

CAPO VI

Norme relative a particolari operazioni di credito

SEZIONE I

Credito fondiario e alle opere pubbliche

Niccolò Pisaneschi

INTRODUZIONE SISTEMATICA ALLE OPERAZIONI DI FINANZIAMENTO FONDIARIO NEL TESTO UNICO DELLE LEGGI IN MATERIA BANCARIA E CREDITIZIA

Gli articoli 38-41 T.U.B. disciplinano i finanziamenti fondiari attribuendo a tali specifiche forme di operazioni creditizie un'ampia gamma di privilegi di natura tanto sostanziale che processuale. Si discute sulla legittimità, anche costituzionale, di tali privilegi⁵⁰ originariamente riconducibili alla funzione sociale svolta dall'istituto, nonché alle particolari tecniche utilizzate per fornire la provvista alle banche finanziatrici. Al netto del dibattito sui precedenti storici⁵¹, i finanziamenti fondiari nascono con la funzione di fornire liquidità ai proprietari di beni altrimenti improduttivi e, almeno in una fase iniziale, a norma della legge 14 giugno 1866 n. 2938, erano affidati a soggetti che, nati come enti di credito e previdenza (il Banco di Napoli, la Cassa Risparmio Milano, il Monte dei Paschi di Siena, *etc.*), perseguivano solo minimi interessi di lucro. La provvista con cui finanziare il mutuo era reperita sul mercato mediante l'emissione di particolari titoli obbligazionari chiamati "cartelle fondiarie" che servivano a garantire il rimborso del capitale e gli interessi, mentre gli istituti di credito godevano esclusivamente di diritti di commissione. Il successivo R.D. 16 luglio 1905 n. 646 (Testo Unico sul credito fondiario) oltre ad incidere, ampliandoli, sui soggetti legittimati all'emissione, intuì la necessità di garantire un sicuro pagamento delle cartelle, prevedendo, all'art. 42, l'applicazione «delle leggi e regolamenti sul credito fondiario» [...] «anche in caso di fallimento del debitore fondiario», così, di fatto, ampliando⁵² il solco di quella particolare stagione di privilegi (per la banca ma, talvolta, anche per il soggetto finanziato: si pensi alla riduzione degli onorari notarili di cui all'art. 39) che tutt'ora contraddistinguono l'istituto.

Parallelamente al credito fondiario, nella prima metà del Novecento, iniziò a prendere piede anche un'altra tipologia di credito speciale - il credito edilizio - inizialmente funzionale al recupero di capitali per la costruzione e la trasformazione di abitazioni non di lusso. Era un modello di credito diverso dal fondiario perché, servendo il precipuo scopo di finanziare la costruzione di abitazioni, non poteva essere garantito da immobili già esistenti. Le necessità di ricostruzione, sorte a seguito della Seconda Guerra Mondiale, mutarono tali

50 Su cui cfr. Corte cost. 19.12.1963 n. 166, Corte cost. 15.5.1967, n. 1017, Corte cost. 14.11.1984 n. 249 e Corte Cost. 10.6.2004, n. 175, ma soprattutto Corte Cost. 3.8.1976, n. 211, che ritiene conforme al dettato costituzionale i privilegi fondiari a valle del mutamento sui criteri di provvista, e più specificamente (vedi più avanti nel testo) sulla sostituzione delle cartelle fondiarie con obbligazioni ordinarie.

51 Cfr. Falaschi, *Il credito Fondiario e la tecnica bancaria*, Siena, 1939.

52 Si ricorderà che già la legge del 1866 prevedeva la possibilità che gli istituti si avvalsero della procedura mobiliare prevista per la riscossione delle imposte, oppure il c.d. principio dell'indifferenza del trasferimento dell'immobile ai fini del procedimento fondiario.

originari equilibri. Conseguentemente, con l'art. 3 della legge 29 luglio 1949, n. 474, si autorizzarono (ma si consideri che si trattava di una previsione del tutto speciale) gli «Istituti di credito fondiario a concedere, in deroga alle vigenti disposizioni legislative e statutarie, anche mutui destinati alla costruzione, ricostruzione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalentemente abitativo non di lusso». Era un primo passo verso quella unificazione dei due istituti che oggi caratterizza l'art. 38 del T.U.B. I successivi interventi legislativi, - il D.P.R. 21 gennaio 1976, n.7 e la L. 6 giugno 1991, n. 175 -, modificarono nuovamente le modalità di provvista delle banche, superando le citate «cartelle fondiarie», e, conseguentemente, facendo venire meno quel rapporto tra operazioni attive e passive che originariamente legittimava i privilegi fondiari; mentre, invece, permase, come regola generale, la distinzione tra mutui fondiari (caratterizzati dalla garanzia ipotecaria di primo grado e la durata superiore ai 5 anni) ed edilizi, considerati una fattispecie speciale parzialmente derogativa del credito fondiario (art. 9 della L. 175/1991: «Ai mutui ed anticipazioni si applica la normativa concernente le operazioni di credito fondiario, fatto salvo quanto previsto nel presente articolo») perché normativamente finalizzata «alla costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione, sopraelevazione e recupero di immobili». Con il D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 («*Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*»), la materia è stata definitivamente aggiornata e ristrutturata. Negli articoli a seguire si darà, quindi, conto delle problematiche attuali dell'istituto, con minimi cenni ricostruttivi laddove i precedenti si rivelino essenziali per una comprensione delle questioni controverse.

