

L'ESTINZIONE DEL MUTUO E I DIRITTI REALI DI GARANZIA

Dopo aver parlato nello scorso contributo, della fase costitutiva del contratto di mutuo, ci soffermeremo in questa sede, sulla fase estintiva (naturale o patologica); senza trascurare brevi cenni circa le comuni garanzie personali richieste dagli istituti di credito, nonché la garanzia reale per eccellenza – l'ipoteca, della quale analizzeremo le modalità di cancellazione e il c.d. frazionamento alla luce delle più recenti novelle.

1) LE GARANZIE PERSONALI

Come anticipato nel precedente numero, l'istituto erogante spesso non si accontenta delle garanzie reali (che vedremo nel dettaglio nei paragrafi successivi), ma pretende ulteriori garanzie, personali, da parte di soggetti terzi, a supporto della propria posizione creditoria. Senza addentrarci in dettagli che esulano dalla presente trattazione, val la pena in questa sede accennare alle più frequenti garanzie:

- La fideiussione¹ è la garanzia personale per eccellenza: il terzo² (fideiussore) pone a garanzia del debito altrui tutto il suo patrimonio ex art. 2740 c.c., così aggiungendo la propria solvibilità a quella – evidentemente insufficiente – del garantito; caratteristica principe della fideiussione è la sua ancillarità/accessorietà rispetto alla obbligazione principale, di tal chè la invalidità di questa determinerà la caducazione anche dell'altra³. Da questa c.d. accessorietà formale possiamo distinguere una accessorietà materiale⁴ che conduce a ritenere come il fideiussore sia obbligato in solido al pagamento del debito, salvo il *beneficium escussionis*⁵. Ad ogni buon conto, trattandosi di una garanzia personale, che involge il patrimonio presente e futuro del garante, si dovrà prestare attenzione ed adottare tutte le cautele del caso, anche in virtù della difficoltà pratica di vedersi revocata la garanzia da parte della banca;
- Nella prassi degli ultimi anni si è riscontrata la necessità di garantire ulteriormente l'istituto erogante contro eventuali problemi che potessero derivare tanto dal beneficio di escussione, quanto dalla accessorietà che lega inscindibilmente la fideiussione alla prestazione principale: è nato, così, il contratto autonomo di garanzia che si caratterizza per l'assenza di accessorietà (che determina la possibilità di escutere il garante a prescindere dall'inadempimento del debitore) e per la clausola "a prima richiesta"⁶;
- Rientra tra le garanzie atipiche la lettera di patronage, prassi spesso adoperata nella pratica commerciale tra banche e società controllate e controllanti. Si tratta di vere e proprie lettere di garanzia nelle quali le società controllanti informano la banca in merito alla solvibilità di una propria

¹ Art. 1936 ss. c.c.

² Di norma un parente del debitore o il socio della società che richiede il finanziamento o una società che abbia interesse a far ottenere un mutuo ad una propria partecipata ecc.

³ salvo il caso dell'incapace

⁴ Art. 1944 c.c.

⁵ Ovvero l'onere in capo al creditore di escutere prima il patrimonio del debitore e solo in caso di incapienza il patrimonio del garante

⁶ Le S.U. della Corte di Cassazione hanno, infatti, affermato che "al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applica la norma dell'art. 1957 c.c., sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma" (Cass. SU 18/2/2010 n. 3947 in FI 2010, 2799 ss. e GI 2010 2032 ss.)

