

**LA RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO DI MUTUO
E LA RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE
IN MATERIA BANCARIA**

*Giuseppe Spoto**

SOMMARIO: 1. Disciplina e funzione del contratto di mutuo – 2. Piano di ammortamento e metodi di calcolo – 3. Rinegoziazione e «portabilità» del mutuo – 4. La risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria come ulteriore opportunità di rinegoziazione dei contratti di mutuo.

1. – La definizione del contratto di mutuo è dettata dall'art. 1813 c.c. a mente del quale una parte (mutuante) consegna all'altra (mutuatario) denaro o altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità. Ai fini della nozione di mutuo¹, assume rilievo fondamentale la consegna della cosa che non va considerata semplicemente come ese-

* Ricercatore di Istituzioni di diritto privato nell'Università Roma Tre.

¹ Per l'inquadramento della nozione e della natura giuridica del contratto di mutuo *cf.*: V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989; L. FERRONI, *La nuova disciplina del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997; M. FRAGALI, *del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja - G. Branca (a cura di), Roma, 1966; A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1967; B. GARDELLA TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, in *D. disc. Priv. Sez. comm.*, vol. XI, Torino, 1994; G. GIAMPICCOLO, *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977; S. GRASSANI, *Mutuo (Diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. X, 1964; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica – P. Zatti, Milano, 1995, 678 s.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, vol. VII, Torino, 1999; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1992; L. NIVARRA, *Il mutuo*, Milano, 2000; R. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, vol. I, Torino, 1995; G. PORCELLI, *Mutuo (contratto di)*, in *Il Diritto Enc. giur.*, vol. 9, Milano, 2007; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002; G. W. ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000; E. SIMONETTO, *Mutuo*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1992; A. ZIMATORE, *Mutuo di scopo*, Padova, 1985. Per quanto riguarda l'analisi economica *cf.* F. GAMBINO, *I mutui usurari tra logica imperativa ed analisi economica del diritto*, in *Contr. e Imp.*, 2001, 644.

cuzione di una obbligazione contrattuale, ma piuttosto come elemento costitutivo del negozio stesso. Nonostante questa interpretazione rimanga in dottrina quella maggiormente accolta, secondo un'altra ricostruzione che è rimasta minoritaria il mutuo si perfeziona comunque con il mero consenso delle parti, sebbene sia soggetto alla condizione sospensiva di efficacia della consegna².

La preferenza della tesi della realtà, rispetto alla configurabilità del contratto in commento come consensuale, trova giustificazione anche in relazione all'esigenza di proteggere e rispettare la libertà del mutuante consentendogli di poter scegliere fino alla effettiva consegna se stipulare o meno il contratto. Dall'altro versante, il mutuatario disporrebbe di un più adeguato spazio di tempo per riflettere sulle conseguenze dell'operazione contrattuale. Questo aspetto in verità risulta ormai superato, se consideriamo la possibilità di ricorrere sempre più spesso ad una rinegoziazione successiva o comunque di accedere ai benefici connessi con la c.d. «portabilità» a favore di altro istituto di credito mutuante.

Secondo i sostenitori della c.d. «teoria dell'aggio», il mutuo rientrerebbe tra i contratti di scambio di beni presenti con beni futuri, mentre secondo i sostenitori della c.d. «teoria del differimento» con il contratto di mutuo si realizza il duplice trasferimento di proprietà di cose dello stesso genere e della stessa qualità tra le parti, a cui segue l'obbligazione del mutuante di non richiedere la restituzione anticipatamente.

La consegna può avvenire con la trasmissione del possesso delle cose o nel caso di mutuo di denaro attraverso l'accredito della somma nel conto corrente del beneficiario o attraverso il deposito su di un libretto fruttifero di risparmio al portatore, costituendo un pegno a favore del mutuante a garanzia della restituzione della somma prestata³.

² La consegna diventa elemento determinante per l'esatta qualificazione del contratto di mutuo e viene ad assumere un significato differente, a seconda che il mutuo sia considerato contratto reale (tesi maggioritaria) o consensuale (tesi minoritaria). Secondo l'orientamento maggioritario la consegna serve per il perfezionamento del contratto, mentre se aderiamo all'orientamento minoritario il momento della consegna del denaro (o altri beni) oggetto del mutuo costituisce adempimento di un'obbligazione *cf.* V. SANGIOVANNI, *Contratto di mutuo e consegna del bene*, in *Contratti*, 2010, 979 s.

³ L'effetto traslativo ed il conseguente obbligo di restituzione si realizzano attraverso il trasferimento del possesso dal mutuante al mutuatario, ma tale effetto traslativo può anche essere realizzato in qualsiasi altra forma idonea a consentire che il mutuatario possa avere ef-

Il mutuo si presume oneroso e a prestazioni corrispettive, ma potrebbe anche essere gratuito, pertanto, salvo diverso accordo, il mutuatario dovrà corrispondere al mutuante gli interessi legali o convenzionali ed in mancanza di tale adempimento il mutuante avrà diritto a chiedere la risoluzione del contratto.

Secondo l'orientamento maggioritario, il mutuo deve essere considerato sempre un contratto unilaterale, così una volta concluso l'accordo non esistono prestazioni a carico del mutuante, ma soltanto a carico del mutuatario. All'opposto, un'altra ricostruzione dottrinale preferisce configurare il mutuo come contratto bilaterale, in quanto oltre all'obbligazione del mutuatario di restituire la somma ricevuta, vi sarebbe l'obbligazione del mutuante della «traditio rei» o comunque l'impegno a non richiedere la somma consegnata immediatamente.

