

Tribunale di Lodi, 24 aprile 2013. Estensore Rossetti.

Mutuo fondiario - determinazione del valore dell'immobile - elemento di valutazione interno alla banca erogatrice - esclusione.

Mutuo fondiario - superamento del limite di finanziabilità - violazione di norma imperativa - rinvio a deliberazione CICR - irrilevanza.

Mutuo fondiario - superamento del limite di finanziabilità - nullità parziale del contratto - condizioni.

In un contratto di mutuo fondiario, la determinazione del valore dei beni ipotecati costituisce elemento della fattispecie di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. 385/1993 e, pertanto, non rappresenta un elemento di valutazione interno alla banca erogatrice, quanto piuttosto un requisito sindacabile oggettivamente dall'autorità giudiziaria.

In un contratto di mutuo fondiario, il superamento del limite di finanziabilità integra violazione di una norma imperativa e determina la nullità del contratto concluso, a nulla rilevando che la misura del finanziamento suscettibile di concessione sia determinato dalla legge mediante rinvio ad una disposizione di rango secondario, quale la deliberazione del CICR 22.4.2005.

La nullità di cui è affetto il contratto di mutuo fondiario in cui risulti superato il limite di finanziabilità deve qualificarsi come parziale a norma dell'art. 1419 c.c. solo se risulta che le parti avrebbero ugualmente concluso il contratto, pur in mancanza dell'erogazione della somma per la parte eccedente il detto limite.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI LODI

Sezione Civile

in persona del dott. Sergio Rossetti ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 586 di ruolo generale dell'anno 2011 promossa da

Marazzina Davide (MRZDVD86T20E64C) e

Marazzina Stefano (MRZSFN62D30E648Q)

entrambi con l'avv. Andrea Maisano presso il cui studio in Lodi sono elettivamente domiciliati;

parte attrice

contro

Italfondiaro s.p.a., quale procuratrice di BNP Paribas Personal Finance s.p.a., a sua volta procuratrice speciale di EMF-IT 2008-1 s.r.l., con l'avv. Vincenzo Negri presso il cui studio in Lodi è elettivamente domiciliata;

parte convenuta

All'udienza di precisazione delle conclusioni i procuratori delle parti così concludevano:

omissis

RAGIONI DELLA DECISIONE

Parte attrice ha proposto opposizione avverso il precetto notificato da parte convenuta deducendo, tra l'altro, la nullità del mutuo fondiario in forza del quale era minacciata l'esecuzione per il superamento del limite di finanziabilità del credito fondiario.

Il giudice fissava per la sola discussione dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo l'udienza del 29.3.2011.

Si costituiva all'udienza così fissata Italfondiaro sostenendo la validità del contratto di mutuo fondiario sussistendo la proporzione richiesta dalla delibera CICR del 22.4.1995 tra valore dell'immobile e credito erogato e che, in ogni caso, l'eventuale violazione della detta proporzione integrerebbe al più una violazione amministrativa e non la nullità del contratto.

Il giudice disponeva preliminarmente perizia estimativa sul più probabile valore dell'immobile al tempo della concessione del mutuo fondiario rinviando all'udienza del 10.6.2011, già indicata in citazione da parte attrice come prima udienza di comparizione delle parti.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata tempestivamente il 12.5.2011 Italfondiaro richiamava la memoria difensiva (denominata "comparsa di costituzione e risposta") già depositata all'udienza del 29.3.2011, concludendo per il rigetto delle domande proposte da parte attrice e, in subordine, "nella denegata e non creduta ipotesi di dichiarazione di illegittimità e/o nullità parziale o totale del titolo/mutuo" la condanna degli attori alla restituzione di quanto "di fatto percepito a titolo di mutuo ammontante a complessivi € 149.851,91, in particolare € 134.599,87 per

capitale, € 11.886,68 per interessi, € 124,80 per commissione e spese, € 714,28 per mora ed € 2.526,28 per indennità contenzioso”.

