

[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI PARMA  
SEZIONE SECONDA CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice Unico dott.ssa Irene Colladet ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Nella causa iscritta a n. xxxx/2019 R.G. promossa da:

**SOCIETA' DEBITRICE;**

attrice/opponente

**CONTRO**

**SOCIETA' CREDITRICE;**

convenuta/opposta

CON L'INTERVENTO VOLONTARIO AI SENSI DELL'ART. 105 C.P.C. DI **CREDITORI IPOTECARI;**

**CONCLUSIONI DI PARTE ATTRICE/OPPONENTE:**

“Voglia l'Ill.mo tribunale adito, contrariis reiectis e previe le declaratorie del caso e di legge: IN VIA PRELIMINARE- In riforma dell'ordinanza impugnata, disporre la sospensione ai sensi dell'art. 624 c.p.c. per le ragioni indicate in atti stante l'invalidità, inefficacia, invalidità del titolo esecutivo; NEL MERITO-Dichiarare la nullità del contratto di mutuo fondiario e per violazione dell'art. 38 T.U.B. circa il finanziamento oltre il limite di legge fissato e la conseguente invalidità dell'ipoteca iscritta. Dichiarare l'invalidità del titolo esecutivo per violazione dell'art. 474 c.p.c. e 1813 c.c. Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa. IN VIA ISTRUTTORIA- chiede disporsi C.T.U. atta a determinare il valore del bene oggetto di mutuo secondo il criterio sancito dalla Cassazione, in forza del quale <la concreta e attuale prospettiva di negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, sì che, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudenziale>”.

**CONCLUSIONI DI PARTE CONVENUTA/OPPOSTA:**

“Conclusivamente, possiamo affermare che entrambi i motivi di opposizione sono infondati e che anche a voler accogliere il secondo il risultato pratico cui si giunge non è quello ipotizzato dall'opponente: il mutuo rimane tale e il titolo rimane tale, alla peggio si perdono solo i privilegi fondiari. Si confida pertanto nel rigetto dell'opposizione”.

**CONCLUSIONI DELLA PARTE INTERVENUTA:**

“Voglia il Tribunale Ill.mo, contrariis reiectis, per le cause di cui in premessa o altre rilevabili d'ufficio, dichiarare la nullità o annullare o dichiarare inefficace il contratto di mutuo indicato al punto a. di premessa di intervento e della relativa ipoteca iscritta; con il favore delle spese tutte di giudizio, IVA e CPA di legge incluse”.

Con atto di citazione ai sensi degli artt. 615 e 617 c.p.c., notificato in data 22 luglio 2019, la **SOCIETA' DEBITRICE** adiva codesto Tribunale proponendo opposizione avverso l'atto di precetto ad essa notificato in data 9/10 luglio 2019 dalla **OMISSIS** unitamente al titolo esecutivo costituito dal contratto di mutuo fondiario stipulato in data 04/05/2012<sup>1</sup>, con atto a rigito Notaio **Dott. OMISSIS**, Rep. n. xxxx

<sup>1</sup> Tale contratto veniva stipulato tra **SOCIETA' DEBITRICE** e Banca **CEDENTE** (che ha poi ceduto il credito a **SOCIETA' CREDITRICE**) e prevedeva l'erogazione in favore dell'odierna attrice dell'importo complessivo di euro 2.500.000,00 oltre interessi, di cui euro 1.300.000,00 venivano versati contestualmente ed in forza della stipulazione, mentre il restante importo veniva dilazionato in successivi pagamenti, subordinati al rispetto di talune condizioni previste all'art. 7 del ridetto contratto di mutuo.

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

e Racc. n. xxxx, registrato a **OMISSIS** il 21.05.2012 al n. xxxx serie xx, garantito da ipoteca volontaria iscritta in data 21/05/2012. In particolare, l'opponente chiedeva, in via preliminare, la sospensione ex art. 624 c.p.c. e, nel merito, dichiararsi la nullità del contratto di mutuo fondiario de quo per superamento del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 comma secondo del TUB, nonché di accertarsi l'inidoneità dello stesso a costituire titolo esecutivo data la sua natura di mutuo c.d. condizionato.