Indipendentemente dalla ricostruzione dottrinale prescelta, la disciplina dettata dalle norme del codice civile ci consente comunque di individuare con chiarezza il contenuto degli obblighi a carico del mutuate e del mutuatario. In particolare, risulta evidente che gli obblighi del mutuante consistono in primo luogo nel consegnare beni non viziati, ma anche nel far acquistare la proprietà di essi al mutuatario. Nel caso di consegna di beni diversi dal denaro, il mutuante è altresì tenuto alla garanzia per evizione e risponderà dei danni derivanti dai vizi delle cose date se non prova di avere ignorato senza colpa tali danni. In caso di mutuo oneroso, tutti i danni dovranno essere risarciti integralmente, mentre se il mutuo è a titolo gratuito, il mutuante sarà responsabile solo nel caso in cui, consapevole dei vizi, non abbia avvertito il mutuatario.

Per quanto riguarda gli obblighi del mutuatario, occorre precisare che quest'ultimo è tenuto al pagamento del corrispettivo in caso di onerosità e alla restituzione di altrettante cose della stessa specie e qualità. Se è prevista la restituzione rateale delle somme mutate e il mutuatario non adempie all'obbligo di pagamento anche di una sola rata di mutuo dovrà immediatamente restituire l'intera somma ricevuta in prestito, fermo restando una valutazione delle circostanze e tenuto conto della gravità dell'inadempimento.

La richiesta di restituzione configura l'esercizio di un vero e proprio drit-

fettiva disponibilità giuridica delle cose, indipendentemente dalla materiale apprensione. *Cfr.* R. SACCO, *Il contratto*, I, in *Trattato dir.civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993.

to di recesso del mutuante previsto dalla legge nell'ipotesi di mutuo gratuito, mentre si dovrà fare più opportunamente riferimento all'art. 1453 c.c. nell'ipotesi di mutuo oneroso. Se il mutuo ha ad oggetto cose diverse dal denaro e la restituzione è diventata impossibile o notevolmente difficile per causa non dipendente dal mutuatario, quest'ultimo potrà pagarne il valore, tenuto conto del tempo e del luogo in cui la restituzione doveva essere eseguita.

Qualora la restituzione sia comunque ancora possibile, anche se è diventata più difficile rispetto al momento in cui era stata pattuita, applicando le norme generali in materia di obbligazioni potremmo parlare di una vera e propria obbligazione con facoltà alternativa.

Chi ha promesso di concedere un mutuo può rifiutare l'adempimento della sua obbligazione se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da rendere difficile la restituzione e non gli sono state offerte adeguate garanzie.

Le garanzie ai fini della restituzione possono essere sia personali (fideiussione), sia reali (mutuo ipotecario, pignoratizio o cambiario). Secondo l'orientamento maggioritario nell'ipotesi di mutuo garantito, insorgono due negozi autonomi, ma collegati (il negozio di mutuo e il negozio di garanzia) aventi ciascuno una propria causa. Secondo un'altra tesi il mutuo garantito è invece un contratto unitario che risulta dalla combinazione di mutuo e garanzia.

Questa premessa è utile per comprendere le regole generali che disciplinano il contratto di mutuo, ma non è sufficiente ai fini della valutazione del peso effettivo che il mutuatario dovrà sostenere per adempiere correttamente le obbligazioni contratte a seguito della sottoscrizione di un mutuo con un istituto di credito.

Rimane però ancora controverso se oltre all'estinzione anticipata⁴ i rime-

⁴ Per i contratti di mutuo immobiliare stipulati dopo il 2 febbraio 2007 non si applicheranno penali nell'ipotesi di estinzione anticipata. A seguito dell'entrata in vigore del decreto 7/2007 e della successiva legge di conversione è stato ampliato l'ambito di applicazione anche ad altri mutui per l'acquisto o per la ristrutturazione di immobili adibiti ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte delle persone fisiche. Alle banche è vietato sostituire le penali di estinzione anticipata con altre forme di costi. L'estinzione anticipata può essere richiesta dal mutuatario che si trova in condizioni di liquidità tali da consentirgli l'operazione, invece, ai mutuatari in difficoltà è consentito chiedere la sospensione del pagamento delle rate per non più di due volte e per un periodo massimo to-

di predisposti come: la cartolarizzazione⁵, la rinegoziazione, la surrogazione per pagamento, la portabilità del mutuo a favore di altro istituto di credito, consentiti nell'ambito dell'ordinamento siano realmente le misure più appropriate per tutelare i consumatori dal rischio di mutui insostenibili, oppure se in alternativa al contratto di mutuo, debbano essere concepiti nuovi modelli contrattuali capaci di incidere sull'intero sistema creditizio in modo più efficace, tenuto conto delle esigenze del mercato e delle difficoltà economiche attuali.

2. - La disciplina generale fissata dal codice civile deve essere integrata a seconda del contratto di mutuo sottoscritto, perché le considerazioni che valgono per il mutuo relativo all'acquisto di un immobile ad uso abitativo sono diverse rispetto a quelle che occorre formulare se vi è stata sottoscrizione di un mutuo c.d. di «mera liquidità» in cui non è stato possibile costituire ipoteca a favore della banca mutuante.