All’udienza del 10.6.2011 parte attrice eccepiva la nullità o inammissibilità della comparsa priva di *causa petendi*, proposta da soggetto privo di legittimazione attiva, contestando in ogni caso l’idoneità della procura alle liti.

Parte convenuta evidenziava nella medesima udienza che la *causa petendi* della domande proposte dalla banca era da ravvisare nell’esistenza di un contratto di mutuo valido ed efficace e, solo in via subordinata, nell’ipotesi di nullità del contratto, “nell’ambito dell’azione di ingiustificato arricchimento”, ritenendo infondate le ulteriori eccezioni mosse, riservandosi di integrare la procura alle liti rilasciata, se ritenuto necessario.

Il giudice alla detta udienza, sulla scorta dei risultati della CTU che evidenziavano effettivamente una sensibile divergenza tra valore attribuito all’immobile in sede di concessione del mutuo e suo reale valore al tempo della detta concessione, sospendeva l’efficacia esecutiva del titolo, assegnava termine per il deposito della documentazione attestante la legittimazione attiva per la proposta riconvenzionale nonché i poteri del procuratore, fissando per la prosecuzione l’udienza del 7.10.11.

All’udienza del 17.10.11 parte attrice insisteva nelle eccezioni preliminari svolte e parte convenuta resisteva; i procuratori chiedevano la concessione dei termini istruttori che il giudice assegnava rinviando all’udienza del 17.2.2012.

Alla detta udienza i procuratori delle parti rinunciavano ai termini ex art. 195, comma 3, c.p.c. per il contraddittorio tecnico sulla CTU già eseguita nelle fasi preliminari del giudizio e chiedevano fissarsi udienza di precisazione delle conclusioni, al cui esito, concessi i termini per il deposito delle difese conclusive, la causa veniva trattenuta in decisione.

1. Sul difetto di titolarità del diritto azionato in via principale: infondatezza dell’eccezione.

La Meliorbanca s.p.a. aveva in origine stipulato con i sigg.ri Marazzina il contratto di mutuo oggetto del contendere.

Il detto contratto era stato ceduto in blocco ai sensi dell'art. 58 alla EMF-IT 2008-1 s.r.l., ma, siccome i crediti ceduti erano solo quelli che *“derivano da mutui, stipulati ai sensi della normativa sul credito fondiario, per i quali il rapporto tra l'importo erogato e il valore del bene ipotecato (come risultante dalla perizia effettuata prima della conclusione del relativo contratto ipotecario) non superi l'80%*, sulla base del presupposto per cui tra importo erogato e valore dell'immobile si fosse superata la soglia dell'80%, parte attrice ritiene che il contratto di mutuo intercorso con i Marazzina non sia mai stato oggetto di cessione.

L'eccezione è infondata: è lo stesso criterio indicato per la cessione che indica il parametro in base al quale si devono considerare ceduti i crediti, identificandoli nei crediti fondiari che non superino la soglia dell'80%, secondo le valutazioni di stima eseguite prima della conclusione del relativo contratto ipotecario.

Siccome non vi è dubbio alcuno che la relazione di stima attribuiva un valore all'immobile tale per cui il credito erogato rientrava nella soglia dell'80%, altrettanto fuori dubbio è che il contratto concluso tra i Marazzina e Meliorbanca s.p.a, sia stato ceduto alla EMF-IT 2008-1 s.r.l.

Secondo il valore di stima del perito incaricato dalla Banca l'immobile, infatti, aveva un valore di € 170.000,00, sicchè il credito erogato per complessivi € 136.000,00 costituiva esattamente l'80% del valore dell'immobile.

2. Sulla nullità della procura alle liti rilasciata all'avv.

Vincenzo Negri: infondatezza.

A margine dell'atto di precetto risulta la procura rilasciata all'avv. Vincenzo Negri da Bruno Angelo Braschi *“nella presente procedura esecutiva ed eventuali opposizioni”*.

