

S. 5073-17

Rep 5630-17



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI  
QUINTA (già Prima Bis) SEZIONE CIVILE

riunita in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

- 1) dott. Paolo Celentano Presidente
- 2) dott. Fulvio Dacomo Consigliere rel.
- 3) dott. Michelangelo Petruzzello Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio civile d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata -ex sezione distaccata di Torre del Greco- n. 2198 del 10.8.2016, iscritto al n. 4695/2016 di ruolo generale affari civili contenziosi, avente ad oggetto: opposizione a precetto, e promosso

da

Italfondiaro s.p.a. (cf. 00399750587), con sede in Roma, Via Mario Carucci n. 135, in persona del procuratore speciale dott. Alessandro Inferrera, in qualità di mandataria con rappresentanza della Cariparma – Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza s.p.a. (c.f. 02113530345), in virtù di procura per Notaio Maria Paola Salsi di Parma in data 19.4.2012, rappresentata e difesa dall'Avv. Alessandro Fastoso (cf. FST LSN: 62S17 F839U), giusta procura in calce all'atto di appello, ed elettivamente domiciliata in Napoli, Piazzetta Giulio Rodinò n. 18, presso lo studio dell'avv. Giovanni Caiazzo,

- appellante -

nei confronti di

A \_\_\_\_\_), nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_

e R \_\_\_\_\_ ), nata a \_\_\_\_\_  
rappresentati e difesi dagli Avv. Pierluigi Arigliani \_\_\_\_\_

giusta procura  
allegata alla comparsa di costituzione in appello, e per quanto ancora occorrer possa  
domiciliati presso la cancelleria della Corte d'Appello, in mancanza di elezione di  
domicilio nel Comune di Napoli,

- appellati -

### Svolgimento del processo e conclusioni

Con atto notificato il 10.10.2016 la Italfondiaro s.p.a., in qualità di  
mandataria con rappresentanza della Cariparma s.p.a., impugnava la sentenza del  
Tribunale di Torre Annunziata -ex sezione distaccata di Torre del Greco- n.  
2198/2016, pubblicata il 10.8.2016 e notificata il 7.10.2016, con la quale era stata  
accolta la opposizione a precetto svolta da A \_\_\_\_\_ e R \_\_\_\_\_, e  
dichiarata la nullità sia del contratto di mutuo fondiario per notar D'Anna stipulato  
in data 11.10.2005, sia del precetto intimato sulla base di tale titolo, compensandosi  
le spese di lite e ponendosi a carico di parte opposta le spese di c.t.u..

Aveva sostenuto il Tribunale la nullità del contratto di mutuo fondiario in  
quanto concesso in misura superiore alla percentuale dell'80% del valore  
dell'immobile ipotecato, come risultante dalla consulenza tecnica svolta, in  
violazione del disposto dell'art. 38 comma 2 del T.u.b.; espressamente dichiarando  
di aderire al risalente orientamento della Corte di Cassazione di cui alla sentenza n.  
9219/1995, ed in espresso disaccordo con l'orientamento più recente espresso con  
la sentenza n. 26672/2013 (secondo cui la norma era a tutela dell'esclusivo  
interesse bancario e doveva essere interpretata come norma di comportamento e  
non di validità, conseguendo alla sua violazione non la nullità ma solo la sanzione  
amministrativa prevista dallo stesso testo unico). Aveva affermato in particolare il  
Tribunale che di tale orientamento di legittimità doveva condividersi solo la  
affermazione della inapplicabilità delle nullità ex art. 117 del T.u.b., trattandosi  
queste ultime di nullità relative, poste a tutela del cliente; mentre la norma violata  
doveva ritenersi posta anche a presidio del regolare andamento dell'economia, e  
quindi di interessi di natura pubblica, in quanto la erogazione di finanziamenti



sproporzionati rispetto al valore dei beni dati in garanzia e il conseguente mancato recupero del credito arrecavano pregiudizio non solo alle banche mutuanti ma a tutto il sistema bancario e all'economia in generale; da cui la natura imperativa della norma, da ritenersi non di comportamento (questa attenendo sempre a qualcosa di estraneo al contratto), ma di validità (costituendo il limite di finanziamento un elemento dell'oggetto del contratto); e venendosi altrimenti a consentire che tutti i benefici normativamente riconnessi a tale speciale contratto di mutuo (privilegio processuale ex art. 41 T.u.b., esenzione da revocatoria fallimentare di cui all'art. 39 T.u.b., possibilità di fissare in un secondo momento rispetto all'iscrizione ipotecaria il tasso definitivo, applicabilità di clausole di indicizzazione) potessero essere riconnessi anche a contratti privi delle caratteristiche speciali che giustificavano proprio tali benefici.

