

Mutui: penali, rinegoziazione, portabilità etc.

Ultimo aggiornamento domenica 11 maggio 2008

Vediamo assieme la situazione attuale. I) PENALI DI ANTICIPATA ESTINZIONE

L'art. 2 comma 450 lett. a) della finanziaria 2008 modifica il disposto dell'articolo 7 comma 1 del D.L. 7/2007 convertito nella Legge 40/2007.

La modifica estende i casi di nullità delle penali per anticipata estinzione, introducendo un caso di nullità sopravvenuta a seguito di accollo.

Ora, quindi, sono nulle le penali di anticipata estinzione, anche in caso di mutui accollati a seguito di frazionamento, se:

- mutuatario è persona fisica;
- il mutuo è finalizzato ad acquisto, ristrutturazione (anche costruzione per Rizzi) di abitazione (anche se non è prima casa) o unità immobiliare adibita allo svolgimento dell'attività economica o professionale del mutuatario.

Questa norma si applica solo ai mutui e non agli altri finanziamenti.

In tema di penali di anticipata estinzione, ricordiamo che, per i mutui stipulati in precedenza all'entrata in vigore del D.L. 7/2007, la disciplina che dispone la nullità delle penali non è applicabile.

Peraltro è stato stabilito un tetto massimo alle penali di anticipata estinzione; e in data 18/03/2008 è stato concluso un accordo ABI-CONSUMATORI per estendere retroattivamente, per le estinzioni a far data dal 02/02/2007, questo cosiddetto "calmier" sulle penali di anticipata estinzione. I clienti potranno dunque chiedere il rimborso.

Le penali "calmierate" sono:

- 0,5% per contratti a tasso variabile
- 0,5% per contratti a tasso fisso stipulati fino al 2001
- 1,9% per contratti a tasso fisso stipulati dopo il 2001 se estinti nella prima metà dell'ammortamento
- 1,5% per contratti a tasso fisso stipulati dopo il 2001 se estinti nella seconda metà.

Per tutti i contratti:

- 0,2% se il mutuo è estinto nel terz'ultimo anno
- zero se il mutuo è estinto negli ultimi due anni.

II) RINEGOZIAZIONE

(art. 2 comma 450 lettera b)

Possibilità di pattuire le variazioni delle condizioni senza spese con scrittura privata non autenticata.

La norma ribadisce un fatto già noto, vale a dire che per la modifica delle condizioni non è indispensabile l'annotamento.

III) PORTABILITÀ

L'art. 2 comma 450 lettera c) della finanziaria 2008 modifica l'articolo 8 del D.L. 7/2007 convertito nella Legge 40/2007.

La modifica ha portato le seguenti novità:

- sono escluse penali e oneri da parte della prima Banca;
- sono escluse spese e commissioni per la concessione del nuovo mutuo, istruttoria e accertamenti catastali.
- secondo il nuovo dato letterale, la surroga comporta il trasferimento del contratto di mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la Banca stipulante.

Riguardo a quest'ultimo punto, poichè la normativa, ora, oltre a richiamare l'articolo 1202 c.c., espressamente ricostruisce il fenomeno come "trasferimento del contratto di mutuo", dovrà probabilmente essere abbandonata quella ricostruzione teorica che vede nell'ipotesi in oggetto una estinzione del rapporto precedente. Pertanto, sugli atti di surroga, è il caso di fare attenzione alle clausole secondo le quali "è estinta la precedente obbligazione, con diritti, azioni, ragioni, tranne le garanzie", perchè potrebbe essere considerata non conforme al dato normativo.

Sembrirebbe invece confermata la tesi, autorevolmente sostenuta, e che appare dominante, secondo la quale la surroga è una successione nel lato attivo di una obbligazione. Come precisato dalla migliore dottrina, poichè il creditore surrogato subentra nel medesimo rapporto, conserverà tutte le garanzie e tutte le azioni (attive e passive) relative allo stesso, sia pur con limiti e correttivi. Se la nuova Banca vorrà cautelarsi dalla opponibilità delle azioni ed eccezioni opponibili alla Banca precedente in virtù del vecchio mutuo, sarà opportuno inserire in atto una espressa rinuncia della parte mutuataria ad avvalersene.

