

N. R.G. 683/2021



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI MILANO
Sezione III Civile**

Riunita in Camera di Consiglio in persona dei Signori Magistrati

- | | |
|-------------------------------|-----------------------------|
| - Dott. Maria Grazia Federici | Presidente |
| - Dott. Maria Teresa Brena | Giudice Consigliere |
| - Dott. Giampiero Barile | Giudice ausiliario relatore |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al 683/2021 RG posta in decisione all'udienza del 16.11.2021 e discussa in Camera di Consiglio il 14.2.2022, promossa da

- **POP NPLS 2018 S.r.l., mandataria speciale di Cerved Credit Management S.p.A, in persona del l.r.p.t. (C.F. [REDACTED])** con patrocinio della GAD Società tra Avvocati S.r.l. (p.iva [REDACTED]) e, per essa, dell'Avv. Maria Maddalena Giungato e domicilio eletto presso il proprio Studio in Milano [REDACTED]

- **BANCA POPOLARE DI BARI SPA, in persona del l.r.p.t., (P.I. [REDACTED])**, con patrocinio della GAD Società tra Avvocati S.r.l. (p.iva [REDACTED]) e, per essa, dell'Avv. [REDACTED] domicilio eletto presso il proprio Studio in [REDACTED]

contro

[REDACTED] **in persona del l.r.p.t. (p.iv [REDACTED])** con patrocinio dell'Avv. [REDACTED] e domicilio eletto presso il suo studio in [REDACTED] alla via [REDACTED]

[REDACTED], contumaci

OGGETTO: Opposizione all'esecuzione

CONCLUSIONI: come da fogli di precisazione delle conclusioni facenti parte del verbale d'udienza del 16.11.2021, i cui estratti qui di seguito si trascrivono:

PER POP NPLS 2018 S.r.l: *“Voglia la Corte d’Appello adita, in accoglimento del presente appello ed in riforma della sentenza impugnata, rigettare l’originaria opposizione ex adverso proposta, con conferma della legittimità del titolo azionato e dell’esecuzione proposta ed ogni altra conseguenziale pronunzia, disponendo, ove ritenuta ammissibile e rilevante, rinnovazione della CTU in atti; in subordine e salvo gravame, in accoglimento dell’istanza di conversione del contratto come sopra formulata, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1424 cod. civ., disporre la conversione del contratto di mutuo fondiario stipulato in data 29/1/2008 fra la Banca Popolare di Bari e la [REDACTED] in contratto di mutuo ipotecario ordinario con conseguente validità dello stesso, con salvezza delle condizioni economiche pattuite(in ulteriore subordine, con gli interessi legali sulla somma erogata) e mantenimento della garanzia ipotecaria, e la sua idoneità a fondare la richiesta di restituzione della somma mutuata da parte dell’Istituto finanziatore, con ogni conseguente pronunzia anche in ordine alla procedura esecutiva intrapresa. Con vittoria di spese e competenze”*

[REDACTED] *per il rigetto dell’appello in quanto inammissibile ed improcedibile, oltre che totalmente infondato in fatto ed in diritto; 2. con vittoria di spese come per legge con attribuzione al sottoscritto avvocato; IN VIA INCIDENTALE CONDIZIONATA 3.nella denegata ipotesi di accoglimento dell’appello affinché la Corte Voglia prendere atto che il contratto è manifestamente usurario, per le ragioni gradatamente esposte, superando il tasso degli interessi corrispettivi il limite massimo previsto dalla legge, oltre che in evidente usura per gli interessi moratori. IN VIA SUBORDINATA si reiterano le richieste istruttorie relative alla ammissione della CTU contabile per la verifica dell’usura bancaria a titolo originario per gli interessi sia corrispettivi che moratori, singolarmente considerati e senza alcuna sommatoria”*

