



# TRIBUNALE DI NAPOLI

## QUATTORDICESIMA SEZIONE CIVILE

**PROCEDIMENTO n. 351/2014 R.G.E.**

**SUB-PROCEDIMENTO DI OPPOSIZIONE**

Il giudice dell'esecuzione, dott. Valerio Colandrea,  
letti gli atti della procedura espropriativa sopra indicata;  
letta in particolare l'opposizione all'esecuzione ex art. 615, secondo comma, c.p.c.,  
con contestuale istanza di sospensione ex art. 624 c.p.c., spiegata da \_\_\_\_\_ con  
ricorso depositato in data 4/3/2019;  
sciogliendo la riserva di cui all'udienza del 4/6/2019;

### OSSERVA

§ 1. \_\_\_\_\_ ha contestato il diritto della Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. di procedere ad esecuzione forzata sulla scorta del contratto di mutuo del 12/7/2004 ed ha sollevato una serie di contestazioni che possono essere sintetizzate come segue:

in primo luogo, ha dedotto la nullità del contratto in ragione della previsione di interessi di mora in misura superiore al tasso soglia anti-usura di cui alla legge n. 108 del 1996, atteso che, da un lato, sarebbe stato pattuito un tasso di mora in misura esattamente corrispondente al tasso soglia, nonché, dall'altro lato, lo sfioramento della soglia sarebbe conseguente alla necessità di tener conto degli ulteriori oneri accessori (e, in particolare, del differenziale tra il T.A.N. ed il T.E.G.) (doglianza integrante, in buona sostanza, un **primo motivo di opposizione**);

in secondo luogo, ha dedotto la nullità del contratto in ragione del superamento del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 T.U.B. e, in ogni caso, della violazione dell'art. 117 T.U.B. nella parte in cui non vi sarebbe stata l'indicazione del valore degli immobili concessi in garanzia (doglianza complessivamente integrante, in buona sostanza, un **secondo motivo di opposizione**).

§ 2. Non sussiste il *fumus boni iuris* dell'opposizione spiegata.

Per quanto concerne la doglianza sopra indicata come **primo motivo di opposizione**, la contestazione formulata muove dal presupposto per cui – nell'individuazione del tasso di mora – occorrerebbe tener conto non solo del tasso nominale indicato nel contratto, ma anche degli oneri accessori.



Invero, parte opponente non contesta che il tasso nominale di mora (in sé considerato) sia inferiore alla soglia (essendo contrattualmente ancorato proprio a tale limite), ma postula che uno sfioramento sia conseguenza della necessità di tener conto anche degli oneri accessori previsti nel contratto medesimo.

A ben vedere, trattasi di un approccio metodologico che – sebbene espressamente rifugga dalla sommatoria del tasso d'interesse corrispettivo e quello di mora – si risolve, alla fine, ugualmente in una forma di sommatoria: la differenza in tal caso è che viene assunto come riferimento il differenziale tra il T.A.N. ed il T.E.G.

Siffatta tesi appare manifestamente infondata.

Il *punctum dolens* di tale approccio è, infatti, quello di esprimere un dato meramente “nominale” e, per di più, un dato che – laddove si proceda alla somma algebrica con il tasso di mora – fotografa una situazione di costo dell'operazione negoziale non rispondente alla realtà.

Sul punto, occorre tener conto del fatto che:

- da un lato, sul piano contabile e di matematica finanziaria il calcolo del T.E.G. (nel quale confluiscono anche gli oneri accessori) si concretizza nell'indicazione del tasso di rendimento dell'operazione nel suo sviluppo ordinario; si tratta, cioè, di un tasso di attualizzazione che consente di rendere uguali due flussi di cassa di segno contrario e con scadenze previste in tempi diversi, ovverosia, da un lato, la somma del credito concesso dall'istituto mutuante e, dall'altro lato, la somma dei pagamenti dovuti dal mutuatario (per rimborso capitale, interessi, commissioni e spese) (cfr., al riguardo, l'art. 1-bis della sopra citata direttiva 90/88/CEE);
- dall'altro lato, invece, gli interessi moratori rappresentano un onere meramente eventuale in quanto sanzione contro l'inadempimento e trovano applicazione in relazione esclusivamente all'eventuale lasso temporale nel quale sia maturato l'inadempimento all'obbligazione di restituzione (ovverosia, il tempo “patologico” di pagamento); sul piano contabile, cioè, trattasi di un flusso di pagamento diverso ed aggiuntivo rispetto a quello ordinario.

