

€ 22.750.000,00 ; venne stipulato il mutuo in data 12.3.2007 con erogazione di € 5.000.000,00 da rimborsare in 15 anni con 30 rate semestrali con iscrizione ipotecaria sullo stesso bene. Nel luglio / settembre 2009 vennero sospesi i pagamenti dei due mutui cosicché alla data del fallimento risultavano i seguenti debiti: € 6.025.201 in via ipotecaria quanto al I mutuo fondiario oltre interessi al chirografo; quanto al secondo mutuo fondiario € 4.869.570,07 in via ipotecaria oltre interessi al chirografo; la domanda di ammissione era stata decisa come da parere del Curatore il quale aveva ritenuto: " per il credito derivante dal mutuo fondiario del 8.7.2004, privilegio non riconosciuto per mancata produzione dei SAL, per il credito derivante dal mutuo fondiario del 12.3.2007 privilegio ipotecario non spettante per mancanza dei requisiti di mutuo fondiario ... " con ricalcolo degli interessi. Formulava le seguenti osservazioni al decreto di ammissione:

- Sul primo contratto di finanziamento fondiario: deduceva la produzione dei SAL in sede di osservazioni al progetto di stato passivo; deduceva la infondatezza dell'asserita superficialità delle ispezioni compiute e degli accertamenti effettuati sull'avanzamento dei lavori , rilevando che il credito fondiario non era un credito di scopo e quindi le verifiche rispondevano solo ad un interesse della Banca: l'eventuale superficialità delle verifiche pertanto, si riverberava sulla possibilità di recupero del credito, ma non sulla validità ed efficacia dello stesso; quanto alla mancanza di data certa rilevava che essa doveva ritenersi riferita alle erogazioni che certamente erano state effettuate atteso che lo stesso Curatore ne aveva proposto l'ammissione al passivo.
- Sul secondo contratto di mutuo fondiario. Il Curatore aveva dedotto la nullità del mutuo, ammettendolo al passivo al chirografo a titolo di *condictio indebiti* , ai sensi dell'art. 38 TUB. Infatti era stata redatta una perizia in sede fallimentare da cui emergeva un valore dell'immobile di

€ 11.750.000,00 , da cui derivava, a parere del Curatore, una erogabilità sino a € 9.400.000,00: poiché erano già stati erogati € 6.500.000,00, il secondo finanziamento di € 5.000.000,00 superava detto limite di finanziabilità con le conseguenze sopra indicate. In fatto replicava che era stata compiuta una perizia all'atto di erogazione del secondo mutuo, che aveva stimato l'immobile € 22.750.000,00 , certamente più attendibile, essendo stata effettuata all'epoca, della perizia retrospettiva fatta effettuare dalla Curatela. In ogni caso il raffronto colla finanziabilità di un nuovo mutuo andava effettuato non già coll'importo del mutuo già effettuato, ma col residuo che all'epoca del secondo mutuo era pari a € 6.319.556,47. Ancora nella contestata ipotesi dedotta dalla Curatela, le conseguenze della giurisprudenza citata , portavano alla degradazione al chirografo (quale *conductio indebiti*) del supero, per cui la ammissione sarebbe dovuta essere di € 9.400.000.000 in privilegio ipotecario e degradazione della restante parte di € 1.919.556,47 in chirografo. In ogni caso non si giustificava la degradazione in chirografo sulla base dell'asserita nullità: richiamava due arresti della S.C. del 2013 che avevano escluso che l'art. 38 TUB richiamasse l'art. 117 stesso testo , deducendo che le disposizioni sul limite di finanziabilità avesse ad oggetto solo il comportamento della Banca e non la validità del contratto.

- Su entrambe le posizioni deduceva che non era stata valutata la possibilità della conversione del mutuo da fondiario in ordinario, e la non revocabilità per prescrizione del diritto di azione delle ipoteche.
- Contestava infine la mancata indicazione degli interessi ex art. 2855 c.c. (interessi al tasso legale dalla fine dell'anno in corso alla data del fallimento sino alla vendita).