All'udienza del 10.6.2011, come detto, gli attori hanno svolto eccezioni sostenendo il difetto dello *ius postulandi* in capo all'avv. Vincenzo Negri in quanto 1. la procura risulta apposta ad un atto di precetto; 2. se ben si intende, siccome la domanda riconvenzionale svolta tende ad ottenere un

titolo diverso da quello originariamente precettato, la domanda riconvenzionale svolta esorbiterebbe i limiti dei poteri concessi al procuratore.

L'eccezione è infondata in quanto per il consolidato orientamento della Corte di Cassazione è del tutto legittima la procura rilasciata a margine dell'atto di precetto (sin da Cass. 1760/1977, al più discutendosi se la detta procura sia valida anche per l'appello, in tale senso Cass. 3089/2001), mentre è insito nei poteri del procuratore incaricato, come nel caso di specie, dell'eventuale giudizio di opposizione, quello non solo di opporsi alle deduzioni avversarie, ma anche di richiedere, comunque, svolgendo all'uopo rituale domande riconvenzionali, la condanna dell'opponente al pagamento di quanto in ogni caso ritenuto dovuto, per il caso in cui l'opposizione dovesse ritenersi fondata.

La procura originariamente conferita all'avv. Vincenzo Negri, ulteriormente confermata a margine della nota integrativa depositata su richiesta del giudice, legittima perfettamente lo stesso a resistere nel presente giudizio, anche proponendo domande riconvenzionali, per le quali non è necessaria una procura *ad hoc*, in quanto il mandato *ad litem* attribuisce al difensore il potere di proporre tutte le domande che siano ricollegabili con l'originario oggetto del contendere (Cass. 4744/1998; 4356/2000; 38/2000; 13001/2000; 12672/2001; 15619/2005) e cioè il credito vantato dalla Banca in conseguenza della somma concessa ai sigg.ri Marazzina

3. Sul valore dell'immobile al tempo della stipula del contratto di mutuo

La perizia estimativa eseguita su incarico della Banca non è in alcun modo attendibile, trattandosi di una valutazione estremamente sintetica, contenenti valutazioni apodittiche sulle condizioni di manutenzione interna ed esterna (qualificate, senza alcuna giustificazione, come rispettivamente "ottimo" e "buono"), anche intrinsecamente contraddittorie nella parte in cui indica in 75 mq la superficie dell'immobile, in € 2.200,00 il valore a metro quadro dell'immobile e conclude per un valore complessivo di € 170.000,00, anziché di € 165.000,00 (2.200,00 x 75).

Di tutto altro spessore è viceversa la valutazione eseguita dal CTU che descrive analiticamente l'immobile, tenendo conto della sua consistenza, del luogo in cui sorge, delle caratteristiche delle rifiniture interne, esplicitando analiticamente le fonti di informazioni utilizzate (pag. 5) al fine dell'attribuzione del più probabile valore commerciale dell'immobile, riconosciuto in complessivi € 113.000,00

Inoltre il CTU ha esplicitato ancora la differenza tra valore commerciale dell'immobile e suo valore cauzionale (tenendo cioè conto della necessità di una stima prudenziale dell'immobile tenuto conto della sua commerciabilità futura e sostenibilità della valutazione a lungo termine), indicando in € 96.000,00 il più probabile valore cauzionale del bene.

Tenuto conto di tali valori, la Banca ha concesso un mutuo fondiario erogando somme pari al 141,66% del valore dell'immobile secondo il suo valore cauzionale, al 120,35% del valore commerciale del bene e, quindi, in modo chiaramente superiore rispetto al limite di finanziabilità.

Peraltro, si deve ancora evidenziare che applicando correttamente le pure apodittiche indicazioni del perito estimatore nella parte in cui indica in € 2.200,00 a mq il valore dell'immobile, la somma di € 136.000,00 erogata per il finanziamento costituisce l'82,42% del valore dell'immobile.

4. Conseguenze del superamento del limite di finanziabilità del credito fondiario: nullità

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, TUB "il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili".

Ai sensi del successivo comma 2 "la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati".

Con delibera CICR del 22 aprile 1995 "l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati".

