



CMS Newsletter Italia

Recenti orientamenti giurisprudenziali sui contratti di mutuo

in LinkedIn
LN Law-Now
RZ RegZone

[English Version](#)

1. Se l'erogazione è "fittizia" il mutuo non è titolo esecutivo

Il contratto di mutuo prevede la consegna del denaro dalla banca al mutuatario; pur trattandosi di contratto reale, in cui la consegna della cosa rappresenta un elemento costitutivo della formazione del negozio, la giurisprudenza ha del resto sempre ritenuto non necessaria la materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente che ne sia assicurata da parte del mutuante la disponibilità giuridica.

Pertanto, la Corte di Cassazione ha ritenuto equivalente alla consegna anche la creazione, da parte della banca, di un titolo di disponibilità in favore del mutuatario, idonea a determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione al patrimonio del cliente, e tale principio è stato confermato, ad esempio, dal Tribunale di Napoli, con sentenza n. 5681/2015, secondo cui l'erogazione in favore del cliente risulta effettuata anche se la somma non è posta immediatamente nella piena e libera disponibilità del medesimo, in quanto vincolata a titolo di deposito cauzionale in favore della banca.

E del resto, nuovamente la Corte di Cassazione, con ordinanza del 6 giugno-27 ottobre 2017, ha affermato che la costituzione presso la Banca di un deposito cauzionale infruttifero, intestato alla mutuataria e destinato ad essere svincolato una volta adempiuti determinati obblighi contrattuali, è da considerarsi come effettiva erogazione della somma da parte della banca, proprio perché la costituzione del deposito realizza la piena disponibilità giuridica considerata equivalente alla materiale disponibilità della somma.

Una pronuncia ancora più recente, tuttavia, ha affermato un principio differente, in virtù del quale l'erogazione, pur in presenza di dichiarazione contrattuale di quietanza, a fronte della costituzione di un deposito cauzionale infruttifero, è in realtà da ritenersi solo fittizia. Ciò sulla base della contestualità tra la quietanza e la successiva riconsegna della somma mutuata alla banca per costituire il deposito cauzionale, con la conseguenza che non si avrebbe disponibilità giuridica della somma in capo al mutuatario.

In tal senso si è espresso il Tribunale di Pescara con sentenza del 24 luglio 2018, secondo cui nel contratto di mutuo (pur se stipulato per atto pubblico notarile) in cui da un lato si dichiara che la somma è stata erogata, ma al contempo si dà atto che tale somma è ancora vincolata e giacente presso la banca, non si verifica la disponibilità

giuridica per il mutuatario. In tal caso, il contratto di mutuo notarile non può essere annoverato nella categoria dei titoli esecutivi di cui all'art. 474 c.c., idonei a dar luogo all'avvio di azioni esecutive.

L'art. 474 c.p.c. stabilisce, infatti, che l'esecuzione forzata può avere luogo soltanto in virtù di un titolo esecutivo, rappresentato, *inter alia*, dagli atti ricevuti da notaio, tra i quali rientrano tipicamente i contratti di mutuo, ma laddove la disponibilità giuridica della somma oggetto del contratto non si verifichi in capo al mutuatario, non potrà riconoscersi valore di titolo esecutivo al contratto medesimo.

Probabilmente si dovrà attendere un'ulteriore pronuncia della Suprema Corte per avere un indirizzo univoco al riguardo, considerando che le conseguenze sono molto rilevanti ai fini della idoneità dell'atto di erogazione a consentire l'avvio di procedure esecutive.

2. Superamento del limite dell'80% nei mutui fondiari

Tra i contratti di mutuo ipotecari, frequenti sono quelli riconducibili alla disciplina del "credito fondiario" prevista dal Testo Unico Bancario (d.lgs. 385/1993, "TUB"), che ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti di durata superiore a 18 mesi, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, il cui ammontare massimo è determinato dalla Banca d'Italia e dal CICR (attualmente nella misura non eccedente l'80% del valore dei beni ipotecati).

Ricomprendere un contratto di mutuo all'interno della categoria dei mutui fondiari comporta innegabili vantaggi in capo alla banca finanziatrice, posto che:

- le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento,
- l'obbligo della notificazione del titolo esecutivo (il contratto di mutuo unitamente all'atto di erogazione) è escluso;
- l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, in deroga alle norme ordinarie che prevedono, a seguito di fallimento, l'interruzione dei giudizi esecutivi pendenti e il divieto di avvio di nuove azioni;
- il mutuante ha diritto di ricevere i frutti dell'immobile (es. i contratti di locazione) anche successivamente al fallimento del mutuatario.