Articolo 38 Nozione di credito fondiario

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.

Sommario: 1. Concetto e natura del credito fondiario: esclusione della sua qualifica come finanziamento di scopo. 2. I soggetti legittimati all'erogazione. 3. L'oggetto del credito: il concetto di finanziamento. 4. L'oggetto del credito: i limiti di durata. 5. L'oggetto del credito: l'iscrizione ipotecaria. 6. L'oggetto del credito: i limiti di finanziabilità.

1. Concetto e natura del credito fondiario: esclusione della sua qualifica come finanziamento di scopo

L'art. 38 innova gli articoli 4 e 9 della L. 175/1991 regolando unitariamente le diverse forme di credito fondiario ed edilizio. Per questo motivo, a ragione delle diverse tipologie di finanziamento ricomprese, solitamente si ritiene che i crediti fondiari non possano essere qualificati come finanziamenti di scopo⁵³. Al fine di superare le accuse di incostituzionalità rivolte alla normativa (su cui vedi *infra*), vi

53 Cfr. Cass. 1209/2014. In dottrina, Giorgianni - Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2009, 574. Sui finanziamenti di scopo e sulle loro caratteristiche vedi Zimatore, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985, Rispoli Farina, *Il mutuo di scopo*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, v. 12, 689, e Mazzamuto, *Mutuo di scopo*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1993.

è chi ha, invece, ipotizzato di qualificare il credito fondiario come credito di destinazione volto alla valorizzazione della proprietà immobiliare.⁵⁴ La possibilità di utilizzare le regole speciali previste per i finanziamenti fondiari per funzioni varie non limita, comunque, la libertà volontà delle parti, che, pertanto, possono pattuire contrattualmente di vincolare le somme mutate ad una specifica funzione.⁵⁵

2. I soggetti legittimati all'erogazione

La disposizione dell'art. 38 riserva alle sole banche l'esercizio del credito fondiario, di talché sono esclusi dai particolari privilegi accordati ai finanziamenti fondiari gli intermediari finanziari, anche eventualmente legittimati al compimento di operazioni di credito garantite da ipoteca⁵⁶. La peculiarità ed esclusività della regola trova fondamento nella «funzione sociale», «di buon funzionamento del meccanismo del credito» e nella esigenza di rendere meno oneroso l'accesso al credito, assolta dai finanziamenti fondiari sottolineata più volte dalla Corte Costituzionale⁵⁷. Per «banche» debbono intendersi, ai sensi dell'art. 1 comma 2 del T.U.B., non solo quella autorizzate in Italia, bensì anche quelle comunitarie che prestano servizio in Italia ai sensi dell'art. 13 comma 3 del T.U.B., ovvero anche quelle extracomunitarie che abbiano aderito al Trattato sullo spazio economico europeo.

3. L'oggetto del credito: il concetto di finanziamento

A differenza della L. 175/1991, che trattava specificamente di mutui ed anticipazioni, l'art. 38 T.U.B. specifica che oggetto del credito fondiario sono i «finanziamenti a medio e lungo termine». Ciò permette di ampliare il novero delle operazioni ricomprese nel perimetro della norma, ricomprendendo tutte le forme di prestito, anche regolate in conto corrente, sempre che si assista alla smobilizzazione di cespiti immobiliari attraverso l'iscrizione di ipoteca⁵⁸.

4. L'oggetto del credito: i limiti di durata

Per quanto attiene alla durata dei finanziamenti in oggetto, la norma ha innovato alla precedente dizione della L. 175/1991, che prevedeva una durata minima di 5 anni, facendo rientrare nell'ambito del fondiario esclusivamente i «finanziamenti a medio e lungo termine». Nonostante i dubbi interpretativi, si ritiene che l'interpretazione più convincente porti ad una durata minima di diciotto mesi, in omaggio vuoi all'art. 1 della L. 175/1991, che all'art. 4 sanciva tale specifico termine, vuoi anche nella disciplina secondaria (poi abrogata) emanata dalla Banca d'Italia⁵⁹.