- controllata ma anche quelle lettere a mezzo delle quali la controllante, oltre a fornire informazioni, prestano una propria garanzia assicurando che il proprio impegno non muterà nel tempo;
- Altra garanzia atipica è la polizza fideiussoria che consente alla Pubblica Amministrazione di vedersi garantita contro eventuali ritardi nell'esecuzione dell'opera (negli appalti), ovvero mancata realizzazione o difformità della stessa (per le ipotesi di inadempimento dell'appaltatore⁷). In merito alla distinzione tra polizza fideiussoria e fideiussione *tout court* s rimanda alla sentenza di cui alla nota 6);
 - Al pari della fideiussione richiesta a persone fisiche, la garanzia più frequente – ad oggi – è sicuramente quella rilasciata da cooperative o consorzi di garanzia (c.d. CONFIDI⁸): dal 1 gennaio 2008, data di entrata in vigore del Nuovo Accordo sul Capitale “Basilea II”, il ruolo svolto dai confidi è diventato cruciale per assicurare una corretta classificazione dei clienti in base al grado di rischiosità e quindi del merito creditizio. La Banca d'Italia ha emanato la normativa secondaria che obbliga i confidi che presentano determinati requisiti patrimoniali e di volume di attività finanziaria (75 milioni di euro) a divenire intermediari finanziari ex art. 107 del T.U.B., vigilati dalla Banca d'Italia stessa; conseguenza fondamentale per il sistema bancario è il minor assorbimento del patrimonio di vigilanza delle banche stesse con vantaggi in termini di costo per le imprese garantite. Due le conseguenze più evidenti nella pratica: a) la Banca erogante si affiancherà un altro intermediario finanziario con il quale condividere il rischio, elemento imprescindibile ai fini del proprio bilancio; b) l'azienda si affiancherà un partner/garante che le permetterà di ottenere un accesso al credito maggiore in termini di volume finanziario ed in guisa più agevole. Ad ogni buon conto si suggerisce vivamente di prestare attenzione ai costi di queste garanzie accessorie, in quanto alcuni consorzi di garanzia si distinguono per la loro particolare antieconomicità;
 - In presenza di un effetto cambiario, spesso il beneficiario non si accontenterà della garanzia prestata dall'emittente, così imponendo a garanzia ulteriore l'avallo da parte di un terzo: al pari delle altre garanzie personali, l'avallo comporterà in capo all'avallante l'onere di soddisfare il debito incorporato nel titolo per l'ipotesi in cui il debitore originario non vi provveda. Tecnicamente si tratta di una aggiunta sulla facciata anteriore della cambiale con l'indicazione: "per avallo", seguita dalla firma dell'avallante. Si consiglia sempre di apporre sull'effetto il nome dell'obbligato cambiario, viceversa si riterrà che l'avallo sia stato concesso per l'emittente nel pagherò e per il traente nella tratta;
 - Val la pena, in conclusione, menzionare talaltre ipotesi di garanzie codicisticamente disciplinate, invalse nella pratica quotidiana: in primis la cessione del credito⁹ a mezzo della quale l'azienda cede in garanzia¹⁰ alla banca un credito dalla medesima azienda vantato nei confronti di clienti o distributori; il mandato all'incasso, che equivale ad una vera e propria procura e che nella prassi è spesso assimilabile al pegno; la delegazione di pagamento¹¹ a mezzo della quale il debitore indica ad un proprio creditore di non adempiere direttamente nei propri confronti bensì di deviare un determinato pagamento in favore della banca, propria creditrice; l'espromissione¹², con la quale un nuovo garante si affianca “spontaneamente” al primo obbligato, aggiungendo la propria solvibilità a quella del debitore principale.

⁷ In tal caso l'istituto di credito erogherà la somma concordata, salvo poi rivalersi nei confronti dell'appaltatore inadempiente

⁸ Art. 112 TUB,

⁹ art. 1260 ss. c.c.

¹⁰ Art. 1198 c.c.

¹¹ Art. 1268 ss. c.c.

¹² Art. 1271 c.c.

2) IL PEGNO

La meno frequente garanzia reale, costituita a latere, di un finanziamento è il pegno regolare. Tralasciando, in questa sede, ogni analisi relativa al pegno irregolare¹³, soffermiamoci sul pegno quale diritto reale di garanzia su beni altrui: il bene resta in proprietà di colui che lo ha concesso in garanzia (debitore o terzo datore) ma in capo al creditore pignoratizio sorge la facoltà di procedere ad esecuzione forzata sul bene (anche verso eventuali terzi aventi causa – c.d. diritto di seguito o di sequela) ed ottenere il ricavato dalla eventuale vendita forzata del bene stesso con preferenza rispetto agli eventuali altri creditori.

La più marcata differenza rispetto alla ipoteca (che analizzeremo nel dettaglio al successivo paragrafo 3) consiste nell'oggetto della garanzia: saranno passibili di pegno i beni mobili, le universalità di mobili, i diritti di credito e i diritti "diversi" di cui all'art. 2806 c.c.: tra questi ultimi rientrano:

- il pegno su quote di società a responsabilità limitata, che si costituisce solo a seguito della iscrizione nel Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio competente per sede sociale;
- il pegno su invenzioni industriali (art. 69 Legge Invenzioni Industriali), mentre si ritiene che rientri nel pegno di cose o crediti il pegno degli esemplari o dei proventi della utilizzazione delle opere dell'ingegno (art. 111 legge diritto d'autore).