**SOCIETA' CREDITRICE** si costituiva in giudizio eccependo l'infondatezza delle avverse richieste, chiedendo il rigetto sia dell'istanza di sospensiva, sia dell'opposizione, e, in subordine la conversione del negozio nullo da mutuo fondiario in mutuo ordinario ipotecario, allegando, in particolare, che:

- l'art. 2 bis del contratto di mutuo, attestava che "la Parte mutuataria, in persona come sopra, dichiara di aver ricevuto dalla Banca mutuante, per mezzo del nominato suo rappresentante, la somma di € 1.300.000,00 (diconsi Euro unmilionetrecentomila/00) di cui rilascia definitiva quietanza" (cfr. doc. 1);  
- la stessa opponente riconosceva, a pag. 2 del proprio atto di citazione in opposizione, di aver ricevuto la somma di Euro 1.300.000,00 (unmilionetrecentomila/00) contestualmente alla stipula del contratto di mutuo;

- successivamente, la Banca versava a favore della società mutuataria ulteriori euro 354.000,00, come attestato da sei quietanze (cfr. docc. da 2 a 7);

- in data 04.05.2012, i sigg.ri **FIDEIUSSORI** (doc. 10) si costituivano fideiussori della **SOCIETA' DEBITRICE** per l'adempimento delle obbligazioni, derivanti dall'anzidetto mutuo fondiario, verso la Banca, elevando così il limite di finanziabilità come previsto dall'art. 38 comma secondo T.U.B. che richiama la delibera CIRC n. 229 del 21/04/1999.

Con ordinanza del 13/09/2019 veniva inibito a parte creditrice di procedere esecutivamente nei confronti di **SOCIETA' DEBITRICE** in forza del precetto notificato limitatamente all'importo di euro 354.000,00, poi confermata anche in sede di reclamo.

La causa veniva istruita solo documentalmente.

Nelle more del giudizio, dispiegavano atto di intervento volontario (in adesione a parte opponente) i sig.ri **CREDITORI IPOTECARI**<sup>2</sup>, in qualità di creditori ipotecari di grado successivo rispetto alla convenuta **SOCIETA' CREDITRICE**, associandosi alle richieste di parte attrice.

All'udienza del 17/11/2021, svoltasi con modalità cartolare ex art. 221, comma 4, del d.l. n. 34/2020, come convertito della legge n. 77/2020, le parti precisavano le conclusioni e all'esito la causa veniva trattenuta in decisione con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di conclusionali e memorie di replica, decorrenti dalla comunicazione del provvedimento, non trovando accoglimento la richiesta delle parti intervenute di dimezzare i ridetti termini.

Al fine di risolvere la presente controversia occorre essenzialmente affrontare il controverso tema del superamento del limite di finanziabilità, nonché verificare se il mutuo azionato abbia o meno le caratteristiche del titolo esecutivo.

## 1. SULLA NULLITÀ DEL MUTUO FONDIARIO PER SUPERAMENTO DEL LIMITE DI FINANZIABILITÀ EX ART. 38 DEL TUB

Ad avviso di parte attrice e degli intervenuti, il titolo esecutivo, costituito dal contratto di mutuo fondiario stipulato in data 04/05/2012<sup>3</sup>, con atto a rogito Notaio **Dott. OMISSIS**, Rep. n. xxxx e Racc.

<sup>2</sup> Si tratta degli "ex" soci della disciolta **OMISSIS**, in favore della quale **SOCIETA' DEBITRICE** (con atto a ministero Dr. **OMISSIS** del 04/05/2012) costituiva ipoteca volontaria sull'immobile staggito a garanzia del pagamento del prezzo della vendita per la parte non versata alla stipula.

<sup>3</sup> Tale contratto veniva stipulato tra **SOCIETA' DEBITRICE** e Banca **CEDENTE** (che ha poi ceduto il credito a **SOCIETA' CREDITRICE**) e prevedeva l'erogazione in favore dell'odierna attrice dell'importo complessivo di euro 2.500.000,00 oltre interessi, di cui euro 1.300.000,00 venivano versati contestualmente ed in forza della stipulazione, mentre il restante importo veniva dilazionato in successivi pagamenti, subordinati al rispetto di talune condizioni previste all'art. 7 del ridetto contratto di mutuo.

n. xxxx, registrato a **OMISSIS** il 21.05.2012 al n. xxxx serie xx, è affetto da nullità in quanto il capitale finanziato supererebbe il limite di finanziabilità di cui all'art. 38 comma secondo TUB.

Tale norma statuisce che “La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”.

La deliberazione del CICR di riferimento è quella del 22 aprile 1995 che prevede: “L'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi. Tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia”.

