



Dott. Gaetano Petrelli  
NOTAIO

Corso Cobianchi, 62 - Verbania (VB)

Tel. 0323.516881 - Fax 0323.581832

E-mail: [gpetrelli@notariato.it](mailto:gpetrelli@notariato.it)

Sito Internet: <http://www.gaetanopetrelli.it>

Cod.Fisc. PTR GTN 62D25 F848T P. IVA 01302980030

## **PORTABILITA' DEI MUTUI** **SURROGAZIONE PER PAGAMENTO**

### **Fonti normative.**

L'articolo 120-*quater* del testo unico bancario (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385), come da ultimo modificato dall'art. 8 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (in G.U. n. 110 del 13.5.2011), in vigore dal 14 maggio 2011, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106 (in G.U. n. 160 del 12.7.2011), in vigore dal 13 luglio 2011, dispone quanto segue:

*“Art. 120-*quater*. - Surrogazione nei contratti di finanziamento. Portabilità.*

*1. In caso di contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari, l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione di cui all'articolo 1202 del codice civile non è precluso dalla non esigibilità del credito o dalla pattuizione di un termine a favore del creditore.*

*2. Per effetto della surrogazione di cui al comma 1, il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce.*

*3. La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. L'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia del territorio di concerto con il Ministero della giustizia, sono stabilite specifiche modalità di presentazione, per via telematica, dell'atto di surrogazione.*

*4. Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo finanziamento, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione tra intermediari improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. In ogni caso, gli intermediari non applicano alla clientela costi di alcun genere, neanche in forma indiretta, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di surrogazione.*

*5. Nel caso in cui il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione di cui al comma 1, resta salva la possibilità del finanziatore originario e del debitore di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata.*

*6. È nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione di cui al comma 1. La nullità del patto non comporta la nullità del contratto.*

*7. Nel caso in cui la surrogazione di cui al comma 1 non si perfezioni entro il termine di trenta giorni lavorativi dalla data della richiesta al finanziatore originario*

*di avvio delle procedure di collaborazione da parte del mutuante surrogato, il finanziatore originario è tenuto a risarcire il cliente in misura pari all'uno per cento del debito residuo del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo. Resta ferma la possibilità per il finanziatore originario di rivalersi sul mutuante surrogato, nel caso in cui il ritardo sia dovuto a cause allo stesso imputabili.*

*8. La surrogazione per volontà del debitore e la rinegoziazione di cui al presente articolo non comportano il venir meno dei benefici fiscali.*

*9. Le disposizioni di cui al presente articolo:*

*a) si applicano, nei casi e alle condizioni ivi previsti, anche ai finanziamenti concessi da enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti;*

*a-bis) si applicano ai soli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11;*

*b) non si applicano ai contratti di locazione finanziaria.*

*10. Sono fatti salvi i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater dell'articolo 8 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40\*.*

Ai sensi dell'art. 1202 del codice civile:

*Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo.*

*La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni:*

*1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa;*

*2) che nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;*

*3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione.*

La nuova disciplina condensa quindi in un unico articolo del testo unico bancario le disposizioni già contenute nell'art. 8 del d.l. n. 7/2007 e nell'art. 2, commi 1-bis e 5-quater, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, inseriti dalla legge di conversione n. 2/2009.

Contemporaneamente, l'art. 6, comma 1-bis, del d. lgs. n. 141/2010, come modificato dall'art. 4 del d. lgs. n. 218/2010, abroga espressamente l'articolo 8, commi 1, 2, 3, 3-bis e 4 del d.l. n. 7/2007, e l'articolo 2, comma 5-quater, del d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art. 2, comma 3, del d.l. n. 78/2009.

A norma dell'art. 6 del d. lgs. n. 141/2010, come modificato dall'art. 4 del d. lgs. n. 218/2010, le disposizioni in oggetto, incluse nel titolo II del t.u.b., sono in vigore dal 2 gennaio 2011. A norma dell'art. 16, comma 8, del d. lgs. n. 218/2010, "Le disposizioni modificate, introdotte o sostituite dal presente decreto si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore dei corrispondenti articoli del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141". Anche l'abrogazione espressa di cui sopra fa parte delle previsioni contenute nel titolo II, ed entra in vigore il 2 gennaio 2011.