A lungo la giurisprudenza ha ritenuto che il superamento della predetta soglia dell'80% quale limite massimo di finanziabilità non cagionasse alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario, trattandosi di norma di buona condotta idonea semmai a comportare l'irrogazione di sanzioni previste dall'ordinamento bancario (da ultimo, il principio era stato ribadito dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 4471/2016).

Chi ipotizzava la sanzione della nullità si basava sull'interpretazione dell'art. 117 del TUB, in virtù del quale la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti abbiano un contenuto tipico determinato, e in caso di violazione, i contratti difformi sono nulli. Tuttavia, la giurisprudenza aveva stabilito che le previsioni sui mutui fondiari sancite dall'art. 38 del TUB non rientrassero nella tipizzazione richiesta dall'art. 117, e non comportassero, quindi, la conseguenza della nullità in caso di violazione.

Con un mutamento di indirizzo intervenuto con sentenze n. 17352 e 19015 del 2017, confermato con la recente pronuncia 6586/2018, la Suprema Corte ha affermato invece il principio di diritto secondo cui **"il mancato rispetto del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 TUB determina la nullità del contratto di mutuo fondiario e poiché tale 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 Cassazione, pur continuando a ritenere inapplicabili eventuali riferimenti alla nullità ex art. 117 TUB, ha in ogni caso ricondotto nella previsione di generale nullità ex art. 1418 c.c., la norma relativa al superamento del limite di finanziabilità, trattandosi di norma imperativa, dettata a tutela di interessi economici nazionali pubblici e che, peraltro, costituisce uno degli elementi essenziali di un contratto di mutuo fondiario.

Pertanto i finanziamenti concessi oltre il suddetto limite dell'80% del valore del bene ipotecato, pur presentando tutti i requisiti del credito fondiario, non potranno beneficiare dei vantaggi sopra elencati, ma resterà comunque fermo l'obbligo del mutuatario di corrispondere il capitale mutuato ed i relativi interessi, nonché il diritto del mutuante di far valere il privilegio ipotecario (ove ne ricorrano i presupposti di legge).

Restrictive views by case law for loan agreements

1. When the disbursement is “contrived” the loan does not qualify as title for enforcement

The transfer of the funds to the borrower is an essential element of the loan contract: nevertheless, case law has always considered that the material transfer is not necessary, being sufficient to the intended scope of the contract that the borrower is granted the legal availability of the sum.

Therefore, the Supreme Court maintained that transfer is equivalent to the creation by the bank of a title of availability for the borrower, according to which the funds are no longer in its disposal and is acquired to the assets of the borrower. The Court of Naples confirmed such stance with its decision no. 5681/2015 (afterwards reiterated by the Supreme Court on 27 October 2017), in a case where the funds granted by the bank under a loan were considered as being available to the borrower even if they were blocked by a cautionary deposit in favour of the lending bank.

A more recent decision, however, expressed a contrary stance, according to which even if the contract states the receipt of the funds, when such funds are subject to a cautionary deposit, then the drawdown is to be considered as “contrived”. Such conclusion is based on the contextuality of the drawdown and the immediate re-delivery of the borrowed sums to the bank in order to create the cautionary deposit, so that there would be no actual availability of the sum for the borrower.

This is the conclusion reached by the Court of Pescara with its decision dated 24 July 2018, according to which in the case of a loan agreement (even if executed through notarial deed) which states that a sum has been drawdown, but at the same time states that such sum is immediately deposited with the lender bank, there is no juridical availability for the borrower. As a consequence, the loan in the form of notarial deed cannot qualify as title for enforcement pursuant to article 474 of Procedural Code, which is required for starting enforcement actions.

Under article 474 of Procedural Code, enforcement actions can be lawfully started only pursuant to a “title for enforcement”, represented, *inter alia*, by the deeds received by a notary, which typically comprise also the notarial loan agreements, but, in the light of the above case law, when the juridical availability of the sum is not granted to the borrower, such loan agreements would not qualify as title for enforcement.

Therefore, it would be necessary to wait for a specific decision by the Supreme Court to settle the above conflict of interpretations.

