

ATTUALITÀ IN TEMA DI MUTUI BANCARI, IN UNA PROSPETTIVA EUROPEA

Nota del m.e. GIUSEPPE GANDOLFI (*)

(Adunanza del 2 maggio 2019)

SUNTO. – La nota riguarda il problema giuridico della “surrogazione” del mutuante nei diritti di un precedente creditore del mutuatario, ed esamina le ragioni che hanno indotto il gruppo di lavoro della Accademia dei Giusprivatisti Europei ad affrontare questo problema nel progetto del “codice europeo dei contratti”.

RÉSUMÉ. – La note concerne le problème juridique de la “subrogation” du prêteur dans les droits d’un créancier précédent de l’emprunteur, et examine les raisons qui ont porté le groupe de travail de l’Académie des Privatistes Européens à aborder ce problème dans le projet du “code européen des contrats”.

L’attualità, indicata nel titolo della mia relazione è dovuta al decreto-legge Bersani bis, 31 gennaio 2007 n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007 n. 40. Le norme di questo decreto-legge, fra i molti argomenti trattati, si occupano anche dei mutui bancari, con lo scopo di incentivare la concorrenza fra le banche nell’erogazione dei finanziamenti. Si tratta dunque di una innovazione giuridica di notevole importanza, in un periodo di crisi dell’attività imprenditoriale.

La prospettiva europea, pure indicata nel titolo della mia relazione, è dovuta al fatto che la legge Bersani è ora all’esame del gruppo di lavoro dell’Accademia dei Giusprivatisti Europei, che si sta dedicando

(*) Professore emerito dell’Università degli Studi di Pavia, Italy.
E-mail: accadgiuspriveteur@interfree.it

alla redazione del progetto di un 'Codice europeo dei contratti'; del cui contenuto ho periodicamente riferito in passate adunanze.

Ma il gruppo di lavoro si trova ora a dover affrontare qualche problema, considerando che l'istituto giuridico integrato dalla legge Bersani è presente in una vasta area europea, ma è assente, è sconosciuto in un'altra pure vasta area europea. C'è da chiedersi dunque se sia opportuno nel progetto di un codice, destinato ad unificare il diritto dei contratti in Europa, omettere questo istituto, o invece estenderlo anche alla seconda area predetta, e inoltre limitandolo, come in Italia, ai soli consumatori e alle piccole imprese, o invece ammetterlo per tutti coloro che operano nel mercato interno europeo.

L'istituto in esame, di cui subito accennerò il meccanismo, risale al 1500, e fu delineato per la prima volta in dottrina dal giurista francese Charles Dumoulin, che lo individuò studiando le consuetudini allora vigenti nella zona di Parigi.

La Francia sino alla Rivoluzione era divisa, com'è noto, in due zone: il sud era regolato dal diritto romano, ossia dalle Pandette e dai successivi commenti; nel nord invece erano osservate le numerose consuetudini locali di origine franco-germanica. Dumoulin analizzò ed espose organicamente le consuetudini; così come Robert Joseph Pothier più tardi si dedicò ad un'organica sistemazione delle fonti del diritto romano. E così poté realizzarsi l'aspirazione della Rivoluzione francese, di avere per la Francia un unico codice: e si ebbe il Codice Napoleone.

Il complesso rapporto giuridico qui in esame può essere così delineato. Tizio ha un debito verso Caio, al quale in garanzia ha dato un pegno o concesso un'ipoteca. Avvicinandosi la data di scadenza del debito, Tizio non è in grado di pagarlo; ma ha un amico, Sempronio, al cui aiuto potrebbe rivolgersi per farsi fare un prestito di danaro. E per incoraggiarlo, gli dice che la somma che gli chiede in prestito servirebbe esclusivamente ad estinguere il suo debito verso Caio, e che a lui, Sempronio, farebbe trasferire le garanzie, il pegno o l'ipoteca, che erano stati dati a Caio. Se Sempronio accorda il prestito e Tizio estingue il debito verso Caio, allora Caio non può frapporre ostacoli e rifiutarsi di trasferire le garanzie a Sempronio, il quale subentra così per iniziativa di Tizio nella stessa posizione giuridica del creditore Caio. Il quale, se non adempie a quanto richiestogli dal debitore Tizio, va soggetto a una penale.

Il subentrare di un secondo creditore-mutuante, nella posizione giuridica del primo creditore, e quindi anche nelle garanzie accordate, è detto “surrogazione”, e si parla di portabilità del mutuo. L'aspetto notevole della soluzione sta nel fatto che l'iniziativa dell'operazione compete al debitore Tizio, e che il primo creditore Caio non può opporsi.