Aveva altresì escluso il Tribunale la possibilità di applicazione del disposto dell'art. 1419 c.c. in tema di nullità parziale del contratto, essendo il limite di finanziabilità un elemento essenziale del contratto di mutuo fondiario, e non potendosi ritenere che i contraenti, ed in particolare la Banca, avrebbero concluso il contratto di mutuo anche in assenza dei particolari benefici derivanti dall'erogazione di credito fondiario; ed esclusa la possibilità di conversione del contratto di mutuo fondiario nullo in mutuo ipotecario ordinario, ex art. 1424 c.c., essendo la domanda stata proposta tardivamente solo in sede di comparsa conclusionale.

Avverso detta sentenza proponeva appello, come detto, l'Italfondiaro s.p.a., instando per la riforma della sentenza appellata, con il rigetto delle domande proposte in primo grado dagli opposenti, e in subordine per la declaratoria di nullità solo parziale del contratto di mutuo fondiario (per la parte eccedente la percentuale massima di concessione di credito), e in ulteriore subordine per la conversione del contratto di mutuo fondiario in contratto di mutuo ipotecario ordinario; con vittoria di spese di lite del giudizio di appello.

Si costituivano in giudizio gli appellati, eccependo la improcedibilità dell'appello, per difformità del valore della controversia dichiarato in atto di appello rispetto a quello dichiarato in primo grado, e la inammissibilità delle domande nuove svolte; e nel merito deducendo la correttezza della sentenza



impugnata, per essere l'orientamento del Tribunale conforme a quello della maggioranza dei giudici di merito, e in subordine reiterando i motivi di opposizione a precetto ritenuti assorbiti (nullità del contratto di mutuo e dell'ipoteca per genericità del tasso di interesse applicato e mancata allegazione del piano di ammortamento; nullità del contratto per previsione di risoluzione anche in ipotesi di mancato pagamento di una sola rata, e per mancata indicazione della data di contestata decadenza dal beneficio del termine; nullità del precetto per erronea indicazione del tasso di interesse in caso di immediato pagamento); con vittoria di spese di lite.

All'udienza del 3.10.2017 la causa passava in decisione, previo decorso di termini ridotti (gg. 20 + 20) per il deposito delle comparse conclusionali di cui all'art. 190 cpc.

#### Motivi della decisione

Preliminarmente va respinta l'eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata dalla difesa degli appellati, per mancanza di coincidenza del valore dichiarato della controversia con quello effettivo, e conseguente versamento del contributo unificato in misura inferiore a quello che altrimenti sarebbe stato dovuto. La eventuale necessità di integrazione del contributo unificato non è in alcun modo sanzionata sul piano processuale, legittimando solo la Cancelleria al recupero coattivo dell'importo non versato.

Vanno quindi esaminati nel merito i motivi di appello svolti dall'Italfondionario s.p.a., la cui eventuale novità verrà rilevata di volta in volta qualora ritenuta ed influente sulla decisione.

Con il primo motivo viene dedotta la erroneità della sentenza nella parte in cui aveva ritenuto essere stato mutuato un importo (€ 160.000,00) ben superiore al limite percentuale dell'80% del valore dell'immobile ipotecato, prestando adesione alle risultanz<sup>e</sup> della c.t.u. (che aveva valutato l'immobile nella misura di € 95.401,98), senza tenere in conto la perizia redatta dal consulente della banca in sede di concessione di mutuo (valore di € 200.000,00), la consulenza del c.t. di parte (valore di € 208.070,00), il valore indicato nel contestuale atto di compravendita dell'immobile (€ 124.000,00), il bonifico di € 135.000,00 effettuato

dagli acquirenti in favore dei venditori in data 28.10.2005, a residuo pagamento della compravendita avvenuta l'11.10.2005.