Com'è noto, la giurisprudenza di legittimità ha, per lungo tempo, ritenuto che “l'art. 38 TUB pur essendo norma imperativa “non incide però sul sinallagma contrattuale ma investe esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38, comma 2, del TUB e dalla circolare del Cicr del 1995” (cfr. Cass., Sez. I, 28/11/2013, n. 26672 e, a seguire, nei termini, Cass., Sez. I, 6/12/2013 n. 27380, Cass., ordinanza 4/11/2015 n. 22446, Cass., Sez. I, 7/03/2016 n. 4471, e da Cass., Sez. I, 2/03/2016, n. 13164).

Infatti, considerando che il ridotto limite di erogabilità del mutuo ipotecario è stato previsto dal legislatore soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla sua violazione la nullità del mutuo ormai erogato ed il venire meno della connessa garanzia ipotecaria, condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio il valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intende proteggere.

Nelle pronunce più recenti, tuttavia, i giudici di legittimità hanno cambiato radicalmente prospettiva, ritenendo che “la norma non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma persegue interessi economici nazionali (pubblici)”, di talché la sua violazione è causa di nullità del contratto di mutuo, salva l'operatività dell'istituto della conversione, applicando il quale il contratto di finanziamento fondiario produce gli effetti di un mutuo ordinario: “il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2 T.u.b. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario e poichè il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, “fondiario”, secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti” (cfr. Cass. 17352/2017).

Nei termini si è espressa anche la successiva giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. n. 17439/2019), pur evidenziando in parte motiva che “tale conclusione è però stata oggetto di vivace critica ad opera di avvertita dottrina e di una parte della giurisprudenza di merito, tra l'altro sotto il profilo: dell'eccesso della misura applicata rispetto alla finalità della norma violata, esigendosi dall'interprete il rispetto di un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse leso e rimedio prescelto; dei dubbi sulla ricorrenza stessa dei presupposti di quell'istituto, per la perplessità sulla configurazione di diversità dei tipi negoziali coinvolti, anzichè di un rapporto di species a genus tra mutuo fondiario e mutuo ipotecario, vista la preponderanza di elementi in comune e la presenza, nel primo, soltanto di elementi accidentali caratterizzanti; della complessità della ricostruzione di una consapevolezza e volontà delle parti in relazione al carattere aleatorio della stima cui ancorare la convertibilità; della conseguenza di notevoli limitazioni alla proposizione dell'istanza di conversione; delle cospicue conseguenze sulla stabilità patrimoniale delle stesse banche inosservanti delle condizioni per il riconoscimento del carattere fondiario del mutuo”.

Tali perplessità sono state poi approfondite e fatte proprie dalla prima sezione civile della Cassazione, la quale, con l'ordinanza n. 4117/2022 ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Ivi la Cassazione ha, in particolare:

- a. messo in dubbio il carattere imperativo della norma violata<sup>4</sup>;
- b. evidenziato che il superamento del limite di finanziabilità non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, bensì “di specificazione quantitativa”, lasciando invariata la struttura del mutuo<sup>5</sup> e non incidendo nel sinallagma contrattuale;
- c. argomentato che far discendere dalla violazione della soglia la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato (facendo venir meno la connessa garanzia ipotecaria), condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere;
- d. allegato che il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto, tant'è che la verifica del reale valore del cespite può avvenire solamente attraverso valutazioni estimatorie che presentano indubbi margini di opinabilità e di incertezza valutativa, spesso ricavabili, solo in corso di causa, all'esito dell'espletamento di una consulenza tecnica;
- e. richiamato che la stessa Cass. 19/11/2018, n. 2974<sup>5</sup> aveva evidenziato che "l'indicazione nel contratto di mutuo fondiario del valore del bene offerto in garanzia non assurge a requisito di forma prescritto "ad

---

<sup>4</sup> “Secondo l'orientamento che in ragione della sua diffusione può definirsi attualmente prevalente, il carattere imperativo dovrebbe essere desunto dalla natura pubblicistica dell'interesse protetto, trattandosi di una disposizione ispirata ad obiettivi economici generali, attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale, controbilanciata dal trattamento di favore accordato alla banca sotto il profilo del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 T.u.b.) e della possibilità di intraprendere l'esecuzione durante il fallimento (art. 41 T.u.b.).