2. Nullity of “credito fondiario” loans exceeding the 80% Loan to Value threshold

According to the Italian Banking Law “credito fondiario” loans are loans granted by banks with a duration exceeding 18 months and secured by first ranking mortgage. The maximum amount of such loans is determined by the Bank of Italy and currently it shall not exceed the 80% of value of the mortgaged assets (so called Loan to Value).

Credito fondiario rules under Italian Banking Law provide for undisputed advantages to the lender banks, given that, *inter alia*

- the mortgages securing the loans are not subject to claw-back actions when they are registered more than ten days before the publication of the decision declaring the insolvency of the borrower;
- the title for enforcement (i.e. the notarised loan agreement) must not be served to the borrower;
- enforcement actions over the mortgaged assets can be started or continued by the bank even following the declaration of insolvency of the debtor, whereby under ordinary rules such initiatives would be void for the lender and following insolvency an enforcement proceeding is automatically stopped/prevented;
- the bank is entitled to receive any income deriving from the mortgaged assets (i.e. rentals) even in case of insolvency of the borrower.

For a long time, case law deemed that exceeding the said 80% LTV threshold did not cause any nullity of *credito fondiario* loans, as such limit was considered as a mere good conduct rule triggering only administrative sanctions provided under the banking system (such stance was lastly rendered by the Supreme Court’ decision no. 4471/2016).

Those authors maintaining that the violation of such limits should instead amount to nullity of the loan agreement based their stance on the interpretation of article 117 of Italian Banking Law, pursuant to which the Bank of Italy may request that certain contracts have a typical, pre-determined form and content, and that in case of breach, the relevant contracts are to be considered null and void. However, case law so far maintained that rules on *credito*

fondiario provided for by article 38 of Italian Banking Law were not subject to said article 117, and therefore their breach will not lead to nullity.

Through a revirement started with decision no. 17352 and 19015 of 2017, which has been confirmed by the recent decision no. 6586/2018, the Supreme Court expressed the different principle of law by which *"the breach of the limit of 80% for loans pursuant to article 38 of Banking Law causes the nullity of credito fondiario loan, and given that such limit is of essential importance in qualifying the mortgage loan as credito fondiario, its breach leads to the automatic nullity of the whole contract, save for the possibility of its conversion in another type of mortgage loan contract, in case the relevant requirements are met"*.

The Supreme Court did not consider the breach of the 80% threshold rule should give raise to nullity pursuant to article 117 Banking Law, but to nullity under ordinary provisions of Italian law, a such rule is aimed at pursuing public national economic interests and that, therefore, qualifies as an essential element of a *credito fondiario* loan contract.

In the light of the above, loans granted in excess of said 80% limit, although bearing all features of the *credito fondiario*, could not benefit of the mentioned advantages, but the obligation of the borrower to repay principal and interest will not be affected, as will not be affected the right of the lender to the mortgage privilege (if so provided by law).

Paolo Bonolis
Partner

paolo.bonolis@cms-aacs.com

Gianfabio Florio
Associate

gianfabio.florio@cms-aacs.com

Le opinioni ed informazioni contenute nella presente Newsletter hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. La Newsletter è proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

The views and opinions expressed in CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter are meant to stimulate thought and discussion. They relate to circumstances prevailing at the date of its original publication and may not have been updated to reflect subsequent developments. CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter does not intend to constitute legal or professional advice. CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni's Newsletter is CMS property.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

Uffici CMS: Aberdeen, Algeri, Amburgo, Amsterdam, Anversa, Barcellona, Belgrado, Berlino, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruxelles, Bucarest, Budapest, Casablanca, Città del Messico, Colonia, Dubai, Düsseldorf, Edimburgo, Francoforte, Funchal, Ginevra, Glasgow, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Lima, Lione, Lipsia, Lisbona, Londra, Luanda, Lubiana, Lussemburgo, Madrid, Manchester, Milano, Monaco, Monaco di Baviera, Mosca, Muscat, Parigi, Pechino, Podgorica, Poznań, Praga, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Roma, Santiago del Cile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Siviglia, Skopje, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Teheran, Tirana, Utrecht, Varsavia, Vienna, Zagabria e Zurigo.

cms.law

Se non desiderate ricevere in futuro questa email [Cliccare qui](#)
If you do not wish to receive any future e-mails [Click here](#)