La previsione di limiti di finanziabilità per la concessione di crediti fondiari non costituisce una novità introdotta nel testo unico bancario, ma costituisce una costante dell'istituto.

Ai sensi dell'art. 3 l. 474/1949, infatti, prevedeva che i mutui fondiari concessi per la costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e sopraelevazione degli immobili non potesse eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile.

L'art. 23 del d.p.r. 7/1976 conteneva una previsione analoga modificando il limite di finanziabilità, portato al 75% del costo della costruzione, comprensiva del valore dell'area, o il 90% della spesa per la ricostruzione, riparazione etc., senza più fare riferimento al "giudizio esclusivo dell'istituto mutuante", previsione viceversa contenuta nella disposizione del 1949.

Analogamente disponeva l'art. 4, comma 1, lett. a) l. 175/1991 con riferimento alla concessione di mutui fondiari che non potevano superare il 75% del valore degli immobili e l'art. 9, comma 3, con riferimento al credito concesso per gli scopi già indicati dall'art. 3 l. 474/1949 che non poteva superare il 90% dei costi della costruzione e del valore dell'area.

La Corte di Cassazione con la nota sentenza 9219/1995 si è occupata della normativa sopra citata, evidenziando che la previsione di un limite di finanziabilità non rispecchia né l'interesse dell'istituto di credito (*"posto che il suo interesse è quello alla maggiore espansione della sua attività, purché sia garantito il rimborso delle somme mutate"*) né l'interesse del mutuatario (che potrebbe volere *"ottenere mutui di ammontare eccedente i limiti di legge"*), concludendo, viceversa, nel senso che la previsione di detti limiti costituiscono la consacrazione di un interesse di natura pubblicistica in conformità al principio costante per cui *"dove la legge ha regolato con limiti e vincoli l'attività creditizia, si tratta sempre di norme inderogabili ed imperative, preordinate al regolare andamento dell'attività stessa, che è essenziale nell'economia nazionale (v. Cass. 6 maggio 1977 n. 1724; Sez. unite 13 ottobre 1994 n. 8355)"*.

La citata Corte di Cassazione, peraltro, ha anche tenuto in considerazione le novità introdotte in seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 385/1993, ribadendo che anche in tale "più duttile sistema" la violazione delle norme in materia di finanziabilità del credito fondiario non si sottrae alla sanzione di nullità del contratto, come prevista dall'art. 117, comma 8, TUB.

La citata sentenza ha anche affermato che a tale conseguenza sul piano civilistico si aggiunge la responsabilità della Banca per la violazione delle prescrizioni impartite in materia dalla Banca d'Italia, confermando, quindi, che la detta violazione non si esaurisce in un sistema di sanzioni amministrative nei confronti dell'istituto di credito, così come, invece, propone parte convenuta.

Più recentemente le conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione sono state riprese dalla giurisprudenza di merito (Tribunale di Venezia, decreto 26.7.2012 r.g. 6157/2010), ancorchè implicitamente.

In particolare il Tribunale di Venezia nel precedente sopra indicato ha condivisibilmente affermato, in primo luogo, che in base all'art. 38, comma 2, TUB, alla delibera CICR 22.4.1995 e alla direttiva 2000/12/CE il perito estimatore non si deve limitare a valutare il bene secondo il suo valore di mercato o di realizzo, ma deve esprimere un prudente apprezzamento sulla futura negoziabilità dell'immobile, tenendo anche conto di tutte le circostanze che potrebbero modificarne il valore nel momento in cui debitore divenisse inadempiente e subisse l'esecuzione.

Deve quindi tenere in considerazione non il valore commerciale dell'immobile, ma il suo valore cauzionale. Per ciò solo la perizia di stima redatta su incarico della Banca non è attendibile in quanto considera espressamente il valore commerciale del bene e non il valore cauzionale.

Secondo l'istituto di credito, che sul punto cita dottrina, la perizia di stima eseguita per la concessione del credito fondiario costituirebbe un elemento di valutazione interna alla banca erogatrice e non un requisito sindacabile oggettivamente.