**5.1.2.** In senso opposto, potrebbe tuttavia riflettersi sulla circostanza che la determinazione che risulterebbe violata non è costituita da una fonte normativa primaria, quale è certamente l'art. 38, ma da una fonte subordinata (o, se si vuole, di soft law), da ravvisarsi nel provvedimento della Banca d'Italia.

**5.1.3.** Ora, se è vero che il compito istituzionale dall'Autorità di vigilanza è quello di garantire la trasparenza e correttezza dei comportamenti degli istituti di credito, ciò, forse, non è sufficiente per ritenere che ci si trovi al cospetto di un interesse di carattere generale, diretto cioè al perseguimento di obiettivi economici collegati all'economia nazionale; deve al riguardo semmai accertarsi se le regole prescritte dalla Banca d'Italia, in esecuzione della delega ricevuta dal legislatore, mirino di per sé a garantire il pubblico interesse; oppure mirino esclusivamente ad evitare, come ritenuto dalle sentenze “gemelle” del 2013, che l'istituto di credito assuma un'esposizione finanziaria senza un'adeguata contropartita e garanzia (facendosi riferimento all'art. 38, come norma “volta ad impedire che le banche si espongano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio”); oppure se, ancora, quest'ultimo scopo non sia, addirittura, esso stesso un interesse che, sebbene volto a tutelare in apparenza la posizione di uno solo dei contraenti, indirettamente miri a realizzare una finalità di carattere generale. Si impone, perciò, una attenta indagine della reale natura dell'interesse protetto, non solo in considerazione del fatto che, nel caso in esame, tra il precetto legislativo e lo scopo tutelato si interpone una decisione dell'Autorità di vigilanza, ma anche del fatto che la prescrizione impartita da quest'ultima finisce per conformare la condotta di un singolo contraente (l'istituto di credito), che indubbiamente riveste un ruolo oltremodo delicato nel quadro economico generale. Di qui il dubbio se lo scopo perseguito dalla norma sia quello, proteggere l'istituto di credito contro rischi eccessivi oppure quello di garantire un interesse di carattere realmente generale.

**5.1.4.** In tale ultima prospettiva, tuttavia, andrebbe comunque tenuto presente che, anche se l'interesse alla correttezza del comportamento delle banche produce innegabili riflessi sul buon funzionamento dell'intero mercato, ciò potrebbe non essere sufficiente per far scattare la nullità virtuale, atteso che “Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede” (cfr. in tal senso Sez. U., n. 26724 del 2007, in tema di responsabilità degli intermediari finanziari).”

<sup>5</sup> “5.2. Sotto altra angolazione, sempre secondo l'orientamento prevalente, l'art. 38 imporrebbe una regola riguardante un elemento strutturale della fattispecie, trovando pertanto applicazione il principio, ancora affermato da Sez. U. n. 26724 del 2007, secondo cui la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità. Ciò in applicazione del principio, già affermato dalla sentenza 29/09/2005, n. 19024, secondo il quale la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, come avverrebbe nel caso in esame.

substantiam", non essendo previsto come tale dalla disciplina specifica di cui agli artt. 38 e 117 T.U.B. e non rientrando nell'ambito delle "condizioni" contrattuali di carattere economico. Ne consegue che la sua omissione non impedisce l'applicabilità del limite di finanziabilità, che è requisito di sostanza del contratto", concludendo quindi che se "l'effettivo rispetto del limite di finanziabilità non pone una questione di validità delle dichiarazioni negoziali, ma di "oggettivo riscontro fattuale", e che dunque l'indicazione del valore dell'immobile nello scritto contrattuale non possiede valore costitutivo" allora "essendo tale verifica affidata ad un accertamento tecnico, la sanzione della nullità potrebbe apparire sproporzionata se ed in quanto fondata sulla verifica di valori di mercato che presentano un certo margine di opinabilità (destinato inevitabilmente ad accrescersi se, come accade nella maggioranza dei casi, l'indagine demandata al ctu viene svolta a distanza di anni dalla data di stipulazione del contratto)"; f. evidenziato "l'esistenza di un vantaggio obiettivamente sproporzionato per il mutuatario che, per il solo fatto di aver ricevuto dall'istituto una somma superiore a quella consentita dal c.d. scarto di garanzia, realizzerebbe la completa liberazione dell'immobile dall'ipoteca"<sup>6</sup>;

Su queste premesse, la Corte di Cassazione, riprendendo "quella parte della giurisprudenza di merito che non ha inteso aderire all'indirizzo di legittimità inaugurato da Cass. 17352/2017 cit.", considerato il "difficile utilizzo della conversione del contratto nullo (in quanto dal punto di vista sostanziale essa richiede l'ignoranza di entrambe le parti circa l'invalidità del contratto stipulato - cfr. Cass. 09/02/1980, n. 899 - e sotto il profilo processuale richiede che l'istanza venga formulata nella prima difesa utile successiva al rilievo della nullità), un percorso effettivamente alternativo potrebbe essere costituito dalla riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari.