Il motivo è infondato. Escludendo il bonifico di € 135.000,00 effettuato in data 28.10.2005, per mancanza di prova della riferibilità alla compravendita in questione, in quanto avvenuto successivamente alla stipula dell'atto, nel quale invece il prezzo era stato dichiarato pari ad € 124.000,00 e già interamente versato prima della stipula, va detto che gli ulteriori elementi dedotti dall'appellante a sostegno del proprio motivo di appello appaiono inidonei a sostenere l'assunto. I valori dell'immobile sostenuti dai consulenti di parte della banca appaiono infatti contraddire sia il prezzo stabilito dalle parti e indicato in compravendita, sia la valutazione espressa dal c.t.u., sicuramente più attendibile di quella dei consulenti di parte, espressamente confutata dal c.t.u. con argomentazioni congrue e approfondite che neanche con l'atto di appello sono state specificamente contestate. Deve pertanto ritenersi che correttamente è stato affermato dal primo giudice il superamento del limite percentuale di finanziabilità di cui all'art. 38 del T.u.b. e della delibera C.i.c.r. del 22.4.1995.

Col secondo sostanziale motivo di appello (suddiviso nelle voci di seconda, terza, quarta e quinta indicazione), inerente le conseguenze della violazione di cui sopra, si è sostenuto avere errato il primo giudice nell'aderire all'orientamento della Suprema Corte n. 9219/1995, laddove la più recente sentenza n. 26672/2013 aveva espresso un principio opposto, evidenziando come l'art. 38 del T.u.b. era norma posta a tutela delle banche e del sistema bancario, e non del cliente, da cui la inapplicabilità della sanzione di nullità di cui all'art. 117 T.u.b.; e come la norma non incidesse sul sinallagma contrattuale, ma apparisse essere di buona condotta, con conseguente possibilità di irrogare le sole sanzioni amministrative; venendosi altrimenti a pregiudicare, con la dichiarazione di nullità del mutuo, ancor più il valore di stabilità patrimoniale della Banca che la norma intendeva proteggere. Si è evidenziato in particolare che la sentenza richiamata n. 9219/1995 era relativa ad una differente disciplina di mutuo edilizio, collegata ad un interesse pubblico generale, nella fattispecie non riscontrabile; e che era stata trascurata la considerazione della ulteriore sentenza della Suprema Corte, la n. 22446 del 4.11.2015, che si era allineata al principio secondo cui la norma violata non era

posta a tutela di interessi generali, ma dettava prescrizioni di comportamento rivolte agli istituti di credito per finalità prudenziali.

Il motivo di impugnazione è inammissibile, per carenza di specificità. Va, infatti, ricordato che l'art. 342 c.p.c. dispone che l'atto di appello deve essere specificatamente motivato, e contenere l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata; e che da ciò dottrina e giurisprudenza, già nel vigore della precedente e meno restrittiva disposizione dell'art. 342 c.p.c., hanno desunto non essere ammissibile l'appello nel quale l'appellante si limita a ribadire le proprie richieste respinte dal giudice di primo grado, senza prendere in esame la motivazione di rigetto e senza sottoporla a revisione critica, essendo necessario che alla parte volitiva dell'atto di appello (richiesta di riforma della sentenza gravata) si accompagni sempre la parte argomentativa, tesa a confutare le ragioni addotte a sostegno della decisione impugnata, mediante l'esposizione sufficientemente specifica delle ragioni su cui si fonda il gravame, le quali hanno la funzione fondamentale di delimitare l'ambito della cognizione del giudice di secondo grado (Cass. n. 4068/2009; Cass. 22.12.2004 n. 23742; id. 6.6.2003 n. 9060; id., ss. uu. 29.1.2000 n. 16).

Avendo infatti il giudizio di appello natura di revisio prioris instantiae e non di iudicium novum, non è sufficiente infatti che la sentenza di primo grado sia impugnata nella sua interezza, essendo necessaria invece l'impugnazione specifica dei singoli capi censurati, e l'esposizione analitica delle ragioni sulle quali si fonda il gravame, in contrapposizione con le ragioni addotte, nella sentenza impugnata, a giustificazione delle singole decisioni adottate (Cass. n. 11935/2002). Non basta neanche richiamare le argomentazioni svolte ma non accolte dal giudice di primo grado (Cass. 20.9.2002 n. 13756), ma è necessario esaminare l'iter argomentativo della decisione, al fine contrapporre alle argomentazioni ivi svolte quelle contrastanti dell'appellante, volte a confutare il fondamento logico o giuridico della decisione impugnata. Non basta, neppure, dedurre che un'affermazione della sentenza impugnata è errata o che le deduzioni esposte erano corrette, ma occorre che siano esposti, sia pure in modo stringato, gli argomenti che sostengono l'affermazione contraria e che costituiscono i motivi di critica alle argomentazioni

della sentenza impugnata, ai quali il giudice dell'impugnazione deve dare risposta (Cass. 14.7.2003 n. 10991).

