

IL TRIBUNALE DI CAGLIARI

SEZIONE FALLIMENTARE

Composto dai sigg.ri

Dott.ssa Maria Mura Presidente

Dott.ssa M.Teresa Spanu Giudice rel.

Dott. Antonio Dessì Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento iscritto al n. [REDACTED] del Ruolo Generale per gli Affari contenziosi civili per l'anno 2012, promossa da

[REDACTED], in persona del legale rappresentante, con sede in [REDACTED], elettivamente domiciliata in [REDACTED] presso lo studio dell'avv. [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED] in virtù di procura generale alle liti conferita con atto del Notaio [REDACTED] del 22-01-08,

opponente

contro

[REDACTED] in persona del curatore, elettivamente domiciliato in [REDACTED] presso lo studio dell'avv. [REDACTED], che lo rappresenta e difende in virtù di procura speciale a margine della memoria di costituzione,

opposto

Letto il ricorso proposto da [REDACTED] e la documentazione allegata;

letta la memoria di costituzione dell'amministrazione fallimentare;

rilevato che la ricorrente aveva chiesto di essere ammessa al passivo, quanto ad euro 1.661.881,50, in via ipotecaria per effetto della stipulazione di un contratto di mutuo fondiario e, quanto agli interessi legali oltre l'anno in corso, in via chirografaria, e che la domanda era stata respinta *“perché non fornisce prova del presupposto di cui agli artt. 38 e ss. D.Lgs. n. 385/93 relativamente ai limiti di finanziabilità”*;

OSSERVA

L'opposizione non è fondata.

Parte ricorrente ha insistito nella domanda di ammissione dell'importo maturato a titolo di rate scadute e relativi interessi, in forza del contratto di mutuo fondiario stipulato con la ██████████ in data 2-05-05.

L'insinuazione era stata respinta, in quanto l'istituto mutuante non aveva documentato il rispetto del limite dell'80% del valore cauzionale del bene offerto a garanzia, in conformità alle previsioni del Testo Unico Bancario.

L'odierna ricorrente ha sostenuto che il credito è provato attraverso la documentazione del contratto di mutuo, attestante l'avvenuta erogazione dell'importo finanziato, la valutazione dell'immobile sul quale era stata iscritta ipoteca e la prova del rispetto del limite di finanziabilità imposto dal combinato disposto dell'art. 38 T.U.B., della delibera CICR del 22-04-95 e della circolare della Banca d'Italia del 31-03-05.

L'opponente ha altresì sostenuto che, in difetto di prova del superamento di tale limite, il giudice delegato avrebbe dovuto ammettere comunque il credito.

E' giurisprudenza consolidata di questo Tribunale (cfr. da ultimo anche Tribunale Venezia del 26-07-12) che, in difetto di prova positiva della

conformità del contratto di mutuo fondiario alle prescrizioni dell'art. 38 T.U.B., il contratto sia affetto da nullità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418 c.c., totale o parziale a seconda della quota corrispondente di superamento del limite di finanziabilità.

Come già osservato da questo tribunale nella definizione di altra opposizione a stato passivo, *“Gli artt. 38 e ss. del Testo Unico in materia bancaria e creditizia hanno, infatti, riformato la disciplina del credito fondiario, non più ancorata al criterio soggettivo della emissione delle cartelle fondiarie da parte dell'istituto erogante, ma alle caratteristiche oggettive del finanziamento, che deve essere concesso a medio o lungo termine, deve essere assistito da contestuale ipoteca di primo grado e deve rientrare in predeterminati limiti di valore.*

In particolare, l'art. 38 D.L.vo 385/93 prevede che “il credito ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili.

La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del Comitato interministeriale del credito e del risparmio, 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 del finanziamento”.

*A norma del successivo art. 117 c. 8, “La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto determinato. **I contratti difformi sono nulli”.***

La Corte di Cassazione, nell'unico precedente in materia (sentenza n. 9219/95), ha delineato in modo preciso quali sono i principi di diritto regolanti la concessione del credito edilizio, con riferimento sia alla natura di mutuo di scopo di tale finanziamento sia al principio fondamentale del pari concorso tra creditori, che può essere derogato solo da cause legittime di prelazione.

