

N. R.G. [REDACTED]

**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO****TERZA CIVILE**

Nella causa civile iscritta al n. r.g. [REDACTED] promossa da:

[REDACTED]

ATTORE

contro

[REDACTED] (C.F.), con il patrocinio dell'avv. [REDACTED]

CONVENUTO

Il Giudice dott. Simona Caterbi,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 28/10/2021,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Ritenuto preliminarmente che il potere, riconosciuto al giudice dell'opposizione al precetto dall'art. 615 c.p.c., di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo sia connesso ai motivi di opposizione proposti e proponibili e che il presupposto della sussistenza di gravi motivi, analogamente a quanto previsto dall'art. 624 c.p.c., sia ravvisabile unicamente nel giudizio di probabile fondatezza dell'opposizione;

Rilevato che nel caso di specie parte attrice propone opposizione a precetto deducendo:

di aver partecipato alla stipula di atto di compravendita e contestuale concessione di mutuo in favore della connazionale [REDACTED], rilasciando inconsapevolmente, stante la mancata conoscenza della lingua italiana, garanzia in favore della stessa;

che, rimasta all'oscuro del mancato pagamento delle rate, solo successivamente alla notifica del precetto aveva appreso della instaurazione di procura esecutiva immobiliare, conclusasi per infruttuosità;

che il mutuo veniva concesso per un importo di € 95.000,00 a fronte di un valore di acquisto dell'immobile in contratto di € 75.920,00 comprensive di imposte;

che sussisteva nullità del titolo e conseguente nullità della fideiussione per violazione dell'art. 38 TU bancario;

che, infatti, l'ammontare del finanziamento era palesemente esorbitante rispetto al valore dell'immobile;

che il valore catastale dello stesso era di circa € 23.000,00;

che, inoltre, dalla lettura delle perizia redatta in sede di procedura esecutiva emergeva che trattavasi di immobile urbanisticamente non conforme, e che le spese necessarie per la messa a norma erano pari a € 47.832,00;

che, in particolare, emergeva un annullamento per autotutela della concessione edilizia con avvio di procedimento amministrativo;

che non era dato comprendere la concessione di un finanziamento in favore di un soggetto, la [REDACTED], di giovane età, in Italia con permesso di soggiorno temporaneo, e che il finanziamento e la garanzia siano state firmate dalle stesse senza la assistenza di un interprete;

che inoltre veniva stipulato un contratto di fideiussione nullo in quanto in violazione della normativa a tutela delle intese anticoncorrenziali;

che sussisteva violazione del *beneficium excussionis* in quanto non era stata provata la insolvibilità della debitrice principale [REDACTED];

che, infine, sussisteva intervenuta prescrizione del diritto alla restituzione delle somme poste che dalla data della stipula, aprile 2007, alla data del precetto, aprile 2021, alcun atto interruttivo era stata trasmesso;

rilevato che la precettante [REDACTED], convenuta opposta, deduce:

che sulla base dell'opposto precetto erano state azionate due diverse procedure esecutive presso terzi nei confronti della signora [REDACTED];

che con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 38 TUB, dalla perizia redatta in sede di stima emergeva che il bene immobile aveva un valore di mercato di € 119.000,00;

che pertanto il finanziamento rientrava nei limiti dell'80% del valore del bene;

che il perito della procedura esecutiva aveva ritenuto il bene regolarizzabile;

che in ogni caso la giurisprudenza della Suprema Corte, seppur con diverse motivazioni, aveva ritenuto, in ipotesi di supero del limite di legge, la non sussistenza della nullità, ovvero la nullità sanabile della stessa, in presenza di richiesta di conversione, ovvero ancora la qualificazione del mutuo non già come fondiario ma come mutuo ipotecario;

che nel contratto di mutuo, atto pubblico, le due stipulanti dichiaravano di conoscere la lingua italiana;

che la fideiussione non era stata redatta sulle clausole ABI;

che l'opponente non aveva nemmeno affermato e fornito elementi di riscontro circa la conforme utilizzazione da parte delle banche di tale modello contrattuale all'epoca di sottoscrizione della fideiussione in esame, anno 2007;

che la parte aveva prestato fideiussione in via solidale con la debitrice;

che in contratto era previsto l'onere in capo al fideiussore di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con la Banca;

che la prescrizione si era interrotta a far data dal 2013, con la instaurazione della procedura esecutiva, ed era iniziata a decorrere nuovamente a far data dal 2018, con la chiusura della detta procedura;

che l'art. 1310 cod. civ. prevede che l'interruzione della prescrizione nei confronti di uno dei debitori in solido ha effetto anche nei confronti degli altri debitori;

sentite le parti all'udienza del 28.10.2021;
a scioglimento della riserva, si osserva quanto segue.

