

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La surrogazione ex art. 120-*quater* t.u.b. tra evoluzione normativa e prassi applicativa, alla luce di alcune recenti sentenze di legittimità

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La c.d. portabilità dei mutui dal “decreto Bersani-*bis*” del 2007 all’art. 120-*quater* t.u.b. Brevi richiami all’evoluzione della normativa. La prassi notarile. – 3. (*Segue*) La surroga ex art. 120-*quater* t.u.b. nella ricostruzione della Corte di Cassazione. – 4. Rilievi critici. La surrogazione ex art. 120-*quater* t.u.b. e le differenze con la surrogazione ex art. 1202 c.c. – 5. (*Segue*) Ulteriori rilievi che confermano l’autonomia della surrogazione ex art. 120-*quater* t.u.b. – 6. Il regime pubblicitario dell’operazione e il problema dell’accertamento della concreta struttura dell’operazione: rilievi critici e prospettive. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Con tre recenti sentenze, pubblicate tra il 19 e il 23 febbraio del 2021 (le sentenze nn. 4526, 4527 del 19 febbraio e la sentenza n. 4841 del 23 febbraio¹), la Corte di Cassazione si è pronunciata sull’istituto della c.d. portabilità dei finanziamenti (più comunemente noto come portabilità dei mutui), sui rapporti di quest’ultimo con la surrogazione per volontà del debitore disciplinata dall’art. 1202 c.c., nonché sul relativo trattamento ai fini degli obblighi notarili di tenuta a raccolta degli atti ai sensi dell’art. 72 legge notarile (l.n.) e dell’annotazione a repertorio dei parametri per il calcolo dei contributi da versare alla Cassa e al Consiglio nazionale del Notariato e della tassa da versare agli archivi notarili distrettuali.

I profili civilistici dell’operazione di portabilità sono di sicuro interesse e di importante rilievo sistematico e, da un punto di vista empirico, la surrogazione nei finanziamenti coinvolge una pluralità di interessi, sia delle parti direttamente protagoniste dell’operazione, sia,

¹ Reperibili in *Dejure* Delle stesse si dà notizia in <https://www.federnotizie.it/quietanze-di-surrogazione-e-obbligo-di-tenuta-a-raccolta/> con nota illustrativa di C. GATTONI, *Quietanze di surroga e obbligo di tenuta a raccolta*.

più ampiamente, del sistema economico e creditizio nel suo complesso (cfr. *infra*); ciò nondimeno, la materia è stata affrontata dalla giurisprudenza di legittimità, per la prima volta, in sede disciplinare, secondo una prospettiva rilevante anzitutto per il *modus operandi* dei notai.

In effetti, che la vicenda fosse e sia di una certa importanza per gli interessi professionali del notariato è senz'altro vero, tant'è che è rimasta eco sul *web* di una presunta “battaglia” che gli organi di vertice del relativo ordine avrebbero condotto – secondo ciò che è riportato² – per rendere meno competitive le surroghe, sulla base dell'assunto per il quale queste avrebbero agevolato solo il singolo, ma non l'economia nel suo complesso (in quanto solo i nuovi mutui creerebbero ricchezza); e, anche a prescindere dalla fondatezza di questo rilievo, va segnalato che anche negli atti parlamentari si dà atto del contenzioso sviluppatosi a margine dell'istituto delle surroghe, segnatamente con riferimento alle tasse e ai contributi repertoriali pretesi in ragione di una data interpretazione dell'istituto³. Ciò non toglie, però, che l'interesse per quest'ultimo non sia esclusivamente di tipo notarile, dato che esso, in realtà, riguarda da vicino – come è noto – gli investimenti e i risparmi dei cittadini e incide comunque sull'economia del sistema bancario.

Ferma la sicura non divisibilità dell'opinione per la quale solo i nuovi mutui creerebbero ricchezza (in quanto, per la verità, è corretto l'esatto contrario: se l'erogazione di un mutuo crea moneta, il suo rimborso distrugge base monetaria, *ergo*, minore è il carico di interessi, maggiore è il potenziale risparmio dei consumatori che potrà

² «(...) Sono diminuite, consentitemelo di dirlo, fortunatamente le surroghe (perché noi abbiamo fatto una battaglia su questo), in quanto le surroghe agevolavano il singolo ma non agevolavano l'economia. È il nuovo mutuo che agevola l'economia. Il nuovo mutuo che mette in giro nuove risorse fa fare nuove attività. Le surroghe sostituiscono a un singolo creditore un tasso inferiore a un tasso superiore ... Ecco perché sono contento di questo». Tanto si legge in Linkiesta, *Addio alla portabilità dei mutui? Un regalo da un miliardo alle banche (e la politica è tutta d'accordo)*, consultabile all'indirizzo web <https://www.linkiesta.it/2018/12/addio-alla-portabilita-dei-mutui-un-regalo-da-un-miliardo-alle-banche>.

³Atti parlamentari XVIII Legislatura — Disegni di legge e relazioni — Documenti — doc. IX N. 3, 608, ove si legge: «i più importanti contenziosi riguardano al momento le questioni relative alle tasse e contributi dovuti, da alcuni notai del distretto notarile di Milano, per le quietanze di surroga e non mancano ricorsi in Cassazione su altre questioni».

trasformarsi in depositi e in investimenti), e al di là del disagio o anche del pericolo sistematico insito nel voler trarre conclusioni su questioni civilistiche delicate da trattazioni condotte secondo il prisma d'approccio proprio della sede disciplinare (nell'ambito, cioè, di procedimenti che, nella loro dimensione giurisdizionale, investono anzitutto il tema della legittimità dell'intervento punitivo dell'Autorità preposta all'irrogazione delle sanzioni), le sentenze – che pur avendo tre diversi consiglieri estensori condividono in maniera testuale larga parte delle motivazioni in diritto – meritano attenzione proprio per la ricostruzione civilistica dell'operazione di surroga di cui all'art. 120-*quater* t.u.b., sulla quale, a distanza oramai di oltre dieci anni dal consolidamento normativo della materia, vale la pena indugiare, anche per verificare quali siano stati i termini della relativa ricezione e applicazione nel diritto vivente.

*2. La c.d. portabilità dei mutui dal “decreto Bersani-bis” del 2007 all'art. 120-*quater* t.u.b. Brevi richiami all'evoluzione della normativa. La prassi notarile.*

L'attuale disciplina della surrogazione nei contratti di finanziamento, contenuta nell'art. 120-*quater* t.u.b., è il punto di arrivo di una pluralità di interventi normativi che, muovendo dall'art. 8 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, hanno progressivamente definito un istituto la cui regolamentazione è sensibilmente più ricca di quella originaria. Ciò si evince in termini inequivoci, come verrà di seguito illustrato, da un confronto sinottico tra le primissime disposizioni introdotte e la norma attuale.

Simultaneamente, occorre altresì dare conto della prassi maturata sul fronte dell'applicazione dell'istituto. Essa, di competenza tipicamente notarile, in ragione delle implicazioni in punto di pubblicità immobiliare delle operazioni di surroga nel caso dei mutui fondiari (fattispecie elettiva di applicazione), si è sviluppata sulla base delle indicazioni date da alcuni attori istituzionali all'indomani della conversione in legge del menzionato d.l. 7/2007 ed è stata oggetto di recente ricognizione e di specifiche indicazioni operative da parte dell'Ufficio centrale degli Archivi notarili (U.C.A.N.), in termini che, peraltro, sono stati in buona parte condivisi dalla giurisprudenza di cui si dava poco sopra notizia.

Al fine di una più chiara illustrazione della materia, giova trattare

entrambi i fronti – quello della successione dei provvedimenti normativi e quello delle prassi operative che hanno interessato l’istituto – congiuntamente, secondo una progressione argomentativa di tipo cronologico.

Come prima ricordato, la fattispecie della c.d. portabilità del mutuo è stata introdotta nell’ordinamento ad opera del menzionato decreto n. 7/2007, il cui art. 8, comma 1, disponeva che, nel caso dei mutui, delle aperture di credito e degli altri contratti di finanziamento bancario, la non esigibilità del credito e/o la pattuizione di un termine a favore del creditore non potessero precludere al debitore l’esercizio della facoltà di cui all’art. 1202 c.c. In sostanza, la disposizione mirava a introdurre un più ampio utilizzo dell’istituto della surroga per volontà del debitore di cui alla menzionata norma del codice civile⁴.

A protezione di questa prescrizione, il terzo comma dell’art. 8 d.l. n. 7/2007 sanzionava con la nullità le clausole finalizzate a impedire o rendere più oneroso l’esercizio della facoltà di surrogazione. Il secondo comma indicava, invece, gli effetti della surrogazione *ex art. 1202 c.c.*, ossia il subentro del nuovo finanziatore nelle garanzie accessorie, personali e reali «al credito surrogato», evidenziando, in tal modo, come a un rapporto obbligatorio (il mutuo estinto anzitempo) se ne sostituisse un altro (il nuovo finanziamento utilizzato per il rimborso anticipato del primo) e che la vicenda circolatoria riguardasse non il rapporto obbligatorio originario, bensì le garanzie che assistevano quest’ultimo. Più incerta, viceversa, era la successiva previsione per la quale l’annotamento di surrogazione potesse «essere richiesto al conservatore senza formalità, allegando copia autentica dell’atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o scrittura privata». In effetti, l’art. 1202 c.c. – sul quale si tornerà, *infra*, in § 4 – non contempla l’onere della formalizzazione di un autonomo “atto” di surrogazione, ma indica una fattispecie complessa, che si concretizza nella successione diacronica (*i*) della conclusione, tra il debitore e un terzo, di un mutuo espressamente finalizzato alla soddisfazione di un credito liquido ed esigibile [o comunque il cui termine non sia posto a favore del creditore o di entrambi] e (*ii*) della rilevazione nella quietanza rilasciata dal mutuante soddisfatto dell’origine della provvista utilizzata dal debitore per il

⁴ In tema, *infra*, § 4.

pagamento⁵. Può ipotizzarsi, però, richiamando le indicazioni poco tempo dopo date dall’Agenzia del Territorio (*infra*), che il riferimento corresse all’ipotesi pratica della ricezione del mutuo e della quietanza in un unico atto notarile complesso, stipulato con la contemporanea presenza di tutte parti interessate⁶.

Il quarto comma prevedeva, infine, una guarentigia di tipo fiscale, escludendo, nella specie, che l’operazione di surrogazione *ex art.* 1202 c.c. potesse comportare la perdita di eventuali benefici (si pensi, ad esempio, alla “tenuta” della detraibilità degli interessi⁷ relativi al mutuo estinto anticipatamente).

Complessivamente, dunque, il disposto dell’art. 8 si poneva in stretta continuità con l’impostazione di fondo della previsione dell’art. 7 dello stesso d.l. 7/2007, che – come è noto – aveva introdotto la possibilità per le persone fisiche di estinguere anticipatamente e senza penali i mutui contratti per l’acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione o allo svolgimento dell’attività economica o

⁵ In dottrina è controverso se, nella dinamica tracciata dall’art. 1202 c.c., la volontà del debitore di procedere alla surrogazione abbia o meno un’autonoma evidenza formale rispetto al nuovo mutuo e alla quietanza rilasciata dal creditore soddisfatto: ad esempio, B. CARPINO, *Del pagamento con surrogazione. Art. 1201-1205*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca - Libro quarto - Delle obbligazioni*, F. Galgano (a cura di), Bologna Roma, 1988, 64, ritiene che il perfezionamento della fattispecie surrogatoria non necessiti di una specifica dichiarazione di volontà del debitore, componendosi la prima sul piano meramente oggettivo della successione tra mutuo di scopo e quietanza che riporti la provenienza della somma: la volontà del debitore di cui alla rubrica della norma indicherebbe, dunque, solo «*il soggetto che prende l’iniziativa dell’operazione*» con le caratteristiche previste dalla legge, alle quali sole sarebbe riconducibile l’effetto surrogatorio; per M. PROSPERETTI, *Il pagamento con surrogazione*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), IX.1, Torino, 1984, 126, invece, la surroga avrebbe natura negoziale, valorizzandosi in tal senso la volontà del nuovo mutuante che accetta la proposta di surrogarsi nei diritti del vecchio; secondo A. MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1533, la dichiarazione di surroga del debitore potrebbe essere contenuta o nell’atto di mutuo o nella dichiarazione di pagamento, insieme alla dichiarazione di provenienza della somma, e sarebbe una dichiarazione non negoziale di volontà.

