

**Simona Gasparri**  
**LA RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO DI MUTUO**

SOMMARIO: 1. Il contratto di mutuo e la sua evoluzione. – 2. La rinegoziazione del contratto di mutuo. Criteri distintivi tra rinegoziazione, sostituzione e portabilità del contratto di mutuo. – 3. Conclusioni.

*1. Il contratto di mutuo e la sua evoluzione.*

Nel codice civile del 1942, il contratto in cui idealmente si manifesta la funzione creditizia è il mutuo (art. 1813 e ss.). Questo primato scaturisce dalla vicenda storica che lo ascrive tra i contratti tipici dell'esperienza giuridica romana.

Nel corso della storia, difatti, giuristi non solo romani, ma anche bizantini, germani, si sono preoccupati di fornire una spiegazione sempre più specifica del mutuo. Sia in epoca medievale che moderna gli economisti si sono sforzati di portare il mutuo ad un giusto equilibrio di costo, cercando di stabilire principi che regolassero il calcolo degli interessi.

Attualmente l'argomento è stato il più possibile allineato, soprattutto in funzione della disciplina dell'Unione Europea, tra i diversi paesi stranieri.

In forza dell'art. 1813 del Codice Civile il **mutuo** è un contratto mediante il quale una parte, detta *mutuante*, consegna all'altra, detta *mutuataria*, una somma di denaro o una quantità di beni fungibili, che l'altra si obbliga a restituire successivamente con altrettante cose della stessa specie e qualità.

Il mutuo è un contratto reale<sup>1</sup> perché per il suo perfezionamento è necessaria anche la consegna del bene e può essere sia a titolo gratuito che a titolo oneroso (detto anche mutuo feneratizio) a seconda che sia stato pattuito o meno il pagamento di interessi.

Per completezza espositiva non dobbiamo dimenticare che il mutuo è, altresì, un contratto ad effetti reali perché la consegna delle cose viene effettuata a titolo di proprietà; di qui la necessità che il mutuante sia proprietario o abbia altrimenti il potere di disporre delle cose date a mutuo. L'esigenza del trasferimento della proprietà al mutuatario si spiega per un verso con il fatto che, avendo il mutuo per oggetto cose fungibili, non sussiste di regola un interesse del mutuante a ricevere proprio le stesse cose da lui consegnate al mutuatario, per l'altro verso con il fatto che, essendo le cose oggetto del mutuo di regola oltreché fungibili anche consumabili (perciò suscettibili di un solo atto di godimento) , non potrebbe farsene alcun uso da chi non avesse dalle stesse il diritto di proprietà.

Il mutuo, è, poi secondo alcuni, sotto l'aspetto tecnico – giuridico, un contratto unilaterale, in quanto da esso sorge solamente a carico del mutuatario l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* e, eventualmente, quella di corrispondere gli interessi; mentre sotto il profilo meramente economico il mutuo a interessi FORCHIELLI, *I contratti reali* può ritenersi a *prestazioni corrispettive*, considerando l'attribuzione patrimoniale del mutuante che concede il godimento delle cose prestate e, quale controprestazione, acquista il diritto agli interessi.

---

<sup>1</sup> FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 5 ss. ; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, XV, t. 2, Torino, 1950, 279; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, 417; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. , 270 s. ; SANTORO – PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, 135.

La misura di quest'ultimi può essere determinata liberamente dalle parti, le quali, però, non possono convenire interessi usurari. Per l'ipotesi che le parti violino tale divieto, l'art. 1815 al terzo comma espressamente stabilisce che la clausola è nulla e gli interessi non sono più dovuti.

Specifiche considerazioni meritano anche le cause di estinzione del mutuo, che sono state distinte in cause ordinarie e straordinarie<sup>2</sup>.

Cause ordinarie sono la scadenza del termine ed il compimento dell'uso; cause straordinarie, la richiesta di anticipato rimborso fatta dal mutuatario nel mutuo gratuito, la richiesta di immediata restituzione fatta dal mutuante, nel mutuo con restituzione rateale, quando il mutuatario sia inadempiente al pagamento anche di una sola rata (art. 1819 C. Civ.), la risoluzione per inadempimento (art. 1820 C. Civ.) e la risoluzione per eccessiva sopravvenuta onerosità.