Nulla di tutto ciò si rinviene nel motivo di gravame in esame, in cui non vengono sottoposte a revisione critica le argomentazioni svolte dal primo giudice, ma si limita l'appellante a riproporre le proprie argomentazioni, già dedotte in primo grado, contrapponendole a quelle del primo giudice ed affermando avere questi errato nel non accoglierle, errato nell'aver aderito ad un orientamento giurisprudenziale anzichè ad un altro.

Basta rilevare infatti:

- come nella "seconda indicazione" sia stato meramente riportato il contenuto della seconda comparsa conclusionale del giudizio di primo grado (da pg. 3 a pg. 6), ovvero riproposto le proprie argomentazioni senza assolutamente curarsi del percorso motivazionale adottato dal primo giudice, e senza dunque sottoporlo a revisione critica;
- come nella "terza indicazione" sia stata affermata la erroneità del richiamo alla sentenza della Suprema Corte n. 9215/1995 in quanto afferente una diversa fattispecie (mutuo edilizio), senza rilevare e sottoporre a critica i motivi che avevano determinato il primo giudice ad accogliere la opposizione, e che non si risolvevano in una mera adesione al contenuto di detta sentenza;
- come nella "quarta indicazione" sia stata dedotta la erroneità della qualifica attribuita dal Tribunale alla norma dell'art. 38 T.u.b., dovendo questa essere qualificata come norma imperativa di comportamento, attenendo alla fase delle trattative e del comportamento delle parti, e contrapponendo alla motivazione resa dal giudice una propria (e di parte della giurisprudenza di legittimità) diversa qualificazione ma senza evidenziare le criticità della motivazione resa dal Tribunale, e confutarla;
- come nella "quinta indicazione" sia stata contestata la adesione al superato orientamento della sentenza della Suprema Corte n. 9219/1995, anziché al diverso, più recente e consolidato orientamento di cui alle sentenze n. 26672/2013 e n. 22446/2015, secondo le quali la norma violata dettava prescrizioni di comportamento e non incideva sulla

validità del contratto. Va solo aggiunto che, se si dovesse ritenere ammissibile un motivo di impugnazione con il quale si deduce meramente la mancata adesione ad un orientamento di legittimità più recente, allora il motivo sarebbe da ritenersi infondato, posto che la più recente Cassazione è ritornata sui suoi passi, rimeditando -condivisibilmente, per quel che qui rileva- l'orientamento precedentemente espresso dalla stessa sezione, e affermando con le sentenze n. 17352 del 13/07/2017 e n. 19016 del 31/07/2017 il principio di diritto secondo cui *"il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poiché 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"*.

Col terzo motivo di impugnazione ("sesta indicazione") l'appellante afferma avere errato il Giudice di primo grado nel respingere la domanda subordinata di declaratoria solo parziale della nullità del contratto, ex art. 1419 c.c., e nell'escludere pertanto la possibilità di dichiarare la nullità del contratto di mutuo fondiario solo per la parte e per le somme eccedenti il limite di finanziabilità. Sostiene in particolare che nel caso di specie sicuramente i mutuatari avrebbero ugualmente stipulato il contratto di mutuo anche nel caso in cui non avesse rivestito integralmente i parametri del mutuo fondiario; che l'utilizzo del finanziamento fondiario aveva generalmente come unico scopo quello di rendere opponibile al fallimento l'ipoteca nel breve termine di 10 giorni e rendere irrevocabili i pagamenti ricevuti, ma detta evenienza era nella fattispecie esclusa; che il lasciare alle oscillanti valutazioni dei periti la sorte sulla validità dei contratti in oggetto avrebbe determinato una fuga delle banche dai contratti di credito fondiario, con il risultato di un ulteriore aggravamento delle condizioni degli imprenditori e dei semplici cittadini; che dunque nulla si opponeva ad una



declaratoria di nullità solo parziale del contratto, con conversione di questa parte in mutuo ipotecario.