⁶ Per uno spunto in questo senso cfr. A. CHIANALE, *I diritti reali. 6. L’ipoteca*², in *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (diretto da), Torino, 2010, 106.

⁷ In tema, cfr. P.L. FAUSTI, *Anticipata estinzione del mutuo e portabilità dell’ipoteca (articoli 7, 8 e 8 bis della legge 2 aprile 2007 n. 40)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, suppl. al n. 5, 59.

professionale. Nell'ambito di un provvedimento complessivamente finalizzato ad abbattere il costo del credito e a promuovere la concorrenza tra intermediari, il legislatore aveva così previsto che una data categoria di mutui potesse essere anticipatamente estinta senza penali e poi, più in generale, aveva disposto che un ampio novero di finanziamenti potesse essere rimborsato anzitempo operando a leva, con sopravvivenza delle relative garanzie da spostarsi a vantaggio del nuovo finanziatore.

La legge di conversione del d.l. 7/2007 interveniva a modificare in parte l'art. 8, depurandolo da alcune imprecisioni lessicali, prevedendo che la nullità dei patti finalizzati a rendere più onerosa la surroga non potesse essere invocata per approdare alla dichiarazione di nullità dell'intero contratto di finanziamento (che avrebbe precluso, in concreto, il funzionamento della c.d. portabilità) e aggiungendo altre previsioni relative ad alcune provvidenze fiscali e alle rispettive coperture (in particolare, il comma 4-*bis* prevedeva l'esenzione del mutuo dall'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 e dalle imposte di registro, di bollo, ipotecaria e catastale)⁸.

A fronte di questo contesto normativo, privo, in sostanza, di una disciplina differenziale dell'operazione di portabilità rispetto alla fattispecie dell'art. 1202 c.c., la prassi cominciò a strutturarsi anche sulla base delle indicazioni operative rese dalla circolare dell'Agenzia del Territorio n. 9 del 21 giugno 2007 e dalla procedura di collaborazione interbancaria indicata dall'ABI in una circolare del 17 dicembre 2007 per consentire la più celere realizzazione delle operazioni di portabilità. Come già rilevato, sia per le implicazioni in punto di pubblicità immobiliare, sia in ragione dell'essenziale ruolo degli operatori bancari, era naturale, d'altronde, che le indicazioni operative interessassero anzitutto i versanti ora ricordati. Nella specie, dal punto di vista pratico, l'ABI aveva suggerito alle banche associate di impostare l'operazione in tre fasi: una fase di avvio della procedura con una richiesta che muoveva dal debitore alla nuova banca e che legittimava quest'ultima a informarsi presso il creditore principale in

⁸ Per alcuni rilievi in merito ai profili fiscali dell'operazione di portabilità, cfr. S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, 271 ss.; P.L. FAUSTI, *op. cit.*, 59 ss.; G. DE SIMONE, *La portabilità*, in *Mutuo e sistema delle tutele. Sviluppo normativo, fasi del rapporto, tecnica e contenzioso*, G. Capo, G. Cassano, S. Chiodi (a cura di), Milano, 2020, 375 ss.

merito al debito residuo e ai possibili termini dell'operazione; la fase di colloquio interbancario, con la definizione dell'entità del nuovo mutuo e dei tempi per il saldo; la fase conclusiva, con la formalizzazione dei vari negozi necessari al perfezionamento dell'operazione⁹.

Proprio sotto il profilo delle formalità, la Circolare n. 9/2007 dell'Agenzia del Territorio aveva indicato che il nuovo mutuo stipulato con l'intermediario subentrante e la quietanza rilasciata dalla vecchia banca dovessero presentare tutte le caratteristiche di cui all'art. 1202 c.c. e risultare entrambi o da un unico atto o da due distinti atti ricevuti o autenticati da notaio¹⁰. Come si vedrà, quest'impostazione ha conformato la prassi in materia, in termini che sono ancora attuali.

⁹ Cfr. Circolare ABI prot. 006383 del 17 dicembre 2007, reperibile all'indirizzo web

https://www.movimentoconsumatori.it/public/upload/pdf/1198157421_18394.pdf: «(i) Avvio della procedura – Il cliente richiede per iscritto alla banca subentrante di acquisire dalla banca originaria l'esatto importo del proprio debito residuo, concordando anche una possibile data per la formalizzazione dell'operazione.

La banca subentrante provvede, tramite sistemi di colloquio interbancario, a comunicare alla banca originaria la richiesta del cliente e la data di formalizzazione dell'operazione.

(ii) Comunicazione dell'importo del debito residuo - La banca originaria, di norma entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta, comunica alla banca subentrante, avvalendosi dei predetti sistemi di colloquio interbancari l'importo del debito residuo alla data concordata per la formalizzazione dell'operazione, confermando anche tale data. Analoga informazione è contestualmente fornita dalla predetta banca originaria al cliente.

(iii) Formalizzazione dell'operazione di portabilità - La banca subentrante procede al perfezionamento dell'operazione mediante stipula del contratto di mutuo e contestuale rilascio dalla banca originaria, contro pagamento di quanto dovuto, di apposita quietanza. La banca subentrante provvede a richiedere ai sensi dell'art. 2843 cod. civ. l'annotazione del trasferimento a suo favore della garanzia ipotecaria già iscritta».

¹⁰ Cfr. Agenzia del Territorio, circolare n. 9/2007, prot. n. 49267 del 21 giugno 2007, reperibile all'indirizzo web www.agenziaentrate.gov.it/mt/circolari/Circolari_2007/circolare9_07_surrogazione.pdf: «a) nell'atto di mutuo stipulato con il nuovo soggetto "finanziatore" deve essere espressamente indicata la specifica destinazione della somma mutuata (cioè la finalità estintiva dell'originario finanziamento); b) nella quietanza rilasciata dall'originario creditore deve essere fatta espressa menzione della dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata per il pagamento all'*accipiens* (cioè occorre che nella quietanza sia espressamente evidenziato il collegamento tra il pagamento con efficacia estintiva del credito originario – ma non delle garanzie accessorie - e il nuovo

Non passava molto e la normativa veniva interessata da altre modifiche ad opera della l. 24 dicembre 2007, n. 244, che, all'art. 2, comma 450, al dichiarato fine di «favorire lo sviluppo e la competitività del mercato finanziario, dei beni e dei servizi, anche mediante la facilitazione della circolazione giuridica dei mutui ipotecari e degli immobili su cui gravano le relative ipoteche, ed in considerazione delle rilevanti conseguenze per le entrate finanziarie dello Stato e per l'ampliamento delle possibilità di scelta dei consumatori», modificava i commi 3 e 4 dell'art. 8 del d.l. 7/2007 in esame e introduceva un comma 3-*bis*, il quale, per un verso, interveniva a dettare un'importante precisazione circa gli effetti dell'operazione di surroga sul contratto di mutuo in essere («La surrogazione di cui al comma 1 comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura») e, per altro verso, ribadiva il divieto di ricarico di eventuali oneri sui clienti e formalizzava l'obbligo di collaborazione tra gli intermediari, come, in sostanza, già contemplato nel protocollo ABI («Non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo mutuo, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali, che si svolgono secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi»).

Ancora, significativo, in una prospettiva di continuità teleologica, è che il legislatore sia ulteriormente intervenuto poco tempo dopo, con il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con l. 28 gennaio 2009, n. 2, precisando, all'art. 2, comma 1-*bis*, quanto di seguito riportato: «Anche

mutuo). Poiché tali elementi, per espressa previsione normativa, costituiscono requisiti essenziali di efficacia della surrogazione per volontà del debitore, la presenza degli stessi è da ritenere condizione necessaria ai fini della configurabilità della fattispecie come “surrogazione per volontà del debitore” *ex* art. 1202 c.c., del conseguimento della relativa piena efficacia, nonché del riconoscimento del trattamento tributario di favore che l'art. 8 del D.L. 7/2007 accorda alla peculiare fattispecie in parola. In altri termini, ai fini dell'eseguibilità dell'annotazione di cui trattasi e dell'applicazione delle disposizioni da ultimo citate, occorre verificare la compresenza di entrambi i citati requisiti: la quietanza rilasciata dal creditore originario e la stipulazione del contratto di mutuo con espressa indicazione della volontà di utilizzare le somme ricavate per l'estinzione di un precedente finanziamento. Si ritiene, peraltro, che i requisiti di cui alle precedenti lettere *a*) e *b*) potrebbero risultare o da un unico atto o da atti distinti e separati (...).

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 8 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». Com'è chiaro, il legislatore, al fine di ridurre i costi anche professionali dell'operazione, la cui dinamica strutturale era stata precisata con la previsione espressa dell'effetto circolatorio del contratto, aveva inteso indicare una procedura con perno sull'atto di consenso alla surrogazione, evidenziando, altresì, come esso fosse l'unico a dover essere necessariamente ricevuto per atto pubblico o autenticato da notaio, potendo il nuovo finanziamento e la quietanza risultare da atti scritti formati tra le parti e meramente "forniti" al notaio, per essere allegati al predetto atto.

L'evoluzione normativa in questa direzione e il suo definitivo assestamento nel senso ora indicato si hanno, infine, con l'art. 120-*quater* t.u.b., introdotto dal d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, che ha contemporaneamente abrogato i commi dell'art. 8 del d.l. 7/2007 che disciplinavano la stessa operazione nel senso prima illustrato.

Non pare che a margine dell'istituto ora definito dal testo unico bancario vi sia stato dibattito in giurisprudenza: intuitivamente, la struttura dell'operazione non si presta, di per sé, a un contenzioso che ne investa direttamente la natura giuridica. Il diritto vivente va così ricercato – come anticipato – nella prassi notarile, alla quale si aggiunge ora, seppur con i *caveat* derivanti dalla particolare prospettiva di lettura

propria del caso concreto concernente la responsabilità disciplinare, la presa di posizione della Suprema Corte.

Quanto ai rilievi in merito alla prassi notarile, sono disponibili gli esiti di un'indagine ufficiale condotta dall'Ufficio Centrale degli Archivi Notarili, riportati nella delibera del menzionato ente del 12 dicembre 2017 n. 31590, intervenuta, peraltro, proprio nel corso della "battaglia" già ricordata nelle battute introduttive dell'indagine¹¹. Da un punto di vista formale, i rilievi dell'U.C.A.N. riguardano gli obblighi di tenuta a raccolta delle quietanze nell'ambito delle operazioni di surroga e di esposizione dei parametri repertoriali sulle stesse; il discorso condotto, però, postula una presa di posizione sui tratti civilistici dell'operazione e sulla fruizione dell'istituto da parte dei privati.

Sotto il profilo applicativo, l'U.C.A.N. dà conto di come nella prassi notarile l'operazione avvenga o mediante la redazione di un unico atto complesso, in cui compaiono il debitore che esprime il suo consenso alla surrogazione, la nuova banca che eroga un nuovo mutuo e la vecchia banca che rilascia quietanza; o mediante due atti distinti, redatti per atto pubblico e/o scrittura privata autenticata: un mutuo con surrogazione, stipulato tra la nuova banca e il debitore, che manifesta altresì il proprio consenso alla surrogazione *ex art. 120-*quater* t.u.b.*, e una successiva quietanza, rilasciata dalla vecchia banca che riceve il pagamento¹². Nel

¹¹ La circolare è riportata all'indirizzo web <https://www.federnotizie.it/wp-content/uploads/2017/12/ministeriale-su-quietanza-surroghe.pdf>.