5.4.2. In tal modo il rispetto del c.d. scarto di garanzia finirebbe per incidere non sul piano della validità del contratto, ma unicamente sulla possibilità di applicare, al programma negoziale posto in essere dalle parti, le eccliarie conseguenze ricollegate dalla legge al finanziamento fondiario e dunque sulla possibilità per l'istituto di godere della relativa disciplina di favore".

Tale soluzione, invero, rappresenta la via già seguita dalla scrivente (cfr. sent. n. 455 del 15/04/2020), la quale ritiene che le categorie della nullità e della conversione siano state impropriamente "chiamate in causa".

Come infatti già rilevato anche da altri Tribunali (cfr. ordinanza resa dal collegio del reclamo del Tribunale di Vicenza nella causa rg. n. 3907/2019. Est. Gandolfo; sentenza Tribunale di Parma, dr.ssa Pisto, del 27.09.2019 nella causa rg. 541/2014; Tribunale di Napoli, sent. del 05/06/2019), mutuo fondiario e mutuo ipotecario non sono due negozi diversi quanto ad oggetto, causa e struttura, ma sussiste tra gli stessi un rapporto di species a genus, in cui i profili distintivi sono esterni alla fattispecie ed al sistema bancario, quali a titolo esemplificativo: 1) il rapido consolidamento (in 10 giorni) dell'ipoteca e quindi la sua sostanziale esenzione dalla revocatoria fallimentare (art. 39, co. 4, TUB); 2) il diritto (del debitore, del terzo acquirente, del promissario acquirente o dell'assegnatario del bene

---

5.2.1. *In senso opposto (e dunque nel senso che l'art. 38 si configuri come norma-atto) potrebbe, tuttavia, riflettersi sulla circostanza che in realtà la norma, pur conferendo alla Banca d'Italia il potere di determinare la percentuale massima del finanziamento, che costituisce indubbiamente l'oggetto del contratto, non interferisce però sul contenuto del contratto "per aggiunta", cioè prevedendo un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, ma solo "per specificazione", imponendo che un elemento intrinseco già presente nel contratto (cioè il suo oggetto) possieda una determinata caratteristica di tipo quantitativo, restando però del tutto invariata la struttura della fattispecie nei suoi fondamentali elementi tipizzati".*

<sup>6</sup> E ciò "con effetti che ben potrebbero definirsi paradossali nel caso di esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito mutuante (atteso che la nullità darebbe luogo all'estinzione della procedura, per il venir meno del titolo esecutivo, anche in danno degli eventuali creditori intervenuti non muniti di titolo), e che appaiono connotati da anomalie anche nel caso di apertura di una procedura concorsuale, in cui l'interesse dei creditori al rispetto della par condicio anziché essere tutelato con lo strumento della revocatoria (ossia con il rimedio tipico previsto per il contratto in danno dei creditori), verrebbe ad essere protetto attraverso una sanzione di nullità dell'intero contratto derivante unicamente dall'illegittima costituzione della garanzia fondiaria".

ipotecato) di ottenere la suddivisione del finanziamento in quote e il correlativo frazionamento dell'ipoteca (art. 39, co. 6, TUB); 3) l'esenzione della Banca dal concorso sostanziale (art. 51 l.f.), cioè la sua facoltà di iniziare o proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore (art. 41, co. 6, TUB); ed altre conseguenze previste dallo speciale statuto del mutuo fondiario.

Ne consegue, pertanto, che tra il mutuo fondiario e il mutuo ipotecario gli elementi costitutivi e i profili di disciplina giuridica comuni sono preponderanti rispetto agli elementi differenziali, con la conseguenza che il superamento del limite di finanziabilità non comporta la nullità del sinallagma né la verifica della possibilità di dar luogo alla conversione in altro tipo di contratto, ma semplicemente la disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione del contratto di mutuo ipotecario originario e della garanzia ipotecaria.