Non sono invece abrogati espressamente, e rimangono in vigore:

a) – i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater dell'art. 8 del d.l. n. 7/2007 (aggiunti dalla legge di conversione n. 40/2007), richiamati dall'art. 120-quater, comma 10, del t.u.b.

b) – il comma 1-bis dell'art. 2 del d.l. n. 185/2008, a norma del quale, "Anche al fine di escludere a carico del mutuatario qualunque costo relativo alla surrogazione, gli atti di consenso alla surrogazione, ai sensi dell'articolo 1202 del codice civile, relativi a mutui accesi per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione

*principale, contratti entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto da soggetti in favore dei quali è prevista la rinegoziazione obbligatoria, sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese. A tal fine, la quietanza rilasciata dalla prima banca e il contratto di mutuo stipulato dalla seconda banca devono essere forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione. Per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente. In ogni caso, le banche e gli intermediari finanziari, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di cui all'articolo 7 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40, e successive modificazioni, non applicano costi di alcun genere, anche in forma indiretta, nei riguardi dei clienti”.*

Il comma 4-bis dell'art. 8, ancora in vigore, continua a regolare i profili tributari della surrogazione, dichiarando inapplicabili l'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 del d.p.r. n. 601/1973, nonché le imposte di registro e ipotecaria. I commi 4-ter e 4-quater contengono invece disposizioni finanziarie.

Dal punto di vista sostanziale, la nuova disciplina non contiene novità rilevanti rispetto alla precedente, a parte l'espressa esclusione – dal relativo ambito di applicazione – dei contratti di locazione finanziaria, che peraltro poteva desumersi implicitamente anche dal precedente testo normativo: come chiarito dalla Relazione al d. lgs. n. 141/2010, “in questi casi, infatti, la surrogazione di un nuovo creditore nei diritti del creditore preesistente comporterebbe il passaggio non già di una garanzia, ma dello stesso diritto di proprietà sul bene oggetto del *leasing*”.

Viene inoltre precisato più chiaramente che – in base all'art. 1202 c.c. – mentre il finanziamento originario può anche avere natura diversa dal mutuo, quello nuovo deve essere necessariamente un mutuo.

### **Presupposti della surrogazione.**

La norma si pone, sostanzialmente, l'obiettivo di agevolare il procedimento di "sostituzione" di un mutuo con altro concesso da diverso mutuante, eliminando gli ostacoli e diminuendone il costo.

Lo strumento a tal fine utilizzato è la surrogazione per pagamento (per volontà del debitore), quale disciplinata dall'art. 1202 del codice civile: meccanismo, questo, il cui funzionamento richiede, ai sensi della suddetta norma codicistica:

- 1) - che nel nuovo atto di mutuo sia indicata espressamente la relativa destinazione all'estinzione del mutuo precedente;
- 2) - che nella quietanza, rilasciata dal precedente creditore, si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata (dal nuovo mutuo);
- 3) - che il debitore surroghi il nuovo mutuante nei diritti del precedente creditore. Si tratta di apposito atto negoziale di consenso a surrogazione, che può essere ovviamente contenuto nello stesso atto di mutuo.

Ricorrendo tali presupposti, il nuovo creditore mutuante è surrogato in tutti i diritti e garanzie già spettanti al precedente creditore. Il vantaggio, quindi, consiste nella possibilità di evitare l'iscrizione di una nuova ipoteca e la cancellazione della precedente (con relativi costi, anche notarili), procedendo alla mera surrogazione della seconda banca mutuante in luogo della prima.

### **Ambito soggettivo di applicazione.**

Le disposizioni di cui all'art. 120-*quater* t.u.b. in materia di portabilità si applicano ai solli contratti di finanziamento conclusi da intermediari bancari e finanziari con persone fisiche o micro-imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11.

Il nuovo art. 120-*quater* t.u.b. utilizza innanzitutto la nozione di “consumatore”, a proposito della quale occorre far riferimento all'art. 3, comma 1, lett. a), del d. lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo): “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. Richiama poi – a proposito della nozione di “micro-impresa”, l'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, che a sua volta rinvia ai requisiti previsti dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, ovvero ai requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 84, lett. b), della Direttiva 2007/84/CE. Ai sensi dell'art. 2, comma 3, della Raccomandazione 2003/361/CE, “si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro”. Le due condizioni sono considerate congiuntamente.

I suddetti requisiti coincidono con quelli previsti dall'art. 2, comma 2, del D.M. 6 dicembre 2005 (in G.U. n. 4 del 5.1.2007), a norma del quale, nell'ambito della categoria delle PMI, si definisce microimpresa l'impresa che: a) ha meno di 10 occupati, e b) ha un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; precisato che i due requisiti di cui alle lettere a) e b) sono cumulativi, nel senso che tutti e due devono sussistere.

A norma dell'art. 4 della medesima Raccomandazione, i dati impiegati per calcolare gli effettivi e gli importi finanziari sono quelli riguardanti l'ultimo esercizio contabile chiuso e vengono calcolati su base annua. Essi sono presi in considerazione a partire dalla data di chiusura dei conti. L'importo del fatturato è calcolato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) e di altri diritti o imposte indirette. Peraltro, se un'impresa, alla data di chiusura dei conti, constata di aver superato, nell'uno o nell'altro senso e su base annua, le soglie degli effettivi o le soglie finanziarie di cui all'articolo 2, essa perde la qualifica di microimpresa solo se questo superamento avviene per due esercizi consecutivi. Se si tratta di un'impresa di nuova costituzione, i cui conti non sono ancora stati chiusi, i dati in questione sono oggetto di una stima in buona fede ad esercizio in corso. L'art. 5 determina i criteri per stabilire il numero delle persone effettivamente occupate nell'impresa (compresi tra di essi anche i soci che svolgono attività regolare nell'impresa); l'art. 6 stabilisce le regole di cui tener conto ai fini della determinazione in generale dei dati dell'impresa (quale l'esigenza di tener conto anche dei dati delle imprese associate o collegate).