PER BANCA POPOLARE DI BARI SPA: *“Voglia la Corte d’Appello adita, in accoglimento del presente appello ed in riforma della sentenza impugnata, rigettare l’originaria opposizione ex adverso proposta, con conferma della legittimità del titolo azionato e dell’esecuzione proposta ed ogni altra conseguenziale pronunzia, disponendo, ove ritenuta ammissibile e rilevante, rinnovazione della CTU in atti; in subordine e salvo gravame, in accoglimento dell’istanza di conversione del contratto come sopra formulata, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1424 cod. civ., disporre la conversione del contratto di mutuo fondiario stipulato in data 29/1/2008 fra la Banca Popolare di Bari e la [REDACTED] in contratto di mutuo ipotecario ordinario con conseguente validità dello stesso, con salvezza delle condizioni economiche pattuite(in ulteriore subordine, con gli interessi legali sulla somma erogata) e mantenimento della garanzia ipotecaria, e la sua idoneità a fondare la richiesta di restituzione della somma mutuata da parte dell’Istituto finanziatore, con ogni conseguente pronunzia anche in ordine alla procedura esecutiva intrapresa. Con vittoria di spese e competenze”*

MOTIVI DELLA DECISIONE IN FATTO E DIRITTO

Con sentenza n. 133/2021 pubblicata il 29.1.2021, il Tribunale di Busto Arsizio, accoglieva l’opposizione all’esecuzione formulata da [REDACTED] e, per l’effetto, dichiarava l’inesistenza del diritto del creditore Banca Popolare di Bari e POP NPLS a procedere in via

esecutiva per inesistenza del titolo esecutivo stragiudiziale rappresentato dal contratto di mutuo fondiario stipulato a Rogito Notaio Mariconda in data 29.1.2008. Dichiarava integralmente compensate tra le parti le spese di lite del grado e le spese di consulenza tecnica d'ufficio così come già liquidate in atti.

Avverso il suindicato provvedimento Cerved Credit Management S.p.A, mandataria speciale di POP NPLS 2018 S.r.l (di seguito per brevità solo “POP”), proponeva gravame chiedendone la riforma. Chiedeva in particolare, previa sospensione dell'esecutorietà della sentenza impugnata, di rigettare l'originaria opposizione proposta da [REDACTED], con conferma della legittimità del titolo azionato e dell'esecuzione proposta ed ogni altra conseguenziale pronunzia, disponendo, ove ritenuta ammissibile e rilevante, rinnovazione della CTU in atti; in subordine e salvo gravame, in accoglimento dell'istanza di conversione del contratto, chiedeva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1424 cod. civ., di disporre la conversione del contratto di mutuo fondiario stipulato in data 29/1/2008 fra la Banca Popolare di Bari e la [REDACTED], in contratto di mutuo ipotecario ordinario con conseguente validità dello stesso, con salvezza delle condizioni economiche pattuite (in ulteriore subordine, con gli interessi legali sulla somma erogata) e mantenimento della garanzia ipotecaria, e la sua idoneità a fondare la richiesta di restituzione della somma mutuata da parte dell'Istituto finanziatore, con ogni conseguente pronunzia anche in ordine alla procedura esecutiva intrapresa. Con vittoria di spese e competenze.

Si costituiva in giudizio [REDACTED] (di seguito per brevità “RESIDENZA”) contestando *in toto* l'appello avversario richiedendone il rigetto in quanto inammissibile ed improcedibile, oltre che infondato in fatto ed in diritto. In via incidentale condizionata, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'appello, reiterava la contestata usurarietà del contratto di mutuo per cui è causa. Vinte le spese.

Si costituiva anche la Banca Popolare di Bari spa (di seguito per brevità “BPB”) che si allineava alla difesa di Cerved Credit Management S.r.l., mandataria speciale di POP NPLs 2018 S.r.l., chiedendo conseguentemente l'accoglimento delle conclusioni dalla stessa formulate e la vittoria delle spese di lite.

Respinta l'istanza di sospensione formulata, all'udienza del 16.11.2021 venivano precisate le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione.