Anche detto motivo di impugnazione è inammissibile per difetto di specificità. Anche in tal caso, infatti, l'appellante si limita a riportare meramente il contenuto della propria seconda comparsa conclusionale in primo grado (da pg. 6 a pg. 8), affermando avere il Tribunale errato nel non accogliere le proprie tesi, ma senza assolutamente prendere in considerazione la motivazione espressa dal Tribunale per confutarla. Aggiungasi a ciò, ad abundantiam, che la Suprema Corte ha negato la configurabilità di una nullità parziale, affermando (cfr. Cass. n. 17352/2017) che *“A siffatta tesi della nullità parziale ostano non solo le difficoltà pratico-giuridiche di conciliare il frazionamento dell'unico contratto stipulato tra le parti col possibile consolidamento dell'ipoteca per la sola porzione fondiaria, ma anche e a monte la considerazione che l'art. 38 del T.u.b. individua oggettivamente i caratteri costitutivi dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal secondo comma della disposizione. Cosicché è corretta l'inferenza che solo al riscontro dei caratteri indicati nella disposizione consente di associare la qualificazione come fondiaria dell'operazione negoziale: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti legali involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa”*.

Col quarto motivo di impugnazione (“settima indicazione”) l'errore del Tribunale viene dedotto nell'aver statuito che non poteva procedersi alla conversione del contratto di mutuo fondiario in mutuo ordinario, ex art. 1424 c.c., perché detta domanda non sarebbe stata proposta in via riconvenzionale ma solo dedotta in comparsa conclusionale; laddove invece essa era stata proposta in primo grado in sede di precisazione delle conclusioni all'udienza del 14.4.2016, dopo la rimessione della causa sul ruolo, a seguito delle nuove risultanze istruttorie (espletamento della c.t.u.) da cui erano emersi elementi nuovi. Effettivamente rileva la Corte che la domanda in oggetto è stata proposta alla udienza di precisazione delle conclusioni del 14.4.2016, ma in ogni caso non sussiste alcuna preclusione alla sua accoglibilità.

La Suprema Corte, a sezioni unite, con la sentenza n. 26242/2014, ha avuto modo di affermare che *“I poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale, difatti, non possono estendersi alla rilevazione (non più di un vizio radicale dell'atto, ma anche) di una possibile conversione del contratto in assenza di esplicita domanda di parte. È decisivo, in tal senso, il dato testuale dell'art. 1424 c.c., a mente del quale il contratto nullo può (non deve) produrre gli effetti di un contratto diverso. La rilevazione della eventuale conversione, difatti, esorbiterebbe dai limiti del potere officioso di rilevare la nullità (i.e. di rilevare la inattitudine genetica dell'atto alla produzione di effetti), ma si estenderebbe, praeter legem, alla rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, di quella convenzione negoziale. Soluzione del tutto inammissibile, in mancanza di un'istanza di parte, poiché in tal caso è di una dimensione di interessi soltanto individuali che si discorre, diversamente che per la nullità tout court (in tal senso, Cass. 195/1969, 3443/1973, 2651/2010, 6633/2012, nonché Cass. 10498/2001 in tema di conversione del licenziamento nullo in recesso ad nutum, "da eccepirsi ritualmente e tempestivamente da parte del datore di lavoro", e Cass. 6004/2008 che ha escluso la facoltà del giudice, che aveva accertato la nullità di una cessione d'uso perpetuo di posti d'auto all'interno di un condominio, di convertire il relativo negozio in un contratto costitutivo di un diritto d'uso trentennale avvalendosi del disposto dell'art. 979 c.c., comma 2). Deve pertanto escludersi che l'orientamento minoritario di cui a Cass. 9102/1991, 5513/1987 e 6632/1987, favorevole alla rilevabilità d'ufficio della conversione, possa trovare ulteriore continuità”*.

Dunque, ritenuta la necessità di una espressa domanda della parte per disporre la conversione del negozio nullo, si rileva come detta domanda sia stata proposta, in udienza di precisazione delle conclusioni; occorre pertanto accertare se detta domanda sia idonea a consentire una pronuncia del giudice sul punto, o debba considerarsi tardiva, impedendo il suo scrutinio. Ritiene questa Corte di optare per la prima soluzione.