La nuova disposizione chiarisce che il subentro avviene "alle nuove condizioni stipulate tra il cliente e la Banca stipulante". Può apparire un controsenso: si subentra in un rapporto preesistente ma creando nuove condizioni con un contratto nuovo.

In realtà, forse la nuova formulazione della norma fa riferimento semplicemente all'esistenza di due rapporti, quello preesistente (rapporto di valuta), e quello che nasce con il nuovo contratto di mutuo (rapporto di provvista).

Infatti è stato chiarito (Caccavale) che l'istituto della surroga presuppone l'esistenza di due rapporti, uno di provvista e uno di valuta: il rapporto di provvista è il nuovo mutuo, e il rapporto di valuta è il mutuo precedente; i due rapporti continuano a coesistere, entrambi in capo al nuovo soggetto surrogato, il quale potrà scegliere di azionare l'uno o l'altro (così anche P. Sirena e Petrelli, che parla di subentro nel vecchio rapporto oltre al nuovo mutuo).

Se poi vogliamo dare un maggiore significato al dettato normativo, che parla di "subentro alle nuove condizioni", si può affermare che, per effetto della surroga, vengono automaticamente variate anche le condizioni del vecchio rapporto (di

valuta) venendo a coincidere con quelle del nuovo rapporto (di provvista). Secondo Petrelli, le nuove condizioni sostituiscono quelle del mutuo precedente, ed i due contratti si integrano tra loro.

Allora è in questa ottica che si possono valutare quelle clausole, che spesso si trovano nelle bozze di surroga proposte dalla banca, per cui "l'ipoteca garantisce il pagamento degli interessi... che ai fini dell'iscrizione ipotecaria si determinano nella misura del x% nominale annuo, gli interessi di mora nella misura dell'y%"; comprende quanto dovuto dalla banca per spese di giudizio, rimborsi di tasse e imposte e quanto contrattualmente previsto per ogni caso di restituzione o risoluzione e quanto dovuto in dipendenza del mutuo.

Ora, sappiamo che l'iscrizione ipotecaria non può essere modificata per effetto di un atto di surroga; non cambia la somma iscritta, e anche gli interessi ai fini dell'iscrizione sono soltanto quelli che risultano dalla nota. Pertanto, se per assurdo l'interesse iscritto del vecchio mutuo fosse più basso di quello indicato dalla nuova banca "ai fini dell'iscrizione", l'ipoteca ovviamente potrà garantire il creditore soltanto entro il limite massimo dell'interesse risultante dalla nota. Forse però può valere anche il ragionamento inverso; se, come è probabile, il nuovo interesse indicato "per l'iscrizione" è più basso di quello iscritto, si può sostenere che la banca possa soddisfarsi solo nei limiti del nuovo interesse inferiore, come se vi fosse una rinuncia implicita a far valere il tasso iscritto più alto. Così pure, se si segue questa teoria sulla "sostituzione di condizioni", sarà opportuno riportare nel quadro D della nota di surroga tutte le nuove condizioni: termine, modalità di pagamento, interessi, ecc. Questo non perché l'ipoteca assista il nuovo rapporto, ma perché il vecchio rapporto vede le sue clausole sostituite con quelle del nuovo. Quindi l'indicazione in quadro D di tali nuove condizioni serve per pubblicizzare questa sostituzione delle condizioni del rapporto di valuta, così come avviene quando si annota una rinegoziazione.

Ulteriore conseguenza di questa ricostruzione (esistenza di un doppio rapporto) è che anche per il nuovo mutuo bisognerà rilasciare la copia esecutiva, ma che sarà il caso di consegnare la copia esecutiva del precedente mutuo alla nuova banca, perché è quella la copia che serve per azionare il vecchio rapporto (di valuta), al quale, tra l'altro, è collegata l'ipoteca.

Ricordiamo infatti (così Caccavale) che l'ipoteca è accessoria, non salta da un'obbligazione all'altra, pertanto continua ad assistere il vecchio rapporto (di valuta) e non il nuovo (di provvista).

Un'ultima considerazione di carattere pratico-formale riguarda i mutui cartolarizzati. In questo caso il credito è trasferito ad un altro soggetto e la Banca creditrice ne dispone in virtù di una procura gestoria. Poiché le surroghe sono per atto pubblico, la procura va allegata all'atto; ed è il caso comunque di spendere il nome della società di cartolarizzazione rappresentata.