¹² Nella circolare U.C.A.N. si legge testualmente: «il Notariato si è orientato per le seguenti soluzioni:

a) si stipulano due atti notarili, e precisamente:

1) l'atto di mutuo (con la seconda banca), contenente l'atto di erogazione e quietanza di somma da parte del mutuatario (di regola versata su un conto corrente intestato al mutuatario) e la dichiarazione dello stesso di surrogare la nuova banca nei diritti della prima e di delegare la seconda banca ad effettuare un bonifico nei confronti della prima banca (ovvero viene dato atto dell'avvenuto bonifico nei confronti della prima banca); con tale atto il finanziamento risulta perfezionato (nell'atto vengono inserite normalmente ulteriori clausole accessorie: il mutuatario conferisce mandato alla seconda banca di acquisire la quietanza della prima banca, per soddisfare il disposto dell'art. 1202 c.c.; si prevedono clausole di risoluzione del contratto ove ricorra l'invalidità e/o l'inefficacia dell'annotazione di surroga a margine dell'ipoteca ovvero il rifiuto del competente Ufficio dell'Agenzia del Territorio ad eseguire la detta annotazione; etc.);

2) un separato atto di quietanza ad opera del precedente creditore (prima banca). La quietanza della prima banca è il documento che contiene l'attestazione da parte

prospettare la propria posizione in merito alla ricostruzione della fattispecie, l'Ufficio, peraltro, richiama un inciso dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.l. 185/2008 prima riportato – «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 trarre conferma della tesi che tanto il contratto stipulato dal debitore con il nuovo finanziatore quanto la quietanza rilasciata dalla banca originaria del vecchio siano sottoposti a pubblicità immobiliare e, dunque, debbano essere entrambi redatti per atto pubblico o scrittura privata autenticata¹³, i cui originali dovrebbero pertanto essere tratti a raccolta dal notaio ai sensi dell'art. 72 l.n.¹⁴.

della banca surrogata in merito all'estinzione del debito (con il calcolo delle somme residue), dell'avvenuta dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento, l'impegno della medesima banca a non procedere con la cancellazione dell'ipoteca originaria. Senza entrare nel merito della problematica della natura del pagamento, l'atto di quietanza dell'*accipiens* si inserisce come elemento del fenomeno successorio, consentendo al mutuatario di liberarsi del creditore originale, sostituendolo con il nuovo mutuante.

b) si stipula un unico atto notarile trilatero, contenente quanto contenuto nei due atti indicati *sub a*) (facendo quindi intervenire nel nuovo atto di mutuo anche il precedente creditore, al fine di prestare la quietanza di cui all'art. 1202 c.c.).

In conclusione, la quietanza può essere rilasciata contestualmente all'atto di surroga (questo è il caso della surroga per atto unico trilaterale) oppure successivamente, e comunque entro 30 giorni dalla data di avvio della procedura interbancaria (nel caso della surroga perfezionata mediante due atti)».

¹³ Come prima trascritto, tuttavia, la norma in questione, se letta nella sua interezza, sembra fare riferimento ad un mutuo e a una quietanza non ricevuti dal notaio, ma che devono essere, per l'appunto, forniti al notaio che riceve l'atto di surrogazione: in argomento, nell'ambito del dibattito notarile, cfr. D. FARACE, *La portabilità del mutuo e l'atto di surrogazione*, in *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, P. Sirena (a cura di), in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato. Le Ricerche*, n. 1/2013, § 3, reperibile all'indirizzo

[web https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=43/4313&mn=3k](https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=43/4313&mn=3k), il quale, dopo aver riportato gli orientamenti formati tra i primi interpreti, reputa «preferibile l'opinione prevalente» secondo la quale il titolo da assoggettare a pubblicità sia il solo atto di surrogazione, fermo restando il «ridimensionamento» del problema allorquando, per contenere i costi, tutta l'operazione risulti in unico contesto. Per ulteriori riferimenti, cfr. *infra*, § 6, nt. 36.

¹⁴ Segnatamente, secondo l'U.C.A.N. «la quietanza in parola costituisce un elemento essenziale ai fini dell'annotazione dell'atto di surrogazione (e già questa considerazione è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di un obbligo di

In sostanza, per quanto riportato dall'U.C.A.N., la prassi notarile non parrebbe essersi discostata dalle linee di indirizzo tracciate all'indomani dell'introduzione dell'istituto, con l'espressa valorizzazione applicativa dell'art. 1202 c.c., salva l'introduzione di una specifica evidenza formale anche per la dichiarazione di volontà del debitore¹⁵ di realizzare una surrogazione *ex art. 120-quater* t.u.b.¹⁶.

conservazione di tali atti a raccolta». Per quanto funzionalmente essenziale ai fini del perfezionamento dell'operazione di portabilità, sotto il profilo impositivo l'U.C.A.N., però, afferma che essendo detta quietanza concettualmente distinta dal nuovo mutuo erogato dalla banca surrogante, essa, laddove mutuo e quietanza siano ricevute con atti distinti, sarebbe oggetto di specifica indicazione ai fini dei parametri repertoriali. Viceversa, qualora il notaio provveda a redigere un unico atto "trilatero", in cui contemporaneamente compaiano i due finanziatori e il debitore, i contributi repertoriali sulla quietanza non dovrebbero essere esposti. Per la precisione, l'U.C.A.N. ha ricordato che «in materia il Consiglio nazionale del notariato ha emanato una delibera del 28 settembre 2007 in cui, tra l'altro, ha ritenuto, al fine del contenimento dei compensi per la portabilità del mutuo che "A fini repertoriali, l'onorario va percepito sull'importo del mutuo; la quietanza, se contenuta nello stesso atto, non dà luogo a percezione di alcun onorario repertoriale, in quanto trattasi di convenzione strettamente connessa e obbligatoria per legge"». Viceversa, per la quietanza ricevuta per atto separato il notaio dovrebbe esporre un parametro, in quanto detta quietanza, «vale a chiudere il cerchio della surrogazione» e «non afferisce alla realtà del mutuo di scopo, per la quale rileva invece la effettiva erogazione della somma e la conseguente quietanza rilasciata dal debitore (non dal primo creditore)», bensì «appare collocarsi nell'ambito del rapporto tra mutuatario e primo creditore». A tal proposito, secondo l'U.C.A.N. sarebbe "preferibile" «il parametro graduale espressamente previsto dalla tariffa alla voce "quietanze" (ridotto alla metà ove ricorra un mutuo fondiario)». Lo stesso Ufficio, però, dà atto del fatto che in alcuni distretti notarili sia stata consentita l'applicazione del «parametro fisso di 46 euro (...) sulla base di ricostruzioni che fanno leva sul collegamento – previsto dalla legge – con l'atto di consenso alla surroga da parte del debitore (quest'ultimo atto sarebbe assoggettato, ove fosse contenuto per ipotesi in un atto separato, all'onorario minimo di cui all'art. 6, lett. d) e n. 14) del d.m. 2012 n. 265, che prevede il parametro di 46 euro per ogni altro atto di valore indeterminale non espressamente previsto nel presente articolo: in altri termini, tale opinione ritiene prevalente la funzione strumentale della quietanza del primo debitore di consentire il trasferimento del contratto di mutuo alla nuova banca, il subentro del mutuante surrogato nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato e l'annotamento di surrogazione da parte del conservatore».

¹⁵ Cfr., *supra*, nt. 5.

¹⁶ E infatti l'U.C.A.N. ricostruisce la surroga *ex art. 120-quater* t.u.b. proprio riproponendo la struttura tipica dell'art. 1202 c.c. e assumendo, per l'appunto, che l'operazione si concreti in «nuovo mutuo di scopo, quietanza che menzioni la

3. (Segue) *La surroga ex art. 120-quater t.u.b nella ricostruzione della Corte di Cassazione.*

Le statuizioni della Suprema Corte delle quali si è data notizia nelle prime battute dell'indagine accreditano le considerazioni dell'U.C.A.N. in merito alla struttura dell'operazione.

L'esame della normativa è condotto dalla Corte di Cassazione muovendo anzitutto da un'esplicita presa di posizione in merito alla *ratio* dell'art. 120-*quater* t.u.b. In particolare, dopo aver ripercorso le tappe principali dell'evoluzione normativa in tema di portabilità dei mutui, la Corte ha osservato come lo scopo perseguito dal legislatore sia stato di «introdurre elementi di concorrenzialità tra le imprese bancarie non soltanto nella fase dell'accesso ai finanziamenti da parte dei mutuatari, ma anche in quella successiva della circolazione dei rapporti di mutuo, consentendo ai mutuatari di sfruttare eventuali dinamiche al ribasso dei tassi di interesse. Detto scopo è stato realizzato mediante una rivitalizzazione della surrogazione di pagamento per volontà del debitore, superando le rigidità, presunte o reali, della disciplina codicistica che ne avevano ostacolato un più diffuso e massiccio utilizzo¹⁷, nonché gli ostacoli provenienti da pattuizioni eventualmente introdotte nei contratti, dirette alla conservazione, in capo alle originarie imprese di credito, della titolarità dei rapporti in essere, stante la convenienza che discende dal progressivo attenuarsi, nello svolgimento del rapporto, del rischio di insolvenza del mutuatario.

Univoco, in tal senso, è l'esplicito rinvio alla disposizione dell'art. 1202 c.c. contenuto nell'art. 120-*quater* t.u.b., e segnatamente nei commi 1 (in ordine all'ammissibilità della surroga anche in caso di inesigibilità del credito o di fissazione di un termine di adempimento nell'interesse della banca), 5 (concernente la facoltà dell'originario

dichiarazione del debitore (mutuatario) circa la provenienza della somma impiegata (dal nuovo mutuo) e nella dichiarazione del debitore di surrogare il nuovo mutuante». Per l'U.C.A.N., anzi, la «*ratio* delle condizioni elencate risiede nell'esigenza di accertare che il debitore abbia adempiuto all'obbligazione originaria con i mezzi forniti dal terzo, il quale, per l'effetto, ha titolo ad essere surrogato nei diritti del creditore originario».

¹⁷ Parlava espressamente di istituto «decaduto», U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e P. Zatti (a cura di), Milano, 1991, 767.

mutuante di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata, nel caso in cui il debitore intenda avvalersi della surrogazione), 6 (che commina la nullità dei patti che rendono più onerosa la surroga), 7 (che fissa il termine per il perfezionamento dell'operazione), 8 (che esclude, in tal caso, la perdita dei benefici fiscali).

Analogo richiamo alle disposizioni dell'art. 1202 c.c. è contenuto nel comma 1-*bis* del d.l. n. 185 del 2008, art. 2».

La Corte ha poi rilevato che la continuità tra i due istituti emergerebbe anche sul piano degli effetti giuridici della fattispecie: «Per orientamento consolidato di questa Corte, infatti, la surrogazione *ex art. 1201 c.c. e ss.* non determina l'estinzione del debito, ma comporta la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio originario, con sostituzione di un terzo all'originario creditore, senza incidenza sull'aspetto oggettivo del rapporto; con la conseguenza che, nonostante il soddisfacimento del creditore mediante il pagamento ad opera del terzo, la struttura del rapporto obbligatorio rimane inalterata ed il debito mantiene le sue iniziali caratteristiche (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4808 del 20/09/1984, Rv. 436724).

La disciplina speciale, in modo analogo, pur riferendo la vicenda successiva al contratto anziché alla relativa obbligazione (art. 120-*quater*, comma 3), lascia persistere le originarie condizioni contrattuali, come eventualmente - e prevedibilmente - modificate in senso più favorevole per il debitore, con esclusione dei soli patti che prevedano penali o oneri di qualsivoglia natura; condizioni nelle quali subentra il nuovo finanziatore.

Per esplicita scelta normativa, quindi, la portabilità *ex art. 120-quater* si realizza tramite la surrogazione per volontà del debitore disciplinata dal codice civile, salve le limitate deroghe ed integrazioni apportate - da ultimo - dal d.lgs. n. 141 del 2010, le quali tuttavia non attingono le disposizioni contenute nell'art. 1202 c.c., comma 2, che rimangono integralmente applicabili anche alle operazioni di portabilità dei mutui di cui qui si discute.

Conducono a tale conclusione l'onnicomprensività del rinvio alle norme codicistiche che è contenuto nell'art. 120-*quater* T.U.B. (norma, questa, che non contempla specifiche esclusioni) e le indicazioni interpretative che è lecito desumere dall'art. 161 T.U.B., comma 7-*quater*, che - sia pure con riferimento al regime transitorio dei mutui a

tasso variabile conclusi entro il 29 gennaio 2009 - richiede che il contratto di mutuo e la relativa quietanza siano presentati al conservatore per l'annotazione anche nell'ambito delle operazioni di portabilità».

In coda a quest'ultimo passaggio, la Cassazione ha focalizzato la propria attenzione sul ruolo della quietanza del creditore che riceve il pagamento anzitempo, per rilevarne il (preteso) ruolo nelle dinamiche relative alla pubblicità immobiliare: «detti atti, essendo indicati proprio nella disposizione codicistica quali condizioni di efficacia della surroga, concorrono ad integrare il titolo dell'annotazione richiesto dall'art. 2843 c.c., unitamente all'atto di consenso alla surrogazione. Le medesime condizioni sono poi rievocate nel D.L. n. 185 del 2009, comma 1-*bis* con riferimento agli adempimenti ivi contemplati.