L'inosservanza dell'art. 120-*quater* del t.u.b. comporta – a norma dell'art. 144, comma 3-*bis* del medesimo t.u.b. – l'applicazione nei confronti dei dipendenti bancari (nella misura in cui la relativa condotta rivesta “carattere rilevante”), della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5160 a euro 64.555.

Per concludere, a norma del nuovo art. 161, comma 7-*quater*, del t.u.b.:  
“Per i mutui a tasso variabile e a rata variabile per tutta la durata del contratto, stipulati o accollati, anche a seguito di frazionamento, per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale entro il 29 gennaio 2009, gli atti di consenso alla surrogazione di cui all'articolo 120-*quater*, comma 3, sono autenticati dal notaio senza l'applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese. A tal fine, la quietanza rilasciata dal finanziatore originario e il contratto stipulato con il creditore surrogato sono forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione. Con il provvedimento di cui al comma 3

dell'articolo 120-quater sono stabilite le modalità con cui la quietanza, il contratto e l'atto di surrogazione sono presentati al conservatore al fine dell'annotazione. Per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente".

### **Gli atti necessari per la surrogazione.**

Ai fini suddetti, è possibile procedere in tre modi alternativi:

- a) - redigendo per atto notarile unicamente il consenso a surrogazione di cui agli artt. 1202 e 2843 c.c., e stipulando per scrittura privata (con data certa) sia il mutuo che la quietanza. Tale soluzione, certamente meno costosa, priva però delle garanzie notarili il nuovo mutuante ed il mutuatario, in relazione al nuovo mutuo; inoltre in questo caso appare necessario l'intervento del precedente creditore all'atto notarile di surrogazione, al fine di dare atto dell'esistenza dei presupposti di legge per la surrogazione (essendo detto creditore il soggetto a danno del quale verrà operata l'annotazione di surrogazione ex art. 2843, e tenendo conto del principio generale che richiede il consenso, con atto autentico, del soggetto pregiudicato dall'annotazione: arg. ex artt. 2655 e 2668 c.c.);
- b) - stipulando due atti notarili, e precisamente l'atto di mutuo con consenso a surrogazione, ed un separato atto di quietanza ad opera del precedente creditore; entrambi gli atti, quindi, in forma autentica per costituire titolo idoneo all'annotazione prevista dal suddetto art. 2843 c.c.;
- c) - stipulando un unico atto notarile contenente la quietanza, il mutuo ed il consenso a surrogazione; facendo quindi intervenire il precedente creditore, al fine di prestare la quietanza, nel nuovo atto di mutuo (V. tale soluzione, da ritenersi preferibile anche per i costi complessivi, in PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, I, Milano, 2001, formula I.99.2).

### **Profili di disciplina.**

Per tutti i finanziamenti da parte di banche o società finanziarie, o di enti di previdenza obbligatoria ai propri iscritti (non solo i mutui, quindi), si prevede il diritto alla surrogazione del debitore senza che il creditore si possa opporre in presenza di un termine di rimborso a suo esclusivo favore o dell'inesigibilità attuale del credito (comma 1).

Si prevede espressamente la surrogazione nelle garanzie, con la precisazione che l'annotamento di surrogazione può essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata.

E' sancita la nullità delle eventuali clausole che impediscano o rendano onerosa la suddetta surrogazione (ad esempio attribuendosi alla banca creditrice un potere di opporsi alla surrogazione per timore di azioni revocatorie relative al pagamento o per altre cause; o con la previsione contrattuale di clausole penali o simili). Non sembrano invece illegittime le clausole contrattuali che precludano l'adempimento del terzo (ex art. 1181 c.c.), considerato che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1202 c.c., il pagamento avviene ad opera del debitore, sia pure con provvista ricavata da un finanziamento concesso da un terzo.

E' previsto espressamente che la surrogazione non comporta "il venir meno dei benefici fiscali".

La nullità dei patti ostativi alla surrogazione non risolve, però, il problema della disponibilità della nuova banca mutuante alla concessione di un mutuo garantito solo da ipoteca "surrogata" (situazione che potrebbe presentare rischi per la nuova banca,

connessi all'opponibilità delle eccezioni relative al precedente rapporto). Ciò significa che la pratica operatività dell'istituto è comunque subordinata alla libera decisione del nuovo mutuante.