IV) CANCELLAZIONE DI IPOTECHE

L'articolo 2 comma 450 della Legge 244/2007 ha introdotto delle modifiche all'articolo 13 del D.L. 7/2007 convertito nella Legge 40/2007, in tema di procedimento semplificato di cancellazione delle ipoteche (rammentiamo che la cancellazione semplificata è applicabile solo in caso di MUTUI (e non altri finanziamenti) e solo se il creditore è una BANCA o un ENTE DI PREVIDENZA OBBLIGATORIA).

In primo luogo, a modifica dell'articolo 13 comma 8-novies, è ora previsto che la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca debba essere inviata entro 30 giorni dalla estinzione del mutuo (il precedente dettato normativo faceva decorrere impropriamente il termine di 30 giorni dalla scadenza della obbligazione). Questa modifica conferma un risultato cui si era già giunti in via interpretativa, e valorizza ulteriormente il momento estintivo della obbligazione all'interno del procedimento semplificato di cancellazione.

Con tale il sistema semplificato la Banca, una volta estinta l'ipoteca, deve darne comunicazione entro 30 giorni al Conservatore; entro lo stesso termine ha però facoltà di inviare la comunicazione di permanenza dell'ipoteca.

Secondo la legge (articolo 13 comma 8-decies D.L. 40/2007) decorso il termine di 30 giorni senza che vi sia tale comunicazione di permanenza, il Conservatore procede d'ufficio alla cancellazione dell'ipoteca. Sappiamo anche che attualmente, a seguito di una circolare dell'Agenzia del Territorio, la cancellazione avviene con annotamento in un registro, istituito ad hoc con la circolare stessa.

Riguardo al procedimento di cancellazione semplificata, esistono due teorie, che ricostruiscono diversamente l'estinzione dell'iscrizione ipotecaria conseguente al procedimento medesimo.

Una prima tesi attribuisce all'annotamento in cancellazione eseguito dal Conservatore (sia pure non a margine della nota, ma sullo speciale registro all'uopo creato) una natura costitutiva; quindi è da tale annotamento che conseguirebbe l'estinzione della iscrizione, così come avviene con le cancellazioni ordinarie.

C'è poi un'altra tesi, che attribuisce invece un ruolo di maggiore novità al decreto Bersani. Si ritiene che, con il nuovo procedimento, sia stata introdotta una nuova causa di perenzione legale dell'iscrizione ipotecaria, che si estinguerebbe con l'estinzione del mutuo. Questa è la tesi sostenuta, tra l'altro, dall'Agenzia del Territorio.

Quindi l'estinzione dell'obbligazione non estinguerebbe solo il diritto di ipoteca, ma l'iscrizione stessa, e il successivo annotamento in cancellazione avrebbe efficacia meramente dichiarativa.

Questa tesi vorrebbe dare maggiore sicurezza, ricollegando la perenzione dell'ipoteca già all'estinzione della obbligazione; forse anche per il timore che l'annotamento di cancellazione nel registro speciale possa essere considerato, da qualche giudice, non equivalente all'annotamento di cancellazione richiesto dalla legge, che ai sensi del c.c. dovrebbe avvenire in margine alla nota di iscrizione.

Ma tale teoria, pur autorevolmente sostenuta, cela un'insidia: se riteniamo che l'annotamento abbia efficacia soltanto dichiarativa, ne consegue che l'effetto estintivo può esser prodotto solo e unicamente dalla estinzione del mutuo. Potrebbero quindi sorgere dei problemi qualora, dopo l'annotamento in cancellazione (dichiarativo) si scoprisse che in realtà l'obbligazione non è estinta, e di conseguenza non si è prodotto l'effetto estintivo dell'iscrizione ipotecaria. Il caso è quello della riviviscenza dell'ipoteca (articolo 2881 c.c.). Tale norma infatti prevede che, se è dichiarata nulla o altrimenti non sussiste la causa estintiva dell'obbligazione, l'ipoteca rivive; ma se è intervenuta cancellazione, si dovrà procedere a nuova iscrizione, che prende grado dalla sua data.