Tale deduzione è infondata.

In primo luogo si è già sopra osservato che tutta la normativa successiva al 1949 non ha più replicato la previsione contenuta all'art. 3 l. 474/1949 secondo cui il valore dell'immobile da cui dipende l'erogazione del credito fondiario era soggetto "al giudizio esclusivo dell'istituto mutuante".

In secondo luogo e più in generale, l'ordinamento non conosce eccezione alla regola per cui ogni fatto (nell'ipotesi considerata il valore dell'immobile) che costituisce elemento di una fattispecie giuridica

(nell'ipotesi mutuo fondiario) è sempre ed in ogni caso soggetto alla valutazione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Né può essere condivisa l'opinione secondo cui il necessario controllo giudiziario anche sulla sussistenza dei presupposti per la concessione del credito fondiario si porrebbe in contrasto con l'interesse costituzionale al corretto svolgimento del credito bancario.

Se si mira, infatti, al corretto svolgimento del credito bancario si deve dare per presupposto che un controllo giurisdizionale vi sia e sia necessario appunto per verificare che, nei singoli casi, la legge sia rispettata e, quindi, l'erogazione del credito sia avvenuta in termini corretti.

Se viceversa, con tale affermazione, si vorrebbe escludere dall'ambito del controllo giurisdizionale la sussistenza dei presupposti per l'erogazione del credito nei casi concreti, si violerebbe il principio, sopra richiamato, per cui tutti i fatti che concorrono ad integrare una fattispecie giuridica sono oggetto di valutazione da parte dell'autorità giudiziaria.

A nulla rileva, poi, che il limite di finanziabilità sia contenuto in un atto avente valore secondario nella gerarchia delle fonti del diritto (una deliberazione del CICR).

Come sopra detto, originariamente il legislatore si era orientato nel senso di prevedere esso stesso il limite di finanziabilità del credito fondiario.

La tecnica di normazione mediante rinvio ad un atto di natura secondaria, peraltro, non va in alcun modo nella direzione della derogabilità di tale normativa secondaria o della sua non cogenza e ciò in quanto la fonte secondaria è espressamente richiamata dalla norma primaria al fine di regolare in dettaglio la fattispecie.

La tecnica di normazione prescelta dal legislatore, viceversa, si apprezza in considerazione della maggiore duttilità nella formazione della norma secondaria che, come tale, si immagina maggiormente capace di recepire tempestivamente le modifiche delle condizioni del mercato che si intende regolamentare.

Tale tecnica di normazione, inoltre, non appare affatto eccezionale.

Così, ad esempio, gli artt. 1 e 15 l.f. prevedono la possibilità che con decreto ministeriale siano aggiornati i criteri dimensionali per la dichiarazione di fallimento e per la procedibilità della domanda per il caso di debiti

riscontrati nel corso dell'istruttoria prefallimentare al di sotto di una certa soglia.

Ancora, la stessa misura del saggio di interessi legali applicabile ad ogni rapporto avente ad oggetto somme di denaro viene determinato con decreto ministeriale a norma dell'art. 1284 c.c.

Il criterio prescelto nell'ipotesi di cui all'art. 38, comma 2, TUB dal legislatore, pertanto, risulta pienamente legittimo e la deliberazione CICR è norma imperativa proprio perchè richiamata dalla detta disposizione di rango primario.

Quanto agli interessi in gioco e alla necessaria natura imperativa della disposizione di cui all'art. 38, comma 2, TUB la Corte di Cassazione aveva già chiarito che il limite di finanziabilità non è previsto a tutela dei singoli contraenti, banca e mutuatario, ma la decisione del Tribunale di Venezia pone esattamente l'accento sulla enorme portata degli interessi di natura pubblicistica che la norma contenente i limiti di finanziabilità del credito fondiario tende a tutelare: il sistema economico nel suo complesso che potrebbe essere gravemente compromesso, come notoriamente è stato gravemente compromesso, dalla bolla speculativa conseguente alla sopravvalutazione degli immobili per la concessione di credito a soggetti che non fornivano sufficienti garanzie di ripianamento dell'esposizione debitoria assunta.