E' previsto, quale conseguenza della surrogazione, "il trasferimento del contratto di mutuo esistente", e quindi una "successione ex lege" del nuovo mutuante in luogo del precedente nel preesistente contratto di mutuo ipotecario; ciò con il presumibile obiettivo di evitare le spese di un nuovo contratto di mutuo, trasferendo al nuovo mutuante i diritti derivanti da quello precedente (in particolare, l'efficacia di titolo esecutivo, oltre alle garanzie). In altri termini, si ha subingresso nel precedente contratto di mutuo, anche se la legge richiede la conclusione di un nuovo mutuo (art. 1202 del codice civile). Ciò per effetto del perfezionamento di una fattispecie complessa, costituita da:

a) - una quietanza avente data certa (è sufficiente, quindi una scrittura privata registrata o altrimenti munita di data certa, anche se non autenticata), in cui si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento;

b) - un nuovo contratto di mutuo tra il nuovo mutuante ed il mutuatario, con il quale il primo eroga al secondo la somma necessaria per l'estinzione del precedente debito, indicando espressamente la destinazione della somma medesima ai sensi dell'art. 1202, comma 2, n. 2, c.c.; anche questo contratto - che può eventualmente contenere la modifica delle condizioni del mutuo preesistente - richiede unicamente la data certa, e non appare indispensabile la forma autentica;

c) - il consenso a surrogazione da parte del mutuatario, richiesto dall'art. 1202, comma 1, c.c., e dall'art. 120-*quater* t.u.b. Solo quest'ultimo atto deve necessariamente rivestire la forma pubblica o autenticata, ai fini dell'annotazione ex art. 2843 c.c., come risulta dall'ultimo comma di quest'articolo. Poiché l'annotazione avviene in danno del precedente mutuante, sembra necessario - in applicazione analogica degli artt. 2668, comma 3, e 2655, comma 4, c.c. - che quest'ultimo intervenga all'atto autentico in oggetto al fine di far constare il verificarsi delle condizioni sopra indicate sub a) e b).

Per effetto di quanto sopra, il nuovo mutuante subentra nel precedente contratto di mutuo (quindi nel titolo esecutivo e nelle garanzie).

Il suddetto subingresso ha luogo "alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante": alle condizioni, cioè, contenute nel nuovo contratto di mutuo, che sostituiscono quelle del mutuo precedente. I due contratti di mutuo si integrano, quindi, tra loro: la possibilità di avvalersi del precedente titolo esecutivo e della preesistente garanzia ipotecaria rende possibile stipulare il nuovo mutuo con scrittura privata non autenticata, evitando il relativo costo notarile (a meno che le parti intendano, volontariamente, avvalersi anche per il nuovo mutuo delle maggiori garanzie assicurate dall'intervento del notaio, in particolare controllo di legalità, dell'identità personale, capacità e legittimazione delle parti, consulenza in ordine alla conformità delle clausole contrattuali alla disciplina a tutela dei consumatori, e titolo esecutivo per le obbligazioni ulteriori rispetto a quelle del primo mutuo riguardo al quale ha luogo la surrogazione). La legge dispone che per eventuali attività aggiuntive non necessarie all'operazione, espressamente richieste dalle parti, gli onorari di legge restano a carico della parte richiedente.

Occorre stabilire quale tipo di modifiche possano essere pattuite tra il mutuatario e il nuovo mutuante. Scontato che possa trattarsi delle condizioni "accessorie" del mutuo (tasso d'interesse, periodicità delle rate, durata dell'ammortamento, altre clausole accessorie), è anche possibile che venga erogata con il nuovo mutuo una somma superiore a quella del residuo debito del mutuo precedente: in quest'ultimo caso,

peraltro, il subingresso nel precedente mutuo si ha solo fino a concorrenza di tale residuo debito.

### **La surrogazione "senza formalità".**

Per quanto concerne il comma 2 dell'art. 8, la previsione "senza formalità" sembrerebbe far intendere, a prima vista, che la quietanza del primo creditore non debba essere più redatta per atto notarile; ma tale lettura sembra poi smentita dalla successiva previsione che richiede "copia autentica" di atto pubblico o scrittura privata. Anche se la legge non lo dice espressamente, *si ritiene comunque che debba trattarsi di scrittura privata autenticata:* infatti il principio di autenticità è espressamente sancito - anche per le annotazioni - dagli artt. 2657 e 2656, e specificamente per le annotazioni ipotecarie dall'art. 2843, comma 3, c.c., e senza una deroga espressa (del tipo di quella prevista dall'art. 6 del decreto legge n. 7/2007 che espressamente menziona la "autentica notarile") non può ritenersi accantonato tale principio fondamentale, vero e proprio cardine del sistema ipotecario italiano. Anche perché sorgerebbero notevoli problemi connessi al controllo di legalità e di legittimazione del soggetto che rilascia la quietanza, non dissimili da quelli già descritti a proposito dell'art. 6, che rendono implausibile una tale lettura. D'altra parte, la legge richiede una "copia autentica", che non avrebbe senso se il documento originale non fosse autentico. In tal senso, del resto, è sempre stato interpretato il disposto dell'art. 2300, secondo comma, del codice civile, in base al quale - riguardo agli atti modificativi di società di persone - "se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica". Anche in questo caso non si dice che forma deve avere l'originale e si parla solo dell'autenticità della copia, eppure da sempre si ritiene, in conformità ai principi generali, che debba trattarsi di atto pubblico o di scrittura privata autenticata da notaio, ed in conformità a ciò si è orientata la prassi amministrativa. Infine, anche l'art. 2821 c.c., a proposito del titolo per l'iscrizione ipotecaria, parla di "scrittura privata" *tout court*, essendo l'autenticazione della medesima richiesta, in conformità al più volte richiamato principio generale, dal successivo art. 2835 c.c. Questa lettura è stata accolta espressamente dalla Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 21 giugno 2007, n. 9/T.

