DIRITTO BANCARIO giurisprudenza

15685/13

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CORRADO CARNEVALE - Presidente -

Dott. SERGIO DI AMATO - Rel. Consigliere -

Dott. MARIA ROSARIA CULTRERA - Consigliere -

Dott. MARIA ACIERNO - Consigliere -

Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

elettivamente domiciliato in , VIA presso l'avvocato che lo rappresenta e difende, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

S.P.A.;

- intimata -

Copyright dirittobancario.it

sul ricorso 21740-2007 proposto da:

S.P.A. (C.F.),

in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in , VIA presso l'avvocat , che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato giusta procura a margine del controricorso e ricorso incidentale condizionato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

- intimati -

avverso il decreto della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositato il 04/04/2007;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/05/2013 dal Consigliere Dott. SERGIO DI AMATO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente e ricorrente incidentale, l'avvocato che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. U A che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del

Copyright dirittobancario.it

ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La s.p.a. proponeva reclamo avverso il decreto in data 28 novembre 2006 con cui il Presidente delegato del Tribunale di Roma, su ricorso di e previa chiamata in causa di aveva designato un notaio per redigere, ai sensi dell'art. 39, comma ~~sesto~~ 6 *ter*, del d. lgs. n. 385/1993, l'atto pubblico di suddivisione del finanziamento concesso alla Cooperativa a r.l. per la realizzazione di un programma edilizio del quale faceva parte l'unità immobiliare acquistata dai soci e . Con decreto del 4 aprile 2007 la Corte di appello di Roma, ritenuto che il giudizio doveva svolgersi anche nei confronti della Cooperativa e dei suoi soci in quanto la suddivisione del finanziamento rispetto ad un socio assegnatario incideva necessariamente sulla loro posizione, rimetteva gli atti al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c.

C C propone ricorso per cassazione, deducendo tre motivi. La Banca s.p.a., oggi Banco resiste con controricorso e propone ricorso incidentale condizionato affidato ad un motivo. La Banca ha anche presentato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Copyright dirittobancario.it

Con il primo motivo il ricorrente principale deduce la violazione degli artt. 102 e 354 c.p.c. nonché il vizio di motivazione, lamentando che la Corte di appello aveva accolto l'eccezione di difetto di integrità del contraddittorio sollevata dalla Banca malgrado la stessa non avesse indicato nominativamente i soci che dovevano partecipare al giudizio quali litisconsorti necessari e malgrado dall'atto di assegnazione risultasse la quota di mutuo che il ricorrente si era accollata e la quietanza liberatoria rilasciata dalla Cooperativa ai signor: e con riferimento a tutte le obbligazioni su di essi gravanti nella loro qualità di soci e assegnatari.

Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione degli artt. 1321 e 1322 c.c. e degli artt. da 1362 a 1371 c.c. nonché il vizio di motivazione, lamentando che la Corte di appello aveva omesso di considerare che la Banca , con lettera del 28 ottobre 2010, aveva manifestato il suo assenso alle reiterate richieste di frazionamento con attribuzione di una quota pari a lire 230.000.000 che, sulla base di quanto risultava dall'atto di assegnazione, rappresentava l'intero debito del

Con il terzo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 39, commi sesto, sesto *bis*, sesto *ter*, sesto *quater*, del d. lgs. n. 385/1993, degli artt. 2514 e 2541

Copyright dirittobancario.it

c.c. e dell'art. 102 c.p.c. nonché il vizio di motivazione, lamentando che l'integrazione del contraddittorio era stata disposta malgrado dall'atto di assegnazione risultasse chiaramente la quota di mutuo accollata e l'assenza di ulteriori debiti verso la cooperativa e malgrado non fosse prospettabile una responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale condizionato la Banca deduce la violazione dell'art. 112 c.p.c. ed il vizio di motivazione, lamentando che la Corte di appello aveva omesso di pronunziare sulla domanda intesa ad ottenere la dichiarazione di nullità o l'annullamento o la dichiarazione di inefficacia del frazionamento redatto dal notaio sulla base del provvedimento del presidente delegato del Tribunale di Roma sia perchè tale provvedimento era stato impugnato con reclamo e, quindi, ne era sospesa l'efficacia sia perché, comunque, era affetto da errore essenziale e riconoscibile nella identificazione della quota di mutuo e della relativa ipoteca oggetto di frazionamento.