In altre parole, il mancato rispetto di un requisito necessario per poter ravvisare la fondiarietà del mutuo non incide sul piano della validità dell'intero contratto, ma su quello della sua qualificazione giuridica “(secondo un percorso logico che potrebbe dirsi assimilabile a quello posto alla base dell'istituto della c.d. conversione formale, che opera però nelle ipotesi in cui un contratto possa essere posto in essere in più forme dai medesimi effetti giuridici, e la forma prescelta dalle parti non abbia i requisiti di validità previsti dalla legge) giacché un mutuo che non rispetti il limite di finanziabilità, nonostante divergenti dichiarazioni eventualmente incluse nel testo, non è qualificabile come fondiario (della cui validità quindi si discuta), ma come ipotecario” (cfr. sentenza Tribunale di Parma, dr.ssa Pisto, del 27.09.2019 nella causa rg. 541/2014).

Pertanto, il contratto in oggetto, anche nell'ipotesi in cui fosse stato accertato il superamento del limite di finanziabilità, non sarebbe in ogni caso affetto da nullità, ma andrebbe al più qualificato come mutuo ipotecario, e come tale valido e idoneo a far ‘sopravvivere’ l'ipoteca, e la procedura esecutiva instaurata, con conseguente infondatezza della contestazione attorea.

Chiarito ciò, posto che con l'opposizione qui proposta sia **SOCIETA' DEBITRICE**, sia gli intervenuti, miravano a far caducare titolo esecutivo, ipoteca e procedura esecutiva, non vi erano i presupposti per disporre la CTU estimativa richiesta da parte attrice.

Tali conclusioni rendono superflua la disamina delle ulteriori eccezioni formulate dall'opponente e dagli intervenuti legate alla nullità del mutuo per superamento del limite di finanziabilità, potendosi quindi affrontare la seconda doglianza formulata da **SOCEITA' DEBITRICE**, alla quale gli intervenuti si sono associati.

## **2. SULL'IDONEITÀ DEL CONTRATTO DI MUTUO CONDIZIONATO A COSTITUIRE TITOLO ESECUTIVO.**

La fattispecie del “mutuo condizionato” è stata sviscerata, a quanto consta, per la prima volta, dalla giurisprudenza di legittimità con la sent. 4293/1979, la quale ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il mutuo fondiario non documenti l'esistenza attuale di obbligazioni di somme di denaro ancorché consenta l'erogazione di acconti con il sistema dei versamenti rateali durante il corso dei lavori edilizi, ma riguardi debiti pecuniari meramente eventuali e futuri, non può essere utilizzato come titolo esecutivo dalla banca mutuante, configurando una mera promessa ad erogare il mutuo (vale a dire un preliminare di mutuo) e difettando dei requisiti previsti dall'art. 474, secondo comma n. 3 c.p.c..

Successivamente, la giurisprudenza si è divisa nell'individuare il *discrimen* tra contratto di mutuo e mero preliminare di mutuo.

Secondo la tesi maggiormente condivisa e condivisibile, che valorizza il carattere reale del contratto di mutuo, la fattispecie contrattuale è da ritenersi perfezionata quando il mutuatario abbia la disponibilità giuridica della somma mutuata, che in termini probatori si realizza con l'attestazione dell'erogazione della somma nella medesima forma del contratto ricevuto dal notaio e riprodotta in atto pubblico.

In particolare, Cass. n. 17194/2015 esamina esattamente l'affermazione di diritto che nega il carattere di titolo esecutivo al contratto di mutuo, qualora non sia accompagnato dalla immediata dazione della somma di denaro, o dalla immediata disponibilità giuridica della stessa, omissione questa che lo

priverebbe della realtà, non potendo quest'ultima essere recuperata attraverso la integrazione del contratto di mutuo con il separato atto di quietanza a saldo.