La dizione "senza formalità", quindi, non può che riguardare gli altri aspetti del procedimento di annotazione; sembra che la disposizione implichi la non necessità della redazione, sull'apposito supporto informatico, della domanda di annotazione, e che quindi il conservatore debba procedere alla medesima annotazione sulla base di qualsiasi richiesta, presentata anche "informalmente", redigendo quindi "d'ufficio" la nota; ciò al fine di facilitare al mutuatario il perfezionamento dell'operazione di surrogazione. In questo senso anche la richiamata Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 21 giugno 2007, n. 9/T.

### **L'istruttoria.**

Istruttoria ed accertamenti si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi. La rilevanza di questa disposizione consiste nell'imposizione, al precedente mutuante, di un vero e proprio obbligo di collaborazione, che può esplicarsi, in particolare, mettendo a disposizione del nuovo mutuante le relazioni notarili preliminari e definitive, la perizia ed in genere la documentazione relativa all'istruttoria del precedente mutuo.

## **Il costo dell'atto notarile.**

Occorre distinguere diverse fattispecie:

A) – Atto notarile contenente il solo consenso a surrogazione (quietanza e mutuo sono stipulati per scrittura privata non autenticata):

A1) – mutuo originario acceso per l'acquisto, la ristrutturazione o la costruzione dell'abitazione principale, contratto entro il 29 gennaio 2009 da soggetti in favore dei quali è prevista la rinegoziazione obbligatoria (deve trattarsi quindi di mutuo a tasso variabile concesso a persona fisica): a norma dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.l. n. 185/2008, gli atti di consenso a surrogazione “sono autenticati dal notaio senza applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese”. La tariffa notarile prevede onorari, diritti e compensi, ed il legislatore qui fa riferimento al solo onorario; tuttavia il medesimo legislatore autorizza il “solo” rimborso delle spese, il che sembra escludere la possibilità di percepire onorari, diritti e compensi per l'attività di “mera” autenticazione dell'atto di consenso a surrogazione. Ovviamente al notaio saranno invece dovuti – dalla banca e non dal mutuatario – onorari, diritti e compensi per le copie autentiche, e le eventuali attività aggiuntive (ad esempio, predisposizione e consegna delle formalità di registrazione e annotazione);

A2) – altre ipotesi diverse da quella sub A1: si applica all'atto di consenso a surrogazione l'onorario notarile in misura fissa, ed i compensi correlati, il tutto a carico della banca mutuante;

B) – Atto notarile contenente, oltre al consenso a surrogazione, la quietanza ed il nuovo mutuo:

- si è in presenza di tre distinti negozi giuridici; trova applicazione, a norma dell'art. 2 della tariffa notarile, un unico onorario graduale nella misura più favorevole al notaio. Di fatto, il notaio percepisce l'onorario graduale calcolato sull'importo del mutuo (e non dell'ipoteca), mentre nessun onorario o compenso viene percepito riguardo al consenso a surrogazione ed alla quietanza.

B) – Distinti atti notarili per quietanza da un lato, mutuo e consenso a surrogazione dall'altro:

- si applicano, rispettivamente, l'onorario sulla quietanza e l'onorario sul mutuo, nella misura graduale prevista dalla tariffa notarile.

## **Gli effetti dell'annotazione di surrogazione ed i rischi per il nuovo mutuante.**

Quanto all'efficacia dell'annotazione di surrogazione, secondo la giurisprudenza essa ha valore costitutivo del trasferimento dell'ipoteca.

Tale annotazione, peraltro, opera – come riconosciuto dalla più recente giurisprudenza anche di legittimità – su un piano diverso da quello rappresentato dal grado dell'ipoteca, che è comunque quello derivante dalla sua iscrizione originaria (il mutuante surrogato beneficia, cioè, della posizione e del grado che competeva al precedente creditore). L'annotazione opera invece riguardo alla sola “modificazione soggettiva” della titolarità del diritto: in pratica, l'ipoteca, pur conservando il suo grado originario, potrà essere fatta valere dal mutuante surrogato (in particolare, in sede di riparto a seguito della vendita forzata) solo dal momento dell'annotazione (e non prima). Solo dopo che l'annotazione sarà stata effettuata, quindi, il nuovo mutuante potrà avvalersi della garanzia.