Altra differenza evidente consiste nella c.d. rotatività del pegno: mentre all'ipoteca non si può riconoscere la possibilità di veder sostituito un bene in vece di un altro, originariamente gravato, stante le difficoltà derivanti dal grado ipotecario, nel pegno è frequente la possibilità, concessa al creditore pignoratizio, di sostituire un bene con un altro: l'ipotesi più concreta e frequente è quella delle merci deperibili del magazzino del debitore, merce soggetta ad un rapido smobilizzo o ad una rapida deperibilità. Si avrà una semplice sostituzione del bene concesso a garanzia, con beni della medesima natura e verosimilmente del medesimo valore: agli effetti della prelazione, la sostituzione prenderà data dalle registrazioni effettuate dal custode.

Il pegno su beni mobili consiste in una delle poche fattispecie di contratto c.d. reale e non consensuale, la cui efficacia è pertanto subordinata alla consegna della res; ne deriva, quale ulteriore corollario, che non si richiede alcuna forma sacramentale né *ad probationem* né *ad substantiam*¹⁴ bensì al solo fine della prelazione, "ossia per rendere opponibile la garanzia ai creditori del terzo datore od agli altri creditori del debitore costituente il pegno medesimo mentre, nel rapporto tra le parti, il contratto non è subordinato ad alcuna formalità¹⁵".

Quando, invece, il pegno graverà su crediti (c.d. *pignus nominis*) il contratto si riterrà perfezionato esclusivamente a seguito della notificazione al debitore del credito dato in pegno o con l'accettazione da parte di questo con scrittura privata che abbia data certa.

Nella pratica risulta maggiormente frequente, tra le ipotesi citate, il pegno di crediti del debitore nei confronti di propri clienti: in queste fattispecie il creditore pignoratizio sarà abilitato – come fosse un vero e proprio mandato – a riscuotere il credito, così dovendo versare l'eventuale eccedenza direttamente al debitore; la disciplina applicabile appare incontrovertibilmente quella delle cessioni dei crediti¹⁶.

Caratteristica tipica del pegno è, come detto, la consegna della res al creditore, il quale dovrà comportarsi quale depositario e, pertanto, evitare di utilizzarla se non ai fini della sua conservazione.

3) L'IPOTECA

Prima di affrontare il tema principe del presente contributo – sicuramente il più sentito da parte del mutuatario – ovvero la cancellazione della garanzia reale iscritta contro l'immobile, appare opportuna una breve digressione sulla natura e sulle evoluzioni pratiche della garanzia reale più frequente: l'ipoteca¹⁷. L'ipoteca è una garanzia reale che inerisce il bene, al punto tale che chi si trovasse ad acquistare un bene ipotecato, dovrebbe affrontare le conseguenze del mancato pagamento del debito, fino all'eventuale

¹³ Art. 1851 c.c.

¹⁴ Ex multis Cass. 19 novembre 2002 n. 16261 in *Mass. Foro It.*, 2002

¹⁵ Cass. 16 maggio 1977 n. 1968 in *Giust. Civ.*, 1977, I, p. 1331

¹⁶ Art. 1260 c.c. ss.

¹⁷ Specificando sin d'ora che, stante il tema qui affrontato, ci limiteremo in questa sede ad una breve digressione sull'ipoteca volontaria costituita a fronte di mutui, tralasciando le ipoteche giudiziali e legali.

esecuzione. Infatti, in caso di inadempimento del debitore, l'ipoteca è il presupposto per far vendere giudizialmente il bene onde soddisfarsi sul ricavato. A seguito della iscrizione dell'ipoteca, il creditore ipotecario acquisirà un privilegio sul prezzo ricavato dalla vendita forzata dell'immobile, in quanto i c.d. chirografari (ovvero i creditori non titolari di diritti reali di garanzia sul bene) dovranno accontentarsi dell'eventuale somma che residuerà all'esito della soddisfazione del creditore ipotecario.