In altri termini, si è in presenza di grandezze distinte in quanto sono distinti i relativi presupposti applicativi.

La previsione di un tasso di mora pari alla soglia non determina, allora, alcuno sfioramento rispetto al limite dell'usura, atteso che non è possibile ipotizzare alcuna forma di sommatoria di un onere eventuale (l'interesse di mora) con gli oneri c.d. ordinari.



§ 3. Per quanto concerne la doglianza sopra indicata come **secondo motivo di opposizione**, la contestazione formulata attiene alle conseguenze dell'eventuale superamento del c.d. limite di finanziabilità nel mutuo fondiario.

Al riguardo, è noto come l'art. 38 del D. Lgs. n. 385 del 1993 (c.d. Testo Unico Bancario), dopo aver precisato che "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" (primo comma), attribuisca alla Banca d'Italia il potere – da esercitarsi in conformità delle deliberazioni del C.I.C.R. – di "determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati e 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" (secondo comma).

In concreto, l'individuazione di tale limite ha avuto luogo con la deliberazione C.I.C.R. 22 aprile 1995 e la successiva circolare della Banca d'Italia 26 giugno 1995 di aggiornamento della circolare 29 marzo 1988 contenente "Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito": in estrema sintesi, il limite è stato fissato nella misura dell'80% del valore dell'immobile ipotecato, salva la possibilità di un ampliamento (sino al 100%) in presenza di garanzie integrative variamente individuate.

In seno alla giurisprudenza di legittimità si è sviluppato un contrasto sulle conseguenze che discendono dal superamento del limite in questione.

In un primo momento, la Corte di Cassazione ha sposato la tesi secondo cui, in caso di erogazione di un mutuo fondiario in violazione del limite ex art. 38 T.U.B., il mutuo resta pienamente valido ed efficace e, soprattutto, risulta comunque connotato dai privilegi normativi connessi al carattere fondiario del finanziamento, laddove le conseguenze scaturenti dal superamento del limite sono circoscritte all'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla disciplina del settore bancario ed alla configurazione di un'eventuale responsabilità della banca mutuante.

In tale prospettiva, il *leading case* si rinviene nella pronuncia di Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, la quale – facendo riferimento sia all'art. 117 T.U.B., che alla nullità c.d. virtuale – ha affermato che "*l'art. 38 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che, a tutela del sistema bancario, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, attiene ad un elemento necessario del contratto concordato fra le parti, qual è l'oggetto negoziale, e, pertanto, non rientra nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 del medesimo decreto, il quale attribuisce, invece, all'istituto di vigilanza un potere "conformativo" o "tipizzatorio" del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole; ne deriva che il*



*superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario”.*

Affermazione alla quale si sono conformate le successive pronunce di Cass. 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass. 4 novembre 2015, n. 22446; Cass. 7 marzo 2016, n. 4471; Cass. 6 maggio 2016, n. 9132; Cass. 24 giugno 2016, n. 13164.

Tuttavia, siffatto orientamento ha subito un consapevole *revirement* con la pronuncia di Cass. 13 luglio 2017, n. 17352, la quale – anche valorizzando la funzione del limite di finanziabilità in una prospettiva di garanzia della *par condicio creditorum* – ha prospettato la nullità virtuale del contratto ex art. 1418 cod. civ., sebbene temperata dalla possibilità di conseguire la conversione in mutuo ordinario ai sensi dell’art. 1424 cod. civ.

Si è cioè affermato il principio secondo cui *“in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all’autonomia privata in ragione della natura pubblica dell’interesse tutelato, volto a regolare il ‘quantum’ della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l’attività di impresa”.*

Principio al quale la giurisprudenza successiva ha dato continuità con le pronunce Cass. 16 marzo 2018, n. 6586; Cass. 12 aprile 2018, n. 9079; Cass. 9 maggio 2018, n. 11201; Cass. 26 maggio 2018, n. 13286; Cass. 24 settembre 2018, n. 22446; Cass. 19 novembre 2018, n. 29745.

§ 4. Il contrasto giurisprudenziale sopra enucleato impone di verificare quale sia la soluzione maggiormente “adeguata” onde assicurare la tutela degli interessi presi in esame dal legislatore con la previsione del limite di finanziabilità.

Sul punto, non può sottacersi come il più recente orientamento valorizzi, a ben vedere, il legame esistente tra il limite di finanziabilità ex art. 38 T.U.B. ed i privilegi processuali dettati dalla normativa speciale in tema di mutuo fondiario, in tal modo collegando la funzione di tale limite al più vasto tema della *par condicio creditorum*.

Se si pone mente soprattutto alle precisazioni operate dalla giurisprudenza successiva, infatti, il ragionamento prende le mosse dall’enfaticizzazione dei vantaggi conseguenti alla qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario ed incidenti sulla *par condicio* (principalmente, la sottrazione alla revocatoria ex art. 39 T.U.B. e la disciplina speciale del procedimento espropriativo ex art. 41 T.U.B.); si sviluppa ulteriormente con la precisazione per cui *“il mutuo fondiario è operazione che si connota per concentrare la copertura del rischio di rientro dell'erogato sul solo immobile*



«mobilizzato» e contestualmente iscritto in ipoteca di primo grado»; conduce infine all'affermazione secondo cui «la prescrizione normativa del limite di finanziabilità risponde, dunque, all'esigenza di circoscrivere, di definire il rischio insito in simile tipo di operatività del credito, che è appunto quello di sopravvalutare il bene «mobilizzato». Di escludere, di conseguenza, la pratica possibilità di operazioni che - secondo la scelta di politica economica adottata dal legislatore - non presentano ex ante sufficienti prospettive di effettiva fattibilità e buon esito ovvero espongono il mutuatario debitore ai rischi espoliatiivi (quanto, in specie, alla residua parte del suo patrimonio) ovvero di pura sorte» (Cass. 9 maggio 2018, n. 11201, in motivazione).

In tale prospettiva, dunque, il filo conduttore è di evitare che quei vantaggi che il legislatore accorda al creditore al fine di favorire la mobilitazione della ricchezza (i c.d. privilegi fondiari) perdano qualsivoglia ragion d'essere e si traducano in una posizione ingiustificata di vantaggio a detrimento non tanto della posizione del mutuatario, quanto soprattutto degli altri creditori.

Se si considera che il patrimonio del debitore (ivi compreso il bene oggetto di ipoteca fondiaria) costituisce la garanzia generica per il soddisfacimento di tutti i creditori (e, quindi, anche dei creditori diversi da quello fondiario), infatti, la «sopravvalutazione» del bene ed il superamento del limite prudenziale di finanziabilità ex art. 38 T.U.B. conducono, in ultima analisi, ad una riduzione di tale forma di garanzia per gli altri creditori.

Resta tuttavia da verificare se la sanzione individuata (la nullità integrale del contratto di mutuo fondiario, salva la domanda di conversione in mutuo ordinario) sia uno strumento effettivamente adeguato alla ricomposizione di quell'assetto «alterato» con il superamento del limite di finanziabilità.

Ritiene questo giudice che la risposta debba essere negativa.

Vi ostano, a ben vedere, una pluralità di argomenti che possono essere riassunti nei termini che seguono.

Sotto il profilo dell'assetto di interessi perseguito, la sanzione della nullità virtuale raggiunge un risultato per certi versi paradossale: in nome dell'asserita esigenza di tutelare il mutuatario dal rischio della sovrastima del bene (e, quindi, in ultima analisi, del sovraindebitamento) comprime oltremodo l'interesse dell'istituto mutuante al recupero del credito complessivamente concesso (imponendo, peraltro, a carico di quest'ultimo la formulazione di una domanda *ad hoc* di conversione del contratto in mutuo ordinario), aggravando in tal modo proprio quella situazione - la «sofferenza» bancaria - la cui propagazione sistemica il legislatore ha inteso scongiurare proprio con la previsione del limite di finanziabilità ex art. 38 T.U.B.