E' importante rilevare che – mantenendo l'ipoteca il grado originario – non sono opponibili al nuovo creditore le iscrizioni e trascrizioni prese successivamente

all'iscrizione dell'ipoteca, anche se anteriormente all'annotazione di surrogazione. Più precisamente:

a) - sono certamente inopponibili al nuovo mutuante gli atti di alienazione e le ipoteche trascritti o iscritte dopo l'iscrizione dell'ipoteca oggetto di surrogazione: il conflitto è risolto, infatti, sulla base della data dell'iscrizione originaria (art. 2644 c.c.), e non rileva sotto questo profilo la data dell'annotazione ex art. 2843 c.c.;

b) - in caso di pignoramento dell'immobile ipotecato dopo l'iscrizione dell'ipoteca ma prima dell'annotazione di surrogazione, l'ipoteca surrogata può essere sicuramente fatta valere nel processo di esecuzione (arg. ex art. 2916, n. 1, c.c.); peraltro il creditore ipotecario surrogato non potrà né intervenire nel processo esecutivo in veste di creditore privilegiato, né promuovere atti di esecuzione, né partecipare al riparto avvalendosi della prelazione (art. 566 c.p.c.), se non ha ottenuto l'annotazione della surrogazione ex art. 2843 c.c. Inoltre le notificazioni previste dagli artt. 498 e 591-bis c.p.c. verranno effettuate alla nuova banca mutuante solo dopo l'annotazione di surrogazione.

Considerato quanto sopra, devono quindi ritenersi non necessarie le visure ipotecarie di aggiornamento, per il periodo successivo all'iscrizione originaria dell'ipoteca surrogata.

Nella misura in cui il nuovo mutuante intenda far affidamento sulle risultanze del precedente contratto di mutuo (e quindi sulla relazione notarile predisposta per tale originario contratto), potranno essere evitate anche le visure ipotecarie e catastali ventennali, e quindi si potrà risparmiare il costo di una nuova relazione notarile. A tal fine è però necessario che il nuovo mutuante esoneri espressamente il notaio da tale incombenza.

In caso di fallimento una parte della giurisprudenza ha ritenuto che la surrogazione nell'ipoteca sia inefficace nei confronti dei creditori concorrenti (e quindi il mutuante surrogato non potrebbe far valere l'ipoteca nel concorso con gli altri creditori), ove non sia stata anteriormente effettuata l'annotazione della surrogazione, o nel caso in cui essa sia stata effettuata dopo il fallimento. In altri termini, secondo tale orientamento il nuovo mutuante potrebbe far valere l'ipoteca nel concorso fallimentare solo se l'annotazione ex art. 2843 c.c. fosse stata effettuata prima della dichiarazione di fallimento (cfr. Cass. 26 luglio 2004 n. 14003, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Credito fondiario*, n. 5; Cass. 9 settembre 2004 n. 18188, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2689; Cass. 21 marzo 2003 n. 4137, in *Fallimento*, 2004, p. 164; Cass. 12 settembre 1997 n. 9023, in *Vita not.*, 1998, p. 929; Cass. 7 maggio 1992 n. 5420, in *Vita not.*, 1992, p. 1172). In realtà, vale ciò che è stato sopra detto riguardo al fallimento: l'art. 45 della legge fallimentare non può precludere il subingresso in un'ipoteca già iscritta anteriormente al fallimento, poiché i creditori concorrenti non trarrebbero alcun pregiudizio dal fatto che al concorso partecipi il creditore surrogato, in luogo del creditore originario. Deve, pertanto, ritenersi che l'esecuzione dell'annotazione di subingresso successivamente alla pubblicità della dichiarazione di fallimento non impedisca al creditore surrogato di partecipare al riparto fallimentare facendo ivi valere la prelazione ipotecaria.

Occorre infine considerare che, secondo un orientamento, la surrogazione comporta l'opponibilità al nuovo mutuante delle eccezioni relative al precedente rapporto di mutuo, che il debitore avrebbe potuto opporre all'originario creditore.

### **L'esclusione di penali ed oneri a carico del mutuatario.**

L'art. 8, comma 3-bis, prevede la necessaria "esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura", a carico del mutuatario, con riguardo all'estinzione del precedente mutuo ed all'accensione del nuovo. Si prevede inoltre specificamente che "non possono

essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali". Ciò significa che le spese per la concessione del nuovo mutuo sono a carico del mutuante, come pure le spese per gli "accertamenti catastali" (rectius: anche ipotecari), laddove la nuova banca ritenga di verificare la proprietà dell'immobile, la sua libertà da gravami pregiudizievoli ed il grado dell'ipoteca in cui subentra, richiedendo una relazione notarile o le certificazioni ipocatastali.