*

Quanto alla dedotta inammissibilità ex art. 342 cpc sollevata da parte appellata sui primi due motivi di gravame proposti da POP, la Suprema Corte ha in più occasioni evidenziato come, pur nel contesto dei

vincoli di specificità imposti da nuovo testo dell'art. 342 cpc, la sostanza dell'atto debba comunque prevalere sulla forma. In particolare, con la sentenza n. 27199/17, le Sezioni Unite sono pervenute al seguente principio di diritto *“Gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. 7 agosto 2012, n. 134, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di revisio prioris instantiae del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado”*. Alla luce dei richiamati principi, la censura dell'appellata non coglie nel segno, dovendosi evidenziare che, nell'atto di appello di POP, i motivi sono stati prospettati nel rispetto dell'obbligo di specificità, posto che non sono limitati alla reiterazione degli argomenti svolti in primo grado ed all'allegazione di un mero dissenso su quanto opinato dal primo Giudice, ma si sono snodati attraverso censure specifiche sui punti argomentativi da questi espressi con indicazione di massima delle modifiche e alternative decisionali richieste. Ciò è sufficiente per l'ammissibilità dell'appello, secondo quanto del resto ancora recentemente ribadito dalla Suprema Corte secondo la quale non si deve esigere dall'appellante un trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata o delle singole parti di essa che si intenderono impugnare, né un progetto alternativo di sentenza, dovendosi superare fine a se stesso e verificare se nella sostanza l'atto integri la ratio della norma (così C. ord. n. 13535/18).

*

Prima di passare al merito dell'impugnazione proposta, occorre evidenziare che BPB, costituendosi in giudizio con comparsa depositata telematicamente il 18.5.2021, aderiva pienamente alle deduzioni espresse da POP nel proprio atto di impugnazione, chiedendo infatti la riforma della sentenza n. 133/2021, pubblicata il 29.1.2021 e non notificata, con l'accoglimento integrale delle conclusioni formulate da POP, peraltro riportate in sede di precisazione delle conclusioni.

La comparsa di BPB, essendo stata con essa richiesta la riforma della sentenza appellata ed inserendosi in un procedimento di appello già instaurato, va considerata caratterizzata da valore di atto di appello, da ritenersi ammissibile in quanto proposto comunque nel rispetto dei termini di cui all'art. 327 cpc.

Tanto chiarito e passando, pertanto, al merito dell'appello proposto, con il primo, secondo, terzo e

settimo motivo di gravame, da esaminare congiuntamente stante la stretta connessione tra loro, POP e BPB censurano il Tribunale per aver ritenuto ammissibile e fondata la domanda di declaratoria di nullità del mutuo per superamento del limite di finanziabilità nonostante la tardività dell'eccezione, sollevata per la prima volta nelle note autorizzate del 19.11.2018 e non già nel ricorso introduttivo dell'opposizione all'esecuzione in fase cautelare. Proseguono le appellanti ritenendo erronea la sentenza laddove ha ritenuto, in ogni caso, rilevabile d'ufficio la causa di nullità per sovrafinanziamento, nonostante la stessa non fosse chiaramente desumibile dal ricorso introduttivo e dalle relative allegazioni, concludendo che, in ogni caso, il vizio derivante alla violazione del limite di finanziabilità ex art. 38 TUB non determina la nullità assoluta del mutuo fondiario, ma solo relativa, con la conseguenza che il relativo vizio non è rilevabile d'ufficio dal giudice essendo invece soggetto alle regole e preclusioni processuali.

Si osserva.

Con ricorso depositato in data 29.6.2018, Residenza proponeva opposizione ex artt. 615 e 617 cpc alla procedura esecutiva immobiliare rubricata al nr. 105/2018 R.Es. promossa avanti il Tribunale di Busto Arsizio dalla Banca Popolare di Bari eccependo l'omessa notifica del precetto e del pignoramento immobiliare, l'inesistenza o comunque caducazione del titolo esecutivo, la nullità dell'atto di precetto e l'omessa sottoscrizione dello stesso e del pignoramento, la nullità della nota di iscrizione a ruolo ed irregolarità nell'attestazione di conformità delle produzioni documenti, oltre alla nullità del mutuo per applicazione di interessi usurari.