Le cause ordinarie funzionano come cause di estinzione, mentre le cause straordinarie operano, più propriamente, come cause di risoluzione.

## *2. La rinegoziazione del contratto di mutuo. Criteri distintivi tra rinegoziazione, sostituzione e portabilità del contratto di mutuo.*

Lo studio del fenomeno della rinegoziazione esige un approccio scientifico – problematico che investe finanche la definizione stessa del termine.

---

<sup>2</sup> CARRESI, *Il comodato. Il mutuo (Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, vol. III, Torino, 1957, pag. 93 e segg.

Quanto al significato letterale del termine “rinegoziazione”, si è affermato che esso può indicare, in una prima e lata accezione, l’attività delle parti che ridiscutono il contenuto dei patti cui si sono vincolati con un precedente accordo<sup>3</sup>. L’individuazione delle caratteristiche della fattispecie, *prima facie*, non presenta particolari difficoltà: la rinegoziazione si sostanzia infatti in una iterazione della stipulazione che è sempre sostitutiva, parziale e relativa al contenuto<sup>4</sup>.

L’elemento iterativo si ricava dalla identità delle parti che pervengono al nuovo regolamento di interessi; esse sono infatti le medesime della prima stipula, o al più, i loro successori nel rapporto rinegoziato<sup>5</sup>.

Altra peculiarità della rinegoziazione è la volontà delle parti volta alla modifica degli originari termini contrattuali e non alla introduzione di nuovi elementi di carattere integrativo.

Lo scopo precipuo della rinegoziazione è il riequilibrio di un assetto contrattuale alterato da elementi sopravvenuti ed imprevedibili al tempo della conclusione dell’accordo. Onde il raggiungimento di un nuovo equilibrio può ragionevolmente esigere sia la ridiscussione di elementi già esistenti, sia l’introduzione di patti ulteriori<sup>6</sup>.

Cionondimeno, le variazioni del contenuto contrattuale devono essere necessariamente parziali: non è infatti concepibile un’attività rinegoziativa che riveda il contratto in tutti i suoi aspetti.

---

<sup>3</sup> SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pag. 776.

<sup>4</sup> GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pag. 701.

<sup>5</sup> Le parti che riconsiderano le reciproche posizioni contrattuali devono essere legate da un precedente contratto, le cui specifiche obbligazioni, al tempo della rinegoziazione, devono essere in linea di massima ancora inadempite.

<sup>6</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pag.

Difatti, l'identità del rapporto "rinegoziato" persisterà nel solo caso di permanenza del contenuto essenziale del precedente regolamento di interessi e non in caso di suo complessivo sovvertimento.

È chiaro che, se da un lato restano fuori dallo specifico ambito della rinegoziazione le modificazioni che interessano l'intera convenzione contrattuale, non possono considerarsi riconducibili alle trattative rinegoziative neppure le attività meramente ricognitive ed esecutive del contratto stesso<sup>7</sup>.

La fissazione di una regola convenzionale preventiva che possa far fronte agli inconvenienti sopraggiunti nel lasso di tempo che intercorre tra la conclusione dell'accordo e la sua effettiva esecuzione consente di sottrarre alla discrezionalità delle parti la trattativa volta a riconsiderare i mutati equilibri tra le prestazioni.

In tale ambito, l'esperienza empirica più consistente ed al contempo più interessante è offerta dalle clausole di rinegoziazione.

La casistica dimostra che, in linea di massima, gli accordi volti alla definizione preventiva del contegno delle parti in caso di sopravvenienze possono suddividersi in tre grandi categorie: la prima tipologia consta di quei patti che si limitano a prevedere la libera facoltà delle parti di avviare la trattativa rinegoziativa, senza obbligarle neppure ad iniziarla.

Nel secondo tipo la rinegoziazione è prevista non come facoltà, ma come obbligo che nel suo contenuto minimo contempra, quantomeno, il dovere di ricevere e di pronunciarsi su proposte e, al più, regole che presiedono alla vicenda rinegoziativa.