54 Su cui cfr. Bregoli, *L'inquadramento della fattispecie del credito fondiario nell'ambito del finanziamento ipotecario*, in *Dir. banc.*, 1999, I, 65.

55 Cfr. Bacchi - Giacobbe, *La derogabilità delle norme sul credito fondiario*, in *Riv. not.*, 1996, I, 811.

56 Cfr. Castaldi, *Il testo Unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1997, 119.

57 Su cui cfr. rispettivamente Corte cost. 15.5.1967, n. 1017, Corte cost. 19.12.1963, n. 166 e Corte cost. 14.11.1984, n. 249.

58 Ciò determina l'esclusione dei contratti di *leasing*, dove la banca acquista la proprietà dell'immobile. Su cui cfr. Petraglia, *Contratti di finanziamento e formalità ipotecarie*, in *Notariato*, 1997, 185. Sul concetto di finanziamento utilizzato dal T.U.B. cfr. invece Antonucci, *Diritto delle banche*, Milano, 2006, ovvero Falcone, *Riflessioni sulla nozione di finanziamento negli artt. 38 e segg. del decreto legislativo 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 659 ss..

59 Banca d'Italia, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, tit. iv, ca. VI, par. 3. In dottrina sul punto cfr. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 440.

5. L'oggetto del credito: l'iscrizione ipotecaria

Tra le condizioni essenziali per la qualifica di un finanziamento come fondiario spicca l'iscrizione di ipoteca di primo grado. L'evoluzione storica dell'istituto (l'art. 16 del Testo Unico del 1905 prevedeva un contratto condizionato cui seguiva l'iscrizione ipotecaria e, quindi, la stipula del definitivo con consegna delle cartelle fondiarie, mentre l'art. 2 del D.P.R. n. 7 del 1976, un negozio di segno unitario in cui l'erogazione era, però, condizionata alla regolare iscrizione ipotecaria), nonché la stessa dizione letterale della norma, che fa riferimento all'espressione «garantiti», lascia ritenere che l'iscrizione dell'ipoteca debba precedere l'erogazione⁶⁰. L'imposizione dell'ipoteca non esclude, però, la stipula di strumenti di garanzia addizionali⁶¹.

6. L'oggetto del credito: i limiti di finanziabilità

Il comma II dell'art. 38 stabilisce anche dei limiti alla finanziabilità fondiaria, rinviando a specifiche delibere del CICR la loro quantificazione. La previsione riposa sulla funzione socialmente rilevante assolta dai contratti fondiari e nella conseguente necessità di garantire i soggetti finanziatori di un agevole rientro nel caso di *default* del debitore⁶². Per questo motivo, essa era prevista già nella L. 175/1991, dove si attribuiva al CICR la possibilità di modificare «le percentuali di credito concedibile» di cui agli articoli 4 e 9. Attualmente, la delibera CICR del 22 aprile 1995 e le conseguenti istruzioni applicative emanate dalla Banca d'Italia (Banca d'Italia, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, circolare n. 229 del 21.04.1999) prevedono che l'ammontare massimo dei finanziamenti non possa superare la misura dell'80% del valore del bene finanziato o del costo delle opere da eseguire sullo stesso; la percentuale di finanziabilità può essere elevata al 100% rispetto ai suddetti valori, quando il cliente presti adeguate garanzie integrative. Tuttavia, secondo la citata circolare n. 229 del 21.4.1999, le garanzie integrative devono essere tali che il rapporto tra il finanziamento e la somma del valore dell'immobile e delle garanzie non superi il limite dell'80%.

Dubbie sono le conseguenze di un finanziamento effettuato in spregio alla citata normativa, ritenendosi la nullità parziale del contratto con trasformazione della porzione eccedente i limiti di finanziabilità in mutuo ipotecario ordinario⁶³, la nullità totale del contratto per violazione di norme imperative⁶⁴, che può essere anche solo parziale ove risulti che le parti avrebbero comunque stipulato il contratto per l'importo legale, ma senza possibilità di conversione del negozio parzialmente nullo⁶⁵, la nullità del contratto e la sua conversione in un contratto di mutuo⁶⁶, ovvero la sopravvivenza del mutuo nella sua

60 Cfr. Tucci, *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in *Banca impr. soc.*, 1993, 306.

61 Su cui Cass. 1991/7674.

62 Castaldi, *Il testo Unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1997, 126 ss..

63 Trib. Roma 2.2.1980, con nota di Tardivo, *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi*, in *Banche e banchieri*, 1990, n. 353. Sul punto vedi anche Trib. Torino, 16.12.2020, n. 4607, Sez. spec. impresa, annotata da Metafora, *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità: conferma dalla giurisprudenza di merito alla tesi della riqualificazione del mutuo come ordinario*, in *Giustizia Civile.com*, 5 marzo 2021.