Se si guarda poi all'interesse dei terzi (ovverosia, degli ulteriori creditori del mutuatario pregiudicati dalla "iper-garanzia" in favore del fondiario), non può ignorarsi come – secondo l'orientamento del tutto pacifico della giurisprudenza di legittimità – la "frode ai creditori" giammai dia spazio all'applicazione della sanzione della nullità: è principio consolidato quello per cui non si rinviene *"nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale (come per il contratto in frode alla legge) l'invalidità del contratto in frode dei terzi, per il quale, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale"* (Cass. Sez. Un. 25 ottobre 1993, n. 10603; Cass. 4 ottobre 2010, n. 20576; Cass. 11 ottobre 2013, n. 23158; Cass. 31 ottobre 2014, n. 23158).

Infine, l'affermazione della nullità del mutuo fondiario per il superamento del limite di finanziabilità e della possibilità di conversione dello stesso in ordinario mutuo ipotecario si risolve – sul piano logico-giuridico – in una "complicazione" concettuale che non appare strettamente necessaria.

Occorre infatti considerare come la conversione ex art. 1424 cod. civ. postuli per definizione una diversità tipologica dei contratti, il che tuttavia non si verifica nei rapporti tra mutuo fondiario ed ordinario: il progressivo percorso di "normalizzazione" della disciplina del credito fondiario palesa come sussista identità dei soggetti (stante il venir meno della specializzazione delle sezioni autonome di credito fondiario), della causa (in buona sostanza, quella di finanziamento) e dell'oggetto delle obbligazioni assunte dalle parti (consegna vs restituzione).

Dunque, la diversità appare essere unicamente in punto di disciplina, atteso che alla qualificazione del contratto nei termini di mutuo fondiario consegue l'applicazione della disciplina speciale del T.U.B. (oltre che le norme, anche fiscali, di settore) e, in particolare, i ben noti privilegi di cui agli artt. 39 e 41.

Ne discende allora che – piuttosto che postulare la nullità del contratto e la sua successiva conversione – appare preferibile una soluzione interpretativa che limiti la "sanzione" al piano della qualificazione giuridica della fattispecie, operazione che – come ben noto – sempre prescinde dal *nomen* del contratto adoperato dalle parti.

In altri termini, nella prospettiva qui propugnata il superamento del limite ex art. 38 T.U.B. condurrà (non già alla sanzione della nullità ex art. 1418 cod. civ., bensì) alla qualificazione del contratto nei termini di un ordinario mutuo (con esclusione dei c.d. privilegi fondiari).

§ 5. Tirando le fila del discorso sin qui svolto, deve escludersi che, nel caso di specie, al creditore pignorante sia precluso il diritto di procedere esecutivamente in forza del contratto di mutuo azionato.



A tacer del fatto che alcuna prova è stata fornita circa il preteso superamento del limite di finanziabilità (non potendosi assumere come riferimento la valutazione operata dallo stimatore in quanto frutto di verifiche *ex post*), la soluzione sopra prospettata esclude del tutto la possibilità di una sanzione nei termini di nullità dell'operazione negoziale posta in essere.

§ 6. Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, l'istanza di sospensione deve essere rigettata.

Le spese della presente fase a cognizione sommaria dell'opposizione seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo in base al valore della causa ed in applicazione dei parametri previsti dal D.M. n. 55 del 2014 per i procedimenti cautelari, con esclusione della voce per la fase istruttoria (in quanto non ha avuto luogo) e riduzione di quella per la fase decisoria (in quanto ha avuto luogo senza il deposito di memorie scritte).

P.Q.M.

Letto l'art. 624 c.p.c.

RIGETTA l'istanza di sospensione.

Letto l'art. 91 c.p.c.

CONDANNA parte opponente al pagamento – in favore di parte opposta – delle spese della presente fase a cognizione sommaria dell'opposizione all'esecuzione, spese che liquida in euro 4.419,00 per compenso professionale, oltre rimborso spese generali (nella misura del 15% dell'importo sopra liquidato a titolo di compenso) ed oltre IVA e C.P.A. come per legge.

Letto l'art. 616 c.p.c.

ASSEGNA termine perentorio di giorni 30 (decorrenti dalla scadenza del termine per proporre reclamo oppure – in caso di interposto reclamo – dalla decisione del Collegio) per l'eventuale introduzione del giudizio di merito a cognizione piena sulla spiegata opposizione.

DICHIARA definito il presente sub-procedimento di opposizione.

Si comunichi a cura della cancelleria

Napoli, 05/06/2019

Il giudice dell'esecuzione

Dott. Valerio Colandrea