L'opponente chiedeva quindi l'accoglimento delle seguenti conclusioni: *“In via preliminare ed inaudita altera parte, ai sensi dell’art 624, comma primo e 625, comma secondo c.p.c., voglia l’adito Giudicante disporre la sospensione della procedura espropriativa, siccome ricorrono sia il requisito dei gravi motivi, diffusamente esposti nel corpo del presente ricorso; - in via definitiva e previa fissazione dell’udienza di comparizione parti, con concessione del termine per la notificazione del ricorso e del pedissequo decreto, accertare le gravi violazioni, estinguendo la procedura esecutiva e/o sospendendola procedura e fissando il termine ai soli fini del giudizio di merito, con vittoria di spese e competenze, oltre accessori di legge, del giudizio, con attribuzione”*.

Il Tribunale di Busto Arsizio, con decreto *inaudita altera parte* del 5.7.2018, rigettava l'istanza di sospensione della procedura esecutiva n.108/2015 e fissava per il 31.10.2018 l'udienza di comparizione delle parti, assegnando termine alla ricorrente per la notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione.

Con memoria difensiva del 30.10.2018, si costituiva in giudizio la Banca opposta, eccependo preliminarmente l'inammissibilità per tardività ex art. 617 c.p.c. dell'opposizione agli atti esecutivi e, nel merito, la validità della notifica dell'atto di precetto e del successivo atto di pignoramento immobiliare, nonché l'insussistenza della dedotta usura bancaria e chiedeva, quindi, il rigetto della spiegata opposizione.

Con note autorizzate del 19.11.2018, la ricorrente deduceva per la prima volta la nullità del mutuo per superamento del limite di finanziabilità.

Con memoria di replica del 19.12.2018, la Banca eccepeva l'inammissibilità per tardività dell'eccezione.

Il giudice dell'esecuzione, con ordinanza in data 7.2.2019, rigettava l'istanza di sospensione formulata dalla parte opponente (provvedimento reclamato e confermato dal Collegio in data 10.4.2019), fissando i termini per l'introduzione del giudizio di merito.

Medio tempore interveniva ex art.111 c.p.c. nella procedura esecutiva anzidetta la Pop NPLS 2018 S.r.l., società unipersonale, resasi cessionaria di un portafoglio di crediti pecuniari - compreso quello *de quo* - della Banca Popolare di Bari, per effetto di un contratto di cessione di crediti, concluso ai sensi e per gli effetti degli articoli 1, 4 e 7.1 della Legge n.190/1990 (c.d. Legge sulla Cartolarizzazione), giusta pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n.130 del 8.11.2018.

In data del 27.2.2019 Residenza notificava alla cessionaria Pop NPLS 2018 S.r.l. nonché alla Banca cedente atto di citazione ex art.616 c.p.c., con cui introduceva il giudizio di merito rubricato al n.1170/2019 RG, ed ove reiterava le contestazioni di cui al ricorso ed alle note autorizzate, contestando in particolare la nullità del contratto di finanziamento per dedotta usurarietà degli interessi ivi pattuiti oltre che per violazione dell'art. 38 TULB per effetto del superamento del limite di finanziabilità.

Tanto chiarito in fatto, vero è che *“nel giudizio di opposizione all'esecuzione, ex art. 615 c.p.c., l'opponente ha veste sostanziale e processuale di attore, sicché le eventuali eccezioni da lui sollevate per contrastare il diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata costituiscono causa petendi della domanda proposta con il ricorso in opposizione e sono soggette al regime sostanziale e processuale della domanda”*, con la conseguenza che *“l'opponente non può mutare la domanda modificando le eccezioni che ne costituiscono il fondamento, né il giudice può accogliere l'opposizione per motivi che costituiscono un mutamento di quelli espressi nel ricorso introduttivo”* (C. n. 17441/2019), ma, nel caso di specie, non può ritenersi che, introducendo l'eccezione di nullità del contratto di finanziamento per superamento del limite di finanziabilità, Residenza sia incorsa in una

inammissibile *mutatio libelli*.