64 Tesi prevalente allo stato. Su cui cfr. Cass. 13.7.2017, n. 17352, in *Foro it.*, 2017, I, 3379. Conf. Cass. 16.3.2018, n. 6586; Cass. 12.4.2018, n. 9079; Cass. 9.5.2018, n. 11201, Cass. 11.5.2018, n. 11543; Cass. 28.5.2018, n. 13285; Cass. 28.5.2018, n. 13286; Cass. 24.9.2018, n. 22459; Cass. 24.9.2018 n. 22466; Cass. 3.10.2018, n. 24138; Cass. 19.11.2018, n. 29745. Cass. 9.5.2019, n. 11201. Cass., Sez. I, 21.1.2020, n. 1193, ord.

65 Su cui Cass. 9219/1995, con nota di Tardivo, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento fondiario*, in *Vita not.*, 1996, 102.

66 Trib. Milano 16.10.1995, in *Fall.*, 1996, 485.

interezza ma irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia⁶⁷. Infine, l'ultima parte del secondo comma dell'art. 38 prevede la possibilità di concedere finanziamenti fondiari anche in presenza di ipoteche precedenti, laddove autorizzati dalla Banca d'Italia in conformità delle delibere del CICR. In difetto di nuove specifiche previsioni, si ritiene, dunque, operante l'art. 4, comma 1, lett. a), della L. 175/1991 secondo cui «sono considerate come garantite da ipoteca di primo grado le operazioni destinate al rimborso dei crediti già iscritti, quando per effetto di tal rimborso le operazioni vengano ad essere garantite da ipoteca di primo grado».

Articolo 39 Ipotecche

1. Ai fini dell'iscrizione ipotecaria le banche possono eleggere domicilio presso la propria sede.
2. Quando la stipulazione del contratto e l'erogazione del denaro formino oggetto di atti separati, il conservatore dei registri immobiliari, in base alla quietanza rilasciata dal beneficiario del finanziamento, esegue, a margine dell'iscrizione già presa, l'annotazione dell'avvenuto pagamento e dell'eventuale variazione degli interessi convenuta dalle parti; in tal caso l'ipoteca iscritta fa collocare nello stesso grado gli interessi nella misura risultante dall'annotazione stessa.
3. Il credito della banca relativo a finanziamenti con clausole di indicizzazione è garantito dall'ipoteca iscritta fino a concorrenza dell'importo effettivamente dovuto per effetto dell'applicazione di dette clausole. L'adeguamento dell'ipoteca si verifica automaticamente se la nota d'iscrizione menziona la clausola di indicizzazione.
4. Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate alla revocatoria di cui all'articolo 166 del codice della crisi e dell'insolvenza quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'articolo 166 del codice della crisi e dell'insolvenza non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari.*
5. I debitori, ogni volta che abbiano estinto la quinta parte del debito originario, hanno diritto a una riduzione proporzionale della somma iscritta. Essi hanno inoltre il diritto di ottenere la parziale liberazione di uno o più immobili ipotecati quando, dai documenti prodotti o da perizie, risulti che per le somme ancora dovute i rimanenti beni vincolati costituiscono una garanzia sufficiente ai sensi dell'art. 38.
6. In caso di edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorché in corso di costruzione, il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato o di parte dello stesso, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione, hanno diritto alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia.
- 6 bis. La banca deve provvedere agli adempimenti di cui al comma 6 entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di suddivisione del finanziamento in quote corredata da documentazione idonea a comprovare l'identità del richiedente, la data certa del titolo e l'accatastamento delle singole porzioni per le quali è richiesta la suddivisione del finanziamento. Tale termine è aumentato a centoventi giorni, se la richiesta riguarda un finanziamento da suddividersi in più di cinquanta quote.

67 Su cui cfr. Cass. 26672/2013, Cass. 22446/2015, con nota di Malvagna, *Credito fondiario: sulle conseguenze negoziali del superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 T.U.B. tra Cassazione e corti di merito*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, n. 4; Cass. 4471/2016, Cass., 28.11.2013, n. 26672, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 123 ss. con commenti di Dolmetta, *Identità del credito fondiario e "premio dell'irragionevolezza"*; Minneci, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*; Onnis Cugia, *La regola dell'art. 117, comma 8o, T.U.B. e il credito fondiario*, in *Contr.*, 2014, 5, con note di Pagliantini, *La logica (illogica) dell'art. 38 T.U.B. ed il canone (mobile) della Cassazione*, e D'Amico, *Sull'ambito della applicazione della disciplina del credito fondiario*.