La Corte, prendendo le mosse dalla progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e della loro progressiva sostituzione con annotazioni contabili, che non si accompagna alla scomparsa di strumenti di tradizionale utilizzazione nella pratica degli affari e nella vita sociale in genere quali il contratto di mutuo, espone una rilettura dei caratteri essenziali di tale fattispecie, che tiene conto dell'evolversi della realtà fattuale, senza stravolgerli, di talché “pur ribadendo la tesi tradizionale per la quale il contratto di mutuo è un contratto reale, che quindi si perfeziona con la consegna della somma data a mutuo, che è elemento costitutivo del contratto (così come il pur necessario consenso legittimamente prestato dalle parti al trasferimento di questa somma), non configura la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo esclusivamente nei termini della materiale e fisica traditio del denaro nelle mani del mutuatario, ritenendo sufficiente che questi ne acquisisca la disponibilità giuridica. Si affianca pertanto in posizione paritetica alla immediata acquisizione della disponibilità materiale del denaro l'acquisizione della disponibilità giuridica di esso, correlata con la contestuale perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al soggetto finanziatore. Va qui richiamato e ribadito il principio di diritto per il quale il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, nel caso in cui il mutuante crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario da al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo (cfr. già Cass. 12 ottobre 1992, n. 11116 e 15 luglio 1994, n. 6686; nonché Cass. n. 2483 del 2001, Cass. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, a 17211; e, da ultimo, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14)”.

In particolare, tra le forme equipollenti alla traditio materiale del denaro, la Corte individua anche contestuali o successivi atti di erogazione e quietanza che devono essere letti unitariamente al contratto di mutuo, imponendo all'interprete di verificare se sia o meno interamente definito tra le parti, con rispetto del requisito della forma scritta, l'oggetto del contratto di mutuo fondiario intercorso tra le parti, i suoi contenuti essenziali quali la somma erogata, le modalità e i tempi di restituzione, la misura degli interessi (cfr. Cass. n. 18325 del 2014).

Premesso quindi che nella prassi è frequente la redazione ed autonoma sottoscrizione di un apposito atto di erogazione e quietanza, o di semplice quietanza a saldo, quale atto formalmente autonomo e distinto rispetto al mutuo, talvolta neppure contestuale alla conclusione del mutuo, “per poter valutare la realtà del contratto di mutuo, e quindi, per quanto qui ci interessa, per poterne valutare l'idoneità ad essere utilizzato quale titolo esecutivo, l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto di mutuo di natura consensuale e non reale (v. anche Cass. n. 19738 del 2014 relativa anch'essa ad una opposizione all'esecuzione in cui il titolo era costituito da contratto di mutuo già dell'Isveimer)” (cfr. Cass. 17194/2015).

In altre parole, “per poter verificare se il contratto in esame abbia o meno natura reale, esso non può essere esaminato atomisticamente ma deve essere esaminato e interpretato congiuntamente agli altri atti accessori, che realizzano concretamente ed operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante, ovvero, come nel caso esaminato da Cass. n. 18325 del 2014 e nel presente, congiuntamente con l'atto di quietanza” (cfr. Cass. 17194/2015). Inoltre, e per quanto qui maggiormente interessa, “Al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volta a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo ed erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge”.

Nel caso di specie, sembra difettare proprio il requisito di forma (atto pubblico) in relazione alle quietanze successive.

Infatti, dalla documentazione in atti risulta che il contratto di mutuo sub iudice, all'art. 1 prevedeva che la Banca si impegnava a versare a **SOCIETA' DEBITRICE** l'importo di euro 2.050.000,00, disciplinando il relativo tasso di interesse e, rispettivamente agli artt. 2, 2bis e 7, quanto segue:

|vanzamento debitamente approvati dalla Banca.-----|

DISERIRE MUTUO.-----

DISERIRE MUTUO.-----



unmilione seicentocinquantaquattromila/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 4 depositato da parte convenuta);

- euro 130.000,00 in data 13/09/2013: “(...) per effetto delle precedenti somministrazioni, le erogazioni in conto del mutuo in questione ammontano, dopo l’odierno pagamento, complessivamente a euro 1.430.000,00 (euro un milione quattrocentotrentamila/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 5 depositato da parte convenuta);

- euro 25.000,00 in data 12/09/2016, “(...) per effetto delle precedenti somministrazioni, le erogazioni in conto del mutuo in questione ammontano, dopo l’odierno pagamento, complessivamente a euro 1.455.000,00 (euro un milione quattrocentocinquantaquattromila/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 6 depositato da parte convenuta);

- euro 47.000,00 in data 08/02/2017, “(...) per effetto delle precedenti somministrazioni, le erogazioni in conto del mutuo in questione ammontano, dopo l’odierno pagamento, complessivamente a euro 1.502.000,00 (euro un milione cinquecentoduemila/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 7 depositato da parte convenuta);