Alcuna esclusione circa l'applicabilità del regime codicistico - come modificato e integrato dalla disciplina speciale - può essere desunta neppure in via interpretativa: la quietanza munita di data certa è infatti funzionale, anche nell'ambito dell'operazione cd. di portabilità del mutuo, alla tutela dei terzi controinteressati alla surrogazione e dello stesso debitore *ex mutuo*, poiché solo dal momento del suo rilascio, con i contenuti prescritti per legge, quest'ultimo può legittimamente confidare sull'efficacia del subentro e sulla carenza di legittimazione a richiedere il pagamento ad opera del creditore originario. L'operazione di subentro nel rapporto originario e nelle relative garanzie presuppone infatti la sussistenza di un contratto di finanziamento ancora in corso e richiede: 1) la stipula di un nuovo contratto di finanziamento volto ad estinguere il precedente rapporto; 2) il pagamento del saldo ancora dovuto, attestato da una quietanza, mediante l'impiego delle somme messe a disposizione dal nuovo mutuante; 3) una dichiarazione di surroga del debitore (art. 1202 c.c., comma 1). La quietanza, pertanto, costituisce elemento essenziale del complesso procedimento delineato dal legislatore.

In applicazione dell'art. 1202 c.c., comma 2 il subentro del nuovo finanziatore ha effetto, ai sensi dell'art. 1202 c.c., comma 2 se: 1) il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa; 2) nell'atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata; 3) nella quietanza sia menzionata la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. (...)

Solo la sussistenza di tutti e tre i predetti elementi (stipulazione del nuovo finanziamento, quietanza di saldo del primo debito e dichiarazione di surrogazione), documentati nelle forme di legge, determina l'effetto surrogatorio previsto dalla c.d. operazione di portabilità, sicché solo la loro compresenza dà luogo all'unico titolo utile per l'annotazione di cui all'art. 2843 c.c.».

All'esito del ragionamento ora riportato, la Suprema Corte ha indugiato sul regime di pubblicità della quietanza rilasciata dalla banca che "subisce" la surrogazione e del correlato obbligo di tenuta a raccolta della stessa ai sensi dell'art. 72, comma 3, l.n., nonché sul tema dell'esposizione nel repertorio del notaio dei parametri sui quali calcolare la tassa archivio e i contributi di categoria, approdando alla duplice conclusione per cui le quietanze di surroga siano, per un verso, atti soggetti a pubblicità (*ergo*, da trattenere a raccolta), perché integranti il titolo per l'annotazione, e, per altro verso, scontino l'esposizione dei parametri gradualali, in quanto atti funzionalmente autonomi rispetto al nuovo mutuo¹⁸.

4. Rilievi critici. La surrogazione ex art. 120-quater t.u.b. e le differenze con la surrogazione ex art. 1202 c.c.

Come sopra riportato, il discorso condotto (anche) dal giudice di

¹⁸ Con specifico riferimento all'annotazione dei parametri a repertorio, la Corte ha però ritenuto che, a differenza di quanto assunto dall'U.C.A.N., non possa differenziarsi il «trattamento delle quietanze (ai fini dell'indicazione dei parametri per la determinazione delle tasse e dei contributi), a seconda che la portabilità venga attuata mediante un unico atto o con atti separati» e che «non si riscontra alcuna significativa diversità, agli effetti di cui si discute, tra le operazioni di portabilità *ex art. 120-quater TUB* e la surrogazione per volontà del debitore, richiedendosi in entrambi i casi che nel nuovo contratto di mutuo sia indicata la destinazione delle somme date in prestito e che la quietanza menzioni la provenienza delle somme utilizzate per tacitare il primo creditore. Dovendosi soddisfare il credito originario, viene in considerazione solo la quietanza rilasciata dall'originario istituto mutuante, già indicata come condizione di efficacia della surrogazione dall'art. 1202 c.c., comma 2 (nonché dal D.L. n. 185 del 2008, art. 2, comma 1 bis)». Dette quietanze – sempre secondo la Cassazione – sarebbero in ogni caso dotate di «una propria autonomia funzionale e strutturale (...)»: ciò, ad esempio, comporta che esse non possano essere considerate «come "un unico atto" ai fini al compimento delle formalità ipotecarie» ai sensi dell'art. 39 t.u.b., ma dovrebbero essere rilevate in repertorio con applicazione dei parametri gradualali.

legittimità muove dall'assunto che la disciplina della portabilità di cui all'art. 120-*quater* t.u.b. miri a rivitalizzare la surrogazione per volontà del debitore di cui all'art. 1202 c.c. e si sviluppa coerentemente in questa direzione: assumendo, cioè, che il menzionato articolo del testo unico bancario comporti l'applicazione integrale della disciplina codicistica. Ebbene, è senz'altro (un rilievo fattuale) innegabile che il primo comma dell'art. 120-*quater* t.u.b. richiami testualmente l'art. 1202 c.c., disponendo che nel «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». Tuttavia – va parimenti rilevato – è non meno evidente che, in realtà, la disciplina posta dalla legge speciale non intervenga affatto sui presupposti applicativi dell'art. 1202 c.c. per ampliarne il relativo spettro di attrazione: l'art. 120-*quater* t.u.b., invece, detta una regolamentazione *ad hoc* della fattispecie, che è perfetta e autosufficiente, anzi indipendente dallo stesso art. 1202 c.c.¹⁹. E – può subito aggiungersi – poiché la surrogazione, come vicenda giuridica, si risolve in un fenomeno tipicamente normativo, che si identifica perciò con la disciplina all'uopo dettata, all'arresto della Corte si oppone come lineare e immediata l'osservazione per la quale *se* le discipline sono diverse, *allora* anche le fattispecie devono essere diverse. Viceversa, sul piano sia logico sia normativo, ricondurre discipline differenti (e non di poco, avuto riguardo sia ai presupposti di applicazione, sia alla concreta dinamica di funzionamento) a una medesima fattispecie comporta la rinuncia al valore identificativo di quest'ultima e alla razionalità dell'ordinamento nel prevedere, prescrivere e sanzionare determinati modelli di comportamento. Come si vedrà di seguito, dunque, la disciplina dettata dall'art. 120-*quater*

¹⁹ E v. infatti A.A. DOLMETTA, *Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. "portabilità del mutuo")*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 397: «Nel movimentato disordine del testo legislativo in questione, il richiamo testualmente compiuto alla disposizione dell'«articolo 1202 del codice civile» appare in effetti un *hangar* piccolo, quanto sicuro. Seppure, come si viene in appresso a constatare, non poi così rassicurante in punto di definizione delle regole applicative»; diversamente A. BARATTERI, *Surrogazione e portabilità dei mutui. Funzione, struttura, efficacia e validità delle fattispecie*, Torino, 2011, 88, il quale riconduce espressamente l'operazione di portabilità «al "genus" rappresentato dalla fattispecie di cui all'art. 1202 c.c.».

t.u.b. definisce un'ipotesi specifica di surroga per volontà del debitore che può effettivamente dirsi *ulteriore* rispetto a quella prevista dall'art. 1202 c.c.

Tanto premesso e volendo avviare l'analisi della norma dal dato testuale, l'art. 120-*quater* t.u.b. dispone, per l'appunto, che nell'ipotesi dei contratti di finanziamento conclusi con gli intermediari bancari e finanziari, l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione di cui all'art. 1202 c.c. non sia preclusa dall'inesigibilità del credito (come, invece, testualmente prescritto per l'ipotesi codicistica) e che detto esercizio ai sensi della normativa speciale del testo unico bancario «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» (comma 3), con l'effetto, così, di far sì che «il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce» (comma 2).

Il tenore della norma suggerisce alcuni rilievi immediati, che si stagliano su piani differenti.

Anzitutto, la disposizione speciale dell'art. 120-*quater* t.u.b. individua dei referenti oggettivi e soggettivi tipici di applicazione: per un verso, essa riguarda tutti i contratti di finanziamento e non solo il mutuo, al quale, invece, si riferisce letteralmente l'art. 1202 c.c.; per altro verso, però, i rapporti oggetto di considerazione normativa sono solo quelli in essere con gli intermediari bancari e finanziari e non anche quelli, in ipotesi, correnti con generici creditori “di diritto comune”. Il campo di efficacia della disposizione, dunque, riguarda sì vari rapporti finanziari, ma solo tra determinati operatori: *ergo*, la normativa del testo unico, a differenza di quella codicistica, ha referenti soggettivi e di mercato definiti e limitati.

Le caratteristiche dell'operazione di cui all'art. 120-*quater* t.u.b. evidenziano inoltre – come sopra anticipato – condizioni e modalità operative diverse da quelle previste dall'art. 1202 c.c. La prima “deviazione” dalla norma codicistica di immediata evidenza è senz'altro rappresentata dalla possibilità di dare impulso alla surrogazione proprio quando nel menzionato art. 1202 c.c. ciò non è consentito: nel caso in cui, cioè, il credito non sia esigibile perché il termine di pagamento è posto a favore di entrambe le parti o del solo creditore ed esso non è ancora scaduto. Non si tratta, però, di un mero dettaglio che investa un elemento secondario o accidentale del rapporto obbligatorio corrente tra

mutuatario e creditore, ma – come di seguito argomentato – di una differenza determinante nella struttura dell’operazione e nell’economia dell’istituto della stessa surrogazione. Ebbene, proprio al fine di meglio evidenziare le ragioni e le implicazioni di questa differenza, prima di procedere oltre nell’analisi dell’art. 120-*quater* t.u.b. appare opportuno precisare i tratti civilistici dell’istituto codicistico.

Come è noto, la surroga per volontà del debitore disciplinata dall’art. 1202 c.c., tradizionalmente conosciuta come surroga “per imprestito”, per distinguerla dalla surroga per volontà del creditore, nota come surroga “per quietanza”, rappresenta un modo per agevolare l’estinzione di un debito mediante l’estensione, nell’ambito di un nuovo rapporto, delle garanzie già poste a presidio del corretto pagamento del debito che viene soddisfatto. Essa è attivabile dal debitore solo per debiti scaduti e a fronte dell’erogazione di un nuovo mutuo espressamente destinato a tal fine (mutuo di scopo)²⁰. Nell’assetto tracciato dalla legge, il debitore, che dunque si indebita ulteriormente per estinguere la debenza specificamente contemplata nel mutuo stesso, deve, al momento del pagamento, dichiarare la provenienza della provvista utilizzata; e detta dichiarazione deve risultare dalla quietanza che verrà rilasciata dal vecchio creditore soddisfatto²¹. Il debitore, in sintesi, si rende mutuatario nei confronti di un nuovo creditore e, con la provvista in questione, salda, in tutto o in parte, il vecchio debito (incidentalmente:

²⁰ In senso critico, però, cfr. A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1534, per il quale l’impiego della somma mutuata per il pagamento di un precedente debito rileverebbe semplicemente quale previsione di un fatto, «non già di una vera e propria clausola negoziale di destinazione (con impegno assunto dal debitore di impiegare la somma nel pagamento)». Si potrebbe obiettare che nell’economia dell’operazione non sia indifferente per il nuovo creditore l’impiego della somma, da ciò dipendendo l’acquisizione delle garanzie a tutela delle proprie pretese: è ragionevole, dunque, che detto impegno sia dedotto in contratto come obbligo del debitore. Da ultimo, sul mutuo di scopo, cfr. L. BALESTRA, *Il mutuo di scopo*, in G. CONTE, *Arbitro bancario e finanziario*, L. Balestra e altri (a cura di), Milano, 2021, 780 ss.