Abbiamo detto dell'inerenza/realtà della garanzia alla res, ora vediamo le altre qualità dell'ipoteca: indivisibilità (ovvero la sua integrità fino alla definitiva soddisfazione del credito), pubblicità (stante la sua natura costitutiva, all'esito della iscrizione in Conservatoria), specialità (stante la determinatezza della somma e dei beni gravati).

Vista la rilevanza dell'ipoteca, il Legislatore ha previsto l'onere di stipulare innanzi a Notaio il mutuo garantito da ipoteca, prevedendo altresì che l'ipoteca si riterrà costituita solo all'esito della sua iscrizione (c.d. iscrizione costitutiva); il medesimo Notaio sarà chiamato a redigere una relazione preliminare dalla quale risulteranno eventuali gravami già iscritti contro il bene oggetto di garanzia, così come sarà tenuto all'invio al creditore di nuova relazione, dalla quale dovrà emergere come l'ipoteca sia stata correttamente iscritta, e che non sia stata preceduta da altre formalità pregiudizievoli per la banca.

Dal punto di vista prettamente pratico, ricordiamo quanto già detto nel precedente contributo: la banca risulterà creditrice per la somma erogata (il capitale), gli interessi al tasso pattuito e le eventuali spese non corrisposte; tuttavia la banca sarà chiamata ad ulteriori spese per l'ipotesi di inadempimento del mutuatario, di tal chè sarà usuale prevedere una iscrizione ipotecaria per cifre pari al doppio del capitale o ad una volta e mezzo.

Questo non significa che la banca risulterà titolare di un credito pari al doppio, anzi, il debito scenderà proporzionalmente ai pagamenti effettuati e solo in caso di inadempimento del mutuatario la banca sarà facoltizzata a richiedere anche le spese, fino all'ammontare della garanzia.

Giova specificare che l'onorario del Notaio sarà parametrato proprio sul valore della garanzia reale, come pure il costo dell'atto di assenso alla cancellazione dell'ipoteca¹⁸.

4) L'ACCOLLO DEL MUTUO

Salve le ipotesi in cui il mutuo preveda l'impossibilità di subentro da parte di un terzo, il debitore ed un nuovo contraente possono convenire che quest'ultimo assuma il debito dell'altro¹⁹; in tale ipotesi il creditore può aderire all'accordo, rendendo irrevocabile²⁰ la stipulazione a suo favore. In presenza di adesione da parte della Banca, si verificherà la liberazione del contraente originario (c.d. acollo esterno), mentre in caso di mero accordo tra primo e secondo debitore, la Banca non verrà punto coinvolta (o rifiuterà di prestare il proprio consenso), così rimanendo vincolato anche l'originario debitore (c.d. acollo interno). In caso di mancata adesione, oltre alla revocabilità della stipulazione in favore della Banca, si verificherà la solidarietà tra i due debitori ma senza il beneficio dell'ordine, salva l'espressa previsione nell'acollo del vincolo di sussidiarietà a favore del primo debitore.

Non appare questa la sede opportuna per approfondire tematiche dottrinarie in tema di acollo, ma ci soffermeremo su un paio di ipotesi molto comuni nella pratica quotidiana:

- L'acollo quale modalità di pagamento del prezzo: le più recenti novelle²¹ impongono l'onere di inserire nelle compravendite le modalità di pagamento del prezzo; modalità unanimemente

¹⁸ È prassi costante quella di inserire nel mutuo a tasso variabile e nella nota di iscrizione dell'ipoteca l'automatico incremento del valore di iscrizione fino all'effettivo ammontare del credito vantato dalla banca.

¹⁹ Art. 1273 c.c.

²⁰ Secondo il meccanismo del contratto a favore del terzo, come suggerito dalla preferibile dottrina: ex plurimis RESCIGNO, voce "Accollo", in Dig. Disc. Priv., sez. Civ., I, Torino, 1987, p. 40 ss.