Il ricorso è inammissibile. I provvedimenti giurisdizionali aventi forma giuridica diversa da quella della sentenza sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. soltanto quando presentano, nel loro contenuto e nella loro

Copyright dirittobancario.it

disciplina, i caratteri della decisorietà e della definitività. Tali caratteri, che devono coesistere, consistono, quanto alla decisorietà, nella risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o status e, quanto alla definitività, nella mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, quegli status o quei diritti (*e plurimis* e da ultimo Cass. 18 gennaio 2013, n. 1240; Cass. s.u. ord. 7 dicembre 2006, n. 26181). Nella specie, la Corte di appello, ritenuto che il provvedimento del Presidente delegato del Tribunale di Roma era stato emesso senza la presenza di tutti i necessari contraddittori, ha rimesso gli atti al primo giudice. Tale provvedimento, pertanto, manca evidentemente di conutento decisorio non essendo idoneo ad incidere sul diritto al frazionamento del finanziamento e della correlativa garanzia ipotecaria.

Alla inammissibilità del ricorso principale consegue l'assorbimento di quello incidentale condizionato.

La Corte, peraltro, ritenuta di particolare importanza la questione decisa con il decreto impugnato, ritiene opportuno enunciare *ex* art. 363, comma terzo, c.p.c. il principio di diritto applicabile al procedimento previsto dall'art. 39, comma ~~sesto~~ 2-*sexies*, del d. lgs. n. 385/1993.

La Corte è stata chiamata in passato a pronunziarsi, con riferimento all'art. 39 del d. lgs. n. 385/1993 nel

Copyright dirittobancario.it

testo anteriore alle modifiche dettate dal d. lgs. n. 122/2005, sulla domanda promossa dal terzo acquirente ed intesa ad ottenere la dichiarazione di inefficacia del frazionamento, eseguito dalla banca mutuante a richiesta del mutuatario, nella parte in cui imputava all'unità immobiliare acquistata dal terzo una quota di mutuo superiore a quella che questi si era accollata. Nell'occasione la Corte ha affermato il principio che «il frazionamento del mutuo fondiario, in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente carattere dichiarativo, non può costituire fonte di nuove obbligazioni per il terzo acquirente che non vi abbia partecipato, il quale rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. Ne consegue l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare» (Cass. 20 marzo 2008, n. 7453). In particolare, nell'occasione la Corte ha ritenuto che: 1) le norme che si sono succedute nella disciplina del frazionamento (come facoltà del mutuante *ex* art. 3, comma 6, del d.p.r. n. 7/1976; come diritto del mutuatario *ex* art. 5 della legge n. 175/1991; come diritto anche del terzo acquirente *ex* art. 39 del d. lgs. n. 385/1993; come

Copyright dirittobancario.it

diritto anche del promissario acquirente e dell'assegnatario ex art. 39 cit. dopo le modifiche dettate dal d. lgs. n. 122/2005) si limitano a prescrivere, affermandone il carattere dichiarativo, la suddivisione del mutuo in quote e, correlativamente, il frazionamento dell'ipoteca a garanzia; 2) a norma dell'art. 1273 c.c, u.c., il terzo accollante è obbligato verso il creditore nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta; 3) il frazionamento dell'ipoteca deve essere eseguito, secondo le norme ricordate, "correlativamente" alla suddivisione del mutuo. La formulazione letterale delle norme in questione, rimasta inalterata nel tempo, esprime con chiarezza la volontà del legislatore che, nel frazionamento, sia mantenuta la correlazione tra garanzia e debito, nel senso che il vincolo reale sulla singola unità immobiliare frazionata deve garantire tutta, e soltanto, la quota risultante dalla suddivisione del mutuo (o del finanziamento); 4) nel caso in cui il frazionamento non sia contestuale alla consegna della somma mutuata può porsi un problema di tutela delle ragioni della banca, che tuttavia può esigere immediatamente dal mutuatario il pagamento delle quote di mutuo le quali, in conseguenza del fatto, a questi imputabile, della vendita delle unità immobiliari senza

Copyright dirittobancario.it

accollo di quota, o con accollo di quota inferiore alla garanzia potenziale della singola unità trasferita, non siano più garantite dall'ipoteca, frazionata in modo legittimo; 5) il rischio che il mutuatario non sia in grado di soddisfare queste richieste è quello comune di insolvenza e viene accettato dalla banca nel momento in cui decide di erogare il denaro indipendentemente dal frazionamento contestuale della garanzia ipotecaria.