Se è vero che per l'esame della domanda di conversione è necessario e sufficiente, come prescritto dalla Suprema Corte, che vi sia stata apposta domanda della parte, non potendo il giudice procedere d'ufficio, è altrettanto vero

che detta domanda non necessariamente deve soggiacere ai limiti di preclusione imposti dall'art. 183 c.p.c., potendo dipendere dallo svolgimento del giudizio e dal rilievo anche ufficioso della nullità da parte del giudice.

Ed invero, anche la già menzionata Cass. n. 17352/2017, pur ribadendo la necessità di una espressa domanda di conversione, ne ha affermato la ammissibilità *“ove sia avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità. Si tratta infatti di un'istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria”*.

Invero il principio di economia processuale, declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare la eventualità di moltiplicazione dei processi e di offrire alle parti una soluzione complessiva dei loro rapporti già entro il primo, sovente lungo, procedimento, rende inevitabile una pronuncia volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, evitando gli inconvenienti di una frammentazione di una originaria ed unitaria sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rinvii processuali.

Va privilegiata dunque una opzione interpretativa che favorisca la definizione della vicenda valutata nella sua interezza, e cioè in relazione alla sua totale ed effettiva consistenza sostanziale. È considerato che nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è costituito dal negozio, nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e (con esso) dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce, da tale realtà sostanziale il giudizio non potrà prescindere, in funzione quanto meno tendenziale di un definitivo accertamento dell'idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l'effetto negoziale suo proprio quanto i suoi effetti derivati; da cui la necessità che il giudice dichiari, in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi.

Di guisa che, rispettato il principio del contraddittorio e della domanda, ben può procedersi all'esame della possibile conversione del negozio nullo, pur se la domanda è stata proposta solo in sede di precisazione delle conclusioni (dopo peraltro che, con lo svolgimento della attività istruttoria e la decisione del giudice

di nominare un c.t.u. per la valutazione dell'immobile, ed i risultati della consulenza stessa, erano emersi elementi da cui poter fondatamente ritenere plausibile una pronuncia di nullità).

La domanda di conversione del contratto di mutuo fondiario in contratto di mutuo ipotecario può dunque essere scrutinata, ed è fondata, essendo identici i requisiti di sostanza e di forma dei due contratti, ed apparendo evidente, riguardo allo scopo perseguito dalle parti, che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità. Invero, il mutuo fondiario è per il cliente della banca più conveniente di quello ipotecario, poiché gode di alcuni vantaggi, tra i quali tassi più vantaggiosi e spese notarili ridotte. Per il mutuatario, dunque, una volta garantiti e conservati i vantaggi derivanti dal contratto di mutuo fondiario, appare irrilevante la qualificazione del mutuo, se fondiario o ipotecario; qualificazione che invece è rilevante per la banca mutuante, in quanto riconnette deteriori conseguenze in tema (oltre che di interessi agevolati) anche di revocatoria fallimentare (artt. 38 e 42 T.u.b.), ma che nella fattispecie appaiono non rilevanti, avendo la stessa banca appellante richiesto la conversione del negozio, e dunque mostrando di non attribuire rilevanza a dette peculiarità (anche evidentemente in considerazione della fattispecie, che vede i mutuatari, come dedotto, non svolgenti attività imprenditoriale). Ritiene dunque la Corte che le parti, se avessero conosciuto i motivi di nullità del contratto di mutuo fondiario, avrebbero stipulato un contratto di mutuo ipotecario. Da cui la infondatezza della opposizione a precetto, nei limiti di detto profilo di nullità evidenziato.

Deve allora procedersi all'esame degli ulteriori motivi di nullità del contratto dedotti in primo grado, non esaminati dal primo giudice in quanto assorbiti, e riproposti con la comparsa di costituzione in appello.

Si dolgono in primis gli oppositori della indeterminatezza della rata e della carenza del piano di ammortamento, da allegarsi per legge al contratto di mutuo e da sottoscrivere dalle parti. Evidenziano che il tasso di interesse applicato dalla banca dopo il primo quinquennio è talmente generico da renderlo non solo indeterminato ma indeterminabile, tanto che lo stesso atto di precetto notificato indica l'importo della somma da corrispondere ma non è in grado di indicare, neppure per approssimazione, quali criteri, quali parametri sono stati utilizzati per

giungere alla somma richiesta; nè si comprende se viene chiesto un tasso fisso di € 5,70%, un tasso variabile o “comunque” un tasso che non sia usuraio.