Le associazioni dei consumatori e le associazioni del settore creditizio hanno predisposto l'adozione di un comune prospetto informativo⁶ di tipo

tale di non oltre 18 mesi, purché la banca mutuante non abbia intrapreso nessun atto di esecuzione.

⁵ Si chiama cartolarizzazione la cessione di un credito concesso ad una società detta veicolo. La società-veicolo paga la banca cedente ed emette obbligazioni garantite dal mutuo ceduto. Nell'ipotesi di cartolarizzazione del mutuo, la banca non ha l'obbligo di informare preliminarmente il debitore della cartolarizzazione, ma deve dare comunicazione nel registro delle imprese e sulla Gazzetta ufficiale. Anche se il mutuo è stato cartolarizzato, il mutuatario potrà continuare a considerare come referente la banca mutuante con cui ha stipulato il mutuo. La cartolarizzazione non modifica il contratto, ma qualora il mutuatario desidera rinegoziare il mutuo cartolarizzato deve accordarsi con la società acquirente il contratto, mentre il calcolo delle rate residue potrà essere chiesto direttamente all'istituto di credito originario. La cessione del credito del mutuante a scopo di garanzia non contrasta con il divieto di patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c., anche se rimane controversa la natura giuridica di tale operazione. Possiamo distinguere quattro diversi orientamenti: a) teoria del negozio atipico; b) teoria del negozio misto di cessione e di pegno di crediti; c) teoria del mandato irrevocabile a riscuotere; d) teoria dell'autentica cessione del credito, secondo cui il cessionario acquista la titolarità del credito nei confronti del debitore ceduto, con un limite per il quale il credito non potrà essere riscosso se non a seguito dell'inadempimento e il cessionario se il cedente adempie deve trasferirgli il credito concesso in garanzia.

⁶ Per assicurare la massima trasparenza il Codice sulle informazioni sui mutui per la casa, che è un sistema di regole di comportamento al quale hanno aderito numerosi istituti bancari, ha predisposto un documento standard europeo chiamato *Esis* (European standard informa-

standardizzato in modo da fornire alcune informazioni ritenute fondamentali ai fini della scelta delle condizioni più vantaggiose per il mutuatario e al contempo incentivare la comparabilità delle modalità di restituzione e dei tassi proposti⁷ nel mercato.

Nonostante la diffusione di prospetti informativi redatti in modo semplificato, così da essere più facilmente comprensibili per il consumatore medio, va comunque precisato che si tratta di misure che si rivelano purtroppo di fatto scarsamente efficaci, a causa di un ristretto grado di «alfabetizzazione» da parte dei consumatori in materia. Per tale ragione, occorrerebbe adottare modelli più flessibili, non soltanto consentendo di rinegoziare *a posteriori* i tempi di restituzione delle somme e degli interessi, ma soprattutto incidendo in modo più uniforme sui meccanismi di calcolo dei tassi.

Il fenomeno del sovraindebitamento delle famiglie e la crisi economica hanno spinto gli analisti a criticare i parametri utilizzati per la costituzione dei piani di ammortamento predisposti (unilateralmente) dalle banche, ma purtroppo non è stato finora possibile riscontrare risultati alternativi convincenti. Per comprendere più attentamente queste osservazioni, risulta necessario descrivere i criteri maggiormente adottati dagli istituti di credito mutuantanti per redigere i cd. «piani di ammortamento».

Salvo diversa volontà, il mutuatario dovrà corrispondere gli interessi al mutuante in dipendenza di un tasso che potrà essere fisso o variabile. Una

tion sheet). Il documento fornisce al cliente tutte le indicazioni sulle principali condizioni economiche del contratto adottando le disposizioni introdotte dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 1 marzo 2001 n. 2001/193/CE sull'informativa precontrattuale da fornire ai consumatori che sottoscrivono mutui per la casa di abitazione. Le condizioni economiche del contratto comprensive del tasso di interesse, del metodo di ammortamento, del numero delle rate e di ulteriori costi devono essere comunicate al cliente prima della sottoscrizione del mutuo.

⁷ Nel contratto di mutuo i tassi che il mutuatario deve corrispondere al mutuante sono indicati attraverso alcune voci: il *Tan* (tasso annuo nominale indica il saggio d'interesse, in percentuale e su base annua, richiesto per il finanziamento, cioè quello su cui sono calcolate le rate). Il *Tan* non ricomprende spese, oneri ed eventuali ulteriori commissioni dovute, pertanto non indica il costo complessivo effettivo finale che potrebbe risultare più elevato per il mutuatario. Un parametro in grado di fornire sicuramente una indicazione più precisa sul costo del mutuo è rappresentato dall'*Isc* (indicatore sintetico del costo) o *Taeg* (tasso annuo effettivo globale), in quanto è l'indicatore del costo totale del contratto comprensivo degli interessi e di tutti gli altri costi da sostenere, espresso in percentuale rispetto a quanto erogato e calcolato su base annua.

variante dei mutui a tasso variabile è rappresentata dai contratti «*cap rate*» con un tasso che non può crescere oltre un tetto fissato al momento della stipula del contratto. Un altro modello di contratti di mutuo a tasso variabile mantiene la rata costante nel tempo, ma aumenta o abbrevia la durata del contratto in relazione all'aumento o all'abbassamento del tasso di riferimento. Queste misure sono state adottate per salvaguardare i consumatori da eccessive e pericolose fluttuazioni ed hanno permesso la stipula di mutui più sostenibili di fronte alla crescente crisi economica. È possibile che le parti prevedano il rimborso del capitale con la restituzione di una somma corrisposta in un'unica soluzione alla fine del contratto oppure prevedano la restituzione del capitale e degli interessi mediante rate distribuite per l'intera durata del contratto.