²¹ In dottrina è stato ritenuto che la quietanza non sia elemento necessario dell’operazione di surrogazione *ex art.* 1202 c.c., potendo la dichiarazione del debitore relativa all’origine della provvista finanziaria utilizzata per il pagamento essere provata anche in altro modo (B. CARPINO, *op. cit.*, 61 e 64; per una precisazione, però, A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1533, nt. 72). Tuttavia, nell’ipotesi in cui occorra annotare la surrogazione *ex art.* 1202 c.c. a margine di un’ipoteca, entrambi gli atti, mutuo e quietanza dovranno essere presentati in originale o in copia conforme all’originale che sia stato ricevuto o autenticato da notaio.

nulla vieta che il nuovo prestito copra solo una parte del vecchio, nel qual caso la surroga sarà parziale²²). Il nuovo mutuo deve avere data certa, a tutela degli altri creditori che vedranno il nuovo finanziatore subentrare in una garanzia preesistente, e parimenti data certa deve presentare la quietanza rilasciata dal creditore *accipiens*, nella quale è riportata la dichiarazione del debitore di aver pagato con risorse prese in prestito da un dato finanziatore: ciò consentirà, ad esempio, che, nell'eventualità in cui il debitore si sia rivolto a più persone, solo il creditore espressamente menzionato possa giovare della surrogazione nei diritti del vecchio creditore²³. Il vecchio debito, scaduto o con termine a favore del debitore (*i.e.* suscettibile di essere adempiuto sebbene ancora inesigibile da parte del creditore), viene (in tutto o in parte) pagato, ma le eventuali garanzie che assistevano lo stesso vengono dirottate a vantaggio del nuovo creditore, che, così, per quanto di titolo posteriore, potrà giovare – ad esempio – di un'ipoteca precedentemente consolidata e prevalere sulle ragioni dei terzi posteriori rispetto all'iscrizione del diritto di garanzia, anche se anteriori rispetto al sorgere del nuovo credito.

Nel suo complesso l'operazione di cui all'art. 1202 c.c. insiste sul momento terminale/satisfattivo di un preesistente rapporto obbligatorio: essa mira ad agevolare la soddisfazione di un credito mediante la sopravvivenza dei diritti del creditore che riceve il pagamento²⁴ e l'estensione degli stessi a vantaggio di chi abbia fornito la provvista finanziaria proprio a tal fine. Non a caso la dottrina più risalente, trattando della struttura e della natura giuridica della surrogazione per

²² In tal senso, l'annotazione a margine dell'ipoteca non comporta una duplicazione del rapporto ipotecario con l'esistenza di due ipoteche: A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, 2006, 362, nt. 102.

²³ B. CARPINO, *op. cit.*, 65; la possibilità, però, di una surrogazione *pro quota* fra i vari mutuanti è ricordata da A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 1534.

²⁴ In questo senso, cfr. A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 399: «In via correlata a questa serie di rilievi, sembra chiaro che la surrogazione non è deputata a esprimere la funzione di smobilizzare il credito, propria per contro della cessione, bensì quella - di vettorialità concettuale in buona sostanza opposta - di agevolare l'estinzione, con il rendere più elevata la probabilità di un "rientro" patrimoniale del terzo (che è *solvens* o in modo diretto ovvero in modo indiretto, nel senso che, quando non paga, viene a fornire la provvista necessaria per il pagamento direttamente effettuato dal debitore)».

volontà del debitore, parlava di portabilità dell'ipoteca e il dibattito a margine dell'istituto affrontava principalmente il problema della sopravvivenza delle garanzie rispetto al debito principale estinto e del suo rapporto con il tradizionale riconoscimento dell'efficacia costitutiva delle annotazioni ipotecarie; obiezioni, queste, che oggi appaiono concettualistiche, a fronte del rilievo per cui è la stessa legge a disciplinare gli effetti dell'operazione, prescrivendo, per l'appunto, che il nuovo creditore subentri nei diritti del vecchio²⁵. Nella fattispecie di cui all'art. 1202 c.c., dunque, qualora il debito estinto sia stato assistito da un'ipoteca, il nuovo creditore, effettuate le formalità del caso (*i.e.*: l'annotazione a margine della stessa *ex* art. 2843 c.c.²⁶), prevarrà sulle eventuali trascrizioni successive all'accensione della garanzia reale sul cespite ipotecato, anche se anteriori al sorgere del nuovo credito.

Tanto precisato – e tenendo fermo quest'ultimo rilievo – se ora torniamo alla lettura dell'art.120-*quater* t.u.b. risulta chiaro che, al di là del richiamo testuale al *tipo di surrogazione* (per l'appunto: quella ad iniziativa del debitore), il tenore della disposizione speciale e, insieme, l'obiettivo e il meccanismo di funzionamento dell'istituto siano ben diversi da quanto previsto dall'art. 1202 c.c.

Invero, come prima segnalato, nella versione originaria dell'operazione introdotta dal d.l. 7/2007, l'esito della stessa era che il mutuante surrogato subentrasse «nelle garanzie accessorie, personali e reali, al credito surrogato»: anche da un punto di vista letterale era chiaro, cioè, che, proprio in ragione della diretta applicazione dell'art. 1202 c.c., ad un rapporto obbligatorio se ne sostituisse un altro, che avrebbe potuto beneficiare delle garanzie che già presidiavano il primo (*i.e.*: il credito rimborsato anzitempo). Nell'assetto attuale dell'operazione, viceversa, per espressa disposizione di legge, la surrogazione ivi considerata «comporta il trasferimento del contratto»,

²⁵ La disciplina posta dal dato normativo, d'altronde, risponde ad un'esigenza ritenuta meritevole di tutela dell'ordinamento e le caratteristiche di determinati istituti, in quanto tecniche di tutela di dati bisogni, ben possono mutare nel corso del tempo per meglio soddisfare questi ultimi.

²⁶ La rilevanza della pubblicità ai fini del trasferimento dell'ipoteca - osserva A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto privato*, P. Rescigno (diretto da), 20, *Tutela dei diritti*, II, Torino, 1985, 65 - «è energicamente sottolineata dal legislatore, tanto da derogare alla disciplina in tema di cessione del credito (...), per cui la stessa non è operativa, per quanto riguarda il vicolo ipotecario, senza annotazione»; in tema, *amplius*, ID., *op. cit.*, 358 ss.

modificato secondo le condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante. Diversamente da quanto si evince dall'art. 1202 c.c., gli effetti dettati dalla norma conducono a una modificazione soggettiva del contratto e, così, del lato attivo del rapporto obbligatorio esistente; rapporto che, a sua volta, viene modificato in alcune sue condizioni e termini in ragione degli accordi stretti con il nuovo titolare²⁷.

Detto trasferimento, peraltro, «non può essere ostacolato da 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» e può essere evitato dal finanziatore originario solo se questi trova un diverso e ulteriore accordo «mediante scrittura privata anche non autenticata» sulla variazione delle condizioni del contratto in essere. La volontà che emerge dal dato normativo non è propriamente – come pure scritto nelle richiamate sentenze della Suprema Corte – di rivitalizzare la surroga *ex art. 1202 c.c.* e di rendere più facile la circolazione delle garanzie a vantaggio di un nuovo finanziamento finalizzato ad estinguere un debito scaduto, bensì di consentire la rinegoziazione del contratto di finanziamento in essere mediante la costruzione di un “mercato dei mutui” anche dopo la stipula degli stessi. L'obiettivo perseguito dalla norma, in altri termini, non è agevolare la soddisfazione del creditore mediante un meccanismo incentivante di circolazione delle garanzie, ma consentire al debitore di rinegoziare il proprio debito, riconoscendogli la possibilità di cambiare *creditore e condizioni* del finanziamento in essere, mediante l'esercizio di un'innovativa (rispetto

²⁷ Proprio in questa prospettiva, la dottrina aveva evidenziato l'assenza di una vera e propria autosufficienza «strutturale e causale» del nuovo finanziamento, in quanto non considerato «dal legislatore come un ulteriore rapporto contrattuale di finanziamento, destinato a sostituirsi a quello precedente, ma come una modificazione del contenuto del rapporto contrattuale originario»: così P. SIRENA, *La “portabilità del mutuo” bancario o finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 454, il quale aveva subito dopo osservato che «predeterminando vincolativamente le clausole valide nei confronti del nuovo finanziatore», tale accordo si atteggiava «come patto normativo di rinegoziazione del finanziamento». In tema, anche ID., *La portabilità dei contratti di finanziamento*, in *I contratti per l'impresa*, II, *Banca, mercati, società*, G. Gitti-M. Maugeri-M. Notari (a cura di), Bologna, 2012, 91 ss.; e da ultimo ID., *La surrogazione nei contratti di finanziamento*, in *L'attività delle banche*, A. Urbani (a cura di), Padova, 2020, 59 ss.

al codice civile) facoltà di sostituzione della controparte del rapporto con un nuovo soggetto che proponga condizioni economiche migliori.

Ciò è coerente con le differenze che corrono in punto di disciplina tra le dinamiche operative di funzionamento degli istituti previsti, rispettivamente, dagli artt. 1202 c.c. e 120-*quater* t.u.b.

Com'è pacifico, nel caso dell'art. 1202 c.c. l'operazione trova il suo perno sul debitore, il quale (*i*) contrae un nuovo mutuo, riceve il danaro (aumentando le proprie passività) con un fine specifico e, proprio con quel danaro, (*ii*) paga il debito scaduto, dovendo peraltro dichiarare al creditore *accipiens* l'origine della provvista. Egli, naturalmente, rimane obbligato col nuovo creditore, il quale in ragione della riportata congruenza tra mutuo erogato e dichiarazione raccolta nella quietanza rilasciata dal creditore soddisfatto, potrà giovare delle garanzie che assistevano il debito estinto. Laddove tra queste vi sia un'ipoteca, la surrogazione del nuovo creditore nei diritti del vecchio si avrà con l'annotazione del mutuo e della quietanza a margine dell'ipoteca.

Nell'operazione tracciata dall'art. 120-*quater* t.u.b., viceversa, la nuova banca, alla quale il debitore abbia chiesto di subentrare nel contratto di finanziamento corrente con un'altra banca per "apportare" condizioni economiche rinnovate e più convenienti, non deve erogare il danaro nelle mani del predetto debitore perché questi estingua anzitempo il debito corrente e surroghi il nuovo creditore nei diritti del vecchio: essa, invece, in virtù della volontà del debitore cristallizzata nell'atto di surrogazione – nella dichiarazione, cioè, di voler porre in essere la surroga di cui all'art. 120-*quater* t.u.b. a vantaggio di un nuovo intermediario – liquida anzitempo la vecchia banca per l'intero capitale residuo e, così, ne prende il posto nel lato attivo del rapporto contrattuale. In questo caso – come detto – l'atto di surrogazione esprime la facoltà del debitore di rinegoziare il rapporto sino a poter cambiare creditore al fine di modificarne le condizioni e rappresenta il *titolo* in ragione del quale una nuova banca può effettuare un pagamento che, per espressa disposizione di legge, non estingue l'obbligazione, ma comporta la successione del *solvens* nel contratto, modificato secondo i termini convenuti col debitore.

Certo, si potrebbe obiettare che, in generale, secondo la disciplina della surrogazione il pagamento non estingue il rapporto obbligatorio in essere, come non a caso premesso dalla Corte di Cassazione nelle battute introduttive della motivazione delle recenti sentenze rese in tema

di portabilità. Tuttavia, va doverosamente precisato che i riferimenti fatti dalla Suprema Corte alla propria giurisprudenza riguardino, in realtà, precedenti relativi alla fattispecie del pagamento con surrogazione di cui all'art. 1201 c.c.: nella dinamica sottesa all'art. 1202 c.c. non c'è ragione che avvenga lo stesso²⁸ e, ancora, nella fattispecie dell'art. 120-*quater* t.u.b. detto effetto (la portata non estintiva dell'adempimento) è l'oggetto di una specifica opzione di legge, non certo una conseguenza giuridicamente e logicamente necessaria del pagamento effettuato dall'intermediario. In effetti, nella surrogazione per volontà del creditore disciplinata dall'art. 1201 c.c., il terzo *solvens*, che contemporaneamente al pagamento viene surrogato dal creditore nei diritti vantati verso il debitore, può non avere alcuna preventiva ragione che lo leghi direttamente a quest'ultimo: è ragionevole, allora, la scelta del sistema per cui un anticipato pagamento a vantaggio del creditore, in luogo di estinguere il rapporto con il debitore, valga, laddove l'*accipiens* manifesti la propria volontà di surrogare il terzo nei propri diritti, a estromettere lo stesso creditore, concretando così una successione nel lato attivo del medesimo rapporto obbligatorio. Si tratta, anche in questo caso, di un'opzione prevista dalla legge e non di una conseguenza necessaria della provenienza del pagamento (effettuato dal terzo): in diversa ipotesi, anzi, il *solvens* che paghi pur non essendo obbligato nei confronti dell'*accipiens*, e con la consapevolezza – anzi – di non essere obbligato, estinguerebbe l'obbligazione corrente tra creditore e debitore e potrebbe esclusivamente agire nei confronti di quest'ultimo, beneficiato dall'estinzione del debito, per ingiustificato arricchimento²⁹. E, in quest'ultimo caso, è peraltro naturale che le

²⁸ Per una sintetica ed efficace ricostruzione del dibattito, cfr. A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 398 ss., il quale peraltro osserva che «la surrogazione è figura che, in via di necessità logica come normativa, suppone l'effettuazione di un pagamento o compiuto o reso immediatamente possibile da un terzo. E il diritto di credito, una volta pagato il relativo creditore, si estingue: non si vede, per vero, come potrebbe a sé stesso sopravvivere. Ancor più, se possibile quando, come avviene nella figura dell'art. 1202, a pagare è lo stesso debitore».