²¹ D.I. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248 – c.d. decreto Bersani

consentita appare l'accollo del debito precedentemente contratto dal venditore²². Si verificherà, così, la fattispecie di un pagamento non consistente nel materiale versamento del prezzo al venditore ma nel contrarre un debito già assunto da quest'ultimo. Una pronuncia non troppo risalente²³ ha statuito che in simili ipotesi, l'aver convenuto un determinato importo comporti l'onere in capo all'acquirente di corrispondere – seppur a mezzo accollo – l'integrale prezzo pattuito, di tal chè il compratore che eventualmente adempia l'onere versando alla Banca una somma inferiore rispetto a quella pattuita in atto resterebbe obbligato per la differenza nei confronti del dante causa. Tale rischio potrà essere ovviato inserendo in atto una apposita clausola che preveda come *“stante il presente accollo, il venditore non avrà null'altro a pretendere dall'acquirente nel caso in cui questi riuscisse ad estinguere il debito pagando una somma inferiore a quella prevista”*.

- L'accollo di quota indivisa di mutuo: sono molto frequenti nella pratica le ipotesi di mutui cointestati tra due soggetti che, ad esempio, richiedano ed ottengano un finanziamento finalizzato ad un acquisto immobiliare; assumiamo per ipotesi che uno dei due cointestatari intenda acquistare la quota di diritti immobiliari dell'altro comunista a fronte dell'accollo della quota di mutuo di quest'ultimo. L'operazione nella pratica è molto comune, ma genera non pochi dubbi dal punto di vista giuridico: trattandosi di obbligazione solidale, la Banca avrebbe la possibilità di escutere i singoli patrimoni per l'intero, permanendo in capo al soggetto escusso la possibilità di surrogarsi nella posizione della banca ai fini dell'azione di regresso. Tralasciando le ipotesi di responsabilità parziaria – ben poco frequenti nella prassi – ci concentreremo sulle obbligazioni soggettivamente complesse da attuarsi in via solidale: riprendendo l'esempio di cui sopra, in cui uno dei due mutuatari/comproprietari intende acquistare la quota dell'altro a fronte dell'accollo dell'integrale debito, ci si troverà di fronte al problema che l'accollante è già debitore in solido nei confronti della banca mutuante. Ad ogni modo, senza dilungarci in disquisizioni dottrinarie, appare ben possibile ottenere il risultato ambito, stante il fatto che l'autonomia dei privati appare idonea a scardinare il meccanismo di attuazione solidale dell'obbligazione, tuttavia precisando che l'accollato – al fine di essere definitivamente liberato dalla obbligazione contratta – dovrà giocoforza ottenere il consenso da parte della Banca²⁴.

5) L'ESTINZIONE DEL MUTUO

Come ampiamente argomentato nel precedente contributo, il mutuo è un contratto disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c. che regolano la vita di tutte le convenzioni tra privati; allo stesso modo, dunque, risulteranno applicabili al mutuo le fattispecie di estinzione previste per il contratto in generale, ivi incluse le norme che regolano le fasi patologiche: annullamento, risoluzione, rescissione.

La *naturale* estinzione del contratto di mutuo, tuttavia, corrisponderà al momento del saldo dell'ultima rata prevista dal piano di ammortamento, dal quale risulterà un termine per la restituzione, termine che viene considerato apposto in favore di entrambi i contraenti, salva l'ipotesi del mutuo gratuito, nel quale si ritiene che il termine sia apposto nell'interesse del mutuatario²⁵.

Il termine acquista ulteriore pregnanza nell'ipotesi di insolvenza del mutuatario ovvero qualora costui abbia diminuito per fatto proprio le garanzie date (o non abbia dato quelle che pure aveva promesse): in tali ipotesi, infatti, la banca potrà pretendere l'immediata prestazione, in ossequio a quanto disposto dall'art.

²² Val la pena precisare che, al contrario di quel che si dovrebbe verificare nell'accollo tout court, nella pratica di tutti i giorni assistiamo ad una rimodulazione del tasso in sede di accollo, tanto più se le condizioni patrimoniali del primo debitore sono diverse da quelle del nuovo obbligato.

²³ Cassazione 8442 del 25 agosto 1998

²⁴ Ipotesi ben più complessa rispetto all'accollo a favore di nuovo mutuatario, stante il fatto che l'accollante, nel caso di specie, è già un soggetto obbligato verso la banca per quel medesimo debito.

²⁵ Art. 1816 c.c.

1186 c.c. in tema di decadenza dal beneficio del termine: tale disposizione è confermata dall'art. 1819 c.c. ai sensi del quale, se è stata convenuta la restituzione rateale e il mutuatario non adempie l'obbligo del pagamento anche di una sola rata, il mutuante ha la possibilità di domandare l'immediata restituzione dell'intero.