6 ter. Qualora la banca non provveda entro il termine indicato al comma 6 bis, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile; il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con riferimento alle quote frazionate, l'inizio dell'ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell'atto stesso.

6 quater. Salvo diverso accordo delle parti, la durata dell'ammortamento è pari a quella originariamente fissata nel contratto di mutuo e l'ammortamento stesso è regolato al tasso di interesse determinato in base ai criteri di individuazione per il periodo di preammortamento immediatamente precedente. Il responsabile del competente Ufficio del territorio annota a margine dell'iscrizione ipotecaria il frazionamento del finanziamento e della relativa ipoteca, l'inizio e la durata dell'ammortamento ed il tasso relativo.

7. Agli effetti dei diritti di scritturato e degli emolumenti ipotecari, nonché dei compensi e dei diritti spettanti al notaio, gli atti e le formalità ipotecarie, anche di annotazione, si considerano come una sola stipula, una sola operazione sui registri immobiliari e un solo certificato. Gli onorari notarili sono ridotti alla metà.

(*) *Il presente comma è stato così modificato dall'art. 369, comma 1, lett. a), D.Lgs. 12.01.2019, n. 14 così come modificato dall'art. 38, comma 1, D.Lgs. 26.10.2020, n. 147 con decorrenza dal 01.09.2021 ed applicazione alle liquidazioni giudiziali aperte a seguito di domanda depositata o iniziativa comunque esercitata successivamente alla data di entrata in vigore del suddetto decreto. Si riporta di seguito il testo ancora vigente fino al 31.08.2021:*

«4. Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'art. 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari».

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il beneficio dell'elezione di domicilio presso la sede della banca. 3. I modelli di perfezionamento dei contratti di finanziamento fondiario. 4. Concetto e natura del credito fondiario: specialità e possibile valenza consensuale dei finanziamenti fondiari. 5. La prima deroga al principio di specialità dell'ipoteca: l'annotazione del mutamento dei tassi di interesse. 6. La seconda deroga al principio di specialità dell'ipoteca: l'annotazione dei parametri di indicizzazione. 7. La non assoggettabilità dei contratti di finanziamento fondiario alle azioni revocatorie fallimentari. 8. Il diritto alla restrizione ipotecaria. 9. L'ampliamento dei soggetti legittimati al frazionamento ipotecario.

1. Introduzione

L'art. 39 propone una regola speciale, parzialmente derogativa della disciplina codicistica, relativa alle modalità di stipula dei contratti di finanziamento assistiti da garanzia ipotecaria, alle formalità di iscrizione di ipoteca, all'esenzione della revocatoria fallimentare ed a specifici vantaggi in termine di riduzione degli onorari notarili.

2. Il beneficio dell'elezione di domicilio presso la sede della banca

Per quanto riguarda l'iscrizione di ipoteca, l'art. 39 prevede una deroga alla previsione dell'art. 2839 c.c. nella parte in cui prevede che per iscrivere ipoteca la nota di iscrizione deve indicare «il domicilio eletto dal creditore nella circoscrizione del Tribunale in cui ha sede l'ufficio dei registri immobiliari», prevedendosi invece la possibilità dell'elezione del domicilio presso la sede della banca finanziatrice. È uno dei vari benefici che caratterizzano il credito fondiario, intendendosi, con la normativa in

commento, permettere alle banche di gestire in maniera accentrata le questioni relative alle iscrizioni ipotecarie in proprio favore⁶⁸.

3. I modelli di perfezionamento dei contratti di finanziamento fondiario

In omaggio all'evoluzione storica dell'istituto (il Testo Unico del 1905 distingueva tra il momento della stipula con il contratto condizionato e quello dell'erogazione con il contratto definitivo, ed il successivo D.P.R. n. 7 del 1976 prevedeva un contratto unico con l'erogazione condizionata all'iscrizione ipotecaria) l'art. 39 comma 2 rimette alle parti la scelta delle modalità di stipula più opportune, sempre che sia garantita la regola per cui il finanziamento può avvenire solo in presenza di una ipoteca di primo grado⁶⁹. In questo senso, sono consentiti tutti quei diversi modelli operativi che garantiscono, comunque, l'erogazione del finanziamento fondiario solo in presenza del requisito della corretta iscrizione dell'ipoteca. Si ammette, quindi, oltre alla stipula di un atto di finanziamento e successiva erogazione, il finanziamento stipulato con atto unico ma con l'erogazione condizionata alla regolare iscrizione ipotecaria, la stipula di finanziamento fondiario in sostituzione di precedente finanziamento ipotecario, ovvero la dazione in favore della banca di garanzie che l'assicurino contro il mancato conseguimento primario dell'ipoteca⁷⁰.