### **Il trattamento fiscale.**

Ai sensi del comma 4-bis dell'art. 8 del d.l. n. 7/2007, "*Nell'ipotesi di cui al comma 2 non si applicano l'imposta sostitutiva di cui all'articolo 17 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, nè le imposte indicate nell'articolo 15 del medesimo decreto*". Ciò comporta la conseguenza che il nuovo mutuo sia esente sia da imposta sostitutiva, sia dalle altre imposte (registro, ipotecaria, bollo, ecc.) "sostituite" ai sensi degli artt. 15 e seguenti del d.p.r. n. 601/1973. Secondo la Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 21 giugno 2007, n. 9/T, trova unicamente applicazione la tassa ipotecaria dovuta per l'annotazione a margine dell'iscrizione.

Per le fattispecie che fuoriescono dall'ambito di applicazione dell'art. 8 del d.l. n. 7/2007 (essenzialmente i casi in cui il precedente debito non derivi da un mutuo concesso da banca o intermediario finanziario o ente previdenziale), occorre tener conto dell'orientamento dell'amministrazione finanziaria (Circolare dell'Agenzia del Territorio in data 27 dicembre 2002, n. 12/T), in base al quale l'operazione di surrogazione usufruisce del trattamento tributario agevolato previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973 (anche ai fini dell'annotazione da effettuarsi ai sensi dell'art. 2843 c.c.), unicamente nel caso in cui la nuova operazione di finanziamento che dà luogo alla surrogazione usufruisca, in quanto finanziamento bancario a medio o lungo termine, delle suddette agevolazioni.

Ulteriore profilo fiscale rilevante è quello risultante dal comma 4, sopra riportato, ai sensi del quale "*La surrogazione per volontà del debitore di cui al presente articolo non comporta il venir meno dei benefici fiscali*". Non può, evidentemente, trattarsi delle "agevolazioni per l'acquisto della prima casa" relative all'imposta di registro o all'imposta sul valore aggiunto. Ma non può trattarsi neanche del trattamento di favore relativo all'imposta sostitutiva del mutuo (fissata nel 2% nel caso di mutuo contratto per l'acquisto di abitazione diversa dalla prima): infatti il trattamento dello 0,25% non è trattamento agevolato ma ordinario (semmai è maggiorato quello fissato al 2%), e soprattutto l'aliquota ridotta non è condizionata dal mantenimento di un determinato mutuo per un certo periodo di tempo, ma riguarda il diverso profilo della natura di prima o ulteriore abitazione del fabbricato al cui acquisto è finalizzato il mutuo. La disposizione non può riguardare neanche l'estinzione anticipata del finanziamento prima del termine di diciotto mesi e un giorno dalla sua accensione, perché è stato più volte chiarito che le successive vicende del finanziamento non incidono sul trattamento previsto dall'art. 15 del d.p.r. n. 601/1973. Ciò nonostante, questo sembra l'orientamento dell'Agenzia del Territorio, che nella circolare n. 9/T del 2007 afferma espressamente che la surrogazione "non comporta il venir meno dei benefici fiscali eventualmente riconosciuti in sede di iscrizione dell'ipoteca a garanzia del credito surrogato".

Potrebbe, invece, venire in considerazione l'art. 15, comma 1, lett. b), del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917 (testo unico in materia di imposte sui redditi), a proposito della detrazione fiscale relative ad interessi ed oneri accessori, spettante in relazione al mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale, secondo cui "*L'acquisto della unità*

*immobiliare deve essere effettuato nell'anno precedente o successivo alla data della stipulazione del contratto di mutuo. Non si tiene conto del suddetto periodo nel caso in cui l'originario contratto è estinto e ne viene stipulato uno nuovo di importo non superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati". Potrebbe, cioè, darsi che il legislatore abbia voluto consentire la perdurante detraibilità degli interessi contratti per il nuovo mutuo anche in assenza delle condizioni richieste dal suddetto art. 15, comma 1, lett. b) (quindi anche se il nuovo mutuo sia "superiore alla residua quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e degli oneri correlati". Ed in effetti, questa sembrerebbe l'unica spiegazione plausibile per una disposizione - altrimenti destinata a rimanere priva di effetto - la cui adozione sembrerebbe imposta dall'esigenza di assicurare, in conformità al principio di conservazione degli atti normativi, un significato alla previsione legislativa.*

**Bozza di atto contestuale di mutuo con surrogazione e quietanza.**

N.            di Repertorio

N.            di Raccolta

**CONTRATTO DI MUTUO  
CON SURROGAZIONE IPOTECARIA (art. 1202 c.c.)  
R E P U B B L I C A   I T A L I A N A**

L'anno ....., il giorno ..... del mese di .....  
(.....)

In ....., nel mio studio professionale, in .....

Davanti a me, dottor ....., Notaio in ....., iscritto presso il Collegio Notarile del Distretto di .....,

sono presenti:

PER LA PARTE MUTUANTE:

.....

PER IL CREDITORE:

.....

PER LA PARTE MUTUATARIA:

.....

PER LA PARTE TERZA DATRICE DI IPOTECA:

.....