Senza interventi di bilanciamento, l'interesse che il mutuatario sarà tenuto a corrispondere sulle somme ricevute è soggetto alle oscillazioni del valore al quale il tasso stesso è agganciato: più elevato è lo *spread*⁸ e maggiore sarà il costo che il mutuatario dovrà di fatto sopportare e soltanto se gli interessi pattuiti si riveleranno usurari, la clausola sarà nulla con la contestuale conversione di diritto del mutuo da oneroso in gratuito.

Ai fini della valutazione del costo effettivo del mutuo per il mutuatario occorrerà tenere conto delle modalità specifiche con cui il capitale e gli interessi saranno restituiti al mutuante, considerando l'ammortamento ed il relativo piano di restituzione.

Per ammortamento si intende la procedura contabile mediante cui vengono fissati il montante⁹ finale e gli importi delle rate, tenuto conto del capitale erogato, della durata del contratto, del tipo di tasso e del metodo di cal-

⁸ Si definisce *spread* la maggiorazione su un tasso di base o un parametro variabile che il cliente di un mutuo paga alla banca. Il mutuatario può chiedere di modificare il tasso variabile in fisso e viceversa. Il parametro a cui sono agganciati i tassi dei mutui variabili si chiama *Euribor* e rappresenta il tasso che le banche principali dell'area euro chiedono ad altri istituti bancari per prestare loro denaro. L'*Euribor* ha valori differenti a seconda che si riferisca a scadenze di uno, tre o sei mesi oppure che sia calcolato sull'anno commerciale (di 360 giorni) o solare (di 365 giorni). Un parametro che invece serve a calcolare il grado di convenienza di un mutuo a tasso fisso rispetto ad altre soluzioni è costituito dall'*Ic* (indicatore sintetico del costo). Si tratta di un indice che permette di capire quanto costa in un determinato momento optare per un tasso fisso rispetto ad uno variabile.

⁹ Si definisce montante la somma del capitale erogato dalla Banca e degli interessi richiesti.

colo applicato. L'ammortamento va distinto dal c.d. «piano di ammortamento» che è invece il prospetto dove sono indicate tutte le rate da pagare, le relative scadenze e il montante finale. Ogni rata comprenderà la quota capitale rimborsata e la quota di interessi pagata, ma ovviamente nei mutui a tasso variabile, il calcolo potrà rialzarsi o diminuire rispetto al tasso in vigore al momento della stipula del mutuo.

I metodi di ammortamento possono essere vari:

- 1) metodo c.d. «alla francese» (rate tutte uguali e costanti in cui gli interessi sono calcolati sul capitale erogato e distribuiti su ciascuna rata);
- 2) metodo c.d. «all'italiana» (rate decrescenti composte da quote capitali costanti e quote interessi decrescenti);
- 3) metodo c.d. «alla tedesca» (piano di ammortamento a rata costante con pagamento di interessi anticipato);
- 4) metodo c.d. «all'americana» (rate costituite da due componenti costanti che sono la «quota interessi» che è generata dall'operazione di finanziamento e la «quota capitale» che viene generata dall'operazione di investimento, ovvero da un piano di accumulo).

Nel metodo di ammortamento c.d. «alla francese» (che è il più adottato dagli istituti di credito) l'effetto dei tassi di interessi per il mutuatario sarà «avvertito» maggiormente nel primo periodo del piano di ammortamento, mentre successivamente tenderà ad influire sempre meno sulla composizione della rata. Pertanto, applicando tale sistema, la maggior parte degli interessi sarà corrisposta con le prime rate del mutuo e i vantaggi derivanti da un'eventuale estinzione anticipata diminuiranno sempre più con l'avanzare dei rimborsi.

Un ulteriore modello è costituito dal contratto di mutuo definito *balloon* avente rate formate dai soli interessi, mentre il rimborso del capitale segue scadenze per percentuali del prestito iniziale fisse o variabili. In questo schema negoziale, l'interesse bancario che il mutuatario ricava dall'accumulo della quota capitale non versata alla banca può essere utilizzato per ridurre il valore delle rate¹⁰.

Ovviamente, qualora il mutuo sottoscritto abbia un tasso di interesse variabile e non fisso, lo schema del piano di ammortamento risultante dal prospetto informativo avrà valore puramente indicativo, ma rimane comunque

¹⁰ L'ammortamento applicato ai mutui di tale tipo viene definito «all'americana».

fondamentale per il mutuatario conoscere l'esatta combinazione dei parametri utilizzati per la restituzione del capitale e degli interessi, in quanto in base al tempo residuo rimanente prima dell'estinzione del mutuo potrebbe di fatto essere assai più sveniente transitare dal tasso di interesse fisso in variabile.