Nessuna nullità è in realtà riscontrabile.

Il contratto di mutuo dell'11.10.2005 prevede al punto 4.2. un tasso di interesse fisso pari al 3,70% annuo sino al 31.12.2005. Per il periodo successivo e per una durata di 60 mesi un tasso di interesse mensile pari alla somma di due addendi: il primo, fisso, pari ad 1/12 di punti 1,60 annui quale margine a favore della banca; il secondo, variabile, pari ad 1/12 del tasso annuo Euribor a sei mesi, di cui vengono forniti i dati per la rilevazione. Seguono indicazioni nel caso di indisponibilità del dato Euribor. Il punto 4.3 del contratto prevede poi la facoltà di opzione a favore del mutuatario, da esercitarsi di quinquennio in quinquennio, della applicazione di un tasso fisso parametrato al “Tasso Swap euro 5 anni”, detto comunemente I.R.S., ed in mancanza di detta opzione la permanenza del tasso variabile di cui al punto 4.2. Il tasso di mora è poi stabilito nella misura del 5,70% annuo nel contratto di mutuo al punto 5, che prevede anche i tempi e le modalità del suo adeguamento in relazione al tasso effettivo globale medio degli interessi corrispettivi pubblicato dal Ministero dell'Economia e Finanze.

Le clausole di determinazione del tasso di interesse fanno dunque un chiaro e preciso riferimento a parametri che ne consentono la loro precisa determinazione, e non contengono alcun riferimento generico, né alcun rinvio agli usi su piazza, per cui non possono considerarsi nulle.

In atto di precetto è intimato “il pagamento della complessiva somma di € 170.502,38 oltre interessi di mora al tasso convenzionale del 5,70% annuo, poi variabile secondo quanto previsto nel contratto di mutuo, comunque contenuto nel tasso soglia tempo per tempo vigente previsto dalla legge Antiusura, dal 9.9.2011 fino al saldo e successive occorrenze”. Dunque, anche l'atto di precetto si sottrae alle critiche di indeterminatezza sollevate dagli oppositori, in riferimento all'indeterminatezza degli interessi pattuiti, evidenziando come alla data dell'8.9.2011 il mutuo presentasse un saldo debitore di € 170.302,38 di cui € 28.554,97 per rate insolute ed accessori ed € 141.747,41 per capitale residuo, ed intimando quindi il pagamento di detta somma oltre gli interessi moratori dal 9.9.2011, calcolati secondo contratto, ovvero inizialmente 5,70% annuo e

successivamente variato come da punto 5 del contratto, e comunque contenuto nei limiti dei tassi non usurari. Generica è altresì la contestazione della nullità del contratto per mancata allegazione del piano di ammortamento, non venendo indicate le specifiche norme di legge violate e comportanti la sanzione auspicata, ma solo le norme che prevedono la necessaria determinazione o determinabilità dell'ammontare degli interessi, di cui si è sopra detto.

E' stata poi affermata la nullità della clausola n. 10 del capitolato, allegato "a" del contratto di credito fondiario, e la nullità dell'atto di precetto per generica determinazione del credito, indicato in mancato pagamento delle convenute mensilità senza altra specificazione. Si sostiene in particolare la violazione della norma imperativa dell'art. 40, comma 2, T.u.b., che dispone che la banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte anche non consecutive; laddove nella fattispecie l'art. 10 del capitolato allegato "A" del contratto di credito fondiario dispone che "il mutuatario sarà considerato decaduto dal beneficio del termine e la banca potrà esigere immediatamente in via esecutiva la restituzione di quanto ancora dovute, ivi comprese le rate di mutuo non ancora scadute, oltre interessi di mora contrattualmente stabiliti, maturati sino alla data del pagamento, in caso di mancato pagamento anche di una sola rata di ammortamento".

Rileva la Corte come la nullità in oggetto colpisca eventualmente la singola e specifica clausola risolutiva espressa, che però ai sensi dell'art. 1419 c.c. viene sostituita di diritto dalla norma imperativa; il che non comporta nullità del contratto, né dell'atto di precetto, avendo i mutuatari omesso il pagamento di tutte le rate successive al 31.8.2008, e dunque, alla data della comunicazione di risoluzione del 21.4.2011, di ben 30 rate, e non solo delle 7 rate previste dal T.u.b..