La opposizione si base sui seguenti motivi:

- a) Violazione art. 38 TUB;
- b) Mancata conoscenza della lingua italiana al momento della firma dell'atto;
- c) Violazione della normativa in materia di rilascio di fideiussione;
- d) Mancata escussione della debitrice principale;
- e) Intervenuta prescrizione del credito.

L'art. 38 del TUB, invocato da parte attrice, prevede che:

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.

E' pertanto solo con delibera CICR del 22.04.1995 che si stabilisce che l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 % del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, con percentuale elevabile al 100 per cento, qualora vengano prestate garanzie integrative.

Come noto, la norma di cui all'art. 38 TUB tace sulle concrete modalità di determinazione del detto 80% così come pure sulle conseguenze connesse al superamento del limite di finanziabilità.

Sotto il profilo dell'asserito supero dell'80%, si rileva.

Lo stesso deve essere tendenzialmente individuato alla data di stipula del mutuo, di norma coincidente con la data di acquisto dell'immobile.

Dalla sommaria indagine effettuata nella presente sede, a fronte di un mutuo per l'importo di € 95.000,00, è emerso;

che il perito della banca aveva stimato il bene in misura pari a € 119.000,00;

che la compravendita è stata effettuata a € 73.000 oltre Iva per complessive € 75.920,00;

che il valore del bene, al momento della perizia da parte del Tribunale di Busto Arsizio, era valutato in misura pari a € 53.969,60 per la ipotesi in cui le spese di regolarizzazione fossero a carico della procedura esecutiva; che le dette spese venivano quantificate dal tecnico incaricato dal giudice dell'esecuzione in misura pari a € 47.832,00.

Appare pertanto evidente che si è in presenza di alienazione di un bene costituito da un recupero di un locale sottotetto per il quale, al momento della vendita, nonostante le rassicurazioni offerte dal venditore in contratto, non era stata ancora acquisita la conformità, con tutte le conseguenze connesse alla detta mancata acquisizione, che sono poi emerse al momento della quantificazione dell'importo necessario per la sanatoria.

Ben può pertanto affermarsi che, allo stato, emerge che il finanziamento concesso per € 95.000,00, a fronte di un prezzo corrisposto di € 73.000 e di un valore effettivo del bene di gran lunga inferiore, appare concesso in palese violazione dei limiti di cui all'art. 38 TUB.

Ciò premesso, si tratta di verificare quali siano le conseguenze che la giurisprudenza ricollega alla violazione normativa predetta, attesa la già esposta assenza di una specifica sanzione.

Sotto tale profilo, si rileva che per lungo tempo la Corte aveva escluso la nullità del contratto di mutuo fondiario, rilevando non essere il limite di finanziabilità suscettibile di essere compreso all'interno delle ipotesi genericamente previste dall'art. 117, ottavo comma, del medesimo testo unico.

La Corte, inoltre, in caso di superamento del limite anzidetto, aveva altresì escluso l'applicabilità dell'art. 1418 cod. civ., ritenendone ostativa la tradizionale impostazione secondo cui solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, meramente comportamentali.

Si riteneva, infatti, che la determinazione dell'importo massimo finanziabile era stata prevista unicamente a tutela del sistema bancario, sicché la soglia di finanziabilità investirebbe esclusivamente il comportamento della banca finanziatrice, tenuta a non esporsi oltre un limite di ragionevolezza, senza tuttavia incidere sul sinallagma.

Si affermava, pertanto, che si era in presenza di mera norma di condotta, la cui violazione comportava l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, senza in alcun modo intaccare il rapporto contrattuale (cfr. Cass. 26672/2013, secondo la quale "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").

La Corte, con sentenza n. 17352 del 13/07/2017, dopo aver ritenuto il precedente orientamento condivisibile nella sola affermazione di non riconducibilità della fattispecie alla nullità testualmente stabilita dall'art. 117, ottavo comma, del T.u.b., rilevando che l'indicazione dell'importo massimo finanziabile non rientrava nel contenuto tipico del contratto di credito fondiario, modificando l'orientamento sopra evidenziato riteneva che la prescrizione relativa ai limiti di finanziabilità, sebbene non ascrivibile a un contenuto tipico predeterminato dall'autorità creditizia, dovesse essere inserita tra gli elementi essenziali del contratto di mutuo fondiario.

In tal modo, dopo aver affermato che con il superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38, secondo comma, del T.u.b. viene ad essere disatteso non solo sul versante comportamentale, ma anche e soprattutto sotto il profilo dell'oggetto del finanziamento, ha enucleato il seguente principio di diritto:

"Il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cacr, 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".