Le diverse forme di ammortamento sopra ricordate dimostrano che nonostante l'adesione ad un modello tipico e unitario di contratto di mutuo, l'adempimento del mutuatario potrà in concreto presentare caratteristiche specifiche e diverse a seconda delle condizioni applicate dalla Banca. Per tale ragione per misurare il costo effettivo dell'operazione contrattuale, l'obbligazione di restituzione del mutuatario deve essere valutata in stretta connessione con le modalità di adempimento pattuite.

3. - Il mutuatario potrebbe chiedere al mutuante di modificare il tasso di interesse pattuito o la durata del contratto, quando il tasso è diventato insostenibile o comunque quando è diventato più alto rispetto all'andamento del mercato, rendendo più conveniente l'applicazione di misure correttive rispetto alla precedente pattuizione, dietro il pagamento di una commissione. Se la rinegoziazione riguarda solo la misura del tasso di interesse, l'adattamento riguarderà la quota di interessi, mentre non potrà essere modificata la quota capitale che rappresenta la somma che è stata prestata. La rinegoziazione può essere anche diretta ad una estinzione del mutuo originario e alla stipula con lo stesso mutuante di un nuovo contratto di durata pari a quello precedente o di durata inferiore, ma potrebbe anche comportare una rimodulazione del contratto a condizioni diverse rispetto a quelle originarie.

Se la banca mutuante non intende concedere la rinegoziazione, un'altra misura a disposizione del mutuatario in difficoltà ammessa dalla legge è la sostituzione del soggetto mutuante, mediante il trasferimento del mutuo ad una banca diversa rispetto a quella presso cui è stato acceso il contratto. Se il nuovo istituto bancario accetta di concedere il mutuo, subentrerà alla precedente banca mutuante nei diritti e garanzie. La modifica del mutuante e la portabilità devono essere comunicate al conservatore dei registri immobiliari con una richiesta e con l'invio dell'atto di surrogazione.

Un enorme vantaggio di tale misura è che non vengono cancellati i benefici fiscali eventualmente collegati al precedente mutuo e non vi sono costi

aggiuntivi per il mutuatario (tranne eventualmente gli oneri dell'istruttoria e della perizia richiesta dalla nuova banca). La portabilità del mutuo è disciplinata dall'art. 120-quater del Tub e come già detto consente al mutuatario di sostituire il proprio finanziatore, anche senza il suo consenso, senza oneri o spese per il debitore. In realtà, anche prima dell'entrata in vigore del D.L. 31 gennaio 2007, n.7 (convertito dalla Legge 2 aprile 2007, n. 40), il debitore aveva la possibilità di rinegoziare le condizioni del contratto di finanziamento con un'altra parte, mediante l'applicazione del pagamento con surrogazione previsto dall'art. 1202 c.c. secondo cui il debitore che prende a mutuo una somma di denaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, indipendentemente dalla volontà del creditore soddisfatto, ha diritto di sostituire il mutuante nei diritti del precedente creditore consentendogli il recupero della somma precedentemente versata.

Per realizzare la surrogazione per volontà del debitore devono sussistere tre presupposti:

- che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;
- che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la destinazione della somma mutuata;
- che nella quietanza si faccia riferimento alla dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata come pagamento.

La surrogazione comporterà il trasferimento delle garanzie eventualmente prestate da parte di terzi, ma rimane controversa la natura giuridica della portabilità del mutuo in relazione a quanto previsto dall'art. 1202 c.c. In base ad una interpretazione letterale delle norme potremmo dire che la surrogazione per volontà del debitore è il mezzo mediante il quale il mutuatario estingue il primo mutuo e trasferisce a favore del nuovo mutuante le garanzie accessorie al credito. Un orientamento esclude che la portabilità del mutuo sia ricollegabile all'istituto della surrogazione per volontà del debitore, in quanto il nuovo finanziatore non si andrebbe a sostituire nel singolo credito e nei relativi diritti di garanzia, ma nella complessiva posizione contrattuale di cui era titolare la banca originaria nei confronti del debitore. In base a tale ricostruzione, la modificazione non riguarderebbe l'obbligazione, ma il contratto, in quanto più esattamente si tratterebbe di una fattispecie complessa che vede collegati il contratto iniziale di mutuo e il nuovo contratto di finanziamento.

Nell'ipotesi di sovraindebitamento del debitore, la banca mutuante può offrire al mutuatario un finanziamento garantito dall'ipoteca sulla casa acquistata con la stipula del mutuo, incorporando in un unico prestito le somme dovute in adempimento del mutuo e quelle da restituire per la liquidità concessa per ulteriori prestiti. Il consolidamento del debito consente di riunificare tutti i rapporti debitori unitariamente, assolvendo all'obbligo di pagamento di un'unica rata periodica e non di più voci.

Per ottenere il consolidamento del debito occorrerà calcolare con esattezza il carico totale dei debiti¹¹ ed una volta ottenuta la rata complessiva, la banca o la società finanziaria estingueranno tutti i finanziamenti precedenti, subentrando nelle relative garanzie. Il consolidamento consente di ridurre l'importo delle rate periodiche, ma determina un aumento del costo finale dell'indebitamento complessivo del debitore, anche se riducendo immediatamente l'esposizione debitoria allontana il pericolo di «credit scoring».