La indicazione in atto di precetto dell'importo totale dovuto per mensilità arretrate, senza ulteriore specificazione, non costituisce motivo di nullità, essendo stata data in precedenza comunicazione ai mutuatari del debito residuo del mutuo (comunicazione del 21.4.2011, e successiva del 2.1.2012 all'Avv. Nocerino che li assisteva), avendo prodotto la banca la documentazione inerente le rate non pagate, e non avendo l'opponente in atto di opposizione a precetto, né

successivamente, dedotto l'eventuale errore di calcolo e esposto la propria eventuale diversa esposizione debitoria.

Si sostiene ancora che l'atto di precetto sarebbe nullo in quanto non indica la data esatta in cui vi sarebbe stata la decadenza dal beneficio del termine e, per l'effetto, il dichiarato presunto inadempimento degli opposenti. Non si rinviene alcuna nullità in relazione a detta mancanza, considerata peraltro la già avvenuta comunicazione ai mutuatari della risoluzione del contratto in data 21.4.2011. Generica e priva di rilevanza è inoltre la dedotta mancanza di comunicazione da parte della banca della mutazione del tasso di interesse, non prevista in contratto e comunque rilevabile autonomamente dalle parti come indicato al punto 4.2 del contratto stesso.

L'ultimo motivo di nullità del precetto è stato dedotto nella erronea indicazione del tasso di interesse in caso di immediato pagamento, come previsto dall'art. 4 del capitolato allegato "A". Rileva la Corte la inesistenza di alcuna erroneità/nullità: l'art. 4 del capitolato prevede che, in tutti i casi di immediata restituzione del capitale alla banca, venga corrisposto, oltre agli interessi corrispettivi maturati sul capitale da rimborsare fino al giorno dell'estinzione, un ulteriore compenso sul capitale anticipatamente restituito; in atto di precetto sono stati richiesti, oltre al capitale da rimborsare, gli interessi moratori, di cui all'art. 4 del contratto, di certo non esclusi dalla previsione degli interessi corrispettivi dell'art. 4 del capitolato. Oltretutto la fattispecie della risoluzione del contratto per inadempimento è espressamente trattata dal successivo art. 10 del capitolato, che prevede il pagamento degli interessi di mora.

L'appello deve pertanto essere accolto, non sussistendo alcuna causa di nullità del precetto intimato.

Gli esiti complessivi del giudizio, che vedono accolta la domanda degli opposenti di nullità del contratto di mutuo fondiario, ma la mancanza di conseguenze in ordine al precetto intimato, in accoglimento della domanda di conversione del contratto nullo proposta dalla opposta, determinano la compensazione in misura del 50% delle spese di lite del doppio grado di giudizio, ponendosi il residuo a carico degli opposenti/appellati in solido, nella misura di cui al d.m. n. 55/2014, e con riferimento ai criteri di liquidazione di cui all'art. 4;



con esclusione, per il secondo grado, di quanto previsto per la fase istruttoria, in quanto non svoltesi. Spese della c.t.u. svolta in primo grado, finalizzata all'accertamento della nullità del mutuo fondiario, a carico della banca appellante.

**P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Napoli, quinta (già prima bis) sezione civile, decidendo sull'appello proposto dalla Italfondiaro s.p.a. avverso la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata -ex sezione distaccata di Torre del Greco- n. 2198/2016, in contraddittorio con Almerigo Mastronardi e Rosa Russo; disattesa ogni ulteriore eccezione, deduzione e istanza, così provvede:

----in accoglimento dell'appello, e in riforma della sentenza impugnata, respinge l'opposizione a precetto proposta da Almerigo Mastronardi e Rosa Russo;

----dichiara compensate in ragione di metà le spese del doppio grado di giudizio, e condanna Almerigo Mastronardi e Rosa Russo, in solido tra loro, alla rifusione in favore della Italfondiaro s.p.a. delle residue, liquidate per il primo grado in € 4.000,00 per compensi ed € 600,00 a titolo di rimborso forfettario spese generali, e per il secondo grado in € 402,00 per spese vive, € 3.000,00 per compensi ed € 450,00 a titolo di rimborso forfettario spese generali. Spese di c.t.u. a carico definitivo dell'Italfondiaro s.p.a.

Così deciso in Napoli il 24.11.2017.

Il Consigliere est.

Il Presidente