²⁹ In questo senso, cfr. Cass., s.u., 29 aprile 2009, n. 9946 in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 686: «L'adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 c.c., determina l'estinzione dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non attribuisce automaticamente al terzo un titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, non essendo in tal caso configurabili né la surrogazione per volontà del creditore, prevista dall'art. 1201 c.c., né quella per

garanzie che presidiavano l'obbligazione estinta non possano (e non potrebbero) accompagnare la pretesa indennitaria.

Ebbene, nel caso dell'art. 120-*quater* t.u.b., la legge prevede, in termini non dissimili da quanto ora riguardato, che il pagamento del terzo, se (e solo se) *titolato* ai sensi della norma speciale del testo unico ed effettuato dalla nuova banca secondo la disciplina dettata da quest'ultima, comporti la surrogazione nel lato attivo del rapporto obbligatorio. Viceversa, la diversa ipotesi in cui il nuovo intermediario paghi semplicemente su incarico del debitore concreterebbe un mero pagamento anticipato, che, pur quando non rifiutabile dal creditore, produrrebbe l'estinzione del rapporto obbligatorio³⁰. Nella dinamica legale divisata dall'art. 120-*quater* t.u.b., la surrogazione non è, cioè, il semplice esito di un pagamento effettuato a leva, ma è il risultato di una procedura specifica, nella quale la nuova banca paga sulla base dell'atto di surrogazione e la vecchia banca non può rifiutare il pagamento che la estrometta dal rapporto, essendo anzi obbligata, dietro espresse sanzioni³¹, ad una collaborazione legalmente scadenzata con la menzionata nuova banca per la riuscita dell'operazione di "trasferimento" del contratto.

In definitiva, a differenza di quanto previsto dall'art. 1202 c.c., nella fattispecie surrogatoria disciplinata dall'art. 120-*quater* t.u.b. non vi è

volontà del debitore, prevista dall'art. 1202 c.c., né quella legale di cui all'art. 1203 n. 3 c.c., la quale presuppone che il terzo che adempie sia tenuto con altri o per altri al pagamento del debito; la consapevolezza da parte del terzo di adempiere un debito altrui esclude inoltre la surrogazione legale di cui agli art. 1203 n. 5 e 2036, comma 3, c.c., la quale, postulando che il pagamento sia riconducibile all'indebito soggettivo *ex latere solventis*, ma non sussistano le condizioni per la ripetizione, presuppone nel terzo la coscienza e la volontà di adempiere un debito proprio; pertanto, il terzo che abbia pagato sapendo di non essere debitore può agire unicamente per ottenere l'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, stante l'indubbio vantaggio economico ricevuto dal debitore».

³⁰ Né, incidentalmente e con riferimento all'art. 1202 c.c., appare utile, a tal riguardo, assumere – come parrebbe postulato, invece, dalla Suprema Corte, nella parte in cui essa non distingue la surrogazione *ex art. 1201 c.c.* da quella *ex art. 1202 c.c.* – che un diritto di credito persista e sopravviva al suo adempimento da parte del debitore per ascriverlo al terzo, laddove il rapporto tra il debitore e il nuovo creditore è già compiutamente disciplinato da un titolo ulteriore e diverso.

³¹ Il dato era stato giustamente sottolineato ed enfatizzato dall'ABI già nella propria circolare del 17 dicembre 2007, indicata, *supra*, in nt. 9. Sul tema si tornerà *infra* nel testo.

un debitore che paghi anzitempo il proprio creditore, dopo essersi ulteriormente indebitato a tal fine: il pagamento è atto compiuto direttamente dalla nuova banca, è titolato dall'atto di surrogazione del debitore³² ed è finalizzato a consentire il subentro nella posizione creditoria nell'ambito del rapporto di mutuo, che così passa in capo alla nuova banca, secondo le condizioni modificate da quest'ultima d'accordo con il cliente. Il fatto che il mutuante surrogato subentri nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito oggetto dell'operazione è una lineare conseguenza del trasferimento del rapporto e non concreta, invece, un'ipotesi di sopravvivenza di una garanzia rispetto all'obbligazione principale estinta.

5. *(Segue) Ulteriori rilievi che confermano l'autonomia della surrogazione ex art. 120-quater t.u.b.*

La scomposizione analitica della fattispecie sopra condotta evidenzia come la causa concreta dell'operazione articolata dal disposto normativo del testo unico bancario sia riconoscere, per una data categoria di finanziamenti e al fine di modificarne e riscadenzarne i costi, la possibilità del debitore di avviare la circolazione della posizione del creditore senza il previo consenso di quest'ultimo, il quale, salvo quanto di seguito rilevato, è legalmente tenuto a subire la scelta del debitore di sostituirgli un altro soggetto. Proprio in questo senso, l'anticipato soddisfacimento del mutuante originario non configura una vicenda estintiva del rapporto al quale succeda un nuovo mutuo (ma) presidiato da garanzie più risalenti: per legge, il primo rapporto persiste e continua, sebbene modificato nelle condizioni normative ed economiche in ragione degli accordi intercorsi col nuovo creditore, il quale, così, al pari della surrogazione per volontà del creditore di cui all'art. 1201 c.c., subentra nella posizione attiva del rapporto, alla quale la "surrogazione/portabilità" si riferisce, e in tutte le relative garanzie

³² Per riferimenti, nella prima letteratura notarile, cfr. C. GATTONI, *La portabilità del mutuo e l'annotazione della surrogazione nell'ipoteca*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2009, reperibile on line all'indirizzo web: <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=23/2304>; successivamente, anche per una ricognizione delle tesi sostenute in merito alla natura del pagamento, cfr. A. BARATTERI, *op. cit.*, 99 ss.

accessorie, personali e reali³³.

La facoltà del debitore di scegliere un nuovo intermediario che diventi titolare della posizione attiva del rapporto³⁴ per negoziarne le condizioni, comporta – a differenza di quanto accade nella dinamica tracciata dall’art. 1202 c.c. – una circolazione forzata del contratto, che passa per espressa disposizione di legge, seppur modificato alle nuove condizioni pattuite; e detto “passaggio” non può che avvenire per l’intero debito, tant’è che, diversamente da quanto possibile nella surroga *ex art.* 1202 c.c., non è ammessa una surroga parziale³⁵. Mentre,

³³ In dottrina si registrano tesi diverse in merito agli effetti della surrogazione e delle modifiche del rapporto sui terzi garanti. Da un lato è stato evidenziato che la conservazione della garanzia sia un effetto legale della surrogazione, ai sensi e nei termini dell’art. 1204 c.c. e che il sistema tuteli il garante nel momento in cui preclude che la surrogazione possa operare per un importo maggiore del debito residuo; per altro verso, è stato però proposto di considerare necessario per il prolungamento del termine di rimborso il consenso del fideiussore (salvo che il contratto di garanzia non preveda una deroga all’art. 1957 c.c., ancorando la durata della fideiussione non già alla scadenza dell’obbligazione garantita, ma all’effettivo soddisfacimento del creditore (P. SIRENA, *La “portabilità del mutuo”*, cit., 477), mentre identico consenso non sarebbe necessario per i terzi che abbiano prestato delle garanzie reali, in quanto il prolungamento della durata dell’obbligazione garantita non determina «la costituzione di nuove obbligazioni, rispetto alle quali occorrerebbe una nuova concessione ipotecaria da parte del terzo datore, ma semplicemente la variazione delle modalità di adempimento di obbligazioni già esistenti» (sempre P. SIRENA, *ibidem*, 478). In tema, per alcuni spunti, P.L. FAUSTI, *op. cit.*, 50 s.; e, *amplius*, anche per i rinvii, A. FUSARO, *Variazioni in tema di garanzie autonome personali e reali: l’accessorietà dell’ipoteca come dogma in crisi?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 686 ss.

³⁴ Per un esame delle eccezioni che il debitore potrebbe sollevare nei confronti dell’intermediario subentrando nella posizione del creditore surrogato, P. SIRENA, *La portabilità dei contratti*, cit., 113 ss., che evidenzia come l’invalidità del vecchio contratto di finanziamento ovvero la sua impugnazione non possano ripercuotersi in danno del nuovo finanziatore, in quanto la dichiarazione del debitore di surrogare il finanziatore varrebbe a integrare un’ipotesi di convalida tacita *ex art.* 1444, co. 2, c.c. In questo senso, resterebbero non emendabili i vizi di nullità del primo finanziamento o di incapacità legale del debitore: ipotesi, però, di difficile ricorrenza pratica teoriche. Infine, è certamente corretto che, in applicazione analogica dell’art. 1248 c.c., il debitore che abbia ricercato e voluto la surrogazione non possa opporre al nuovo finanziatore un’eventuale eccezione di compensazione legata ai crediti già vantanti nei confronti del precedente finanziatore.

³⁵ Inoltre, non è certamente possibile la surroga per una somma più elevata rispetto al capitale residuo: in tema, cfr. A. FUSARO, *op. cit.*, 665, il quale evidenzia che anche

dunque, la surrogazione *ex art. 1202 c.c.* non crea un meccanismo di concorrenza tra creditori, ma opera in senso diacronico, perché mira ad agevolare le possibilità di soddisfare un creditore prospettando a chi fornisca la finanza utile a tal fine, la possibilità di subentrare nelle garanzie prestate in data anteriore, la portabilità dei finanziamenti *ex art. 120-quater t.u.b.* si esaurisce tutta sul piano sincronico e concreta una rinegoziazione del rapporto, oggetto di una precisa facoltà del debitore, il quale, mediante l'atto di surrogazione, può far sì che un nuovo intermediario intervenga a liquidare la posizione del precedente creditore, sostituendosi ad esso.

La prospettiva ricostruttiva ora riportata trova conferma in ulteriori indici che emergono dai commi successivi dell'art. 120-*quater* t.u.b.

In primo luogo, la volontà del legislatore di creare “un mercato dei mutui”, dove le possibilità del mutuatario di scegliere le condizioni economiche del prestito più coerenti con i propri bisogni non si esauriscono con l'erogazione dello stesso, ma possono trovare ulteriori spazi con la rinegoziazione delle predette condizioni onde abbassare nel tempo il costo del capitale e/o diluire ulteriormente l'obbligo di rimborso, emerge chiara anche dalle disposizioni dettate nei commi quarto, quinto e sesto dell'art. 120-*quater* t.u.b.

Per il menzionato quarto comma, infatti, «non possono essere imposte al cliente spese o commissioni per la concessione del nuovo finanziamento, per l'istruttoria e per gli accertamenti catastali», dovendo questi ultimi essere svolti «secondo procedure di collaborazione tra intermediari improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi»: donde la chiara intenzione normativa di rimuovere ogni possibile ostacolo economico o fattuale alla c.d. portabilità, obbligando, anzi gli intermediari a comportamenti collaborativi nella prospettiva di fluidificare il mercato dei mutui.

In questa direzione, la seconda parte del quarto comma rimarca l'attenzione a evitare costi che possano ostacolare le operazioni di

qualora l'incremento restasse al di sotto del «montante ipotecario evidenziato dalla pubblicità», detta possibilità «viene esclusa in ossequio all'accessorietà della garanzia, da cui discenderebbe la inammissibilità - nel nostro ordinamento - di una “ipoteca ricaricabile”». La surroga, dunque, andrà fatta per un importo pari al debito residuo e le modifiche interesseranno essenzialmente il tasso di interesse o il piano di ammortamento.

portabilità, prescrivendo che gli intermediari non debbano applicare «alla clientela costi di alcun genere, neanche in forma indiretta, per l'esecuzione delle formalità connesse alle operazioni di surrogazione»; e, al contempo, sotto il profilo normativo, il sesto comma colpisce con la nullità ogni patto «con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione dei mutui». Per presidiare sistematicamente l'effettività di detta ipotesi di nullità, inoltre, la seconda parte del sesto comma assevera l'immeritevolezza delle relative pattuizioni, evidenziando come esse non possano in alcun modo incidere sulla struttura causale della relazione tra le parti: «La nullità del patto – recita il comma in questione – non comporta la nullità del contratto».