Si definisce «credit scoring» il metodo statistico di valutazione della solvibilità di un soggetto ed è utilizzato dalle banche e dalle società finanziarie per valutare il grado di rischio di inadempimento del debitore. In relazione al valore ottenuto in base alle informazioni assunte sul reddito disponibile del debitore, sul tipo di finanziamento, sul bene da acquistare con il finanziamento, sul grado di indebitamento e di esposizione debitoria, la banca o la finanziaria concedono o rifiutano il prestito.

Nell'ipotesi di mutuo bancario, se il reddito del cliente non è sufficiente a garantire la restituzione delle rate nel periodo fissato in base al rapporto rata/reddito, la banca può chiedere ulteriori garanzie, come la fideiussione da parte di un terzo. Per il mutuatario il costo effettivo del mutuo non dipende solo dal valore della rata, ma dipende soprattutto dalla somma finale che, una volta terminato il contratto deve essere restituita alla Banca.

Per la valutazione della sostenibilità di un contratto di mutuo occorre quindi prendere in considerazione molti fattori. Non è sufficiente analizzare la durata del mutuo o il mero tasso di interesse applicato ad ogni singola rata, perché il tasso complessivo a carico del debitore potrebbe dipendere da ulteriori componenti e dovrà quindi essere analizzato nell'ambito di una operazione più complessa che deve tenere conto del tasso base ma anche di

¹¹ La somma di esborsi è detta servizio del debito ed è costituita da tutti i pagamenti periodici che il mutuatario deve sopportare.

eventuali maggiorazioni dovute ai costi ultimi effettivi (anche quando non preventivati).

Sono sufficienti minime variazioni di tasso per causare aumenti o riduzioni considerevoli del montante, pertanto la scelta del metodo di ammortamento assume una importanza fondamentale in quanto nonostante le misure ammesse come già rilevato precedentemente potrebbe di fatto diventare inutile per il debitore estinguere anticipatamente il mutuo.

Per comprendere la convenienza o meno del rimborso occorrerà tenere conto in primo luogo della differenza tra la somma delle rate che non si pagherebbero mutando lo schema negoziale e il capitale residuo che è stato anticipato. Con la rinegoziazione del mutuo si possono modificare sia il tipo di tasso di interesse da corrispondere al creditore, sia la relativa misura prevista e si potrà chiedere di prolungare la durata del mutuo abbassando il valore delle rate. Nell'ipotesi di impossibilità di rinegoziare il mutuo a condizioni più agevolate, il debitore potrà chiedere la portabilità o comunque potrà estinguere il precedente contratto e stipularne uno nuovo.

Nonostante quanto rilevato, molto spesso tali misure non hanno prodotto interamente i benefici attesi per i consumatori, perché pur avendo reso il peso delle restituzioni più sostenibile attraverso rate ridotte o l'allungamento dei tempi, non si sono tradotte in una effettiva riduzione del costo complessivo quando il metodo di ammortamento prescelto al momento della sottoscrizione del mutuo originario è stato fin dall'origine caratterizzato da una concentrazione degli interessi soprattutto nei primi anni, con la conseguente realizzazione per il mutuante di una plusvalenza iniziale che diventa impossibile da recuperare per il mutuatario. In queste circostanze, di fronte ad una apparente riduzione della sostenibilità del mutuo non vi è stata una effettiva diminuzione dei costi finali di restituzione delle somme mutate.

Per tale ragione, sarebbe più utile sostenere l'esigenza di un maggiore controllo dei tassi di interesse pattuiti convenzionalmente e soprattutto dei margini di profitto delle banche, che potrebbero essere più ridotti a vantaggio dei consumatori almeno per i mutui immobiliari dove la restituzione delle somme risulta essere comunque maggiormente garantita rispetto ad altri contratti di mutuo, in relazione alla concessione di un importo che è mantenuto al di sotto del valore del bene acquistato e alla costituzione di apposita ipoteca.

4. – In ultima analisi, un approfondimento va dedicato anche al tema della risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria, perché le parti interessate potrebbero decidere di utilizzare le ADR come strumento ulteriore per rinegoziare le condizioni del contratto di mutuo.

Tra i mezzi di tutela stragiudiziale in materia bancaria possiamo ricordare:

- 1) l'art. 27 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 che ha introdotto un sistema di conciliazione e arbitrato gestito dalla Consob (e successive integrazioni)¹²;
- 2) il decreto legislativo n. 28/2010, in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della legge n. 69/2009 che ha previsto la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale;
- 3) l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)¹³.

¹² Cfr. A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Soc.*, 2007; V. SANGIOVANNI, *La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2011, p. 63 s.; N. SOLDATI, *la camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori e intermediari*, in *Contratti*, 2009, 423 s. Ricordiamo che il procedimento di conciliazione, disciplinato dal Regolamento Consob n. 16763/2008 è stato introdotto per risolvere stragiudizialmente le controversie tra investitori ed intermediari finanziari in caso di violazione da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei rapporti contrattuali, posti a tutela dei risparmiatori.