Conclusivamente: siccome il contratto di mutuo fondiario concesso dalla Banca nel caso di specie ha violato il limite di finanziabilità del credito stabilito dalla delibera CICR 22 aprile 2005, come richiamata dall'art. 38, comma 2, TUB, ne consegue la sua nullità a norma degli artt. 1418, comma 1 e 117, comma 8, TUB.

5. Qualificazione della nullità riscontrata.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 9219/1995 ha affermato quanto segue.

“Si è dimostrato che la limitazione dell'importo del mutuo (e, conseguentemente, della correlativa ipoteca) è posta a tutela di interessi che trascendono quelli particolari delle parti contraenti e costituiscono un limite inderogabile alla loro autonomia privata. L'art. 1418 primo comma

c.c. stabilisce il principio della c.d. "nullità virtuale": in presenza di una norma imperativa formalmente non perfetta, perché priva della sanzione espressa dell'invalidità dell'atto vietato, occorre stabilire se la sua violazione comporta la nullità ovvero sanzioni di indole diversa, in base allo scopo della legge (Cass. 17 giugno 1960 n. 1591; 3 dicembre 1970 n. 2545; 11 ottobre 1979 n. 5311; 27 dicembre 1994 n. 11188, in motivazione; sez. un., 21 agosto 1972 n. 2697). Poiché lo scopo della legge è di interesse pubblico e può essere raggiunto solo stabilendo l'inefficacia (parziale) dell'atto, la violazione della norma imperativa comporta la nullità dell'atto.

Parte convenuta sostiene che, ammessa la nullità del contratto di mutuo fondiario per erogazione di una somma maggiore rispetto ai limiti di finanziabilità del credito, il contratto dovrebbe essere qualificato come fondiario sino alla concorrenza del rapporto di legge e normale credito ipotecario per l'eccedenza.

Tale deduzione sembrerebbe richiamare il disposto di cui all'art. 1424 c.c. secondo cui *"il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità"*.

Sulla base di tale disposizione, peraltro, la deduzione di parte convenuta non può trovare accoglimento.

La norma, infatti, trova applicazione per il caso in cui il contratto sia giudicato integralmente nullo e prevede la sua conversione in un diverso contratto, se le parti avessero voluto questo diverso contratto conoscendo la causa di nullità e non la possibilità di combinare due diversi tipi contrattuali. Applicando il disposto di cui all'art. 1424 c.c., pertanto, al più si potrebbe affermare che il mutuo fondiario privo dei requisiti suoi propri dovrebbe integralmente convertirsi in un contratto di mutuo ipotecario ordinario e la Corte di Cassazione è ferma nel ritenere che *"in tema di conversione del contratto nullo, l'accertamento dell'ipotetica volontà dei contraenti deve essere sollecitato dall'una o dall'altra parte, non potendo essere operato di ufficio dal giudice"* (Cass. 6633/2012).

La deduzione di parte convenuta, così come proposta in sede di comparsa e di memoria ex art. 183, comma 6, n. 1, non va nel senso sopra prospettato,

mentre contraddittoriamente e, comunque, tardivamente a pag. 14 della comparsa conclusionale parte convenuta richiama il disposto del citato art. 1424 c.c., ma ancora per chiedere il mantenimento del mutuo fondiario, unitamente al contratto di mutuo ipotecario ordinario che altrimenti sarebbe stato concluso.

La Corte di Cassazione, inoltre, nel precedente di cui alla sentenza 9291/1995, qualificato nullo il mutuo fondiario concesso in violazione dei limiti di finanziabilità ha precisato quanto segue.