E' chiaro che questa norma presuppone che la cancellazione dell'iscrizione abbia effetto COSTITUTIVO; se però la cancellazione Bersani ha effetto solo dichiarativo, si può rischiare di demolire l'argine dell'articolo 2881 c.c.; quindi l'ipoteca cancellata col procedimento "Bersani" potrebbe rivivere.

E' chiaro che possono essere ipotizzate delle ricostruzioni diverse, e non è questa la sede per approfondire il problema. Queste osservazioni possono servire piuttosto a considerare la cancellazione semplificata come un sistema che presenta ancora qualche incognita, che potrà essere definitivamente risolta solo dopo che sarà passata al vaglio dalla giurisprudenza.

Conseguentemente, può essere consigliabile, a titolo prudenziale, non trattare le cancellazioni "Bersani" alla stregua delle cancellazioni ordinarie. Mi riferisco alla prassi, adottata da molti colleghi, di non citare affatto nelle relazioni le ipoteche annotate di "cancellazione Bersani"; forse è più prudente dichiarare che c'è un'ipoteca iscritta e che risulta cancellata con il sistema semplificato. Questo perchè, come sopra precisato, allo stato non possiamo essere sicuri che tale cancellazione abbia lo stesso effetto di quella ordinaria.

Naturalmente, ci si augura che le pronunce giurisprudenziali giungano ad una interpretazione tale da fugare questi dubbi. Ma per ora non possiamo esserne certi.

Seconda novità portata dalla finanziaria:

viene esteso il procedimento di cancellazione "semplificato" anche ai mutui accollati a seguito di frazionamento. In questo caso il conservatore dovrà provvedere anche agli atti di svincolo: bisognerà capire come ciò avverrà materialmente, posto che la circolare 5/T del 1° giugno 2007 dell'Agencia del Territorio ha specificato che "il nuovo procedimento non contempla l'effettuazione della materiale annotazione a margine dell'ipoteca", ma si conclude mediante l'annotazione a margine nell'elenco in cui è registrata la quietanza portante la data di estinzione della obbligazione.

E' da ritenere che non sia possibile estendere il procedimento semplificato per le restrizioni di ipoteca al di fuori del caso specifico contemplato dalla norma.

Sicuramente non sarà utilizzabile tale procedimento in caso di restrizione di ipoteca che precede la vendita da costruttore, atteso il chiaro disposto della legge 122/2005 che impone al Notaio di non stipulare atti di vendita dal costruttore qualora non sia stato perfezionato un titolo idoneo alla cancellazione.

V) IMPOSTA SOSTITUTIVA

Articolo 1 comma 160 legge 244/2007

lettera a): aggiunge un periodo all'articolo 18, 3° comma, del DPR 601/73: è prevista l'applicazione dell'imposta sostitutiva del 2%, anzichè dello 0,25%, anche per i mutui contratti per l'acquisto, costruzione e ristrutturazione di immobili per cui ricorrono i presupposti per l'agevolazione prima casa, qualora la sussistenza delle stesse non risulti da apposita dichiarazione della parte mutuataria, resa nell'atto o allegata allo stesso.

A seguito di tale intervento normativo, è necessario che vi sia una dichiarazione positiva sulla esistenza di tali requisiti: non basta la dichiarazione negativa che il mutuo "non è contratto per acquisto di immobili per cui non ricorrono i presupposti per la agevolazioni prima casa".

Articolo 1 comma 160 legge 244/2007

lettera b): inserisce un quarto comma all'articolo 20 DPR 601/73: In caso di decadenza delle agevolazioni prima casa per dichiarazione mendace o trasferimento prima del decorso di cinque anni, l'Agencia delle Entrate competente provvede a recuperare nei confronti del mutuatario la differenza d'imposta sostitutiva ed a irrogare la sanzione del 30%.