Al contempo, per evitare che la c.d. banca passiva (il creditore originario) si ritrovi in una situazione di svantaggio concorrenziale rispetto al nuovo intermediario contattato dal proprio debitore, l'art. 120-*quater*, comma 5, t.u.b. prevede che il finanziatore originario possa, a sua volta, proporre al debitore una variazione delle condizioni del contratto in essere, che potrà essere formalizzata mediante semplice pattuizione scritta, anche non autenticata, di modo da evitare ulteriori spese. Il portato della norma è duplice. In primo luogo, essa ha la funzione di riequilibrare le parti in concorrenza di fronte al rischio che i divieti e le preclusioni posti a carico della banca originaria possano indurre a ritenere gravante sulla stessa una sorta di *passivity rule*: la banca mutuante, invece, se non può né inibire, né boicottare mediante penali od ostacoli formali la portabilità del finanziamento, certamente può difendere la propria posizione contrattuale per non perdere il cliente e, a tal fine, di fronte all'eventualità di una surroga, può “rilanciare” con offerte di modifica delle condizioni del prestito che non siano da meno rispetto alle condizioni praticate dal “nuovo” intermediario contattato dal debitore. In secondo luogo, la stessa norma lascia emergere una netta presa di posizione del legislatore quanto ai profili formali dei rapporti di cui tratta la norma, che possono essere siglati, con efficacia modificativa del mutuo in essere (che costituisce, peraltro, titolo esecutivo), senza la necessità di un intervento notarile.

Infine, ancora per evitare che il mercato della c.d. portabilità dei finanziamenti possa essere minato, all'atto pratico, da eventuali resistenze sottotraccia degli intermediari, l'art. 120-*quater*, comma 7, t.u.b. fissa un termine rigido entro il quale l'operazione di portabilità

deve concludersi: trenta giorni che decorrono dal momento in cui l'intermediario che intenda rendersi cessionario del credito restitutorio domanda al creditore attuale l'ammontare esatto dello stesso. Nel caso in cui detto termine venga valicato per ragioni riconducibili all'intermediario originario, questi sarà tenuto «a risarcire il cliente in misura pari all'1 per cento del valore del finanziamento per ciascun mese o frazione di mese di ritardo», salva la rivalsa nei confronti del nuovo intermediario, laddove i ritardi siano a quest'ultimo imputabili. Da un lato, la norma evidenzia che la procedura muove sì per iniziativa del debitore, ma – a differenza di quanto avviene nella dinamica dell'art. 1202 c.c. – si consuma in una dimensione operativa che vede come protagonisti *direttamente gli intermediari*. Per altro verso, sanzionando l'eventuale ritardo nel perfezionamento dell'operazione di portabilità con il riconoscimento in capo al debitore di una pretesa risarcitoria, la stessa norma rende inequivoco che il debitore, trovato un finanziatore che si renda disponibile a subentrare nella posizione creditoria, abbia il diritto di rinegoziare il contratto e di scegliersi il proprio creditore; diritto che, sanzionato da una penale *ex lege*, ha un rilievo di tipo sistemico, perché è alla base di un mercato concorrenziale espressamente valorizzato dall'ordinamento. E questo netto orientamento dell'istituto, di cui non pare potersi dubitare, non può non rilevare anche in sede ermeneutica, allorquando, dovendo vagliare la tenuta sistematica delle opzioni interpretative di uno o più aspetti delle dinamiche giuridiche coinvolte nelle fattispecie in esame, l'operatore del diritto è tenuto a verificarne la conciliabilità con le indicazioni di principio che emergono nella composizione dei valori operata dall'ordinamento.

6. Il regime pubblicitario dell'operazione e il problema dell'accertamento della concreta struttura dell'operazione: rilievi critici e prospettive.

Come riportato nel dar conto della prassi applicativa delle surroghe *ex art. 120-quater t.u.b.*, è opinione dell'Ufficio centrale degli Archivi notarili e della Suprema Corte di Cassazione che in punto di pubblicità immobiliare della portabilità dei mutui fondiari e ipotecari, il titolo da annotarsi a margine dell'iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 2843 c.c. sia rappresentato sia dal nuovo mutuo e sia dalla quietanza rilasciata

dalla vecchia banca, che dovrebbero, peraltro, integrare l'atto di consenso alla surrogazione.

Nelle motivazioni della sentenza si legge che la quietanza deve risultare da scrittura privata autenticata per poter avere data certa, fungendo da elemento dirimente ai fini della tutela dei terzi controinteressati alla surrogazione e dello stesso debitore, giacché solo il rilascio della quietanza consentirebbe di perfezionare la portabilità.

Detti assunti prestano il fianco a diversi rilievi critici, che naturalmente si pongono in stretta continuità con quanto ad ora illustrato.

Invero, la tesi condivisa dalla giurisprudenza di legittimità è senz'altro corretta per quanto riguarda l'annotamento delle surroghe per volontà del debitore ai sensi dell'art. 1202 c.c.: il mutuo di scopo finalizzato all'estinzione del vecchio finanziamento rappresenta il rapporto che verrà garantito e la quietanza che faccia menzione del predetto mutuo rappresenta la prova della peculiarità del pagamento effettuato dal creditore, comprovando sia l'estinzione del finanziamento garantito, sia la sopravvivenza della garanzia stessa, che investirà il nuovo mutuo senza soluzione di continuità. Si tratta di informazioni tutte necessarie per la comprensione della dinamica dell'operazione e che, dunque, è giusto e corretto vengano assoggettate a pubblicità. Donde la necessità, ai sensi dell'art. 2835 c.c., che i titoli vengano presentati in conservatoria in originale o, se ricevuti per atto notarile, in copia autentica all'originale, che dovrà essere trattenuto dal notaio a raccolta.

Nel caso della surrogazione *ex art. 120-quater t.u.b.*, però, la struttura dell'operazione è diversa: è normale, allora, che la pubblicità della stessa differisca da quanto ora riportato.

E invero, nella surroga ai sensi del testo unico bancario occorre dare conto – letteralmente – del «trasferimento del contratto» e non della circolazione dell'ipoteca a vantaggio di un nuovo mutuo. A tal proposito è per legge considerata sufficiente dallo stesso art. 120-*quater* c.c. l'annotazione a margine dell'ipoteca (ai sensi degli artt. 2843 e 2835 c.c.) dell'atto di surrogazione: «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»; atto, questo, che riporta la volontà del debitore di sostituire il vecchio creditore con uno nuovo, per rinegoziare le condizioni del

prestito³⁶.

Proprio a tal fine, la norma richiedeva che l’Agenzia del territorio, di concerto con il Ministero della giustizia, stabilisse specifiche modalità di presentazione, per via telematica, di detto atto. E, a tal proposito, è intervenuto il provvedimento interdirigenziale 26 giugno 2012, *Modalità di presentazione, per via telematica, dell’atto di surrogazione di cui all’art. 120-quater del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*, adottato dall’Agenzia del territorio di concerto con il Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia. Esso, all’art. 3,

³⁶ Già in alcuni studi promossi dal notariato all’indomani del c.d. decreto Bersani-bis era stato sostenuto che mutuo e quietanza potessero non essere redatti in forma pubblica e che l’atto notarile fosse necessario per il solo atto di surroga: in questo senso A. BUSANI, *La portabilità dell’ipoteca: tecnica redazionale*, in AA.VV., *Il contributo del Notariato per l’attuazione delle semplificazioni in tema di mutui ipotecari, n I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2008, reperibile on line <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=12/1211&mn=3>: «Il nuovo mutuo non è necessariamente un atto notarile (...) Anche per l’atto di quietanza non occorre necessariamente l’intervento del notaio (...) in quanto la legge dispone che è sufficiente un atto scritto (e quindi non serve che l’atto sia pubblico o che le firme siano autenticate). L’atto notarile è invece imprescindibile per l’atto di surroga (...). Infatti, l’atto di surrogazione deve essere pubblicato nei Registri immobiliari e deve necessariamente essere rivestito di forma autentica»; e D. FARACE, *op. cit.*, § 3, ove altri rinvii al dibattito notarile. Opinione opposta era stata invece sostenuta da P. SIRENA, *La portabilità dei contratti di finanziamento*, cit., 109; A. BARATTERI, *op. cit.*, 404 ss., secondo il quale per «“titolo” della surrogazione, necessario per procedere all’annotazione della stessa, si deve intendere non soltanto l’atto di surrogazione, ma pure il documento o i documenti dai quali risultino sia il contratto di mutuo (...) sia la quietanza del creditore originario (...)». Lo stesso autore, tuttavia, riconosceva come «forse dominante in dottrina» la tesi diversa, secondo la quale oggetto di annotazione era il solo atto di surrogazione. Detta tesi veniva criticata dall’autore, evidenziando che, in tal modo, un’annotazione in carenza dei relativi presupposti (preventivo pagamento e quietanza) avrebbe potuto bloccare l’ipoteca in capo al creditore non soddisfatto (l’ipoteca sarebbe stata «pregiudicata dallo stesso soggetto che ne è di norma gravato»: ID., *op. cit.*, 403). All’esito, l’autore si interrogava sulle possibilità del notaio di accertare la sussistenza dei presupposti, evidenziando, però, come in tal modo il fuoco del discorso si sarebbe spostato sul controverso tema delle constatazioni notarili. L’opinione, tuttavia, non appare condivisibile: al di là del fatto che l’atto di surrogazione *ex art. 120-quater t.u.b.* viene ricevuto nell’ambito della procedura collaborativa tra intermediari prevista dalla legge e non in termini indipendenti dagli atti *presupposti* (in tema, cfr. *infra* nel testo), non pare corretto che l’ipotesi (peraltro remota) di un possibile abuso di un istituto posto da una norma possa di per sé comportare la sostanziale negazione della scelta normativa stessa.

prevede espressamente la presentazione al conservatore dei registri immobiliari dell'atto di surrogazione, disponendo, al secondo comma, che questo «se stipulato per atto pubblico, può contenere, per dichiarazione del notaio rogante, l'attestazione che si sono verificate le condizioni, relative al mutuo e all'intervenuta quietanza, affinché la surrogazione abbia effetto». La norma, cioè, esclude che questi ultimi atti debbano essere redatti necessariamente per scrittura privata autenticata o atto pubblico e che essi siano oggetto diretto di pubblicità, postulando, invece, che essi siano presupposto per la pubblicità dell'atto di surrogazione, il quale è considerato di per sé sufficiente a rendere i terzi edotti della circolazione del rapporto³⁷: di chi sia, cioè, il titolare attuale del credito e, con esso, delle garanzie poste a presidio della posizione creditoria³⁸.

In questo senso, solo detto atto verrà pubblicizzato e riceverà un proprio numero di registro generale (art. 2678 c.c.) e di registro particolare (art. 2679 c.c.), che lo renderanno rintracciabile da ogni interessato. Il contratto stipulato con il nuovo creditore ai fini della surroga (*i.e.*: per estromettere il vecchio mutuatario e modificare le condizioni del prestito) e la quietanza della vecchia banca estromessa dal rapporto potranno essere allegati all'atto, in quanto presupposti che comprovano il fatto dell'avvenuta surrogazione³⁹, senza però essere autonomamente rintracciabili nei registri immobiliari. O, comunque, potrà essere il notaio – come riconosciuto dal menzionato

³⁷ A tal fine, l'Agenzia del Territorio ha aggiornato la circolare 128T del 1995, con circolare dell'Agenzia n. 24/E del 17 giugno 2015, che distingue espressamente il codice per la surrogazione (codice 824) da quello per l'atto di surrogazione *ex art.* 120-*quater* t.u.b (codice 831); e così pure nel menzionato provvedimento sono distinti i codici per la surrogazione in quota di mutuo frazionato (828) e per la surrogazione parziale (827) da quello per la surrogazione in quota di mutuo frazionato *ex art.* 120-*quater* t.u.b. (832).

³⁸ Prima dell'annotazione a favore del nuovo creditore, l'ipoteca resta nella titolarità del creditore soddisfatto – il quale però non può avvalersene – entrando, così, in una situazione di quiescenza: P. SIRENA, *La portabilità dei contratti*, cit., 112.