“Si tratta, però, di nullità "parziale" e non totale. L'art. 1419, accanto alla nullità di singole clausole, fa riferimento alla nullità "parziale" e quindi può riguardare anche il caso in cui la nullità riguardi una parte del contenuto del contratto, se questo è divisibile. Un'obbligazione di somma di denaro è sempre divisibile, e pertanto la nullità riguarda il mutuo soltanto per la somma eccedente i limiti di legge; e riguarda la corrispondente e dipendente iscrizione ipotecaria, nei medesimi limiti. La regola è quella dell'incomunicabilità della nullità parziale all'intero contratto (ed all'intera ipoteca); e l'estensione della nullità parziale costituisce un'eccezione che deve essere provata da chi ha interesse a far valere l'estensione suddetta (Cass. 28 maggio 1968 n. 1619; 10 marzo 1980 n. 1592)”.

Secondo la Suprema Corte, pertanto, il contratto di mutuo fondiario eccedente i limiti di legge è nullo (e non si converte in mutuo ipotecario ordinario) per tale parte, mentre è astrattamente valido con riferimento a quella parte di mutuo erogato nei limiti indicati dalla legge.

Peraltro la Corte di Cassazione non si occupa della possibilità in concreto di considerare valida ed efficace la parte del contratto non pregiudicata dalla nullità rilevata in quanto ciò comporta un apprezzamento di fatto circa la potenziale volontà dei contraenti, rimessa al giudice di merito.

Ai sensi dell'art. 1419 c.c., infatti, *“la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”.*

Risulta *per tabulas*, peraltro, che, nel caso di specie, senza la parte eccedente il limite di finanziabilità le parti non avrebbero concluso il contratto di cui si discute.

Come sopra detto, infatti, la Banca non avrebbe potuto concedere un mutuo fondiario per una somma superiore ad € 76.800,00, pari all'80% del valore cauzionale del bene, pari ad € 96.000,00.

Si legge nel testo dell'accordo che la somma complessivamente erogata e pari ad € 136.000,00 era destinata, quanto ad € 92.171,64 ad estinzione del mutuo originariamente concesso da Unicredit Banca s.p.a. e quanto ad € 37.368,36 per sopperire a non meglio precisate esigenze finanziarie del mutuatario.

Siccome, se concesso nelle forme di legge (per € 76.800,00), il contratto concluso non sarebbe stato nemmeno in grado di determinare l'estinzione del mutuo in essere con Unicredit Banca s.p.a., va da sé che senza l'erogazione dell'ulteriore somma di € 59.200,00 (pari alla differenza tra quanto concesso e quanto realmente suscettibile di concessione), la parte mutuataria non avrebbe avuto alcun interesse alla conclusione del contratto di mutuo concluso.

Ne consegue la nullità totale del contratto di mutuo fondiario stipulato tra le parti il 23.7.2008.

6. Conseguenze della riscontrata nullità.

In conseguenza della nullità del contratto seguono i doveri restitutori conseguenziali ad un pagamento indebito in quanto privo di causa a norma dell'art. 2033 c.c.

Parte convenuta ha richiesto in via riconvenzionale “nella denegata e non creduta ipotesi di dichiarazione di illegittimità e/o nullità parziale o totale del titolo/mutuo” la restituzione delle somme originariamente erogate, nonché di tutte le somme di cui si sarebbe avvantaggiato se il contratto fosse stato validamente concluso.

All'udienza del 10.6.2011, in particolare, il procuratore di parte convenuta ha precisato che la domanda di restituzione di tutto quanto dovuto sulla base dell'originaria pattuizione contrattuale era proposta sul presupposto del mantenimento in vita del contratto.

Siccome, come detto, il contratto è nullo, in tali termini la domanda non può trovare accoglimento.

Il procuratore di parte attrice, poi, ha sostenuto che “in ipotesi di nullità del contratto, la domanda deve essere inquadrata nell'ambito dell'azione di

ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.", confermando tali difese nei successivi scritti.

La domanda proposta in via riconvenzionale da parte convenuta deve più correttamente essere qualificata a norma dell'art. 2033 c.c.

La Corte di Cassazione, infatti, ha precisato che *“qualora venga acclarata la mancanza di una "causa acquirendi" - tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo”*. (Cass. 2956/11; Cass. 9052/2010).