Sulle novità in tema di imposta sostitutiva è stato pubblicato uno studio del CNN, n. 19-2008/T, al quale si rimanda per l'approfondimento del tema; qui si può ricordare, in modo riassuntivo:

- la dichiarazione può essere contenuta nel mutuo, o in allegato;
- è sufficiente che la dichiarazione contenga l'affermazione secondo cui i presupposti per le agevolazioni sussistono;
- è sufficiente l'esistenza dei presupposti per chiedere la agevolazioni, non è necessario che siano state chieste in concreto;
- è ininfluyente quale sia l'immobile ipotecato, ciò che conta è la destinazione del mutuo;

- se il mutuo non è contratto per l'acquisto di unità abitative e pertinenze, l'aliquota è dello 0,25% senza necessità di dichiarazioni sulla finalità del mutuo;
- sempre secondo lo studio citato, l'aliquota del 2% è applicabile solo quando il mutuatario divenga o sia anche proprietario del bene da acquistare con il mutuo, non quando il mutuatario utilizza la somma per acquistare, in capo ad un'altro soggetto, un'abitazione "seconda casa". In sostanza, per valutare se si applichi lo 0,25% o il 2% bisogna guardare al rapporto di proprietà (o titolarità di altro diritto reale) del mutuatario e non di altri soggetti. (Però per i coniugi in comunione sembra necessaria l'esistenza dei requisiti prima casa in capo ad entrambi).

Venendo al regime decadenziale, si ritiene che esso, se derivante da alienazione, si applichi in solo caso di mutuo contratto per l'acquisto della prima casa, escludendosi i casi di costruzione e ristrutturazione; se invece deriva da dichiarazione mendace, si applicherebbe sempre.

Se l'opinione che esclude la decadenza per alienazione può senz'altro condividersi per i mutui destinati alla costruzione prima casa, in quanto in tal caso una decadenza delle agevolazioni prima casa non potrà verificarsi, è forse più discutibile l'ipotesi del mutuo contratto per ristrutturazione, ove l'abitazione in oggetto sia stata acquistata con richiesta di agevolazioni e si incorra nella decadenza per alienazione infraquinquennale.

VI) DETRAZIONE INTERESSI

L'articolo 1 comma 202 della legge 244/2007 ha modificato l'articolo 15 comma 1 lettera b) del T.U. 917/86 elevando a euro 4.000,00 l'importo massimo degli interessi passivi detraibili, che sono pari al 19%.

L'importo massimo è riferito all'ammontare complessivo di interessi, oneri e spese. Quindi se ci sono più cointestatari, deve essere suddiviso tra gli stessi.

DISCIPLINA DELLA DETRAZIONE INTERESSI PASSIVI

MUTUO PER ACQUISTO

La detrazione è consentita purchè:

A) il mutuo sia contratto per l'acquisto di unità immobiliare da adibire ad abitazione principale entro un anno dall'acquisto. Per "abitazione principale" si intende quella in cui il contribuente o i suoi familiari dimorano abitualmente.

N.B. Non è necessario che siano state richieste le agevolazioni prima casa, e in generale non vi è necessaria coincidenza tra casa acquistata con agevolazioni prima casa e abitazione principale.

La norma non richiede il trasferimento della residenza, ciò non toglie che possa essere opportuno al fine di dimostrare che si tratta di abitazione principale.

N.B.2 Il mutuo può avere come garanzia anche un'ipoteca su un immobile diverso da quello adibito ad abitazione principale, che verrà acquistato con il mutuo (la norma fa riferimento ad un mutuo ipotecario, ma non impone quale sia l'immobile da ipotecare, inoltre ciò che conta è la destinazione delle somme mutate). La destinazione può risultare dal mutuo, dal contratto di acquisto dell'immobile, o da altre documentazioni rilasciate dalla Banca (circolare 15/E TUIR);

B) l'acquisto dell'unità immobiliare deve essere effettuato entro 1 ANNO precedente o successivo la stipula del mutuo (non si tiene conto di tale periodo se il mutuo originario è estinto e ne viene stipulato un altro di importo non superiore alla quota di capitale da rimborsare, maggiorata delle spese e oneri correlati);

- se l'unità acquistata è soggetta a lavori di ristrutturazione edilizia, comprovata da concessione, la detrazione spetta da quando l'unità è adibita a dimora abituale, e comunque entro 2 anni dall'acquisto.

ONERI DETRAIBILI:

imposta sostitutiva, imposta per iscrizione ipoteca, spese di istruttoria, di perizia e spese notarili per il contratto di mutuo.

MUTUO CONTRATTO PER LA COSTRUZIONE DELL'ABITAZIONE PRINCIPALE.

