

L'attività bancaria di erogazione del credito

Il Mutuo



Prof. Avv. Francesco Caputo Nasseti
Corso di *Diritto Bancario*
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ferrara

Avvertenza

- ❖ Il contenuto di questo documento presuppone la lettura e lo studio della materia trattata ed ha il solo scopo di riassumere i principali temi di analisi.
- ❖ Le informazioni contenute sono necessariamente sommarie e incomplete.

Indice

- ❖ Il mutuo
- ❖ Il mutuo fondiario
- ❖ Il credito alle opere pubbliche
- ❖ Il credito agrario e peschereccio
- ❖ Il credito alle imprese e privilegi speciali
- ❖ Il credito agevolato
- ❖ Il credito su pegno
- ❖ Il project financing (rinvio)

Il mutuo (1/2)

- Tra i diversi contratti utilizzati per l'erogazione del credito (apertura di credito, anticipazione bancaria, sconto....) il mutuo ha un ruolo fondamentale. Non è un contratto bancario in senso stretto (art. 1813 c.c.). Ha per oggetto beni fungibili: denaro o titoli. E' **contratto reale con effetti reali**. Comporta il passaggio della proprietà dei beni con obbligo di restituzione del tantundem eiusdem generis et qualitatis.
- Esiste un contratto di **mutuo consensuale** (art. 1822 c.c.) che altro non è che una promessa di mutuo con effetti obbligatori (per il quale non è ammessa l'esecuzione in forma specifica). Altra figura di mutuo consensuale si ha nel mutuo fondiario (art. 39, 2 comma, tub).
- La giurisprudenza ha elaborato un'ulteriore figura di mutuo consensuale: il **contratto di finanziamento o mutuo di scopo**, nel quale lo scopo entra nello schema causale del contratto.
- Il termine è elemento essenziale ed è stabilito a favore di entrambe le parti, salvo diverso accordo.

...segue

Il mutuo (2/2)

- Il Decreto Bersani-bis (dl 7/07) ha **escluso l'applicazione di penali** per l'estinzione anticipata di mutui erogati a persone fisiche per finanziare l'acquisto dell'abitazione o attività economiche o professionali erogati post 2.2.07 (per quelli antecedenti accordo ABI e 12 associazioni su importi penali). Ha inoltre introdotto la **portabilità dei mutui** che si realizza con la surrogazione ex art. 1202 c.c.
- Il Decreto Tremonti (dl 93/08) ha introdotto la “**portabilità imposta**” con la quale si trasforma il tasso variabile di un mutuo in uno fisso calmierato e la differenza va addebitata su un conto di finanziamento accessorio a tasso fisso calmierato.
- Il mutuo è contratto oneroso che prevede di norma gli interessi. La l.108/07 introduce limite massimo ricavabile dal tasso effettivo globale medio TEGM. Se si supera il Tegm della metà gli interessi sono considerati usurari, si concreta il reato di usura (art. 644, 4 comma, c.p.; il reato si perfeziona al momento in cui gli interessi usurari sono promessi e non quando sono pagati) e il mutuante non avrà diritto ad alcun interesse essendo prevista la nullità assoluta per la pattuizione di interessi usurari, al cui calcolo concorrono tutte le voci, quali commissioni, massimo scoperto.... (art. 1815, 2 comma, c.c.).

Il mutuo fondiario (1/5)

- Si considera mutuo fondiario (artt. 38-41 tub) qualsiasi finanziamento **oltre 18 mesi** erogato da una banca garantito da **ipoteca** di primo grado su **immobili** il cui ammontare non superi una certa % del valore del bene. Il Cicer ha fissato nell'**80%** il **c.d. LTV ("loan to value")**. Tale percentuale può salire al 100% in presenza di ulteriori garanzie integrative primarie: pegno su titoli di Stato, fideiussione bancaria o assicurativa. L'ipoteca può essere di grado ulteriore se l'importo erogato sommato a quello precedente ancora da restituire rimane inferiore all'80% del valore del bene.
- L'ipoteca non è necessariamente iscritta per un importo predeterminato fisso (art. 2809 c.c.) potendo iscriversi per un credito indicizzato che comporta adeguamento automatico dell'importo coperto da ipoteca (art. 38, 3 comma, tub). Inoltre, l'art. 39, 2 comma tub, prevede l'annotazione a margine dell'iscrizione dell'ipoteca per le erogazioni successive.
- Il tub ha innovato in tema di credito fondiario ampliando le forme tecniche: mutui, anticipazioni, aperture di credito, leasing... Ha eliminato il collegamento necessario tra la provvista e gli impieghi fondiari (cartelle fondiarie).