- Si costituiva la Curatela , la quale deduceva quanto segue:
sul I mutuo, premessa la normativa di settore , rilevava che in fatto, le erogazioni relative al I mutuo erano tutte superiori al limite di finanziabilità e quindi singolarmente nulle. Infatti , dopo la erogazione iniziale la Banca aveva effettuato la prima erogazione pari a 1.500.000,00 (portando il finanziato a € 3.000.000,00) il 18.1.2005 pari al 46% del totale finanziabile, la seconda in data 23.6.2005 per ulteriori 2 milioni portando il finanziamento al 77% del totale finanziabile, e la terza in data 27.9.2005 per ulteriori € 1.400.000,00 portando il finanziamento al 98,4% del totale finanziabile. L'erogazione finale pari a € 100.000 avviene all'atto della stipula del secondo mutuo. La Banca aveva prodotto SAL (di cui la Curatela contestava la superficialità e la non opponibilità per assenza di data certa) dai quali si ricavava che lo stato di avanzamento dei lavori era pari al 25% alla prima erogazione, al 60% alla seconda erogazione e al 91 % alla terza erogazione , pertanto conseguendone che per stessa ammissione della Banca, le erogazioni erano state superiori ai SAL , quindi non solo superiori al limite finanziabile cioè all'80% dello stato di avanzamento dei lavori, ma superiori al valore accertato dalla stessa banca. Criticava la qualità dei SAL forse parzialmente descrittivi, ma mai tecnici, evidenza che il mutuo a sal era stato distorto a un finanziamento normale erogato a cassa secondo le esigenze del mutuatario. Ne conseguiva la nullità del privilegio ipotecario.
- Sul II mutuo , rilevava quanto segue. Trattavasi non di mutuo a SAL ma l'avvenuta saturazione del bene immobile già oggetto del primo mutuo. Al tempo della concessione del II mutuo di € 5 milioni il bene era già completamente edificato. Il debito totale gravante sull'immobile era pertanto pari a € 11.500.000,00 dato dal valore residuo in linea capitale del I mutuo riconosciuto dalla stessa banca

in € 6.300.000,00 circa e € 5.000.000,00. pertanto per rispettare il limite dell'80% il valore dell'immobile avrebbe dovuto essere di € 14.375.000,00, mentre per quello che si deduceva dalla perizia fatta effettuare dalla Curatela, il valore dell'immobile era pari a € 11.750.000,00. Il limite cauzionale era pertanto sfondato, risultando saturata la quota parte del 20% del valore commerciale del bene che doveva essere a disposizione dei creditori sociali. Inconsistenti erano le contestazioni della Banca, poiché la perizia effettuata, che "favoleggiava" di un valore di circa 20 milioni, era affetta da superficialità grave o indice della volontà di fare comunque credito a credito che era stato quasi integralmente utilizzato per finanziare un'altra società del gruppo. In punto di diritto richiamava la pronuncia della SC del 1995, facendo oggetto di critica la sentenza del 2013.

La causa veniva trattenuta in decisione all'udienza del 5 giugno 2014 con termine per deposito di note e repliche conclusionali scadenti il 30 luglio 2014.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La opposizione deve essere decisa come segue.

- Ricostruzione della fattispecie.

Come già descritto nella parte in fatto, la Curatela ha ammesso in chirografo del fallimento l'importo residuo a debito di due successivi mutui fondiari erogati l'uno nel 2004 (8 luglio) e il secondo nel 2007 (12 marzo), contestando la violazione del limite di finanziabilità, pari all'80% di cui alla deliberazione CICR del 22 aprile 1995, in osservanza del richiamo dell'art. 39 II comma TUB, deducendo la nullità dei due mutui fondiari e ammettendo al chirografo la somma per indebitato oggettivo. Il primo mutuo pari a € 6.500.000,00 è stato erogato in tranches ed in particolare, € 1.500.000,00 all'atto della stipula del

mutuo, € 1.500.000,00 il 18.1.2005, € 2.000.000,00 il 23.6.2005, € 1.400.000,00 il 27.9.2005, € 100.000 finali alla stipula del secondo mutuo. In relazione a tale primo mutuo la Curatela invoca la nullità per superamento del limite per singolo finanziamento. Il secondo mutuo pari a € 5.000.000,00 è stato erogato in contestualità alla stipula in data 12 marzo 2007. Per esso la curatela invoca la nullità per superamento del limite di finanziabilità.

- Richiamo della normativa applicabile al caso di specie.
La normativa che regola la fattispecie è la seguente:

1. **Art. 38 DLT 385/1993** "1. 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. 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 o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti."
2. **DELIBERA COMITATO INTERM. CREDITO E RISPARMIO 22 aprile 1995** "IL COMITATO INTERMINISTERIALE PER IL CREDITO ED IL RISPARMIO Visto l'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che definisce la nozione di credito fondiario come concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili; Visto il comma 2 del medesimo articolo, il quale prevede che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determini l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti; ...Su proposta della Banca d'Italia; Delibera: 1. L'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi. Tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia. 2. In presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie su un immobile, ai fini della determinazione dell'ammontare massimo di un finanziamento di credito fondiario, al relativo importo va aggiunto il capitale residuo del finanziamento pregresso. 3. Le disposizioni sub 1. e sub 2. si applicano anche alle operazioni di credito alle opere pubbliche e di credito agrario, qualora siano garantite da ipoteca su immobili. La Banca d'Italia emanerà istruzioni applicative della presente delibera." e **Banca d'Italia, Istruzioni di Vigilanza per le Banche di cui alla circolare n. 229 del 21.4.1999 titolo V cap. I sez II** "Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori."

3. **Art.1418 codice civile** . Cause di nullità del contratto “[1] Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. [2] Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illicità della causa, l'illicità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.; **art. 1419 codice civile** . Nullità parziale [1] 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. [2] La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

- Esame della giurisprudenza sul punto: le due pronunce della SC che hanno avuto ad oggetto la risoluzione della fattispecie , di segno opposto, sono Cass 9219/1995 e Cass. 26672/2013 , entrambe richiamate dalle parti. A tenore della prima pronuncia la violazione del limite dell'importo del credito garantito importa nullità per contrasto con norma imperativa , norma che non si pone a tutela dell'interesse della Banca o del cliente ma che è posta a tutela della collettività: “A) Tutto il sistema del credito fondiario ed edilizio è di natura pubblicistica, non solo per la funzione economica che gli Istituti autorizzati dallo Stato esplicano nella raccolta e reimpiego del risparmio, ma anche per la funzione sociale che il sistema assolve, con un meccanismo che toglie all'ente mutante 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.”. Si sottolinea ancora la insufficienza della sanzione amministrativa per la tutela degli interessi sottesi alla norma.
- Secondo Cass 26672/2013 , invece il riferimento operato all'art. 117, 8 comma TUB è infondato non trattandosi di potere conformativo esercitato dalla Banca d'Italia ma di determinazione dell'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 38 TUB ; l'interesse perseguito è esclusivamente l'interesse bancario , cosicché la norma va interpretata come norma di comportamento e non di validità, conseguendone non la nullità ma la sanzione amministrativa

valore del credito ipotecario deve essere documentato in modo chiaro e trasparente.” applicabile *ratione temporis*.

Essa consta di una preliminare descrizione del bene mentre la valutazione si sostanzia nella sola applicazione di stima per comparazione, comparando inoltre una struttura sportiva (trattasi di piscine oltre vasche e spogliatoi e uffici a vario uso) a edilizia residenziale della zona attribuendo a tutte le superfici, siano esse giardino vasca uffici magazzini centrale elettrica etc. il medesimo valore a metro quadro, pari a € 2000,00. Non occorre essere un tecnico per comprendere che il metodo comparativo con edilizia residenziale è del tutto fuorviante, trattandosi di impianto sportivo che deve essere paragonato ai (pochi) complessi simili sul territorio urbano. Sono poi totalmente assenti riferimenti a strumenti oggettivi di valutazione quali l'OMI o analoghi. La determinazione finale porta ad un valore del bene pari a € 22.750.000,00 valore *ictu oculi* inverosimile per una realtà posta tra l'altro in una zona periferica rispetto alla città, nonostante lo stesso perito della procedura dia atto di costante clientela e di riferimento ad un bacino di utenza ampio. A distanza di poco più di due anni la valutazione operata dal tecnico della Banca ha subito un aumento di valore di oltre il 40% (da € 16.100.000 della perizia 1 giugno 2004 ai € 22.750.000 della perizia 4 novembre 2006), in epoca cui come emerge dai dati Omi riportati dal perito della Curatela, il valore locativo dei beni in zona €/mq era in calo. La perizia svolta dalla Curatela appare effettuata con maggiore rigore, ponendo a base della propria stima analitica per capitalizzazione dei redditi, i valori OMI. Appare pertanto non necessario procedere all'espletamento di altra *ctu*, anche attese le gravi superficialità che inficiano la perizia svolta dalla Banca. Se allora il valore dell'immobile al 2007 è quello indicato dalla Curatela occorre prendere posizione in ordine alla

9

violazione del combinato disposto dell'art. 38 TUB e delle correlate disposizioni del CICR e della Banca d'Italia che sopra si sono riportate. L'art. 38 al II comma limita la concedibilità di finanziamenti fondiari ad una percentuale tra il finanziamento stesso e il valore del bene ipotecato e la delibera del CICR individua tale percentuale nell'80% del valore dell'immobile. Si conviene con Cass. 26672 sulla indipendenza tra la norma citata e l'art. 117 TUB che stabilisce un potere conformativo in relazione a tipi contrattuali da parte della Banca d'Italia sancendo la nullità dei contratti difformi. In effetti nel caso di specie non è la Banca d'Italia che crea il tipo o la clausola contrattuale, ma l'oggetto, la prestazione (concessione del finanziamento) che viene determinata nel massimo ammontare da norma secondaria: si tratta quindi di una norma che delimita una fattispecie negoziale già esistente. Tuttavia il Tribunale condivide solo sino a qui la ricostruzione operata dalla SC. In particolare procedendo nella disamina delle ragioni indicate dalla pronuncia del 2013 per contestare la valutazione in termini di validità del contratto di finanziamento fondiario eccedente la percentuale dell'80%, la Cassazione parte da un presupposto non condivisibile, vale a dire la ricostruzione della norma in termini di protezione della Banca " in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie ". La Banca non può essere considerato alla stregua di un qualsiasi operatore finanziario ma è l'operatore destinato alla raccolta e alla gestione del risparmio, determinato da una disciplina di sistema che ne regola l'attività e che lo sottopone a particolari forme di controllo. Non si condivide in modo assoluto la ricostruzione della normativa di sistema come normativa a tutela del solo interesse bancario alla conservazione della integrità patrimoniale; l'angolo visuale della procedura fallimentare dà conto della esistenza e

della rilevanza dell'interesse del ceto creditorio nel suo insieme, interesse che viene violato da un esercizio scorretto dell'erogazione del credito ; l'interesse del ceto creditorio fa parte poi di un più generale interesse al corretto andamento economico e quindi sociale, atteso che il mancato adempimento delle obbligazioni nei riguardi dei creditori meno tutelati crea un effetto a catena di fallimenti, perdite di posti di lavoro e crisi economica generale. Deve quindi ritenersi che la normativa che determina l'oggetto del contratto sia normativa imperativa la cui violazione determina nullità ex art. 1418 I comma c.c., così come ritenuto da cass. 9219/1995 sopra richiamata ("D'altra parte, è principio costante che, 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).").

In ogni caso non convince la ricostruzione operata dalla SC nel 2013 , della normativa che si esamina quale normativa volta a regolare il comportamento delle parti e non la genesi del rapporto contrattuale. Tale impostazione ricalca la più convincente giurisprudenza che ha " normato " i contratti di investimento finanziario ricostruendo la violazione del dovere di informazione quale violazione di una norma di comportamento fonte di responsabilità. E' agevole rilevare che una normativa che incide direttamente sull'oggetto del contratto attinge agli elementi essenziali dello stesso e non all'apposizione di doveri di comportamenti, che sono, come nel caso dei doveri di informazione, estranei al contenuto tipico dell'obbligazione, non rigidamente determinati o determinabili, non necessariamente coevi alla genesi dell'obbligazione.

Né infine, può ritenersi l'applicabilità dell'art. 1419 c.c., nel senso invocato in via di ipotesi dall'Istituto di

credito. Essa ha infatti eccepito che in caso di accoglimento delle ragioni della Curatela, la nullità andrebbe dichiarata per le somme erogate in supero rispetto al limite di finanziabilità. Non vi è infatti alcuna dimostrazione che i contraenti ed in particolar modo la Banca avrebbero concluso il contratto di finanziamento anche in assenza della particolare tutela data alla stessa dal credito fondiario. Si richiama la chiara motivazione di T. Venezia 26.7.2012 che integralmente si condivide: "La tesi della nullità parziale non persuade questo Collegio. In primo luogo, va osservato che la tesi del frazionamento del mutuo (fondiario fino al limite del massimo finanziabile e ordinario per l'eccedenza), non appare condivisibile e porterebbe ad effetti bizzarri quali il consolidamento dell'ipoteca per la porzione fondiaria e l'assoggettamento alla revocatoria fallimentare ex art. 67 L.F. per la porzione ipotecaria. È inoltre evidente che le parti hanno stipulato un unico contratto avendo ben presenti (con riferimento alla banca) le specificità ed i privilegi del credito fondiario rispetto al credito ipotecario (consolidamento dell'ipoteca in soli 10 giorni, esenzione da revocatoria fallimentare, possibilità di proseguire l'espropriazione individuale anche dopo il fallimento del debitore, etc.) e proprio in ragione di ciò è assai arduo ritenere che l'istituto di credito, in difetto del fondiario, avrebbe stipulato comunque un mutuo ipotecario ordinario."

4. Calando la soluzione giuridica sopra esposta alla fattispecie in esame deve quindi rilevarsi quanto segue:

in ordine al I mutuo: come sopra indicato "Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei

lavori.”. (Banca d’Italia, Istruzioni di Vigilanza per le Banche di cui alla circolare n. 229 del 21.4.1999 titolo V cap. I sez II)

Non può essere pertanto finanziato più dell’80% delle opere eseguite e ciò ha una sua logicità. Posto infatti che il finanziamento fondiario non è più (esclusivamente) mutuo di scopo, tuttavia quando venga concesso per l’esecuzione di un’opera edilizia il raffronto deve essere compiuto ancora in relazione all’opera che viene eseguita, per avere un metro di valutazione e controllo oggettivo, similmente a quanto avviene per il finanziamento che si rapporta al valore finale del bene posto a garanzia. Il primo mutuo fondiario ha avuto il seguente andamento , già sopra descritto: valutazione del bene al momento della stima, € 2.150.000,00: erogazione di € 1.500.000 alla stipula del contratto; le erogazioni successive seguono le ispezioni dell’Ing. del 16.12.2004 (finanziamento in data 18.1.2005, per € 1.500.000,00) , del 13.6.2005 (finanziamento in data il 23.6.2005, per ulteriori 2 milioni) e del 21.9.2005 (finanziamento in data 27.9.2005, per ulteriori € 1.400.000,00) ; infine alla stipula del 2 mutuo, in data 12.3.2007, i residui € 100.000,00.

L’assoluta genericità delle relazioni ispettive (oltre l’aspetto relativo alla assenza di data certa opponibile al Curatore : Cass. civ. Sez. Unite, 20/02/2013, n. 4213 Poiché nel procedimento di accertamento del passivo il curatore fallimentare assume la posizione di terzo, le scritture private a fondamento del credito sono soggette ai limiti probatori di cui all’art. 2704 c.c. e debbono quindi essere munite di data certa.) che descrivono i SAL in meno di dieci righe, non consente il controllo del rispetto del limite di finanziabilità che pure è onere della Banca dimostrare. In esse infatti è assente qualsiasi ricostruzione analiticamente descrittiva delle opere compiute e dei valori ad esse

attribuiti (" con la constatazione di quanto realizzato in cantiere... realizzazione del 2 impalcato in c.a. e pilastri sovrastanti su cui impostare la copertura per l'intero corpo di fabbrica principale, volumi interrati già dotati di pavimentazione industriale il sottoscritto ritiene che con riferimento alla stima del giugno 2004 il sal odierno raggiunga il 25,21% " et similia). Né aggiungono nulla gli allegati i quali operano una ricostruzione del " valore venale odierno " rimandando ad un Sal che non viene prodotto e che pertanto non è controllabile.

L'onere della prova a carico della Banca deriva dall'inerenza del fatto da provare alla posizione soggettiva (essendo evidentemente impossibile per il creditore accedere alla documentazione della Banca o avere le adeguate conoscenze per attivare ritualmente la richiesta ex art. 210 c.p.c.) .

In ogni caso soccorrono le valutazioni circa l'inattendibilità della perizia compiuta dalla Banca in sede di erogazione de I mutuo. Trattasi infatti di una valutazione del seguente tenore " il bene immobile come risulta dal prospetto allegato è stato valutato nello stato attuale col metodo della stima sintetica a valore venale ... il valore di mercato odierno più probabile risulta essere pari a circa € 2.150.000,00 il valore di mercato ad opera compiuta più probabile potrà risultare pari a circa € 16.100.000,00 ". L'allegato indica dei costi unitari a metro quadro non giustificati ed un valore venale finale che consiste unicamente nel raddoppio del valore di costo (v. doc. 21).

Consegue da quanto sino ad ora motivato, la nullità del I contratto di mutuo stipulato.

- Quanto al II mutuo, deve rilevarsi che la nullità emerge dal rapporto tra quanto finanziato e il valore dell'opera come indicata dal perito della Curatela, per le ragioni