La Suprema Corte ha quindi affermato che la previsione di un limite di finanziabilità (ex art. 3 cit.) costituisce un precetto imperativo, dettato a tutela di pubblici interessi e preordinato al regolare andamento dell'attività creditizia, essenziale nell'economia nazionale (come già rilevato da Cass. Civ. n. 1724/77 e S.U. n. 8355/94), osservando che conferma di tale impostazione si trae con chiarezza nella nuova disposizione stabilita per il credito fondiario dal combinato disposto degli artt. 38 c. 2 e 117 c. 8 D.L.vo 385/93, laddove è sanzionata da nullità la difformità dei contratti dalle prescrizioni adottate dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni CICR.

La sentenza citata ha rimarcato la natura pubblicistica di tutto il credito fondiario ed edilizio, non solo per la funzione economica che gli Istituti autorizzati dallo Stato esplicano nella raccolta e nel reimpiego del risparmio, ma anche per la funzione sociale che il sistema assolve, con un meccanismo che toglie all'ente mutuante ed all'imprenditore mutuatario ogni libertà di azione, imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia, soprattutto per quanto concerne i limiti di somma e di garanzia.

Pertanto, al di là delle considerazioni svolte sul credito edilizio (nella forma del mutuo di scopo), le medesime finalità sociali a rilevanza

pubblica (gestione positiva del credito, garanzia della restituzione della somma mutuata, limitazione al principio generale di cui all'art. 2741 c.c.) valgono comunque anche per il credito fondiario – come riconosciuto dalla stessa Corte – a maggior ragione in quanto espressamente contemplate nella normativa di settore (artt. 38 e 117 cit.).

*Da un lato, quindi, non può certamente sostenersi che il limite di finanziabilità sia dettato nell'esclusivo interesse dell'istituto erogante, il quale invece dispone di somme depositate nell'interesse di terzi, la cui conservazione, unitamente al superiore interesse della stabilità del sistema bancario, appartiene al livello *super partes* dell'interesse pubblico alla regolamentazione del credito, attuato mediante norme imperative.*

Dall'altro, la statuizione positiva dell'invalidità (nella specie della nullità) del contratto difforme impone il controllo del rispetto di tale limite, rilevabile d'ufficio qualora la parte abbia fatto valere i diritti che deriverebbero dal contratto.

Correttamente dunque il giudice delegato aveva escluso il credito in sede di verifica, sul presupposto della mancata dimostrazione che l'importo erogato con il contratto di mutuo fondiario avesse rispettato il previsto rapporto proporzionale con l'opera finanziata, stabilito nella delibera CICR nella misura massima dell'80% del valore cauzionale del bene ipotecato.

Invero, la stipulazione di un contratto valido ed efficace rientra tra i fatti costitutivi del diritto di credito vantato dalla ricorrente, la quale è pertanto onerata della relativa prova, nella specie non soddisfatta

neppure con la produzione, in sede di opposizione, della relazione del [REDACTED] che risulta priva del requisito della data certa, necessario per la sua opponibilità al curatore (cfr. Cass. Civ. sez. I, 26-07-2012 n. 13282), terzo rispetto alla società fallita, requisito che l'opponente non ha offerto di provare mediante il riferimento ad altro fatto dal quale poter dedurre l'antiorità del titolo a norma dell'art. 2704 c.c. (cfr. Cass. Civ. sez. I, 22-10-09 n. 22430); in ogni caso, detta perizia, redatta da un tecnico incaricato dalla parte e non dalla banca, ha ad oggetto il valore venale del bene e non il valore cauzionale – come prescritto – ovvero il valore concretamente ricavabile in via esecutiva.

Affermata l'invalidità del titolo contrattuale e in difetto di prova sul valore del bene rispetto all'importo del mutuo, il credito fondato sulla stipulazione del mutuo fondiario non può essere, nemmeno in parte, ammesso al passivo.

La valutazione di congruità del rapporto valore del bene-somma mutuata non può essere ricavata nel presente giudizio neppure attraverso una consulenza tecnica, avuto riguardo alle caratteristiche del bene ipotecato; invero, trattandosi di un immobile ancora in corso di costruzione alla data di concessione del mutuo, la mancata produzione del relativo progetto esecutivo esclude che possa essere utilmente disposta una consulenza tecnica al fine accertare il costo di costruzione.

L'istituto erogante il finanziamento avrebbe invece potuto domandare l'ammissione in chirografo del credito per indebito arricchimento, domanda che non era stata proposta in sede di verifica e che non può essere proposta per la prima volta con l'opposizione (cfr. Cass. Civ. sez. I, 22-03-10 n. 6900).