I comparenti, della cui identità personale io Notaio sono certo,

**PREMESSO**

- che il signor ..... e' attualmente debitore nei confronti della ..... (in seguito chiamata "creditore") della complessiva somma di denaro pari ad euro ..... (cinquantunomilasettecentosessantanove virgola novantatre), derivante dall'atto di mutuo .....

- che proprio al fine di pagare detto debito la parte mutuataria ha richiesto alla parte mutuante il mutuo stipulato con il presente atto;

- che e' intenzione delle parti di avvalersi del disposto dell'articolo 1202 del codice civile, e quindi della surrogazione della parte mutuante nei diritti della parte creditrice;

- che quindi la parte mutuataria ha chiesto, ai sensi dell'art. 120-*quater* del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, la surrogazione nell'ipoteca relativa al mutuo predetto, già contratto con il creditore;

- che il creditore interviene al presente atto all'esclusivo fine di prestare la quietanza, prevista dall'art. 1202 del codice civile, e di consentire all'annotazione di surrogazione di cui all'art. 2843 del codice civile, rimanendo estraneo alle restanti previsioni del presente atto;

stipulano e convengono quanto appresso.

#### CONCESSIONE DEL MUTUO E QUIETANZA

La parte mutuante consegna qui all'atto la somma di euro ..... alla parte mutuataria, che accetta e ne rilascia quietanza, per la specifica destinazione di cui sopra (pagamento del debito nei confronti del creditore).

Detta somma è portata da assegno circolare non trasferibile n. .... , emesso dalla Banca ..... , filiale di ..... , in data ..... , intestato all'ordine del creditore.

La parte mutuataria consegna contestualmente, in pagamento del debito sopra descritto, al creditore che accetta, la suddetta somma di euro ..... , portata dal suddescritto assegno circolare, dichiarando espressamente che la provenienza di detta somma è il contratto di mutuo di cui sopra.

Il creditore rilascia piena e definitiva quietanza a saldo dell'importo ricevuto, prendendo atto della dichiarazione della parte mutuataria circa la provenienza della somma utilizzata per il pagamento.

#### PATTUIZIONI DEL MUTUO

*(Riportare le ordinarie clausole del contratto di mutuo, ad eccezione di quelle relative alla concessione di nuova ipoteca. Non è necessaria la descrizione dell'immobile già ipotecato).*

#### SURROGAZIONE

La parte mutuataria e la parte terza datrice d'ipoteca dichiarano espressamente, con il consenso del creditore, di surrogare la parte mutuante, nei diritti che il creditore vanta nei loro confronti, a seguito del contratto di mutuo citato in premessa, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1202 del codice civile.

La parte mutuante, subentra pertanto in tutti i diritti, azioni, garanzie già spettanti al creditore, che si trasferiscono quindi al medesimo mutuante con tutti gli accessori inerenti. La surrogazione in oggetto comporta il trasferimento del contratto di mutuo già esistente, alle condizioni stipulate tra la parte mutuataria e la parte mutuante con il presente atto, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura a carico della parte mutuataria.

In particolare, la parte mutuante subentra nell'ipoteca per euro ..... a favore del creditore, iscritta a ..... in data ..... ai nn. ....

Tutte le parti, come sopra costituite e rappresentate, prestano il proprio consenso all'annotazione, a margine della suindicata iscrizione ipotecaria ed ai sensi dell'art. 2843 del codice civile, della presente surrogazione a favore della parte mutuante.

Per la descrizione degli immobili ipotecati, si rinvia alla relativa iscrizione.

La parte mutuataria e la parte datrice di ipoteca dichiarano e garantiscono che il diritto di proprietà sull'immobile oggetto della suddescritta ipoteca appartiene loro, e che l'immobile stesso è libero da trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli.

La parte mutuataria e la parte datrice di ipoteca si obbligano a mantenere assicurato, per tutta la durata del mutuo per il suo valore commerciale in atto, l'immobile ipotecato contro i danni dell'incendio, dello scoppio, del fulmine e responsabilità civile per euro ..... , vincolando a favore della parte mutuante la relativa polizza.

Ai fini e per gli effetti degli articoli 2839 n. 2 e 2844 del codice civile, la parte mutuante elegge domicilio in .....

La parte mutuataria e la parte datrice di ipoteca eleggono domicilio in .....

## REGIME FISCALE

Ai sensi dell'art. 8, comma 4-*bis*, del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito con legge 2 aprile 2007 n. 40, il presente atto è esente dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dall'imposta ipotecaria, nonché dall'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 601.

Le spese del presente atto e conseguenziali sono a carico della parte mutuante.

I comparenti dichiarano di ben conoscere gli allegati, ed espressamente dispensano me notaio dal darne lettura.

Richiesto io notaio ho ricevuto quest'atto, dattiloscritto da persona di mia fiducia e da me completato, che occupa ..... fogli per ..... pagine intere e parte della .....  
Atto da me letto ai comparenti, che da me interpellati lo approvano e lo sottoscrivono, unitamente a me notaio, alle ore .....