- euro 70.000,00 in data 05/04/2017: “(...) per effetto delle precedenti somministrazioni, le erogazioni in conto del mutuo in questione ammontano, dopo l’odierno pagamento, complessivamente a euro 1.572.000,00 (euro un milione cinquecentosettantaduemila/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 8 depositato da parte convenuta);

- euro 57.000,00 in data 12/07/2017: “(...) per effetto delle precedenti somministrazioni, le erogazioni in conto del mutuo in questione ammontano, dopo l’odierno pagamento, complessivamente a euro 1.629.000,00 (euro un milione seicentotrentanove/00) oltre interessi nella misura contrattuale (...)” (cfr. doc. 9 depositato da parte convenuta);

Tali quietanze, tuttavia, non sono redatte nella stessa forma del contratto di mutuo (vale a dire l’atto pubblico), di talchè, non rispettando i requisiti di forma imposti dalla legge, non valgono come integrazione del titolo esecutivo (il contratto di mutuo) ma, tutt’al più, quale riconoscimento di debito. Ne consegue, pertanto, che l’importo portato dal titolo esecutivo azionato è unicamente quello di euro 1.300.000,00, di talchè l’opposizione deve essere accolta limitatamente all’importo residuo e pari ad euro 354.000,00.

### 3. SULLA NON DEBENZA DELL’IVA

Da ultimo, parte opponente, nel proprio atto di citazione, eccepiva “l’illegittima richiesta di liquidazione della somma dovuta a titolo di I.V.A., costituendo una duplicazione del pagamento, scontando il soggetto passivo, l’imposta stessa così che il relativo pagamento si attaglia come espressione di una illegittima pretesa”.

Tale contestazione, oltre ad essere generica e non riproposta negli scritti conclusivi, è, in ogni caso, infondata.

Ai sensi dell’art. 19 comma secondo D.P.R. n. 633/1972, infatti, “non è detraibile l’imposta relativa all’acquisto o all’importazione di beni e servizi afferenti operazioni esenti o comunque non soggette all’imposta (...)”.

A sua volta, l’art. 10 del D.P.R. n. 633/1972, nell’elencare le operazioni esenti, contempla altresì “le prestazioni di servizi concernenti la concessione e la negoziazione di crediti, la gestione degli stessi da parte dei concedenti e le operazioni di finanziamento; l’assunzione di impegni di natura finanziaria, l’assunzione di fidejussioni e di altre garanzie e la gestione di garanzie di crediti da parte dei concedenti (...)”.

In altre parole, quella posta in essere dalla Banca prima e dalla **SOCIETA’ CREDITRICE** dopo, è un’operazione esente IVA, con conseguente impossibilità per la Banca di portarla in detrazione, traducendosi in un mero costo, poi correttamente addebitato dalla stessa a **SOCIETA’ DEBITRICE**.

### 4. SULLE SPESE DI LITE

Il parziale accoglimento dell'opposizione, nonché il dibattito che anima le questioni affrontate e, in particolare, quella relativa alle sorti del contratto di mutuo fondiario in caso di superamento del limite di finanziabilità, da ultimo rimessa al Primo Presidente della Corte di Cassazione perché valuti se assegnare la questione alle Sezioni Unite, consente di compensare le spese di lite.

**P.Q.M.**

definitivamente pronunciando nella causa n. xxxx/2019 R.G. promossa da **SOCIETA' DEBITRICE**, contro **SOCIETA' CREDITRICE**, nonché, nei confronti di **CREDITORI IPOTECARI** ogni altra diversa domanda ed eccezione respinta e/o assorbita:

- accoglie parzialmente l'opposizione e, per l'effetto, dichiara la nullità parziale del precetto notificato a **SOCIETA' DEBITRICE** in data 9/10 luglio 2019 dalla **SOCIETA' CREDITRICE**, in forza del contratto di mutuo fondiario stipulato in data 04/05/2012, con atto a rogito Notaio **Dott. OMISSIS** in **OMISSIS**, Rep. n. xxxx e Racc. n. xxxx, registrato a **OMISSIS** il 21.05.2012 al n. xxxx serie xx da **SOCIETA' CREDITRICE** limitatamente all'importo di euro 354.000,00;
- compensa le spese di lite.

Parma, 08/04/2022  
Il Giudice  
dott. Irene Colladet

*\*Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS