

N.2370/2018 R.G.



**TRIBUNALE DI LATINA**  
**PRIMA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale di Latina, composto dai magistrati

Dott.	Pier Luigi	DE CINTI	Presidente
Dott.	Linda	VACCARELLA	Giudice est.
Dott.	Roberto	GALASSO	Giudice

ha pronunciato il seguente

**DECRETO**

avente ad oggetto opposizione allo stato passivo *ex art.* 98 LF. nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato promossa con ricorso depositato il 19.4.2018

da

██████████ S.R.L., per il tramite della mandataria ██████████ S.P.A. ed in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ██████████, come da mandato allegato al ricorso depositato telematicamente

- RICORRENTE -

CONTRO

FALLIMENTO ██████████ nonché dei soci illimitatamente responsabili ██████████ in persona del curatore, rappresentato e difeso dall'avv. ██████████, come da mandato allegato alla memoria di costituzione depositata telematicamente, con domicilio eletto in ██████████ presso lo studio del difensore

- RESISTENTE -

**IN FATTO ED IN DIRITTO**

Con domanda di ammissione al passivo del Fallimento ██████████ e dei soci ██████████ del 7.2.2017 la ██████████, in qualità di procuratrice di ██████████, a sua volta resasi cessionaria dei crediti della banca procuratrice, ha chiesto di essere ammessa per complessivi € 3.437.724,75 di cui € 655.186,84 in via privilegiata ipotecaria ed € 2.782.537,91 in via chirografaria derivanti in parte



da contratto di *leasing* immobiliare, in parte da una garanzia prestata dalla fallita in favore di altra società e, infine, dal mutuo concesso ai falliti [REDACTED] il 28.12.2005.

Il giudice delegato non ha ammesso il credito relativo al contratto di mutuo, pari ad € 782.824,78 richiesti in via chirografaria, accogliendo le eccezioni sollevate dal curatore nel progetto di stato passivo sull'utilizzo delle somme ricevute per fini diversi da quelli dichiarati, sull'erogazione del finanziamento nonostante l'incapacità finanziaria dei debitori e sulla non coerenza tra il valore degli immobili concessi in garanzia da terzi e le istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia di cui alla G.U. 2.4.2005 n. 76.

Con il presente ricorso depositato ai sensi dell'art. 98, 2° comma L.F. la [REDACTED] s.r.l., divenuta cessionaria dei crediti della [REDACTED] s.p.a., insiste per l'ammissione del credito insinuato evidenziando che:

- nessuna contestazione è stata sollevata sulla effettiva erogazione della somma concessa in mutuo;
- il mutuo fondiario, stipulato ai sensi dell'art. 38 TUB, non è mutuo di scopo e comunque non richiede che i beni concessi in garanzia siano di proprietà del debitore;
- la contestazione sulla incoerenza del valore del bene dato in garanzia è generica e comunque il fallimento non ha fornito alcuna prova sull'avvenuto superamento del limite di finanziabilità dell'80% del valore del bene dato in garanzia.

Ha dunque formulato le seguenti conclusioni *“Piaccia all'Ecc.mo Tribunale di Latina, in via principale, in accoglimento della presente opposizione e previa occorendo ammissione di CTU, accogliere la domanda proposta per l'ammissione e/o il riconoscimento del diritto di credito, per € 782.824,78 in forza del contratto di mutuo fondiario stipulato in data 28 dicembre 2005, rogito Notaio [REDACTED], e conseguentemente ordinare la variazione dello stato passivo; in via subordinata, in ipotesi di ritenuta nullità del contratto di mutuo fondiario in data 28 dicembre 2005, rogito Notaio [REDACTED] ed in applicazione dell'art. 1424 c.c., accogliere la domanda proposta per l'ammissione e/o il riconoscimento del diritto di credito, per € 782.824,78 e conseguentemente ordinare la variazione dello stato passivo. Con vittoria di spese e compensi.”*

Con memoria depositata il 01.07.2018 si è costituito in giudizio il fallimento eccependo, in via preliminare, la mancanza di prova in ordine alla legittimazione attiva della ricorrente per mancato deposito dell'atto di cessione del credito e, nel merito, insistendo per la natura di mutuo di scopo del finanziamento oggetto di causa (derivante dalla destinazione d'uso delle somme inserita nel sinallagma funzionale del contratto). Sostiene dunque la nullità del contratto per difetto di causa ed evidenzia l'assenza di prova sulle verifiche compiute sulla capacità finanziarie dei debitori ed il mancato rispetto del limite di finanziabilità stabilito dalla Banca d'Italia con conseguente nullità del



contratto. Dopo aver eccepito l'inammissibilità della domanda di conversione del finanziamento in mutuo ordinario per insussistenza dei medesimi presupposti, secondo quanto previsto dall'art. 1424 c.c., ha rassegnato le seguenti conclusioni: "1) rigettare l'opposizione per difetto di prova della titolarità, in capo all'opponente, del preteso credito per il quale è stata chiesta l'ammissione al passivo; 2) rigettare comunque l'opposizione sussistendo, per tutti i motivi esposti in narrativa, la nullità del contratto di mutuo fondiario azionato, a rogito Notar ██████████ del 28.12.2005, sia per difetto di causa ex artt. 1418 e 1325, n.2, c.c. e sia per violazione del limite di finanziabilità ex art.38, 2° comma, TUB; 3) con vittoria di spese e compensi, oltre rimborso spese forfettarie, nonché iva e contr. integr. come per legge."

-----

Va in via preliminare rigettata l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione attiva sollevata dal fallimento avendo la parte ricorrente documentato in maniera idonea la cessione del credito in esame, acquistato dalla ██████████ con atto del 15.6.2017.

Nonostante la mancata produzione in giudizio del contratto di cessione, quanto depositato dimostra la legittimazione della ricorrente in quanto non vi sono dubbi sulla titolarità del credito in capo alla ██████████ s.p.a., che lo ha acquistato dalla Banca ██████████ e ha agito per la sua riscossione depositando, senza contestazione alcuna da parte del fallimento, la domanda di insinuazione al passivo.

Tale circostanza fa sì che la comunicazione dell'ulteriore cessione del credito alla ██████████ inviata dalla stessa ██████████ al curatore in data 16.7.2018 (la cui ricezione non è stata contestata) fornisce idonea prova della titolarità del credito in capo all'odierna opponente (v. doc. depositato all'udienza del 17.7.2018).

Né può sostenersi, come fa il fallimento, che la documentazione depositata dalla ricorrente a riprova della contestata carenza di legittimazione sia inammissibile in quanto prodotta oltre i termini di decadenza stabiliti dall'art. 99, 2° comma n. 4 L.F. La decadenza invocata infatti riguarda i documenti prodotti a sostegno della domanda e non quelli che riguardano la titolarità del diritto quale elemento costitutivo della domanda, titolarità verificabile anche d'ufficio in ogni stato del giudizio.

Per quanto concerne il merito della controversia, il credito in esame è quello di € 782.824,78 derivante dal contratto di mutuo sottoscritto in data 28.12.2005 dalla ██████████ ed i falliti ██████████ per la complessiva somma di € 960.000,00, garantito da ipoteca concessa da soggetto terzo garante, la società ██████████. Tale importo (v. domanda di insinuazione – doc. 2 fasc. opponente) è composto in particolare da: - € 225.331,98 per capitale di cui alle 22 rate scadute e non versate dal 28.2.2009 al 30.11.2010;



- € 36.071,44 per interessi maturati con le medesime 22 rate scadute;
- € 413.415,13 per capitale residuo al 2.12.2010, data di passaggio del rapporto a sofferenza;
- € 50.677,44 per interessi moratori sulle 22 rate scadute;
- € 57.328,79 per interessi corrispettivi sul capitale residuo.

A riprova del credito in esame la banca ha depositato il contratto del 28.12.2005 (allegato. 41 contenuto nel doc. 2.1), il relativo piano di ammortamento (allegato 42 del medesimo doc. 2.1), l'estratto conto certificato *ex art. 50 TUB* (allegato 43) ed i prospetti di calcolo degli interessi maturati sul capitale scaduto al 30.11.2010 e sul capitale residuo (allegati 44 e 45).

Il fallimento ha contestato la pretesa della ricorrente sostenendo la nullità del contratto per assenza di causa non avendo la banca dimostrato che il finanziamento sia stato concesso ed utilizzato per gli scopi indicati in contratto (ristrutturazione di un immobile, come indicato nelle premesse dell'atto di mutuo).

Ebbene tale contestazione non è fondata.

Secondo la definizione data dall'art. 38 TUB il mutuo fondiario è quel credito avente ad oggetto *"...la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili."* (così norma cit.). Poiché dunque la destinazione della somma concessa in mutuo non costituisce elemento essenziale del contratto, non può sostenersi che si tratti di mutuo di scopo (cfr. in senso conforme Cass. n. 4792/2012, 9511/2007, 317/2001) e dunque non è invocabile la nullità eccepita.

Sostiene inoltre il fallimento la nullità del contratto per avere la banca mutuante violato il limite di finanziabilità stabilito dal secondo comma dell'art. 38 TUB, norma che delega alla Banca d'Italia la determinazione dell'ammontare massimo del finanziamento erogabile *"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."* (così norma cit.). Tale eccezione merita accoglimento in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato dalla disposizione invocata e della conseguente nullità che colpisce i contratti di mutuo fondiario che violano i limiti di finanziabilità (cfr. Cass. n. 17352/2017, 6586/2018 e 11201/2018). L'onere di dimostrare il rispetto dei limiti di finanziabilità grava peraltro sulla creditrice, e non sul fallimento, non solo perché il contratto della cui validità si discute è il titolo sul quale essa fonda la propria pretesa – e deve dunque esserne dimostrata la validità – ma anche per il principio di vicinanza della prova.

E' infatti evidente che mentre l'istituto mutuante ben avrebbe potuto depositare, quale principio di prova, gli atti dell'istruttoria svolta a seguito della richiesta di mutuo, il fallimento non ha alcun



accesso a tali documenti né avrebbe potuto in alcun modo verificare il valore del bene concesso in garanzia da parte del terzo datore di ipoteca.

In mancanza di tali elementi la CTU richiesta dalla ricorrente avrebbe avuto indubbia natura esplorativa.

Deve in definitiva essere dichiarata la nullità del contratto di mutuo in esame per violazione dell'art. 38, 2° comma TUB.

La ricorrente chiede, in via subordinata, la conversione del contratto da mutuo fondiario in mutuo ordinario ai sensi dell'art. 1424 c.c. invocando l'ordinanza della Suprema Corte n. 11543/2018 con la quale si è stabilito che la domanda di ammissione in via chirografaria, pur se formulata in virtù di contratto di mutuo fondiario, è di per sé qualificabile come domanda fondata su mutuo ordinario. Sostiene in particolare la Corte che *"...proprio attraverso la domanda di ammissione in via chirografaria, l'istituto di credito ha inteso far valere una pretesa restitutoria del tutto svincolata dalla nullità del mutuo fondiario (tali ragioni, del resto, impedirebbero anche di qualificare come nuova la domanda di arricchimento successivamente avanzata dall'istante, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale)"*.

Orbene tale conclusione non è condivisibile in assoluto in quanto la conversione ammessa dall'art. 1424 c.c. presuppone la verifica sul fatto che le parti del contratto, tenuto conto dello scopo che avevano perseguito con il negozio nullo, lo avrebbero comunque sottoscritto se avessero saputo della sua nullità.

Nel caso di specie dunque per poter ammettere la banca per la somma richiesta in virtù di mutuo ordinario, e dunque con applicazione delle medesime condizioni negoziali previste nel contratto dichiarato nullo, dovrebbe ritenersi che il finanziamento sarebbe stato ugualmente concesso dall'istituto di credito pur nella consapevolezza del fatto che la nullità del contratto avrebbe privato di valore la garanzia ottenuta ed avrebbe fatto venir meno tutti i vantaggi e le agevolazioni delle quali gode il mutuo fondiario anche rispetto ad un comune mutuo ipotecario (cfr. ancora Cass. 11201/18 per una disamina della peculiarità della figura contrattuale in esame).

Né è possibile compiere tale valutazione *ex post*, secondo quanto indicato nella pronuncia menzionata, sulla base del contenuto della domanda di ammissione. Il fatto che la richiesta sia stata formulata in via chirografaria non dimostra infatti che la somma di € 960.000,00 sarebbe stata in quel momento erogata pur nella consapevolezza della invalidità del contratto – con conseguente venir meno dei benefici collegati al mutuo fondiario - ma dimostra solo che l'azione per il recupero del credito è stata esercitata, con le forme di cui agli artt. 52 e 93 L.F., nei confronti del debitore principale che non ha prestato alcuna garanzia.



Come chiarito dalla stessa Suprema Corte con la già citata pronuncia n. 11201/2018, “*Secondo il preciso disposto dell'art. 1424 cod. civ., l'indagine sarà effettuata con riferimento a ciascuna delle parti dell'operazione; e tenuto conto, tra l'altro, che la misura del credito da erogare e la dimensione dei «privilegi» voluti dal mutuante costituiscono, per regola, proprio i momenti tipici delle trattative relative al genere di operazioni di finanziamento di cui si sta discorrendo.*”

Non potendosi dunque procedere con la conversione richiesta, e considerata l'incontestata erogazione delle somme concesse in mutuo, la conseguenza non è il rigetto della domanda ma l'ammissione della banca al passivo del fallimento per l'importo residuo in linea capitale.

La nullità del contratto non consente infatti di ritenere dovuti gli interessi, corrispettivi e moratori, nella misura pattuita e la mancata produzione del conteggio degli interessi maturati sulle somme erogate, nella misura legale ai sensi degli artt. 1224 1° comma e 1284 c.c., dalla data di erogazione sino al fallimento impedisce di riconoscere il relativo credito.

La ricorrente va pertanto ammessa per la somma di € 638.747,11 in via chirografaria.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo considerato, come valore della controversia, l'entità del credito ammesso e tenuto conto della natura non complessa delle questioni giuridiche trattate e della limitata attività processuale svolta.

#### PQM

Il Tribunale di Latina in composizione collegiale, pronunciando nella causa di opposizione allo stato passivo promossa da [REDACTED] s.r.l. nei confronti del Fallimento [REDACTED] di [REDACTED] s.n.c. nonché dei soci illimitatamente responsabili [REDACTED], nel contraddittorio delle parti, così provvede:

1. in parziale accoglimento dell'opposizione, ammette la ricorrente allo stato passivo del fallimento resistente per la somma di € 638.747,11 in via chirografaria;
2. ordina la modifica dello stato passivo;
3. condanna il fallimento alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese di lite liquidate in € 7.458,00 per compensi – di cui € 2.194,00 per la fase di studio, € 1.448,00 per la fase introduttiva, € 3.816,00 per la fase decisionale – oltre accessori di legge.

Così deciso in Latina il 7.5.2019

Il Giudice estensore  
*Dott.ssa Linda Vaccarella*

Il Presidente  
*Dott. Pier Luigi De Cinti*