In giurisprudenza²⁶ si è reputato che detta prescrizione riguardi il solo mutuo gratuito, poiché nel mutuo oneroso – come detto nel precedente contributo – opererebbe la disciplina generale in tema di risoluzione dei contratti²⁷, che conduce comunque al medesimo risultato.

Nella prassi si verifica raramente che il mutuo venga estinto in anticipo rispetto alla naturale scadenza contrattuale, tuttavia appare come una soluzione possibile che, tuttavia, comporterà un reddito inferiore per la banca mutuante che, così, solitamente si garantisce apponendo una penale di estinzione anticipata; ad oggi, però, a seguito del Decreto Bersani bis 7/2007, si ritiene nulla la penale per l'estinzione anticipata, ma solo per i mutui contratti dopo il 2 febbraio 2007.

Per i mutui sottoscritti prima del 2 febbraio 2007 le penali di estinzione concordate sono ridotte secondo i parametri di cui all'accordo, tra l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) e le organizzazioni dei consumatori, siglato il 2 maggio 2007 laddove si prevede: per i tutti i contratti di mutuo a tasso variabile e per quelli a tasso fisso stipulati antecedentemente al 1° gennaio 2001:

- nessuna penale negli ultimi due anni di ammortamento del mutuo;
- 0,20 punti percentuali nel terzultimo anno di ammortamento del mutuo;
- 0,50 punti percentuali nei restanti casi.

Per i contratti di mutuo a tasso fisso stipulati successivamente al 31 dicembre 2000, le penali sono fissate in

- 1,90 punti percentuali nella prima metà del periodo di ammortamento del mutuo;
- 1,50 punti percentuali nella seconda metà del periodo di ammortamento del mutuo;
- 0,20 punti percentuali nel terzultimo anno del periodo di ammortamento del mutuo;
- nessuna penale negli ultimi due anni di ammortamento del mutuo.

L'accordo contiene anche l'introduzione di una clausola di salvaguardia per quei mutui che già prevedono commissioni di estinzione di importo pari o inferiori a quelle stabilite dall'accordo stesso, introducendo in questo caso ulteriori riduzioni.

In ultima analisi giova rammentare un rischio legato alla estinzione anticipata nei primi diciotto mesi di ammortamento: il mutuo fondiario infatti, per essere tale e fruire quindi dell'esenzione dalle imposte di registro, ipotecaria e di bollo, deve avere una durata almeno pari a diciotto mesi. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha affrontato il problema con una Circolare del novembre 2006, affermando che il trattamento fiscale agevolato²⁸ non compete se il contratto di mutuo non prevede espressamente l'impossibilità dell'estinzione prima dei 18 mesi e un giorno.

6) LA CANCELLAZIONE DELL'IPOTECA

Dall'estinzione del mutuo si distingue l'estinzione (*rectius* cancellazione) dell'ipoteca.

Prima dell'entrata in vigore del cd "Decreto Bersani" 7/2007 convertito in Legge 40/2007 l'estinzione del mutuo non coincideva con la cancellazione dell'ipoteca, per cui nella prassi ci si trovava frequentemente ad avere ancora l'immobile ipotecato nonostante il debito dalla stessa garantito fosse stato estinto da tempo: ciò perché necessitava espresso atto di assenso rilasciato dall'Istituto creditore avanti a Notaio, con conseguenti costi. Attualmente detto atto non è più indispensabile per la cancellazione essendo sufficiente la comunicazione che la Banca, su richiesta del debitore, invia in via telematica con firma digitale all'Agenzia del Territorio, che provvede conseguentemente alla relativa cancellazione. Nonostante le iniziali incertezze in ordine alla piena validità di tale procedura e alle minori garanzie che sembrava presentare rispetto ad un atto di assenso nel corpo del quale l'Istituto mutuante dichiarava estinto il debito e conseguentemente consentiva la cancellazione, anche in relazione alla possibilità di revoca dell'ordine di cancellazione nei 30

²⁶ Cass. Civ. Sez. III, 1861/95 in Banca Dati CED della Cassazione

²⁷ Artt. 1453 ss. c.c.