Risoluzione 73/E del 3/3/08

E' possibile detrarre gli interessi passivi del mutuo contratto per la costruzione (o per finire la costruzione) della prima casa, se ricorrono le seguenti condizioni:

- il mutuo deve essere contratto:

-> entro i 6 mesi antecedenti l'inizio dei lavori di costruzione (legge 311/99)

-> o entro i 18 mesi successivi l'inizio dei lavori di costruzione (articolo 15 DPR modificato dal decreto 159/2007 convertito nella legge 222/2007).

- i lavori devono essere completati entro il termine di scadenza della concessione o della sua eventuale proroga.

- la casa deve essere adibita ad abitazione principale entro 6 mesi dalla fine dei lavori.

E' importante a questo fine che sia certa la data di inizio lavori (nella risoluzione è stata considerata data certa di inizio lavori quella di voltura della DIA).

ESTINZIONE DEL MUTUO PRIMA CASA E STIPULA DI UN NUOVO MUTUO.

Il beneficio della detrazione è riconosciuto se il nuovo mutuo non è superiore alla residua quota di capitale incrementato dagli oneri accessori.

Se di importo superiore, la detrazione spetta nei limiti della predetta quota. (Risoluzione 57/E del 21/02/2008). (Però attenzione: ai fini della detrazione probabilmente questa dichiarazione dell'Agenzia delle Entrate deve esser letta in coordinamento con quanto sopra previsto per i LIMITI TEMPORALI nella stipula del mutuo, per cui la detrazione è possibile per i mutui stipulati entro un anno dall'acquisto, o anche successivi se di importo non superiore alla quota di capitale da rimborsare, maggiorata di spese ed oneri).

Se inizialmente due coniugi stipulano un mutuo per comprare la casa e poi il mutuo viene sostituito da un'altro contratto da uno solo dei coniugi, il nuovo mutuatario può detrarre per intero il 19% degli interessi passivi del nuovo mutuo. (Ris. 57/E/2008)

PLURALITA' DI INTESTATARI (da un articolo di Angelo Busani)

Regola:

- la detrazione spetta se l'intestatario del mutuo è proprietario della casa.
- se il mutuo è intestato a più persone, ognuna ha diritto alla detrazione in relazione alle sue quote.
- se però sono cointestatari della casa due coniugi, e il mutuo è stipulato da uno solo di essi, la detrazione gli spetta con riferimento all'intero ammontare degli interessi pagati, con riferimento a tutto il mutuo. (circolare 18/5/2006 n. 17/E)
- la detrazione spetta a chi acquista la nuda proprietà, e quindi sia usufruttuario un soggetto diverso. (circolare 3/5/1996 n. 108/E)
- la detrazione non spetta a chi acquista l'usufrutto.
- nel caso di acquisto di un'abitazione da parte di un soggetto che si accolla, in conto prezzo, il mutuo stipulato dal venditore, l'acquirente ha diritto alla detrazione anche quando le quietanze di pagamento risultano rilasciate a nome del venditore e gli interessi passivi risultino pagati dal venditore per conto dell'acquirente.
- gli eredi e i legatari del mutuatario defunto detraggono gli interessi passivi del mutuo contratto dal defunto (anche se il reddito dell'unità immobiliare sia dichiarato da un soggetto diverso, ad esempio dal coniuge superstite, titolare del diritto di abitazione).

Se il mutuo è stato stipulato da una pluralità di mutuatari, il predetto limite di 4.000,00 euro si considera diversamente a seconda della data di stipula del mutuo:

- per i mutui stipulati fino al 31 dicembre 1992, l'importo va riferito a ciascun cointestatario;
 - per i mutui stipulati dal 1° gennaio 1993, il limite di 4.000,00 euro va riferito complessivamente a tutti i contestatari.
- Pertanto, in quest'ultimo caso, se i due coniugi sono cointestatari di un mutuo, ciascuno di essi deve calcolare la detrazione su un importo massimo di 2.000,00 euro; peraltro, se uno dei coniugi è fiscalmente a carico dell'altro, la detrazione spetta a quest'ultimo per entrambe le quote. Valeria Terracina, Notaio in San Donà di Piave. Tutti i diritti riservati.