L'opponente, infatti, ha valorizzato, in corso di causa, un diverso profilo di nullità del contratto costituente titolo esecutivo, in aggiunta a quello già sollevato e riguardante la dedotta usurarietà degli interessi corrispettivi e moratori previsti in sede negoziale.

Come chiarito dalla Suprema Corte, *“il giudice, innanzi al quale sia proposta una domanda di accertamento della nullità negoziale, può rilevare ex officio l'esistenza di una qualsiasi causa di nullità, ancorché diversa da quella originariamente dedotta dalla parte con la domanda introduttiva”* (C. Sez. Un., n. 26242/2014).

Ne deriva il potere-dovere dell'organo giudicante di rilevare d'ufficio la questione di nullità e di deciderla con efficacia di giudicato, senza di incorrere nel vizio di ultrapetizione, poiché tale questione è già immanente all'oggetto originario della domanda dal momento che l'azione di nullità non si identifica con il singolo motivo fatto valere dall'attore, perché si tratta di una domanda autodeterminata che, come tale, è individuata dal *petitum*, mentre il mutamento della *causa petendi* (qui consistente nel far valere nuove ragioni di nullità) non vale a mutarne i connotati essenziali.

Sul punto si è espressa la giurisprudenza affermando il principio che questa Corte condivide secondo cui *“Il giudice davanti al quale sia stata dedotta (o eccepita) una nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio l'esistenza di cause di nullità diverse da quelle prospettate dalla parte perché l'accertamento della nullità afferisce ad un diritto autodeterminato e ciò implica che un eventuale profilo diverso di nullità, indipendentemente dalla sua specifica deduzione, deve poter essere comunque esaminato”* (C. n. 15408/2016)

Per tale ragione, quando la domanda proposta si sostanzia in una impugnativa negoziale, il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio le cause di nullità, anche laddove le stesse siano differenti da quelle originariamente dedotte dalla parte interessata, sempre che sia possibile desumerne l'esistenza dalle risultanze degli atti di causa.

Ebbene, nel caso di specie, il Tribunale ha fatto buon governo dei principi anzidetti: a fronte del motivo di nullità del contratto proposto dall'opponente sin dalla prima difesa per dedotta pattuizione di interessi usurari, il Giudice si è visto infatti investito del potere/dovere di accertare tutte le possibili ragioni di nullità del contratto medesimo, tra cui figura la violazione del limite di finanziabilità ex art. 38 TUB.

Sul punto giova chiarire che l'orientamento più risalente della Suprema Corte, contrario alla nullità del mutuo in caso di superamento del limite di finanziabilità in violazione del citato art. 38 T.U.B (vedasi

in particolare Cass. civ. n. 26672 del 28/11/2013; Cass. civ. n. 22466 del 4 novembre 2015; Cass. civ. n. 27380 del 6 dicembre 2013; Cass. civ. n. 447 del 17 marzo 2016; Cass. civ. n. 13164 del 24 giugno 2016), ha subito un radicale mutamento a partire dal 2017, quando, in numerosi arresti, la giurisprudenza che questa Corte condivide, ha affermato la contrapposta tesi.

Secondo questo orientamento *“il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, TUB è elemento essenziale del contenuto del contratto, e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, costituendo 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 e agevolare e sostenere l'attività di impresa”* (così in ultimo Cass. civ., Sez. I, Ord., 21/01/2020, n. 1193, che richiama Cass. n. 17352/17, Cass. n. 19016/17, Cass. n. 13286/18, Cass. n. 22466/18 e, ancora Cass. civ. n. 17439 del 28/06/2019).

Quindi, a prescindere dalla deduzione da parte dell'opponente del vizio di nullità per violazione dell'art. 38 TUB, lo stesso poteva e doveva essere rilevato dal Giudice anche *ex officio* dal momento che, 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 di quest'ultimo (in questo senso Cass. Civ. n. 6586 del 6/3/2018).

Oltretutto, come coerentemente osservato dal Tribunale, su tale specifico profilo di nullità, parte opposta ha ampiamente interloquito essendo invero tale eccezione stata sollevata da parte opponente fin dalla fase cautelare (note autorizzate del 19.11.2018), ribadita nella fase di merito, ed essendo stata oggetto del successivo accertamento peritale svoltosi sulla base delle allegazioni delle parti e della documentazione prodotta al quale, parimenti, le parti hanno partecipato nel pieno rispetto del contraddittorio.