²⁸ Imposta sostitutiva allo 0,25% o al 2%: DPR 601/1973 che prevede l'imposta dello 0,25% per tutti i mutui concessi per liquidità o acquisto/ristrutturazione della cd 1^ casa e del 2% per l'acquisto di una abitazione per la quale non ricorrano i requisiti richiesti per la 1^ casa

giorni (cancellazione che, per l'appunto, non diventa efficace nelle more), oggi è stato chiarito che questa procedura cd "semplificata" (cancellazione "Bersani") è applicabile a tutte le fattispecie di cui all'art. 2878 c.c. e quindi anche alla liberazione dell'immobile alienato da impresa costruttrice imposta dal Decreto Legislativo 122 del 2005 (tutela dell'acquirente), sulla quale si è a lungo dibattuto e si ritiene che essa sia prassi più che garantista anche nei confronti del mutuatario.

Giova, inoltre, rammentare come la cancellazione all'esito della estinzione del debito sia una mera formalità, stante il fatto che la banca nulla potrà più richiedere ed ottenere dal mutuatario, pur in presenza della iscrizione pregiudizievole. Ad ulteriore conferma di tale assunto, si ricordi che l'ipoteca si estingue qualora non rinnovata prima della scadenza del ventennio dalla sua iscrizione, il che equivale a dire che la banca che ometta di rinnovare l'iscrizione perderà il grado, così dovendo successivamente correre ai ripari con una nuova iscrizione; il che potrebbe arrecare non pochi problemi, per l'ipotesi in cui, nel frattempo, fossero sopraggiunte nuove iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli (es. una trascrizione di un preliminare, una domanda giudiziale, un'ipoteca giudiziale o un'altra ipoteca volontaria o addirittura un pignoramento).

7) LA RIDUZIONE DELL'IPOTECA

Esistono, tuttavia, delle ipotesi in cui l'ipoteca non venga cancellata del tutto, ma subisca una riduzione, abbassando la somma per la quale è stata assunta l'iscrizione o restringendo l'iscrizione solo ad uno o ad alcuni dei beni gravati²⁹.

È l'ipotesi in cui un mutuatario abbia contratto un mutuo, garantendo la propria obbligazione con concessione in garanzia di più beni, debitamente gravati da ipoteca; all'esito del parziale pagamento del debito, il mutuatario avrà facoltà di ottenere una riduzione del valore della garanzia o la liberazione di alcuni beni, pur permanendo il gravame su tal'altri beni. Secondo il codice civile³⁰ "non è ammessa domanda di riduzione riguardo alla quantità dei beni né riguardo alla somma, se la quantità dei beni o la somma è stata determinata per convenzione o per sentenza. Tuttavia, se sono stati eseguiti pagamenti parziali così da estinguere almeno il quinto del debito originario, si può chiedere una riduzione proporzionale per quanto riguarda la somma. Nel caso d'ipoteca iscritta su un edificio, il costituente che dopo l'iscrizione ha eseguito sopraelevazioni può chiedere che l'ipoteca sia ridotta, per modo che le sopraelevazioni ne restino esenti in tutto o in parte, osservato il limite stabilito dall'articolo 2876 per il valore della cautela". L'ipotesi della estinzione di oltre un quinto del debito configura, più che una riduzione, una estinzione parziale della garanzia, stante il principio di indivisibilità dell'ipoteca.

Non solo il codice civile si occupa di riduzione del gravame, anche l'art. 39 n. 5 del TUB – in tema di mutuo fondiario – prevede che il debitore che abbia estinto la quinta parte del debito originario ha diritto alla riduzione proporzionale della somma iscritta e di avere la parziale liberazione di uno o più beni gravati quando, dai documenti prodotti o da perizie risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente. Ad onor del vero tale ipotesi appare, nella pratica, piuttosto remota sol se si pensi al fatto che i valori di perizia di beni concessi in garanzia negli anni 2006-2009 appaiono spropositatamente maggiori rispetto ai valori odierni, stante la drammatica crisi dell'immobiliare dei nostri giorni.

8) IL FRAZIONAMENTO DELL'IPOTECA E LA TUTELA DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE

Diversa dalla cancellazione è anche l'ipotesi del frazionamento della garanzia reale.