Questa soluzione era volta a favorire la sollecita sistemazione dei rapporti di debito e credito, in linea generale ad agevolare la circolazione nelle relazioni economiche. E i compilatori del codice francese l'hanno subito accolta, perché uno dei postulati della Rivoluzione, ossia degli obbiettivi perseguiti, era anche quello di far subentrare, alla situazione di stasi in cui si trovavano i rapporti socio-economici nell'epoca precedente, la mobilità e la frequenza dei rapporti stessi.

Accogliendo nell'art. 1250 n. 2 la soluzione delineata da Dumoulin, il codice francese dispose qualche opportuna prescrizione di forma: quale la presenza del notaio, sia per il secondo contratto di mutuo, sia per la quietanza dell'avvenuto pagamento di quanto dovuto al primo creditore, e precisò che non è necessario il suo consenso per la surrogazione.

L'istituto venne poi recepito nel primo codice civile italiano del 1865 (art. 1252 n.2), nel codice spagnolo (art. 1211), nel più recente codice portoghese (art. 591), ma già nell'Ottocento, pure in Inghilterra venne introdotto dalle decisioni delle Corti della Cancelleria.

Anche il codice italiano vigente, nell'art. 1202 ha accolto la soluzione francese, salvo non esigere la presenza del notaio, come il codice francese, e richiedendo solo atti di “data certa” e prescrivendo che il primo creditore non possa né opporsi, né ostacolare l'operazione. Ma dalle rassegne di giurisprudenza, risulta che la norma è stata a lungo scarsamente utilizzata, sino ai primi anni di questo secolo, quando il predetto decreto-legge Bersani bis del 2007 ha rivitalizzato l'istituto, lo ha opportunamente inserito nel settore bancario-finanziario, e ne ha consentito l'applicazione anche ai rapporti, oltre che di mutuo bancario, di apertura di credito e di altri contratti di finanziamento bancario. E ciò, anche per favorire la possibilità del cliente di una banca, che gli ha concesso un mutuo, di ottenere da un'altra banca un mutuo più vantaggioso.

Ma occorre tornare all'interrogativo posto all'inizio. La soluzione normativa contenuta nel codice francese, recepita nei codici italiano,

spagnolo e portoghese, già non era presente nel Codice generale dell'impero austroungarico, e inoltre alla fine dell'Ottocento non venne recepita dal codice tedesco, né, all'inizio del Novecento, dal codice svizzero e dai codici di derivazione germanica.

Dunque la soluzione normativa qui in esame è presente nella vasta area dell'Europa neolatina, ma è sconosciuta nella pure vasta area dell'Europa di lingua germanica e dei codici derivati da quello tedesco e austriaco.

Si è posto quindi per il gruppo accademico di lavoro il problema già accennato: di stabilire se sia opportuno prevedere o meno la suddetta soluzione normativa a proposito del contratto di mutuo, dunque nel Titolo III del Libro II dedicato ai rapporti bancari e parabancari del progetto di codice in corso di redazione.

Al riguardo possono soccorrere queste considerazioni.

Uno dei criteri di base ai quali l'Accademia ha ritenuto di doversi attenere è questo: occorre evitare che l'unificazione del diritto in Europa avvenga in modo traumatico, nel senso che non si devono imporre istituti e norme inconciliabili con le tradizioni e culture dei vari Paesi; introducendo, sì, delle riforme e innovazioni, purché siano almeno compatibili con i valori fondamentali comuni ai vari sistemi.

Dunque, in relazione all'alternativa appena prospettata, può anzitutto ritenersi che ignorare l'istituto nel progetto significherebbe sottrarre a tutta l'area neolatina una risorsa non certo inutile, anche se per anni scarsamente praticata, ma di recente valorizzata, e che non sarebbe inoltre ragionevole affidarne l'impiego all'iniziativa privata, cioè all'iniziativa dei singoli: perché, in assenza di una norma, i privati ben difficilmente giungerebbero a trovare un accordo per una fattispecie così complessa. D'altra parte accogliere l'istituto stesso significherebbe non imporlo ad un'area giuridica, nella quale non è conosciuto, ma soltanto consentirne in essa l'applicazione eventuale, a libera scelta dei soggetti interessati, entrando qui in gioco concetti e norme in tema di rapporto debito-credito, relative garanzie, loro trasferimento, contratto di mutuo, adempimento dell'obbligazione, dunque rapporti e istituti ben noti in tutta l'Europa.