¹³ L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è un organo collegiale composto da cinque membri che sono designati in parte dalla Banca d'Italia (due componenti), in parte dalle associazioni degli intermediari (un componente) ed in parte dalle associazioni rappresentative dei clienti (un componente). A differenza di quanto previsto per l'Ombudsman bancario a cui ciascun ente creditizio può aderire, senza però essere obbligato a farlo, l'adesione all'ABF è condizione necessaria per potere svolgere l'attività bancaria e finanziaria e deve essere comunicata per iscritto alla Banca d'Italia. Per i ricorsi presentati dal 1° luglio 2012 in poi si applica il nuovo limite di competenza temporale dell'ABF che prevede l'esame del ricorso solo se le operazioni o i comportamenti su cui è sorta la lite siano successivi al 1° gennaio 2009. Sono obbligati ad aderire: le banche, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi istituiti dagli articoli 106 e 107 del Testo Unico Bancario, gli IMEL (Istituti di Moneta Elettronica) che operano in Italia, Poste italiane per le controversie riguardanti il servizio di Bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che comunque svolgono attività all'interno del territorio della Repubblica Italiana. L'organo decidente è articolato in tre Collegi ed ognuno ha una segreteria tecnica che cura la raccolta della documentazione. Qualora la controversia sorge nei confronti di intermediari bancari che svolgono attività in Italia, ma che hanno sede presso un altro Stato membro, è consentito all'intermediario citato non avvalersi dell'arbitro Finanziario Bancario

Tra questi strumenti è opportuno ai fini della presente trattazione avente ad oggetto la possibilità di rinegoziare un contratto di mutuo soffermarsi soprattutto sugli ultimi due tra quelli elencati e sul loro specifico rapporto¹⁴.

Le controversie soggette all'intervento dell'ABF sono quelle che riguardano le operazioni ed i servizi bancari e finanziari ad esclusione: a) delle materie non regolate dal Titolo VI del Tub; b) delle domande di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; c) delle questioni riguardanti beni materiali o servizi che non siano qualificabili come bancari o finanziari oggetto di contratti tra clienti ed intermediari o di contratti collegati.

Il cliente può rivolgersi all'Arbitro Bancario Finanziario soltanto dopo avere tentato di risolvere il problema direttamente con la banca o con l'intermediario, presentando un reclamo. Il ricorso all'ABF non preclude il ricorso all'autorità giudiziaria.

Vi sono però ulteriori limiti che escludono il ricorso all'ABF: la richiesta di pagamento non può superare euro 100 mila¹⁵ e non deve essere stata iniziata esecuzione forzata o comunque nessun altro procedimento di ingiunzione. Ovviamente non è possibile esperire procedura di conciliazione davanti l'ABF quando è stato promosso altro procedimento stragiudiziale di risoluzione della controversia, a meno che il tentativo di conciliazione non sia stato concluso con un verbale negativo di mancato accordo tra le parti.

Il ricorso del cliente mutuatario interessato deve essere preceduto, a pena di inammissibilità, da un reclamo in forma scritta diretto all'intermediario che deve rispondere entro trenta giorni dalla presentazione. Dalla data di presentazione di tale reclamo decorre il termine di 12 mesi per la presentazione del ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario.

purché sia possibile ricorrere ad un altro strumento di risoluzione stragiudiziale della controversia all'estero rientrando all'interno della rete Fin-Net (che si occupa della cooperazione tra i sistemi stragiudiziali in Europa). Cfr. A. GUCCIONE – C. RUSSO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 475 s.; F. R. FANTETTI, *L'arbitro bancario finanziario quale sistema di risoluzione alternativa delle controversie tra investitore ed intermediario*, in *Resp. Civ.*, 2010, 855 s.

¹⁴ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr. Impr./Europa*, 2011, 134 s.

¹⁵ Non vi sono limiti di importo se viene chiesto solo di accertare diritti, obblighi e facoltà, come ad esempio omissioni riguardanti la consegna della documentazione di trasparenza o la mancata cancellazione di un'ipoteca dopo che il mutuatario ha estinto un mutuo.

Una volta presentato il ricorso all'ABF il cliente dovrà immediatamente inviare copia all'intermediario con lettera raccomandata AR o per posta elettronica certificata (*Pec*), in quanto dalla ricezione di tale comunicazione, l'intermediario avrà a disposizione ulteriori 45 giorni per inviare alla segreteria tecnica dell'ABF le proprie osservazioni e controdeduzioni ai fini della risoluzione della controversia. Il Collegio si pronuncerà a maggioranza decidendo entro 60 giorni dalla data in cui la segreteria tecnica ha ricevuto la replica dell'intermediario. Se il ricorso viene accolto l'ABF stabilisce il termine entro il quale l'intermediario deve adempiere alla decisione, ma se non viene fissato nessun termine, l'intermediario dovrà adempiere entro trenta giorni dalla comunicazione della decisione.

La decisione dell'ABF ha rispetto ad altre misure stragiudiziali di risoluzione dei contratti una efficacia più debole¹⁶, perché non è vincolante per le parti, a meno che non si raggiunga la stipula di una transazione sottoscritta dal mutuante e dal mutuatario. L'eventuale inottemperanza dell'intermediario inciderà meramente sulla reputazione di quest'ultimo, perché sarà data pubblicazione sul sito web dell'ABF, su quello della Banca d'Italia e su due quotidiani di ampia diffusione nazionale.

Sotto il profilo degli effetti, la decisione dell'ABF ed il verbale di conciliazione stragiudiziale sottoscritto dalle parti e dal mediatore, a mente del decreto legislativo n. 28/2010 hanno portata diversa, perché in quest'ultima ipotesi se avviene la conciliazione tra le parti, il verbale di accordo omologato dal Tribunale acquista efficacia esecutiva «per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

Il decreto legislativo n. 28/2010 ha introdotto per le controversie in materia di contratti assicurativi, bancari e finanziari, un procedimento di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale in alternativa al percorso previsto dal decreto legislativo n. 179/2007 ed a quello dell'ABF oggetto del nostro approfondimento. La mediazione finalizzata alla conciliazione avviene a seguito di deposito di istanza presso un organismo di mediazione iscritto nell'apposito registro del Ministero della Giustizia.