Ammettiamo che la ALFA SPA abbia contratto un mutuo fondiario per l'edificazione di un complesso residenziale: a fronte del principio della estensione dell'ipoteca, a mano a mano che si realizzeranno il rustico e poi l'edificio completo di migliorie ed accessori, l'ipoteca si andrà ad estendere a tutto il fabbricato. Allorquando la società, tuttavia, si trovasse nella impellenza di alienare una delle erigende unità abitative, si troverà a dover frazionare la garanzia, all'esito del frazionamento dell'unità immobiliare, sì da poter alienare il bene singolo.

²⁹ Art. 2872 c.c.

³⁰ Art. 2873 c.c.

La fattispecie ha assunto una formale e rigida disciplina a seguito della emanazione del TAIC (Tutela Acquirenti Immobili da Costruire) – D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122: l'art. 7 ha innovato l'art. 39 del Testo Unico Bancario a tutela del consumatore/persona fisica che si trovi ad acquistare un immobile per il quale sia stato richiesto il permesso di costruire ma per il quale non sia stata ancora richiesta l'agibilità: riprendendo l'esempio di cui sopra, se il complesso immobiliare della ALFA SPA può ottenere l'accatastamento delle singole unità abitative, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.

In simili ipotesi, la banca sarà obbligata a provvedere nei 90 giorni³¹ dalla ricezione della documentazione ed in caso di negligenza dell'Istituto, il promissario acquirente potrà adire il Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile al fine di ottenere il c.d. frazionamento d'imperio. È evidente la ratio di tale disposizione di legge: frazionare l'ipoteca, a seguito del frazionamento catastale del bene, consentirebbe all'acquirente di acquistare il bene senza vedersi gravato dall'intera ipoteca posta a garanzia del complesso immobiliare; pur tuttavia residuerebbe in capo alla banca il diritto di non concedere la liberazione del bene dalla garanzia o di non concedere l'eventuale liberazione del venditore in caso di acollo, nell'ipotesi in cui, dalle vendite, non si ricavasse un importo sufficiente a coprire il debito³².

All'esito del frazionamento, il Conservatore provvede alla annotazione a margine della originaria iscrizione ipotecaria del frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.

9) **IL FRAZIONAMENTO C.D. D'IMPERIO**

Vediamo nello specifico in cosa consiste il frazionamento d'imperio ex art. 39 TUB post riforma³³:

1) prodromo indispensabile è che il complesso edilizio possa subire un accatastamento in singole porzioni e che sussistano le condizioni soggettive ed oggettive di cui al D.Lgs. 122/2005, ma anche che si tratti di mutuo fondiario, stante la collocazione della norma all'interno delle disposizioni del TUB dettate esclusivamente per tale tipologia di finanziamento; non pare, invece, necessaria la trascrizione del contratto preliminare, ritenendosi sufficiente la registrazione prevista dalla Legge 131/1986 in tema di imposta di registro;

³¹ Centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

³² Teniamo presente, tuttavia, che in mancanza di liberazione del bene dal gravame, l'art. 8 del medesimo TAIC impone al Notaio il divieto di stipulare.

³³ Art. 39 TUB n. 6 In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.

6-bis. La banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6 entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di suddivisione del finanziamento in quote corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento. Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

6-ter. Qualora la banca non provveda entro il termine indicato al comma 6-bis, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con riferimento alle quote frazionate, l'inizio dell'ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell'atto stesso.

6-quater. Salvo diverso accordo delle parti, la durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il responsabile del competente Ufficio del territorio annota a margine dell'iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.

2) la norma indica nel dettaglio la documentazione necessaria, che il cliente dovrà produrre alla banca ed il termine entro il quale questa dovrà rispondere ed adoperarsi;

3) la grande novità consiste nella facoltà di adire la Magistratura Ordinaria (addirittura si parla di Presidente del tribunale) sì da ottenere la nomina un notaio che, anche per mezzo di ausiliari, redigerà un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal lui medesimo;

4) salvo diverso accordo fra le parti, la durata di ammortamento del mutuo risultante dalla suddivisione rimarrà pari a quella originariamente fissata nell'originario contratto di mutuo e l'ammortamento sarà regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente.

Interessante, ai fini pratici, notare come possa ben essere anche il debitore (ovvero il costruttore) a richiedere la suddivisione del finanziamento ed il frazionamento dell'ipoteca e non solo il promissario acquirente.