---

<sup>7</sup> La rinegoziazione esige un nuovo apprezzamento dell'assetto delle situazioni dedotte in contratto, ossia un'attività implicante manifestazioni di volontà decisionali che riformano parti del contenuto dell'accordo.

La terza tipologia di clausole prevede non solo una coercizione circa l'avviamento della trattativa, ma anche dei criteri tramite i quali condurla. Quanto ai criteri, deve trattarsi di parametri in base ai quali regolamentare la condotta della parti nella fase degli originari termini del contratto.

A tal'uopo è necessario fare un distinguo tra tre istituti che vengono spesso confusi tra di loro ma che sono strutturalmente e funzionalmente ben diversi.

In primo luogo, consideriamo l'espressione atecnica di **portabilità**, concetto esteso anche ai mutui, ai contratti di apertura di credito e ad altri finanziamenti concessi da banche, istituti finanziari o enti previdenziali ed altri intermediari finanziari e bancari, dal Decreto Legge n. 7 del 31 gennaio 2007, convertito in Legge del 2 aprile 2007 n. 40 (meglio noto come "*Decreto Bersani bis*")<sup>8</sup>.

Tale accezione esprime il concetto secondo il quale chi ha contratto il mutuo con una banca può trasferire il suo debito ad un'altra banca, presumibilmente perché gli concede condizioni migliori.

Più correttamente si dovrebbe parlare di portabilità dell'ipoteca, come conseguenza della sostituzione di un rapporto di mutuo, nel senso che, in caso di stipula di un nuovo contratto di finanziamento, l'operazione porta con sé la precedente ipoteca.

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

---

<sup>8</sup> Cfr. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, Il Codice Civile – Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, pag. 244.

L'art. 1202 c.c. , inoltre, sempre ai fini della efficacia della surrogazione, prevede che sia il contratto di mutuo fra il *solvens* ed il debitore che la quietanza dell'*accipiens* risultino da atto avente data certa.

L'atto di surrogazione deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata; la surrogazione deve essere poi annotata nei registri immobiliari a cura del conservatore, senza formalità, ma occorre allegare copia autentica dell'atto di surrogazione (art. 2843 del c.c.)<sup>9</sup>.

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

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

L'istituto della surrogazione per volontà del debitore già esisteva nel Codice Civile prima dell'intervento del *decreto Bersani bis*<sup>10</sup>; la novità del provvedimento normativo sta nel fatto che ora non è più legittimo che la banca precluda al debitore l'esercizio di questa facoltà, impedendo o rendendo oneroso l'esercizio della surrogazione, infatti “è *nullo ogni patto,*

---

<sup>9</sup> MARASCO, *La reintegrazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Roma, 2006, pag. 124.

<sup>10</sup> Perché si verta nell'ipotesi di surrogazione per volontà del debitore, è necessaria la sussistenza di un nesso di interdipendenza tra il mutuo contratto dal debitore per acquisire la disponibilità della somma destinata ad estinguere il debito ed il pagamento del debito stesso; da qui la necessità, ai fini della piena efficacia della surrogazione ex art. 1202 c.c. , che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata e che nella quietanza venga menzionata la dichiarazione del debitore circa la provenienza delle somme con cui è stato effettuato il pagamento (in surrogazione).

*anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione”<sup>11</sup>.*

Altra particolarità del provvedimento è l'espressa previsione secondo la quale “la surrogazione per volontà del debitore non comporta il venir meno dei benefici fiscali previsti per l'acquisto della prima casa”, disposizione questa di grande impatto politico.

Sostituzione e rinegoziazione del mutuo vengono spesso confuse tra loro. La differenza non è invece trascurabile, soprattutto per la diversa flessibilità, ma anche per i consistenti risvolti economici collegati.

Per “sostituzione”, chiariamo subito, si intende l'estinzione del vecchio debito mediante l'erogazione di un nuovo finanziamento: si chiude un contratto e se ne stipula un altro.

Perciò i contraenti possono restare gli stessi o anche mutare, l'importo può aumentare e perfino il finanziatore può cambiare, essendo consentito ricorrere ad una banca diversa<sup>12</sup>.

Con “rinegoziazione” del mutuo invece ci si riferisce solo alla modifica di alcune clausole contrattuali, per esempio la durata residuale del rimborso o il tipo di tasso applicato.