³⁹ Come avviene, ad esempio, allorquando sia necessario trascrivere l'accettazione tacita di eredità e, a tal fine, si allega il certificato di morte del *de cuius*: detto certificato non è, tecnicamente, soggetto a pubblicità immobiliare, giacché esso non riceve i numeri di registro e non è autonomamente tracciabile, ma, più propriamente, comprova il fatto della morte, che è presupposto per la trascrizione dell'accettazione dell'eredità, da farsi in forza dell'atto dispositivo della stessa ai sensi degli artt. 2648 e 476 c.c.

provvedimento interdirigenziale 26 giugno 2012 – ad attestare, sotto la propria responsabilità, che la nuova banca abbia pagato la vecchia e che, dunque, la procedura *ex art. 120-quater* t.u.b. si sia perfezionata.

Né appare persuasivo l'assunto, prospettato dall'U.C.A.N. e accolto anche dalla Suprema Corte nelle sentenze prima ricordate, secondo il quale il nuovo finanziamento e la quietanza rilasciata dal vecchio creditore concorrerebbero a formare il titolo per l'annotazione e, dunque, dovrebbero essere tutti stipulati per atto pubblico e/o scrittura privata autenticata e tutti tenuti a raccolta. Invero, mentre ciò è senz'altro possibile nell'ipotesi della redazione di un unico atto "trilaterale"; meno lineare è il discorso quando vengano stipulati due o tre distinti atti, in ipotesi, da notai diversi: in effetti, in questo caso, il senso dell'operazione emerge solo dall'atto di consenso alla surrogazione *ex art. 120-quater* t.u.b. che dovrà essere assoggettato a pubblicità (ossia tracciato *ex artt. 2678 e 2679 c.c.*), laddove è difficile ipotizzare un'autonoma e indipendente evidenza pubblicitaria della quietanza e del mutuo, i quali, pertanto, dovrebbero essere semplicemente allegati all'atto di surrogazione.

D'altronde, che il perno dell'operazione prevista dal testo unico bancario sia propriamente l'atto di surrogazione, inteso come esercizio da parte del debitore della propria facoltà di rinegoziare le condizioni del prestito anche cambiando il creditore⁴⁰, trova conferma anche nell'art. 161, comma 7-*quater*, t.u.b.

La norma, trasfusa nelle disposizioni transitorie previste dal testo unico, ha, oramai, un significato esclusivamente storico, riferendosi ai soli «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». Essa, però, per quanto qui rileva, disponeva che l'atto di consenso alla surrogazione di cui all'art. 120-*quater* t.u.b., relativo ai mutui testé indicati, dovesse essere autenticato dal notaio senza l'applicazione di alcun onorario e con il solo rimborso delle spese,

⁴⁰ L'atto di surrogazione è qualificato come atto negoziale unilaterale da D. FARACE, *op. cit.*, § 3, che parla di «negozio in forza del quale un soggetto, debitore di un intermediario bancario o finanziario, dichiara di surrogare a quest'ultimo, parzialmente o totalmente, un altro intermediario bancario o finanziario che gli abbia concesso un finanziamento al fine di pagare il suo debito con il primo finanziatore»; per una ricognizione del dibattito, cfr. A. BARATTERI, *op. cit.*, 365 ss.

prescrivendo inoltre che «la quietanza rilasciata dal finanziatore originario e il contratto stipulato con il creditore surrogato» potessero essere «forniti al notaio per essere prodotti unitamente all'atto di surrogazione» e rinviando alle fonti sublegislative menzionate dallo stesso art. 120-*quater*, comma 3, t.u.b. il compito di stabilire le modalità per la pubblicità immobiliare.

Il tenore della norma, anche in questo caso, era chiaro nel riferirsi a mutui e quietanza stipulati dalle parti privatamente senza l'intervento del notaio. E infatti se il contratto di mutuo stipulato con un nuovo intermediario e la quietanza rilasciata dal mutuante originario soddisfatto anzitempo fossero stati redatti, con le caratteristiche di cui all'art. 1202 c.c., per atto pubblico o per scrittura autenticata da notaio, allora questi stessi atti sarebbero stati già sufficienti a perfezionare e pubblicizzare l'operazione di surroga ai sensi della norma codicistica e non ci sarebbe stato bisogno di altro: estinto il rapporto, il creditore sarebbe stato tale solo in ragione del nuovo mutuo, presidiato da una garanzia reale più risalente. Tuttavia, come emerge pianamente dall'art. 120-*quater* t.u.b., sì come richiamato dall'art. 161, comma 7-*quater*, t.u.b., l'atto di surrogazione, al quale quietanza e atto di finanziamento dovevano essere allegati, aveva lo specifico fine di esprimere la realizzazione del diritto del debitore di rimanere tale nel suo originario rapporto, modificato secondo le diverse condizioni pattuite con un creditore surrogato: una fattispecie diversa, che avrebbe dovuto scontare costi e tempi di evasione più leggeri e più agili, e per l'evidenza pubblicitaria della quale era sufficiente assoggettare a formalità, per l'appunto, il solo atto di surrogazione.

Approdare, invece, alla conclusione per cui, oltre all'atto di surrogazione, sia il mutuo, sia la quietanza debbano essere ricevuti per atto pubblico o scrittura privata autenticata in termini conformi all'art. 1202 c.c., aumenta i costi dell'operazione, la rende più pesante e comporta un'incertezza di fondo in merito alla reale volontà delle parti, non essendo chiaro se queste vogliano porre in essere una surroga *ex art. 1202 c.c.*, ossia estinguere un rapporto e avviarne un altro, dove un nuovo titolo esecutivo (il nuovo mutuo redatto per atto pubblico) venga presidiato dalle vecchie garanzie, oppure una surroga *ex art. 120-*quater* t.u.b.*, per il quale gli effetti dell'operazione si concretano nella continuazione del contratto originario e, dunque, in una successione particolare nell'originario titolo esecutivo.

In una primissima nota di commento alle decisioni della Corte ricordate in apertura, è stato rilevato, proprio in ambito notarile, che nella prassi sarebbero gli istituti finanziari a richiedere che «sia il mutuo (per le conseguenze in tema di titolo esecutivo) sia la quietanza (per l'effetto di certezza nei confronti dei terzi) siano stipulati con atto notarile in forma pubblica o autentica»⁴¹. In realtà, posto che le banche devono così sopportare maggiori costi (poi naturalmente “ribaltati” sull'intero sistema), senza, in realtà, avere qualcosa in più rispetto a quanto sarebbe garantito dall'art. 120-*quater* t.u.b., è presumibile ritenere che la prassi sia quella riportata semplicemente perché essa è quella originariamente indicata agli operatori dall'ABI, in costanza di un differente assetto normativo. È però innegabile che la presa di posizione della Cassazione in merito alla necessità che mutuo e quietanze nell'ambito delle operazioni di surroga vengano ricevuti per atto notarile, per quanto opinabile in ragione dei rilievi sopra articolati, possa avere l'effetto di consolidare ulteriormente l'approccio delle banche all'operazione.

Tuttavia, che il rilevato contrasto tra l'evoluzione diacronica della struttura normativa dell'operazione, da un lato, e l'impostazione che invece emerge dalla prassi indicata dall'U.C.A.N. e dall'arresto giurisprudenziale di legittimità, dall'altro, possa anche non esaurirsi in una mera questione di forma negoziale e di adempimenti notarili, aprendo, invece, ad un problema di accertamento della precisa volontà delle parti, è forse un'eventualità che potrebbe essere indotta dal trattamento fiscale dell'operazione.

Invero, l'attuale comma 4-*bis* dell'art. 8 d.l. 7/2007, come risultante dalle modifiche introdotte dal d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, prevede che nell'ipotesi di cui «ai commi 2 e 3, ultimo periodo, dell'articolo 120-*quater* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni» non si applichino l'imposta sostitutiva sul mutuo di cui all'art. 17 del d.p.r. 601/1973 n. 601, né le imposte indicate nell'art. 15 del medesimo decreto. Precedentemente, detta esenzione era stata riferita dalla legge di conversione del d.l. 7/2007 alla fattispecie, per l'appunto, considerata dall'articolo *pro tempore* vigente, che si limitava a rendere applicabile l'art. 1202 c.c. ai finanziamenti non scaduti. Ebbene, l'attuale espresso riferimento dell'esenzione fiscale alla sola

⁴¹ Così GATTONI, *op. cit.*

operazione di surrogazione *ex art. 120-quater t.u.b.* potrebbe alimentare il dubbio di una diversa tassazione dei mutui *ex art. 1202 c.c.*, potendosi, per l'appunto, distinguere ai fini impositivi l'ipotesi nella quale il rapporto obbligatorio resti lo stesso e la funzione del nuovo finanziamento sia semplicemente quella di surrogare il creditore (ipotesi, cioè, della circolazione del contratto), dall'ipotesi in cui il debitore dichiara di voler aumentare le proprie disponibilità finanziarie al fine di estinguere un precedente rapporto e di instaurarne un altro, presidiato da un nuovo titolo esecutivo (ipotesi della circolazione dell'ipoteca *ex art. 1202 c.c.*).

Certo, se così fosse, anche per questo verso rimarrebbe accreditata l'opinione secondo la quale, in realtà, le vicende che hanno interessato l'istituto della c.d. portabilità dei mutui rappresentino un interessante esempio di consolidata incongruenza tra prassi applicativa e disciplina normativa.

7. Conclusioni.

Dai rilievi empirici condotti dall'U.C.A.N. e dalle pronunce della giurisprudenza di legittimità che hanno investito i temi della tenuta a raccolta delle quietanze di surroga e dell'annotazione a repertorio dei parametri sulle stesse, emerge una sostanziale sterilizzazione pratica del disposto dell'*art. 120-quater t.u.b.* e degli effetti che detta norma vorrebbe ascrivere al c.d. atto di surrogazione.

Secondo la prassi riportata dall'U.C.A.N. e per la ricostruzione avallata dalla Cassazione, l'atto di surrogazione valorizzato nell'*art. 120-quater t.u.b.* si ritrova ad essere un di più nell'ambito di un assetto negoziale, da riceversi per atto pubblico o redigersi per scrittura privata autenticata, che già presenta tutti gli elementi necessari e sufficienti per una surrogazione *ex art. 1202 c.c.*: un nuovo mutuo di scopo contratto dal debitore, che viene accreditato sul conto di quest'ultimo; un pagamento fatto al vecchio creditore dal nuovo creditore su delega del debitore che vuole anzitempo estinguere il mutuo contratto con il primo (*art. 120-ter t.u.b.*); la quietanza del vecchio creditore che dà menzione della provenienza della provvista utilizzata per il pagamento. Ciò, tuttavia, non comporta una circolazione del vecchio contratto (*ergo*, del titolo esecutivo), che venga modificato dai patti conclusi con il nuovo finanziatore, come previsto dall'*art. 120-quater t.u.b.* quale esito

dell'operatività descritta dalla norma a valle dell'atto di surrogazione, ma l'estinzione anticipata di un mutuo tramite un altro mutuo e la conseguente surrogazione del nuovo mutuante nei diritti ipotecari *ex art.* 1202 c.c.

Per l'art. 120-*quater* t.u.b., viceversa, il debitore che trovi un nuovo intermediario interessato a subentrare nel rapporto mutuatizio, ha la facoltà di sostituire il proprio creditore e di vedere così modificate le condizioni del prestito: questa facoltà, se esercitata, va trasfusa in un atto pubblico o in una scrittura privata autenticata, al fine di permettere l'annotazione a margine dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo esistente di chi sia il creditore attuale (cfr. artt. 2835, 2836 e 2843 c.c.): finanziamento, patti modificativi del mutuo, quietanza della vecchia banca soddisfatta anzitempo dovrebbero essere evasi tra le parti nel contesto di una procedura collaborativa tra intermediari che il legislatore ha espressamente sanzionato.

Nel primo caso, in definitiva, si assiste ad una successione di finanziamenti diversamente disciplinati e le garanzie che assistevano il primo rapporto passano al secondo; nel secondo caso, invece, vi sarebbe un mutamento del creditore nell'ambito del medesimo contratto di finanziamento, che viene modificato. E se il debitore ha la facoltà di cambiare creditore nell'ambito dello stesso rapporto e di rinegoziare il contratto di mutuo con il vecchio o con il nuovo creditore, è di questo che occorre dar conto a margine dell'ipoteca, non del fatto che la garanzia sia sopravvissuta al soddisfacimento del credito presidiato per assistere senza soluzione di continuità un nuovo titolo esecutivo.