¹⁶ Cfr. M. DESARIO, *Profili d'impatto delle decisioni dell'arbitro bancario finanziario sugli intermediari*, in *Banca bora e titoli di credito*, 2011, 492 s.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Soc.*, 2011, 1216 s.

Il mediatore non ha poteri decisori e deve limitarsi a favorire il dialogo tra le parti in lite affinché possano raggiungere un accordo di conciliazione¹⁷. Se l'accordo non è raggiunto, il mediatore forma processo verbale della proposta, che sottoscrive insieme alle parti che potranno ricorrere ad ulteriori tentativi di risoluzione stragiudiziale della controversia o comunque adire l'autorità giudiziaria.

Rimane controversa quale efficacia debba essere attribuita al responso dell'ABF, ma l'orientamento che sembra riscuotere maggiori consensi¹⁸ pretende per l'assoluta mancanza di vincolatività e cogenza per le parti in considerazione dell'inesistenza di un obbligo giuridico di eseguire la decisione, rimessa alla volontaria accettazione degli interessati.

Più esattamente, potremmo considerare la decisione dell'ABF come un atto di un più complesso procedimento amministrativo svolto dalla Banca d'Italia ai fini dello svolgimento della generale funzione di vigilanza sul credito.

Un'altra ricostruzione rimasta minoritaria, muovendo dalla previsione normativa dettata dall'art. 128 *bis* Tub preferisce avvicinare la funzione del collegio in parola a quella di un vero e proprio arbitro privato dotato di poteri decisori nell'ambito delle liti tra clienti ed intermediari. La decisione sarebbe comunque indirettamente vincolante, perché in caso di inosservanza della delibera vi sarebbe per l'intermediario come conseguenza un danno alla sua reputazione e comunque il comportamento costituirebbe un elemento di valutazione ai fini dei controlli svolti dalla Banca d'Italia.

Questa interpretazione che troverebbe un apparente appiglio applicando per analogia le norme che disciplinano l'arbitrato non può essere accettata sia perché i criteri di nomina dei componenti del collegio sono diversi rispetto a quelli applicati in sede di arbitrato civile, sia perché l'intervento dell'ABF non è ammesso qualora la controversia sia stata sottoposta a procedura arbitrale. Se accettiamo questo ragionamento, il ricorso all'ABF può

¹⁷ Per un approfondimento in questa stessa rivista cfr. P. MAZZAMUTO, *Note in tema di mediazione e conciliazione*, 2011, 487 s.; A.M. SALAMONE, *La mediazione ex D.L.G.S. n. 28 del 2010 e la tutela dei consumatori*, 2012, 106; G. SPOTO, *La mediazione civile e commerciale: luci ed ombre di una riforma indispensabile*, 2010, 569.

¹⁸ F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Soc.*, 2011, 87 s.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa*, 2010, 261 s.; S. RUPERTO, *L'arbitro bancario finanziario*, in *Banca borsa*, 2010, 325 s.

essere considerato uno strumento alternativo ad altre forme di ADR che concorre a rafforzare la gamma di opportunità a disposizione delle parti per tentare di risolvere le situazioni conflittuali in tempi ristretti e a costi sostenibili, ma non può essere assimilato o confuso con nessuna di tali altre misure¹⁹.

Vi è poi un ulteriore argomento che rafforza i ragionamenti svolti: la Consulta²⁰ ha negato la legittimazione dell'ABF a sollevare questioni di costituzionalità, escludendo che tale organo possa essere considerato di tipo giurisdizionale, essendo questa una funzione sottoposta a riserva di legge²¹.

Da queste brevi considerazioni possiamo dedurre un ulteriore possibile vantaggio strettamente connesso al potenziamento delle ADR in materia di controversie bancarie, perché sia nell'ambito del procedimento davanti l'ABF (che non può iniziare senza la presentazione di un reclamo all'intermediario) sia nell'ambito della mediazione civile e commerciale sarà possibile per le parti rivedere le condizioni del contratto di mutuo e al contempo mantenere integri i futuri rapporti che verrebbero invece sicuramente pregiudicati a seguito di una lite giudiziale per l'adempimento di un contratto diventato insostenibile. Anche per tale motivo occorre da parte della dottrina e degli operatori del settore approfondire le opportunità offerte dalle misure di risoluzione stragiudiziale delle controversie senza demonizzarle inutilmente con ingiustificati preconcetti e valutazioni partigiane.

¹⁹ C. CONSOLO – M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell'arbitro, del nuovo Abf, «scrutatore» di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1653 s.

²⁰ Cfr. Corte cost. ord. 21 luglio 2011, n. 218.

²¹ Se è vero, da un lato, che l'Arbitro Bancario Finanziario è stato istituito in base ad una disposizione di legge (art. 128 bis del Tub) va però osservato che l'intera procedura ed il funzionamento di tale organo sono interamente rimessi a fonti aventi natura regolamentare e comunque subordinate alla legge (Delibera CICR 29 luglio 2008, n. 275).