Escluso quindi che l'allegato profilo di nullità abbia determinato una violazione del diritto di difesa dell'opposta, eccezione peraltro in alcun modo sollevata dalle appellanti, a nulla rileva la possibilità di conversione del mutuo fondiario nullo per violazione del limite di finanziabilità in un ordinario finanziamento.

La giurisprudenza non ha infatti ritenuto praticabile la strada della nullità parziale del contratto e dell'ipoteca limitatamente all'eccedenza rispetto ai limiti legali di finanziabilità, sulla base della *“considerazione che l'art. 38 del T.u.b. individua oggettivamente i caratteri costitutivi dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal secondo comma della disposizione. Cosicché è corretta l'inferenza che solo al riscontro dei caratteri indicati nella disposizione consente di associare*

la qualificazione come fondiaria dell'operazione negoziale: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti legali involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa", precisando che "l'unica modalità di recupero del contratto nullo è quella della conversione in un contratto diverso (art. 1424 cod. civ.)", precisando che la domanda di conversione, da proporsi a cura della parte interessata, "è certamente ammissibile ove sia avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità. Si tratta infatti di un'istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria" (Cass. civ. n. 17352 del 13/7/2017 e nello stesso senso Cass. Civ. n. 6586 del 6/3/2018, Cass. civ., Sez. I, Ordinanza, 24/09/2018, n. 22466 e Cass. civ. n. 11201 del 09/05/2018).

Trattasi quindi di conversione che non può avvenire ad iniziativa officiosa ma solo con l'introduzione di specifica domanda di conversione che, tuttavia, nel caso di specie, non è stata avanzata dalle parti opposte nel primo momento utile successivo alla eccepita nullità, ma solo in questa sede di appello: la domanda di conversione è nuova e dunque inammissibile in sede di appello ex art. 345 cpc.

*

Con il quarto motivo di impugnazione, parte appellante censura il Tribunale per aver posto a fondamento della propria decisione l'elaborato peritale dell'ing. , omettendo di rilevarne la nullità per avere il CTU utilizzato documenti non facenti parte delle allegazioni e delle produzioni documentali del procedimento ma acquisiti di propria iniziativa.

La doglianza, richiamata incidentalmente anche dalla sentenza – peraltro impugnata – n. 13966/2020 emessa dal Tribunale di Roma a definizione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo introdotto da Residenza e dai garanti [redacted] e [redacted] nei confronti di POP e BPB (n. 47972/2020 RG), non ha pregio.

Come reiteratamente affermato in giurisprudenza, *"in tema di consulenza tecnica d'ufficio, rientra nel potere del consulente tecnico d'ufficio attingere "aliunde" notizie e dati, non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare convenientemente il compito affidatogli, e che dette indagini possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice purchè ne siano indicate le fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo, a tutela del principio del contraddittorio"* (Cass. civ., Sez. II, Sent., 14/11/2017, n. 26893).

Si tratta di un potere funzionale al corretto espletamento dell'incarico affidato, che non comporta alcuna facoltà di supplenza, da parte del consulente, rispetto al mancato espletamento da parte dei contendenti

al rispettivo onere probatorio.

Esso viene legittimamente esercitato in tutti i casi in cui, per portare a termine l'indagine richiesta, sia necessario per il consulente acquisire documenti - in genere pubblici ma anche nella disponibilità di una delle parti o anche di un terzo - non prodotti qualora ne emerga l'indispensabilità per l'accertamento di una situazione di comune interesse.

Può acquisire, inoltre, dati tecnici di riscontro alle affermazioni e produzioni documentali delle parti, e pur sempre deve indicare loro la fonte di acquisizione di questi dati per consentire alle medesime di verificarne l'esatto e pertinente prelievo.

Quindi l'acquisizione di dati e documenti da parte del consulente tecnico ha funzione di riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti.