...segue →

Il mutuo fondiario (2/5)

- Numerosi sono i vantaggi derivanti dalla qualificazione di un finanziamento come mutuo fondiario.
- per la banca:
 - a) **esenzione dalla revocatoria fallimentare dell'iscrizione ipotecaria se avvenuta 10 gg prima della dichiarazione di fallimento** e non si applica ai pagamenti effettuati dal mutuatario fallito (art. 39, 4c, tub);
 - b) **dopo la dichiarazione di fallimento la banca può iniziare o proseguire l'azione esecutiva (41, 2c), per la quale**
 - c) non è nemmeno richiesta la notifica del titolo esecutivo (41,1 c). Si tratta di un **privilegio processuale** che concerne la fase di liquidazione e non quella di accertamento. Pertanto la banca ha l'onere di presentare domanda di ammissione al passivo non potendosi ritenere sufficiente a sostituire la verifica fallimentare il potere del curatore di intervenire nella procedura esecutiva.

...segue

Il mutuo fondiario (3/5)

- per il debitore:
 - d) i debitori che hanno estinto 1/5 hanno **diritto a una riduzione proporzionale** della somma iscritta in misura proporzionale (39, 5c) e
 - e) hanno **diritto alla liberazione o restrizione** quando il debito residuo è sufficientemente garantito da altre ipoteche
 - f) se l'ipoteca è iscritta su un condominio e vengono venduti i singoli appartamenti gli acquirenti hanno **diritto di ottenere il frazionamento** del mutuo e dell'ipoteca (39, 6c). La banca è obbligata a frazionare entro 90 gg (39, 6 bis). Se non vi provvede il richiedente può fare ricorso al tribunale, che può designare un notaio a sottoscrivere l'atto di frazionamento firmato dal solo notaio;
 - g) la banca **non può risolvere il mutuo in caso di ritardato pagamento** (si considera in ritardo il pagamento avvenuto tra il 30° giorno ed il 180° dalla scadenza della rata) salvo che tale ritardato pagamento sia avvenuto almeno 7 volte anche non consecutive (40, 2c). Pertanto, il pagamento entro 30 gg non è nemmeno tardivo sebbene si possano applicare gli interessi di mora, tra 30 e 180 gg si può risolvere il contratto solo se vi sono stati pagamenti tardivi almeno 7 volte, oltre 180 gg anche di una sola rata la banca può risolvere, se il pagamento avviene dopo 180 gg la banca può rifiutarlo solo se ha già chiesto la risoluzione o sia decorso il termine della diffida ad adempiere.

...segue

Il mutuo fondiario (4/5)

- **Uso distorto credito fondiario:** dato che la destinazione dei fondi non rientra nel sinallagma del contratto, a volte si eroga un finanziamento fondiario solo per crearsi un privilegio su un credito chirografario che viene “estinto” con l'erogazione del fondiario. Questo può essere rappresentato in diversi modi sintetizzati dalle seguenti teorie.
- Teoria della simulazione: il mutuo è simulato e dissimula una garanzia ipotecaria per debito preesistente in quanto le parti non vogliono creare nuova disponibilità al debitore. L'iscrizione ipotecaria è revocabile in quanto garanzia non contestuale (art. 67, 1c, n. 3 e 4, l.f.) e il pagamento del debito preesistente è valido ma revocabile ex 67, 1c, n. 2, l.f.
- Teoria del negozio indiretto: il mutuo è effettivamente voluto (non simulato ma per conseguire l'ulteriore fine di creare la prelazione ipotecaria. Il mutuo è valido, ma può essere revocato unitamente alla costituzione di ipoteca come operazione unitaria (art. 67, 1c, n. 2,3,4, l.f.).
- Teoria del negozio in frode alla legge: nullità ex art. 1344 c.c. sposata anche dalla Cassazione, ma è da criticare in quanto non si comprende quale norma imperativa o principio di ordine pubblico viene violato (non lo è la par condicio creditorum).

