli, 1950.

RESCIO G., *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 1987, II, 98.

RICCI A., *Il criterio di ragionevolezza nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2007.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

ROPPO V., *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato*, XLI, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2001.

ROSARIO F., *Mutui prima casa e "decreto anticrisi: ": luci ed ombre,* in *Notariato,* 2009, 1, 79.

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette,* in *Europa e diritto privato,* 2010, 685.

RUBINO D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare,* in *Trattato Diritto civile e commerciale,* XV, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1956.

RUMI T., *Divieto di clausole penali e conformazione del contratto nel decreto Bersani-bis,* in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 827 .

TRAVI A., *La liberalizzazione,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 1998, 645.

SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile*, XII, a cura di F.Vassalli, Giappichelli, Torino, 1983, 56.

SALPIUS B. V., *Novation und Delegation nach römischen Recht,* Berlin, 1864, 354.

SANDULLI M., *sub art. 39,* in *Codice del consumo. Commentario,* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Esi, Napoli, 2005.

SANTONI G., *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2007, I, 258.

SCALFI G., *Osservazioni sui contratti a prestazioni corrispettive,* in *Rivista di diritto commerciale,* 1958, 452.

SCALFI G., *Corrispettività ed alea nei contratti,* Istituto editoriale cisalpino, Milano-Varese, 1960.

SCALFI G., voce *Risoluzione del contratto,* in *Enciclopedia giuridica Treccani,* XXVIII, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1991, 6.

SCALI M., *sub art. 18, comma 1, lett. h)* in *Le modifiche al Codice del Consumo,* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino, 2009, 76.

SCALISI S., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione,* in *Rivista di diritto civile.*, 2005, I, 459.

SCARPELLO A., Jus variandi *e strumenti di tutela dei contraenti,* in *www.consiglionazionaleforense.it*.

SCHLESINGER P., *Il pagamento del terzo,* Giuffrè, Milano, 1961.

SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1959, 1275.

SCOCA F. G., *Relazione introduttiva*, in *Studi in tema di liberalizzazioni*, a cura di E. Sticchi Damiani, Giappichelli, Torino, 2008, 1.

SERIO M., *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 84.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 786.

SIMONETTO E., voce *Mutuo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1990.

SIMONETTO E., voce *Interessi* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVII, Istituto della enciclopedia italiana, Roma, 1989, 10.

SIRENA P., *Lo* ius variandi *delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2007, I, 269.

SIRENA P., *La "portabilità del mutuo" bancario e finanziario*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, I, 449.

SIRENA P., in *Il contributo del notariato per l'attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari*, *Atti del Convegno/Fondazione italiana per il notariato*, Milano, *Il Sole 24 ore*, 2008.

TAMBURRINO G., *Della tutela dei diritti: delle ipoteche/Artt. 2808-2899*, Unione Tipografio editrice torinese, Torino, 1976.

TARTAGLIA P., *Eccessiva onerosità ed appalto*, Giuffrè, Milano, 1983.

TASSINARI F., *Semplificazione nel procedimento di cancellazione dei mutui immobiliari,* in *Notariato*, 2007, 126.

TASSINARI F., *Portabilità del mutuo e surrogazione dopo l'articolo 8 del D.L. sulla concorrenza (c.d Bersani-bis)*, 30 gennaio 2007, su *www. notarel.it.*

TATARANO M., *La «rinegoziazione» nei finanziamenti bancari*, Esi, Napoli, 2003.

TERRANOVA, C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario*, XVI, a cura di P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1995, 238.

TIMOTEO M., *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale,* in *Contratto e impresa*, 1998, 619.

TOMMASINI R., voce *Revisione del rapporto,* in *Enciclopedia del diritto,* XL, Giuffrè, Milano, 1989, 104.

TRAISCI F. P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di* civil *e* common law, Esi, Napoli, 2003.

TREMONTI G., *Contributo*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di N. Irti, Laterza, Bari, 1999, 39.

TUCCI G., *La rinegoziazione dei mutui per la prima casa: le problematiche aperte,* in *Atti del convegno Paradigma: Misure in materia di mutui: la rinegoziazione libera e convenzionata e le altre opzioni,* Milano, 3-4 luglio 2008.

TURCO C., *L'adempimento del terzo*, Giuffrè, Milano, 2002.

VALLEBONA, T. *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale,* in *Rivista critica di diritto privato,* 2004, 468.

VIALE M., *La nuova legge sulla trasparenza bancaria: prime perplessità e dubbi interpretativi,* in *Giurisprudenza commerciale,* 1992, I, 785.

VENTURI E., *Globalizzazione, interconnessione dei mercati e crisi finanziaria. Identificazione dei possibili interventi correttivi,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2009, I, 80.

VESSICHELLI R., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, 972.

VIOTTI S., *I nuovi strumenti giuridici di modifica del contratto di mutuo,* in *Giurisprudenza di merito,* 2008, 3087.

WEBER M., *Economia e società: l'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali*, a cura di W. J. Mommsen e M. Meyer, trad. it., di M. Palma, Edizioni di comunità, Milano, 2003.

WEIGEL W., *The standard cost model: a critical appraisal,* in *European Association of Law and Economics,* 2009, 27.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* in *Rivista di diritto civile,* 2008, I, 529.