Questo vuol dire che la rinegoziazione può avvenire esclusivamente tra gli stessi contraenti, cioè che banca e mutuatari non possono cambiare. In effetti si tratta semplicemente della modifica alle condizioni di un contratto che continuerà a sussistere<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> La giurisprudenza applica l'art. 1419 c.c. anche in materia di annullabilità del contratto. Cfr. Cass. , 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giur. Agr. It.* , 1981, pag. 479; Cass. 4 dicembre 1982, n. 6609, in *Mass. Foro it.* , 1982; Cass. 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giur. It.*, 1983, I, C. 1530; Cfr. Anche Trib. Roma, 9 marzo 1999, in *Giur. Merito*, 2000, pag. 325, con nota di Cimatti. In dottrina cfr. per tutti, CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pag. 269.

<sup>12</sup> In tal senso CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, pag. 113.

<sup>13</sup> BARCELLONA, *Appunti a proposito di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, relazione presentata al Convegno svoltosi a Catania il 13 – 14 settembre 2002.

Le due soluzioni differiscono soprattutto in flessibilità, ma anche in termini di costo. L'operazione infatti può essere condotta con un semplice scambio di corrispondenza tra banca e cliente, e non richiede la presenza del notaio.

Peraltro secondo la Legge n. 244 del 24 dicembre 2007 (Manovra Finanziaria 2008) “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”<sup>14</sup>.

Da un punto di vista fiscale i benefici preesistenti verranno tutti mantenuti.

Va soltanto precisato che la modifica delle condizioni contrattuali non può essere imposta a nessuna delle parti.

Pertanto la rinegoziazione risulta possibile solo quando banca e debitore sono concordi sulle variazioni da apportare.

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

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

Se il contratto originario prevedeva la corresponsione di una penale di estinzione anticipata, questa andrà comunque riconosciuta al vecchio creditore, a compensazione della perdita

---

<sup>14</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pag. 298.

dell'operazione, ma potrà essere ridotta sussistendo le condizioni previste sempre dal *decreto Bersani bis*<sup>15</sup>.

### 3. Conclusioni

Il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, e le modifiche allo stesso apportate dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244, hanno voluto assicurare al risparmiatore, la possibilità di cambiare banca, per sostenere più agevolmente il pagamento di rate di mutuo che gravano sul proprio bilancio familiare, senza dover affrontare costi.

Sebbene la normativa preveda quanto sopra riferito ed il D.L. n. 7/2007 ascriva agli istituti di credito tutte le tipologie di spese, determinate banche hanno ritenuto che le spese notarili dovessero restare a carico dei consumatori.

Per cui le banche hanno così assunto un atteggiamento dilatorio adducendo in primo luogo la scarsa chiarezza del dettato normativo e, dopo l'intervento chiarificatore del legislatore, l'inesistenza di procedure idonee all'attuazione della norma imperativa.

Rileva, sotto questo aspetto, un comportamento scorretto da parte delle banche che così agendo, violano i doveri di corretta informazione gravanti sulle stesse in forza degli articoli 20, 21, 22 e 23, comma 1, lettera t) , del Codice del Consumo.

La correttezza dell'informazione offerta dal professionista al consumatore, così come delineata dalla disciplina comunitaria della materia, rappresenta uno degli aspetti peculiari della diligenza professionale.

---

<sup>15</sup> GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè Milano, 2004, pag. 186.

In considerazione di quanto previsto dagli articoli sopra citati, risulta essere ingannevole, in quanto contraria al predetto dovere di diligenza informativa, il comportamento della banca volto a far desistere il consumatore dall'effettuare una scelta a favore della portabilità del mutuo, prospettando al cliente oneri per la concessione del nuovo contratto di mutuo collegato alla surrogazione, rappresentando lacunosamente o ingannevolmente la disciplina normativa della materia, che non consente siffatte pattuizioni e ne sancisce la nullità.

Concludendo, la banca, celando o rappresentando falsamente la disciplina della materia e le variegata opportunità offerte al cliente, si presume abbia falsato in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore relativamente al prodotto (art. 20, comma 2, Codice del Consumo).