Comunque per adottare una soluzione, il gruppo di lavoro doveva anche valutare l'effettiva entità dell'innovazione disposta dal decreto Bersani e leggi successive. L'innovazione si articola in queste proposizio-

ni: il contratto di mutuo originario può essere modificato sull'accordo delle parti con una semplice scrittura privata; l'operazione di surrogazione è ammissibile anche se il primo credito non è ancora esigibile, ossia non è scaduto e se il termine di scadenza è previsto a favore del creditore, ossia il debitore non può restituire anticipatamente e deve pagare gli interessi che maturano; l'operazione deve aver luogo senza alcun onere o penalità a carico del debitore, ed è inoltre semplificata l'annotazione di trasferimento dell'ipoteca a favore del secondo creditore; è nullo e viene così cancellato ogni patto che impedisca o ostacoli la surrogazione, ferma restando l'operazione stessa. Già ho detto della penalità a carico del primo creditore che non provveda entro trenta giorni.

Il gruppo di lavoro accademico ha ritenuto che queste innovazioni risultino opportunamente integrative delle formulazioni normative, francese e italiana, e che si possano quindi, *mutati mutandis*, accogliere nel progetto.

Ma la versione dovuta al decreto Bersani e successive leggi è prevista come ammessa soltanto per le persone fisiche e le microimprese. Ne sono dunque esclusi tutti gli altri soggetti e in particolare le altre imprese. Il che ha suscitato delle perplessità in dottrina: perché l'intento del legislatore italiano in queste recenti norme appare non rivolto a dettare delle misure di carattere sociale a protezione dei soggetti più deboli, bensì ad incrementare l'efficienza del settore creditizio, impedendo inoltre quei tentativi che in questo ambito possano verificarsi ai danni della clientela, complessivamente considerata. E in modo specifico scopo di questa riforma, come già accennavo, è di consentire al cliente di una banca, che gli ha concesso un mutuo, di estinguerlo con il ricavato da un altro mutuo, più vantaggioso, che può ottenere da un'altra banca, alla quale trasferisce le garanzie accordate alla prima. Quanto alla ragion d'essere della limitazione relativa ai privati, cioè ai consumatori e alle micro-imprese, limitazione prevista dalle citate norme, parrebbe piuttosto dovuta al proposito, che sembra invero desumibile dalle leggi stesse, di contenere gli oneri che lo Stato italiano si è assunto per consentire quei benefici fiscali che possono agevolare l'operazione, così da doverla restringere nella sua applicazione quantitativa. Tale limitazione appare inoltre connessa con la congiunta considerazione del mutuo "di scopo", di matrice comunitaria, per l'acquisto della prima casa da parte dei consumatori e quindi con le agevolazioni concesse. Se

una tale ipotesi è fondata, la limitazione non assume rilevanza per una disposizione a livello europeo. Agli Stati-membri potrà comunque essere demandata la facoltà di concedere ai consumatori e ad altre categorie di soggetti dei benefici, di ordine fiscale o di altro genere.

Resta infine da considerare che le innovazioni legislative esaminate riguardano specificamente il settore bancario; e non è ragionevole non ammettere il fenomeno della surrogazione al di fuori di questo settore, quale ha luogo nell'Europa neolatina. Tuttavia è possibile in una norma del 'progetto' prevedere che se il credito originario deriva da mutuo bancario, da apertura di credito o da altro contratto finanziario, l'operazione di surrogazione deve, a pena di nullità o di inefficacia, effettuarsi mediante l'intervento di un intermediario bancario o finanziario. E ciò non certo per ragioni di uritmia, ma per assicurare che anche la seconda operazione di mutuo avvenga con la necessaria correttezza e trasparenza.

Se quella ora accennata possa essere la soluzione che risulterà accolta nel progetto di codice non è però ancora possibile prevederlo; perché alla stesura del testo normativo seguirà un intenso scambio di opinioni fra gli accademici e i giuristi ad essi collegati, sia via internet, sia in colloqui. E inoltre la Banca Centrale Europea ha manifestato l'intenzione di organizzare a Francoforte un congresso, per esaminare e presentare il progetto, a lavori ultimati. Sono prevedibili quindi integrazioni ed emendamenti a più riprese, sino alla pubblicazione del testo normativo. E dei risultati sarà mia cura, come nel passato, riferire in questa sede accademica.