La riquificazione in termini giuridici della domanda proposta è sempre possibile in quanto è chiaro l'intendimento della parte di ottenere, in primo luogo, la restituzione di tutto quanto versato in linea capitale ed, inoltre, la condanna al pagamento delle ulteriori somme di cui la banca avrebbe beneficiato se il contratto fosse stato valido.

Così correttamente qualificata la domanda, la stessa deve trovare accoglimento.

Non può trovare accoglimento in proposito l'eccezione di parte attrice secondo cui le azioni discendenti dal contratto nullo non sarebbero esercitabili da EMF-IT 2008-1 s.r.l., ma piuttosto dall'originaria parte contrattuale Meliorbanca s.p.a. e ciò perché, con la cessione in parola, la EMF-IT 2008-1 s.r.l. è subentrata, a norma dell'art. 58 TUB a tutti “i rapporti giuridici” individuati in blocco e, quindi, anche nella relativa posizione processuale.

Quanto agli interessi, trova applicazione il disposto di cui all'art. 2033 c.c. con decorrenza al saggio legale dalla data della domanda, presumendosi la buona fede dell'*accipiens* (da valutarsi alla data di conclusione del contratto) in mancanza di esplicite deduzioni in senso contrario.

Al di fuori dell'azione di ripetizione dell'indebito, implicitamente esercitata per ottenere la restituzione del capitale indebitamente versato, esiste, inoltre, anche un profilo di indebito arricchimento in capo a parte attrice.

La stessa, infatti, ottenendo l'erogazione del mutuo ha potuto estinguere la sua posizione debitoria con altro istituto di credito e, inoltre, si è potuto avvantaggiare di ulteriore somme di denaro, senza scontarne il prezzo.

La domanda di ripetizione dell'indebito, però, presuppone una correlativa diminuzione patrimoniale di chi abbia prestato l'indebito nel caso di specie nemmeno allegata.

La diminuzione patrimoniale, infatti, non può essere ravvisata in ciò che la parte avrebbe ottenuto per il caso in cui il contratto fosse risultato valido ed efficace, ma piuttosto in ciò che la parte avrebbe ottenuto qualora la somma, anziché versata in esecuzione di un contratto nullo, avrebbe fruttato (nei limiti dell'arricchimento della controparte) qualora fosse stata impiegata ad altri fini.

Sul punto, però, manca qualsiasi deduzione.

Nemmeno può trovare accoglimento la domanda proposta in via riconvenzionale ed eventualmente compensativa da parte attrice e volta ad ottenere la condanna di quanto defalcato dalle somme concesse a mutuo e ciò in considerazione delle disposizioni previste dal pacchetto Bersani bis.

Il contratto è, infatti, nullo e conseguentemente, parte convenuta ha diritto di vedersi ripetere tutto quanto versato, ad eccezione di quanto già percepito in esecuzione del detto contratto.

Sul punto, parte attrice deduce di avere sostenuto il pagamento della somma di € 6.480,00, oltre ad ulteriori costi, per adempimenti ipotecari e notarili.

La somma di € 6.480,00 deve essere riconosciuta a parte attrice, in quanto non specificamente contestata, mentre le ulteriori somme, pur facilmente suscettibili di deduzione (prima che di allegazione probatoria), non sono state specificamente indicate e, come tali non possono trovare riconoscimento.

La reciproca soccombenza delle parti determina la compensazione integrale delle spese del presente giudizio.

PQM

definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe indicata, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione rigettata o assorbita, dichiara la nullità del contratto di mutuo *inter partes* concluso il 23.7.2008 e, per l'effetto,

dichiara la nullità del precetto intimato sulla base di tale titolo;
condanna Marazzina Davide e Marazzina Stefano a pagare in favore di Italfondario s.p.a. quale procuratrice di BNP Paribas Personal Finance s.p.a., quale procuratore di EMF-IT 2008-1 s.r.l. la somma di € 129.520,00 oltre interessi legali dal 12.5.2011 e fino al saldo effettivo;
dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

Lodi, 24.4.2013

il giudice
Sergio Rossetti

IL CASO.it