Costituisce domanda nuova, altresì, la domanda di riconoscimento dell'importo insinuato a titolo di mutuo ipotecario ordinario, che il giudice delegato non avrebbe certamente potuto riconoscere d'ufficio, ai sensi dell'art. 1424 c.c., in totale assenza di allegazioni da parte del creditore circa la volontà delle parti di concludere un contratto di mutuo garantito da ipoteca, “*se avessero conosciuto la nullità*”.

Invero, avendo parte attrice domandato la dichiarazione di validità del contratto di mutuo fondiario, per l'intero o in subordine *in parte qua*, l'applicazione dell'istituto della conversione può intervenire soltanto nel caso in cui al contratto dedotto in via principale non possa riconoscersi validità alcuna, neppure escludendo la parte colpita da nullità, trattandosi di meccanismo diverso da quello previsto dall'art. 1419 c. 1 c.c.

A favore della conversione si rinvencono solamente due pronunce edite note (quella del Tribunale di Roma sez. fallimentare, del 2 febbraio 1989, con nota adesiva di autorevole dottrina, e quella del Tribunale di Vicenza del 5 ottobre 2010, che, esclusa la nullità parziale, ha riqualificato il mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario).

In senso contrario si è invece espressa la Cassazione nella sentenza sopra richiamata, sottolineando che l'istituto della conversione presuppone la riconoscibilità di un contratto diverso, mentre nella specie si tratterebbe sempre di un mutuo con ipoteca, e che attribuire efficacia ad un contratto convertito consentirebbe in questo caso il conseguimento di *quegli effetti che sono vietati dalla norma imperativa (e cioè concessione di un prestito per somma eccedente il valore prefissato e correlativa costituzione di un'ipoteca e cioè una causa di prelazione al di fuori dei limiti tassativi di legge)*.

Premesso che la conversione ex art. 1424 c.c. consiste sostanzialmente nella trasformazione (anche nella forma della riduzione) della pattuizione assunta dalle parti, nel senso che deve attenere alla modifica della volontà dei contraenti ex art. 1321 c.c., potrebbe astrattamente essere ipotizzata la conversione tra due contratti aventi la stessa causa (concessione onerosa di un prestito).

Nella specie, posto che la norma imperativa dettata in materia di credito (edilizio prima e poi di) fondiario persegue la finalità pubblica di controllo e tutela dell'attività di concessione del credito, come sopra osservato, e che pertanto al credito fondiario si applicano regole speciali rispetto al mutuo ordinario, consistenti nell'adozione di un criterio di proporzione rispetto al valore cauzionale del bene sul quale è iscritta l'ipoteca, nel privilegio processuale di procedere autonomamente ad esecuzione forzata e nel consolidamento a breve dell'ipoteca, può ragionevolmente sostenersi che il mutuo concesso in base della normativa sul credito fondiario è contratto diverso dal mutuo ordinario garantito da ipoteca, per il quale non valgono certamente le considerazioni svolte dalla Suprema Corte in tema di tutela di interessi pubblicistici e tantomeno di lesione della parità tra i creditori (cfr. Cass. sez. L. 14-03-90 n. 2057, ove è espresso il diverso principio che l'approvazione del contenuto negoziale ad opera delle parti, nonostante la nullità di una clausola per contrarietà a norme imperative, è giuridicamente irrilevante trattandosi di oggetto indisponibile, in quanto la decisione in parola si riferisce all'ipotesi in cui le parti pretendano di riconoscere effetti proprio al tipo di contratto colpito da nullità).

Tuttavia, è incontestabile che il riconoscimento della prelazione ipotecaria ad un contratto di mutuo fondiario dichiarato nullo consentirebbe al creditore di soddisfare il proprio interesse eludendo le norme imperative, così realizzando lo stesso scopo (privilegio sul bene) cui avrebbe avuto diritto se il mutuo fondiario fosse stato validamente concluso, risultato questo incompatibile con la volontà della legge di stabilire dei limiti alla concessione del credito fondiario e dunque ai limiti del negozio in frode alla legge.

L'opposizione deve dunque essere rigettata, regolando le spese processuali secondo soccombenza.

P.Q.M.

- 1) rigetta l'opposizione;
- 2) condanna l'opponente alla rifusione in favore dell'opposto delle spese processuali, che liquida in euro 20.500,00, oltre accessori.

Cagliari,

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE RELATORE