Come recentemente chiarito dalle Sezioni Unite della S.C., *"in materia di consulenza tecnica d'ufficio il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio"* (C. SS.UU. n. 3086/2022).

Ebbene, tornando al caso di specie, premesso che il quesito rivolto al CTU conferiva allo stesso la facoltà di acquisire presso i pubblici uffici ogni documento ritenuto utile, è da evidenziare che l'unica documentazione acquisita dal CTU, per poter rispondere al quesito peritale, riguardava le quotazioni del mercato immobiliare rese disponibili dal volume pubblicato dalla CCIAA di Varese, i dati desumibili dall'andamento delle vendite giudiziarie effettuate dal Tribunale di Busto Arsizio per il tramite della Cooperativa Adjuvant e dell'IVG in relazione alle vendite giudiziarie, la documentazione presente presso il Comune di Gallarate ed allegata al fascicolo di cui al permesso di Costruire n.7 del 6/2/2008 (contente le planimetrie, DIA, il contratto di compravendita, le piante degli edifici, il progetto, le dimensioni delle superfici delle unità immobiliari oggetto di causa, i rogiti notarili di compravendita).

Trattasi quindi di acquisizione in linea con i principi sopra richiamati: i dati su cui verte la contestazione delle appellanti provengono da enti pubblici, sono stati resi disponibili al pubblico, e su essi le parti – tramite i rispettivi consulenti – hanno potuto compiere ogni verifica, confronto e

controllo, con la conseguenza che nessun profilo di nullità della CTU può ravvisarsi per loro utilizzo.

*

Con il quinto motivo di impugnazione, parte appellante censura il Tribunale per avere acriticamente fatto proprie le considerazioni espresse dal CTU senza valutare né le controdeduzioni tecniche del proprio CTP, architetto ██████████ né il quadro generale di riferimento.

In particolare l'appellante censura, in primo luogo, la nullità, inammissibilità, inutilizzabilità della CTU rispetto alla stima del compendio sulla base del c.d. valore "mortgage lending value" nonché rispetto alla stima eseguita in base al valore cauzionale, ritenendo, in secondo luogo, errate le conclusioni cui è addivenuto il CTU per le ragioni tecniche espressa dalla CTP Arch. ██████████ esposte nella relazione 6.3.20 secondo cui il CTU: 1) non avrebbe tenuto conto della riduzione del finanziamento concesso dalla Banca che, rispetto agli originari € 7.000.000,00=, ha effettivamente erogato € 6.000.000,00=; 2) non avrebbe effettuato una valutazione per i box a misura considerando anche le superfici delle corsie di manovra coperte e la corsia scoperta di accesso; 3) avrebbe preso quale parametro di riferimento solo le stime OMI prescindendo da altri fattori rilevanti, quali le dotazioni tecnologiche e prestazionali, la qualità progettuale, ecc.; 4) non avrebbe valutato la collocazione dei fabbricati nella fascia media di mercato.

Censura allora l'appellante che, dovendo la stima dei valori di mercato delle unità immobiliari, partire da una valutazione unitaria corretta di 1.900,00 euro/mq per aumentare fino a 2.200,00 euro/mq a seconda dell'altezza dell'appartamento e della sua superficie, la stima complessiva dell'intero compendio edilizio varierebbe da € 8.889.000,00 a € 9.149.000,00 con conseguente necessità di correzione al rialzo della stima del "mortgage lending value", e della completa rivisitazione della stima del valore cauzionale effettuata dal CTU.

Si osserva.

La doglianza sui criteri prescelti dal Giudice per la determinazione del valore del bene oggetto di finanziamento difetta del necessario requisito dell'autosufficienza, non avendo la Banca ricorrente indicato il criterio che, invece, andrebbe utilizzato.

A ben vedere, richiamando le deduzioni del proprio CT di parte laddove lo stesso critica la stima operata dal CTU dei valori di mercato delle unità immobiliari invocando, quindi, la necessità di correggere in rialzo la stima del "mortgage lending value" e del valore cauzionale, implicitamente conferma l'utilizzo di tali criteri per verificare il rispetto del limite di finanziabilità.