Il mutuo fondiario (5/5)

- Teoria della revocabilità del mutuo fondiario quale novazione costituente atto anomalo di pagamento ex art. 67, 1c, n.2, l.f., con conseguente inopponibilità al fallimento dell'ipoteca.
- Teoria della revocabilità ex 67, 2c, l.f., del contratto di mutuo fondiario ovvero del pagamento del debito pregresso purchè il curatore provi la conoscenza stato insolvenza. Questo percorso può portare ad estreme conseguenze: bancarotta preferenziale per simulazione di un titolo di prelazione ex art. 216, 3c, l.f., e di esso risponde in concorso il funzionario della banca.
- Cancellazione ipoteche (art. 42-bis, tub): in deroga all'2847 c.c. l'ipoteca si estingue automaticamente alla data di estinzione dell'obbligazione garantita. Il creditore deve inviare al conservatore copia della quietanza entro 30 gg senza oneri per il debitore.

Credito alle opere pubbliche

- Credito alle opere pubbliche (art. 42 tub): si tratta di mutui di scopo, il cui obiettivo di pubblica utilità è condizione di efficacia del finanziamento. Si applicano i benefici del credito fondiario se garantiti da ipoteca, si applica privilegio dell'art. 46, tub. Se il finanziamento avviene a favore di privati il requisito di opera pubblica o di pubblica utilità deve risultare da leggi o provvedimenti della pubblica amministrazione.
- Project financing art. 153 ss dlgs 163/06: *rinvio*.

Credito agrario e peschereccio

- Credito agrario e peschereccio (artt. 43-44, tub): la cambiale agraria o pesca è titolo causale in quanto deve recare le informazioni relative al finanziamento (scopo, garanzie e luogo dell'iniziativa). Comporta il privilegio legale sui frutti pendenti, prodotti finiti o in corso di lavorazione, bestiame, merci, scorte, materie prime, macchine, attrezzi e altri beni acquistati con il finanziamento, crediti anche futuri derivanti dalla vendita dei beni dell'impresa agraria o peschereccia. Si può avere anche un privilegio convenzionale.
- Se il credito agrario o peschereccio è garantito da ipoteca si applicano le norme del credito fondiario.
- L'erogazione di crediti agrari o pescherecci può essere garantita da fideiussione emessa dall'Ismea (Istituto di servizi per il mercato agricolo e alimentare), ente sottoposto al controllo della Banca d'Italia ed è alimentato da contributi delle banche. La fideiussione Ismea è escutibile solo dopo che le procedure esecutive nei confronti del debitore abbiano dato esito negativo.
...segue

Credito alle imprese e privilegi speciali

- Credito alle imprese e privilegi speciali (art. 46 tub): per i finanziamenti a **medio lungo termine** erogati da banche a **imprese** è previsto il privilegio speciale di natura convenzionale su **beni mobili destinati all'esercizio impresa non iscritti in pubblici registri**. E' necessario l'atto scritto a pena nullità. Il privilegio è opponibile dopo la trascrizione nel registro ex art. 1524, 2c, c.c. ove ha sede l'impresa e dove ha sede il finanziato. Il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni (**diritto di seguito**) e - se venduti - si trasferisce al corrispettivo. Il privilegio ha grado ex art 2777, ult.c, c.c.: **è preferito a tutti i privilegi generali e speciali**, salvo a quello per le spese di giustizia e a quelli indicati dall'art. 2571-bis, c.c. (retribuzioni, onorari, agenti, coltivatori diretti, artigiani, cooperative di lavoro e agricole). Il privilegio non pregiudica altri titoli di prelazione di pari grado con data certa anteriore a quella della trascrizione del privilegio. Il privilegio si ferma di fronte all'art. 1153.

Credito agevolato e credito su pegno

- Credito agevolato (art. 47 tub): è necessaria una convenzione con la pubblica amministrazione che eroga l'incentivo. E' un'attività di rilievo pubblicistico (le violazioni sono considerate reati contro la PA). Le agevolazioni possono essere erogazioni a fondo perduto (o in conto capitale), in conto interessi, concessione di prestiti, servizi reali (informazione, orientamento, formazione, consulenza) o crediti di imposta.
- Credito su pegno (art. 48 tub): per svolgere tale attività basta una comunicazione alla Banca d'Italia ed avere una struttura organizzativa adatta. Si tratta di prestiti di modesto importo, pari al massimo a 4/5 del valore stimato bene, per brevi durate. La delibera è rapida in quanto è basata sul valore del bene. Al creditore viene consegnata una **polizza al portatore**, che è un documento di legittimazione non destinato alla circolazione (che ne è vietata). In caso di mancato pagamento si vendono i beni all'asta ed in mancanza di offerte vengono aggiudicati allo stimatore per una somma pari al prestito più gli interessi e le spese. Art. 67, ult.c, l.f., non si applica alle operazioni di credito su pegno.