4. Concetto e natura del credito fondiario: specialità e possibile valenza consensuale dei finanziamenti fondiari

Sebbene i contratti di mutuo ex art. 1813 c.c. abbiano natura reale e si perfezionino con la *traditio* della somma⁷¹, si ritiene che i finanziamenti fondiari abbiano natura consensuale, tanto a ragione della diversa previsione normativa, quanto per la più volte menzionata evoluzione storica dell'istituto, che, come visto, originariamente distingueva nettamente tra stipula ed erogazione⁷².

5. La prima deroga al principio di specialità dell'ipoteca: l'annotazione del mutamento dei tassi di interesse

L'articolo 2809 c.c. prevede che condizione di efficacia dell'ipoteca sia l'essere iscritta su determinati beni e per una somma determinata, mentre il successivo articolo 2839, n. 5, c.c., prevede che la nota di iscrizione ipotecaria debba indicare gli interessi e le annualità che il credito produce. In deroga a tali previsioni, il secondo comma dell'art. 39 prevede che, a margine dell'iscrizione, possa essere eseguita l'annotazione dell'eventuale variazione di interessi pattuita tra le parti. Si tratta di un vantaggio per la banca che, pure non avendo efficacia costitutiva, rende, comunque, opponibile a terzi la variazione concordata⁷³.

68 Su cui cfr. Capanna, in AA.VV., *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, Milano, 1996, I, 639.

69 Trasatti, *La natura giuridica e la struttura del c.d. contratto condizionato di mutuo fondiario*, in *Riv. not.*, 2004, II, 746; Falcone, *Commento sub art. 39*, in A.A. VV., *Testo Unico bancario. Commentario*, Torino, 2010, 388.

70 Iaccarino, *Finanziamento ipotecario per l'acquisto all'incanto*, in *Notariato*, 2002, 203.

71 Stante anche la dizione dell'art. 1813 c.c.: su cui cfr. Cass. 8120/2007, ovvero Cass. 9074/2001, nonché Cimino, *Commento all'art. 1813*, in *Codice civile commentato*, 4° libro, a cura di Alpa - Mariconda, Milano, 2009, 2113 ss., e Cristofari, *Commento all'art. 1813*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, Milano, 2009, 237 ss..

72 Tardivo, *Mutui fondiari ed edilizi e attività notarile: mutuo consensuale*, in *Vita not.*, 1988, f. 1/3. Egualmente Cass. 9101/2003 e Cass. 4327/2002.

73 Per l'opponibilità dell'ipoteca iscritta in difetto di annotazione dell'erogazione cfr. Cass. 3613/2004, Cass. 3618/1997 e Cass. 4421/1977.

6. La seconda deroga al principio di specialità dell'ipoteca: l'annotazione dei parametri di indicizzazione

Anche il comma 3 dell'articolo 39 prevede una deroga al principio di specialità dell'ipoteca. In particolare, l'articolo prevede che, nel caso di mutui indicizzati, l'ipoteca garantisca la banca sino all'importo effettivamente dovuto a ragione di dette clausole, sempre che la nota di iscrizione menzioni espressamente la clausola di indicizzazione. In questo senso, la previsione sembra recepire il precetto giurisprudenziale che tradizionalmente prevedeva che la prelazione del creditore ipotecario fosse possibile solo nel caso di indicazione degli interessi nella nota⁷⁴.

7. La non assoggettabilità dei contratti di finanziamento fondiario alle azioni revocatorie fallimentari

Uno degli scogli più rilevanti alla finanziabilità di soggetti esercenti attività d'impresa è la loro fallibilità con conseguente rischio di assoggettabilità del finanziamento ad eventuali azioni revocatorie. Così non è nel caso dei finanziamenti fondiari, laddove l'art. 39 comma 4 esclude l'assoggettabilità dei pagamenti e delle ipoteche effettuati in esecuzione del finanziamento alle azioni revocatorie se l'iscrizione ipotecaria precede di almeno dieci giorni la dichiarazione di fallimento. Nonostante l'asserita incostituzionalità della norma, la Corte Costituzionale ha sancito la legittimità della previsione in esame⁷⁵, peraltro ritenuta da sempre uno degli elementi caratterizzanti i privilegi fondiari (la norma era in effetti, prevista dall'art. 18 del Testo Unico del 1905 così come dall'art. 4 della L. 71/1976, nonché dall'art 6 comma 2 della L. 175/1991). Si segnala, tuttavia, che il D.L. 35/2005 ha modificato l'art. 67 L. Fall. prevedendo che le disposizioni ivi contenute non si applichino alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario, senza richiamare il menzionato termine dei dieci giorni dall'iscrizione. In questo senso, la norma sembra avere abrogato il comma 5 dell'art. 39, rendendo di fatto del tutto inutile il ricorso al c.d. consolidamento abbreviato dell'ipoteca⁷⁶.