Le modifiche all'art. 39 del d. lgs. n. 385/1993 dettate dal d. lgs. n. 122/2005, oltre ad ampliare il novero dei soggetti aventi diritto al frazionamento del finanziamento, hanno anche previsto uno specifico rimedio nel caso in cui la banca, richiesta legittimamente del frazionamento, non vi abbia provveduto. In questo caso il presidente del tribunale designa con decreto il notaio che deve procedere al frazionamento. Il contenuto del frazionamento è, tuttavia, predeterminato dalla legge; il presidente del tribunale non interviene nel determinare il contenuto del frazionamento, ma designa soltanto il notaio, una volta accertata la legittimazione a chiedere il frazionamento. Pertanto, solo relativamente alla affermazione o alla negazione della legittimazione può predicarsi il carattere decisorio dei provvedimenti assunti dal presidente del tribunale, prima, e dalla Corte di appello, poi, in sede di eventuale reclamo. Il frazionamento, infatti, sulla base dei principi affermati

Copyright dirittobancario.it

dalla ricordata Cass. n. 7453/2008, ha carattere vincolato e riguarda soltanto il mutuante ed il soggetto che lo ha chiesto. L'ipoteca, dopo il frazionamento, deve garantire soltanto la quota di mutuo che il terzo si è accollato e non una quota corrispondente al valore della singola unità rispetto al valore del complesso delle unità immobiliari gravate dall'ipoteca; pertanto, rientra nel rischio accettato dalla banca, nell'erogare il mutuo senza procedere al frazionamento, la possibilità che una parte dell'importo mutuato non sia più assistito da una garanzia ipotecaria ed è, invece, da escludere che la garanzia possa trasferirsi sulle altre unità immobiliari in misura superiore alla quota di mutuo accollata dagli altri acquirenti. Nel caso in cui il frazionamento redatto dal notaio in sostituzione della banca non rispetti i criteri dettati dalla legge ed anche ove ciò accada per le indicazioni date dal presidente del tribunale nel suo decreto, il frazionamento deve ritenersi nullo (totalmente nel caso in cui l'acquirente abbia pagato il prezzo senza accollarsi alcuna quota del mutuo; ovvero parzialmente nella parte in cui il frazionamento abbia posto a carico di una unità immobiliare una quota del mutuo superiore a quella accollatasi dal suo acquirente). La nullità può essere accertata in un giudizio contenzioso nel quale non sono

Copyright dirittobancario.it

contraddittori necessari né gli altri acquirenti né il mutuatario.

In conclusione si deve affermare il seguente principio di diritto: «nel procedimento previsto dall'art. 39, comma ~~sesto~~ ter, del d. lgs. n. 385/1993, il presidente del tribunale, accertata la legittimazione del ricorrente e l'inadempimento della banca all'obbligo di frazionare il mutuo, designa il notaio che vi deve provvedere in sostituzione della banca. Nel caso in cui il frazionamento sia richiesto dal terzo acquirente, dal promissario acquirente o dall'assegnatario, l'ipoteca, dopo il frazionamento, deve garantire soltanto la quota di mutuo che il richiedente si è accollato e non una quota proporzionata al valore della singola unità rispetto al valore del complesso delle unità immobiliari gravate dall'ipoteca. Per tale ragione al procedimento non devono partecipare altri soggetti oltre al mutuante ed al soggetto che ha chiesto il frazionamento».

Soccorrono giusti motivi per compensare per intero le spese del giudizio di cassazione.

P . Q . M .

dichiara inammissibile il ricorso principale e assorbito quello incidentale; compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 22 maggio 2013.

il cons. estensore Sergio Di Amato

Depositato in Cancelleria
21 GIU 2013
IL CANCELLIERE

il presidente

Copyright dirittobancario.it