La tesi siffatti risulta peraltro sottoposta a notevoli critiche, sia in dottrina sia in giurisprudenza; risulta, in particolare, essere stata percorsa, altra tesi, che questo giudice ritiene maggiormente condivisibile, secondo la quale il mutuo fondiario non sarebbe un tipo contrattuale distinto dal comune mutuo ipotecario.

I sostenitori della detta tesi, sottolineano, infatti, che la specifica disciplina del mutuo fondiario (che richiede una durata del finanziamento medio-lunga, un limite di somma erogabile in proporzione al valore del bene ipotecato e la garanzia fornita da un'ipoteca di primo grado, salva la possibilità di una garanzia con un'ipoteca di secondo grado in presenza di particolari presupposti) è incentrata principalmente su un regime di favore per il recupero del credito in caso di inadempimento del mutuatario, quale la possibilità di non notificare il titolo esecutivo prima dell'inizio dell'esecuzione, la possibilità per il creditore fondiario di iniziare o proseguire l'esecuzione sul bene ipotecato nonostante il fallimento del debitore, la limitata possibilità di revocatoria fallimentare dell'ipoteca, etc..

I fautori della tesi evidenziano, quindi, che si è in presenza di meri privilegi di natura processuale che trovano la loro ragione proprio nel fatto che, qualora i presupposti della normativa di settore siano rispettati, il creditore fondiario dovrebbe soddisfarsi soltanto sul ricavato della vendita del bene ipotecato, attesa la erogazione di un finanziamento inferiore al valore effettivo del bene.

Di qui la conclusione secondo la quale la mancanza dei presupposti per riconoscere la natura fondiaria del mutuo comporta semplicemente la esclusione della applicabilità dei suddetti privilegi previsti a tutela del creditore, posto che, in tal caso, il creditore fondiario, per ottenere completa soddisfazione, è tenuto ad aggredire gli altri beni del debitore con pregiudizio delle ragioni del debitore e degli altri creditori di quest'ultimo.

Di qui la logica conclusione secondo la quale la tutela degli altri creditori e del debitore può ottenersi garantendo al creditore fondiario che ha superato il limite, la semplice tutela del creditore ipotecario, costituendo la previsione di nullità del mutuo una tutela eccessiva rispetto alla *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 38 TUB.
Sotto tale profilo, ben può pertanto, allo stato, escludersi la dedotta nullità.

Circa le altre doglianze, si rileva.

Dalla lettura della pagina 2 del contratto di mutuo non emerge che le parti abbiano dichiarato di ben conoscere la lingua italiana, contrariamente a quanto affermato da parte convenuta; allo stato, peraltro, non vi è prova che le due stipulanti non avessero ben chiaro il contenuto dell'atto, redatto dinanzi a notaio, dovendosi presumere che questi, attesa la sua natura di pubblico ufficiale, abbia accertato la comprensione, da parte delle due donne, dell'atto che queste erano in procinto di firmare.

Per quel che attiene alla dedotta violazione della normativa in materia di rilascio di fideiussione, è sufficiente rilevare che la giurisprudenza formatasi in ordine alla violazione della normativa in materia è stata circoscritta ad alcune rare ipotesi e non sembra abbia riguardato fattispecie analoghe alla presente e soprattutto, alla banca che ha concesso il finanziamento.

Circa la mancata escussione della debitrice principale, si osserva che la precettante ha dato prova di aver escusso la detta debitrice, promuovendo esecuzione immobiliare sul bene ipotecato, conclusasi per infruttuosità;

per quel che attiene alla dedotta prescrizione, è sufficiente rilevare che la stessa, ai sensi dell'art. 1310 c.c., si interrompe a seguito della notifica di atti nei confronti di uno dei debitori in solido; come rilevato, non è contestata la avvenuta esecuzione immobiliare promossa nei confronti della condebitrice [REDACTED].

Deve pertanto escludersi, allo stato, la sussistenza del *fumus* che consente la sospensione della esecutorietà del titolo.

Parte attrice ha richiesto la concessione dei termini ex art. 183, VI comma, c.p.c.

P.Q.M.

Respinge l'istanza di sospensione del titolo esecutivo;

Rilevato che la parte attrice ha richiesto la concessione dei termini ex art. 183, VI comma, c.p.c.; concede i termini predetti con decorrenza, tenuto conto dei tempi di comunicazione della presente ordinanza, dal giorno 10.11.2021;

rinvia, per la ammissione delle eventuali istanze istruttorie all'udienza del 24.02.2022, ore 10,30.

Si comunichi.

Milano, 4 novembre 2021

Il Giudice
dott. Simona Caterbi