8. Il diritto alla restrizione ipotecaria

Il comma 5 dell'art. 39 prevede la «riduzione e restrizione legale» dell'ipoteca iscritta per ogni quinto di riduzione del debito originario e liberazione di uno o più immobili (o di una parte del bene ipotecato). A differenza di quanto previsto nel sistema codicistico, la riduzione è obbligatoria, per cui il mancato consenso può portare ad una pronuncia giudiziale con funzione costitutiva⁷⁷. Ulteriore scostamento dalla disciplina ordinaria riguarda i soggetti legittimati alla riduzione, in cui la facoltà è concessa al solo debitore. È, comunque, da ritenersi che, qualora la banca non provveda nei termini previsti, l'interessato possa agire in risarcimento danni (da qualificarsi anche in via equitativa, nonché in termini di perdita di *chance* e danno all'immagine⁷⁸).

74 Cass. 6052/1995, Cass. 5286/2000.

75 Cfr. da ultimo Corte cost. 175 del 2004, chiamata a pronunciarsi sull'art. 67 l.f. e art. 38 T.U.B. in relazione alla concessione di un privilegio su operazioni di finanziamento prive di scopo legale.

76 Su cui cfr. Bonfatti - Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, 2009, 262. Riguardo la possibilità di utilizzare il finanziamento fondiario come strumento di consolidamento di finanziamenti diversi cfr., invece, Petraglia, *L'uso distorto del credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 1998, 803.

77 Tondo, *Nuovi appunti sul mutuo fondiario*, in *Vita not.*, 1995, 92.

78 Così App. Torino 30.3.2011, in www.ilcaso.it.

9. L'ampliamento dei soggetti legittimati al frazionamento ipotecario

Ulteriore deroga al principio di indivisibilità dell'ipoteca secondo le previsioni codicistiche è poi dato dalla disciplina del frazionamento della garanzia ipotecaria ex artt. 6, 6-bis, 6-ter e 6-quater, che ampliano la possibilità del frazionamento, ammissibile per quote, non solo in capo al soggetto finanziato ma anche al terzo acquirente, al promissario acquirente, all'assegnatario del bene ipotecato e, in via analogica, ai condividenti di un bene unico poi frazionato, laddove «possa ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni»⁷⁹. Il rilievo attribuito alla previsione in esame, estremamente dettagliato, lascia ritenere che il diritto in questione non possa essere limitato contrattualmente⁸⁰.

Articolo 40

Estinzione anticipata e risoluzione del contratto

1. I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni.

2. La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

Sommario: 1. I limiti di applicabilità della norma. 2. L'estinzione anticipata dei contratti fondiari. 3. La risoluzione per inadempimento.

1. I limiti di applicabilità della norma

L'articolo 40 T.U.B. regola due ipotesi di scioglimento dei contratti di finanziamento fondiario, rispettivamente determinate a fatto del creditore o della banca. Si tratta di una regola che non si attaglia, però, a qualsivoglia forma di finanziamento, e che non costituisce l'unica fonte normativa della materia. In primo luogo, la regola non si applica ai contratti di conto corrente, in cui la provvista è reintegrabile in qualsiasi momento⁸¹; in secondo luogo l'art., 120-ter T.U.B. prevede una disciplina speciale per l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari; in terzo luogo – sotto un profilo prettamente temporale – essa non si applica, a norma dell'art. 161 del T.U.B., ai contratti già conclusi alla data del 1° gennaio 1994.

2. L'estinzione anticipata dei contratti fondiari

Il debitore può estinguere anticipatamente il proprio debito a fronte di un corrispettivo contrattualmente stabilito. Si tratta di un diritto potestativo⁸², non rinunciabile da parte del debitore⁸³. Originariamente, l'art. 7 del D.P.R. 7/1976 prevedeva che, a fronte dell'estinzione anticipata, il debitore fosse tenuto a corrispondere alla banca un compenso pattuito tra le parti, ma «rapportato al capitale

79 Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 276.

80 Su cui Bozza, *Il credito fondiario nel T.U. bancario*, Padova, 1996, 46.

81 Cfr. Fiorucci, *Il credito fondiario e alle opere pubbliche*, in AA.VV., *Il governo delle banche in Italia: Commentario al testo unico bancario e alle leggi collegate*, Torino, 2006, 401.

82 Morera, *Lo scioglimento dei contratti di credito particolare (art. 40 T.U. bancario)*, in AA.VV., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Atti del convegno di Bergamo del 13.11.1998, Milano, 1999, 390.

83 Falcone, *Commento sub art. 38*, in AA.VV., *Testo unico bancario, Commentario*, 2010, 399.

restituito anticipatamente, per rivalere gli enti degli oneri a fronte della perdita subita nel collocamento delle obbligazioni emesse per la provvista», nonché un indennizzo non superiore all'1% del capitale anticipatamente restituito. Successivamente, la diversificazione delle fonti di provvista ha indotto il legislatore del 1991 a ritenere ingiustificata la previsione di un compenso specificamente legato al costo del denaro, dovendo oggi ritenersi legato alla necessità di disincentivare i rimborsi⁸⁴. Per questo motivo, secondo la giurisprudenza esso sarebbe dovuto solo nel caso di estinzione anticipata volontaria, non potendosi, viceversa, applicare in tutte le altre ipotesi di scioglimento⁸⁵. Esso può, invece, essere ridotto giudizialmente quando eccessivo, perché in tale caso finirebbe, di fatto, con il precludere al debitore l'esercizio del recesso⁸⁶. Per la stessa ragione, si ritiene illegittima la previsione pattizia di compensi differenti ma, comunque, legati all'evento dell'estinzione volontaria⁸⁷.

3. La risoluzione per inadempimento

L'art. 40 del T.U.B. innova alle più complesse e controverse previsioni dell'art. 17 della L.175/1991 (a norma del quale «il pagamento ritardato oltre i trenta giorni di almeno due rate consecutive ripetuto per ulteriori due volte consente di applicare la condizione risolutiva nel caso di pagamento ritardato oltre i trenta giorni di una sola ulteriore rata»), prevedendo che la banca possa azionare la risoluzione solo nel caso di ritardo ripetuto almeno sette volte, non necessariamente consecutive. Facendo espreso riferimento alla risoluzione, si ritiene che la previsione non ricomprenda le fattispecie di decadenza dal beneficio del termine, che, come tale, può essere azionato anche a fronte del mancato pagamento di una sola rata e sempre che ciò sia rappresentativo di uno stato di insolvenza⁸⁸. Nonostante tali differenze, inizialmente la giurisprudenza tendeva a parificare gli effetti delle due previsioni, permettendo alla banca di richiedere in entrambi i casi le rate scadute, nonché quelle ancora da scadere, tutte comprensive degli interessi pattuiti⁸⁹. Stante la differente azionabilità dei due istituti, l'assimilabilità degli effetti è stata, però, fortemente criticata⁹⁰, determinando un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno stabilito che la risoluzione del contratto rende liquido il credito del finanziatore limitatamente alle rate scadute ed insolte comprensive di capitale ed interessi ed al solo capitale residuo impiegato⁹¹. Si discute, invece, in relazione alla prassi bancaria che prevede contratti con decadenza dal beneficio del termine nel caso di semplici ritardi nel pagamento⁹².

84 Dolmetta-Sciarrone Alibrandi, *La facoltà di estinzione anticipata nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art. 7 legge n. 40/2007*, in Riv. dir. civ., 2009, II, 523.

85 Cfr. sul punto Cass. 4124/1999.

86 Fiorucci, *Il credito fondiario e alle opere pubbliche*, in AA.VV., *Il governo delle banche in Italia: Commentario al testo unico bancario e alle leggi collegate*, Torino, 2006, 396.

87 Falcone, in AA.VV., *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Comm. Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, *Comm. Sub. Art. 41*, Milano, 2003, I, 604.

88 Nivarra, *Il mutuo*, Milano, 2000, 391 ss. In giurisprudenza, Trib. Napoli 17.7.2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 5, II, 575.

89 Cass. 11916/1990, Cass. 3673/1991. Egualmente anche Banca d'Italia, *Chiarimenti sul testo unico*, in *Bollettino vigilanza*, 1994, n. 2.

90 Inzitari, *Il mutuo con riguardo al tasso soglia della disciplina antiusura, allo jus variandi e al divieto di anatocismo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I.

91 Cass., S.U., 12639/2008, in *Dir. e giur.*, 2008, 610, con nota di Favaro, *Condizione o clausola risolutiva nell'ipotesi di inadempimento del mutuo fondiario: le sezioni unite compongono il contrasto*.

92 Contrari alla clausola, ritenuta illecita perché in frode alla legge, Bacchi - Giacobbe, *La derogabilità delle norme sul credito fondiario*, in Riv. not., 1996, 823. Contra Petraglia, *Il credito fondiario dopo il testo unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero di crediti*, in AA.VV., *La nuova disciplina del credito fondiario*,