In aggiunta a ciò occorre evidenziare che il mutuo o credito fondiario è una speciale tipologia di

finanziamento a medio/lungo termine che mira a soddisfare finalità sociali non derogabili dalla autonomia contrattuale delle parti, al fine di giungere alla realizzazione di molteplici interessi pubblici, tra cui l'esigenza di recuperare le somme erogate nel più breve tempo possibile, consentire il rispetto integrale del contratto anche dopo la risoluzione dello stesso riconoscendo il diritto potestativo al terzo che partecipa alla vendita forzata di subentrare nel contratto risolto senza l'autorizzazione del giudice ed il consenso del creditore (cfr. art. 41, comma 5 T.U.B.), e tutelare il debitore da eventuali rischi espoliativi. Pertanto tale forma di mutuo viene garantita da ipoteca di primo grado sull'immobile. L'ipoteca potrà essere concessa solo se l'immobile è capiente, ossia possa garantire la restituzione della somma erogata, degli interessi e delle spese di procedura. In caso di fallimento del mutuatario, essendo il credito bancario garantito da ipoteca, la banca in sede di riparto ha facoltà di soddisfarsi in via privilegiata.

La normativa di riferimento è la seguente:

- Il CICR con la delibera del 1995 ha stabilito che *“l'ammontare massimo del finanziamento di credito fondiario è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi”*;
- il comma 2 dell'art. 38 T.U.B. prevede: *“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”*.

La disposizione è volta a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione dell'immobile e agevolare e sostenere l'attività d'impresa.

Quindi, tale limite di finanziabilità fissato per legge è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, e può giungere al 100% solo qualora vengano prestate determinate garanzie integrative a quella ipotecaria di primo grado individuate dalla delibera CICR di attuazione del 22.04.1995 in attuazione dell'art. 38 T.U.B. in: *“fideiussioni bancarie, polizze fideiussorie di compagnie di assicurazione, garanzia rilasciata da fondi pubblici di garanzia o da consorzi e cooperative di garanzia fidi, cessioni di crediti verso lo Stato, cessioni di annualità o di contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, pegno su titoli di Stato”*.

Il limite di finanziabilità costituisce tratto distintivo del contratto di mutuo fondiario e rientra tra i requisiti ed elementi essenziali di tale contratto, la cui mancanza è suscettibile di determinare la nullità del contratto, per violazione di un limite inderogabile posto dall'autonomia privata a tutela di un

interesse pubblico.

È derivato che per la normativa comunitaria e nazionale, ai fini del calcolo del credito massimo concedibile nelle operazioni di credito fondiario e dell'eventuale valutazione del superamento del limite di finanziabilità, il valore su cui fare riferimento non è il prezzo pattuito tra le parti, valore commerciale (speculativo) o di mercato dell'immobile da ipotecare, bensì, in linea di continuità con la previgente disciplina di cui alla L.n. 474/49 in materia di credito edilizio e con la direttiva 2000/12/CE, è il valore cauzionale effettivo del bene, Mortgage Lending Value (MLV), ossia l'importo ricavabile dal netto realizzo in asta dell'immobile ipotecato, ovvero il valore che sia frutto di una stima basata sul *"prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile"*, calcolato tenendo conto degli aspetti durevoli a lungo termine e delle condizioni del mercato, dell'uso corrente e dei suoi appropriati usi alternativi, ed inteso nella prospettiva futura dell'eventuale inadempimento del cliente e della conseguente necessità di realizzo forzoso del contratto da parte della banca. Tale valore deve bastare ad assicurare in modo certo e sicuro la restituzione del capitale, degli interessi e delle spese di procedura; in questa prospettiva il reddito del mutuatario acquista ruolo assolutamente secondario. A tale proposito è necessario ispirarsi alla normativa comunitaria in materia, direttive 1998/32/CE del 22 giugno 1998, 2013/575/CE del 26 dicembre 2013 comprese le altre direttive su menzionate, insieme alle circolari della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, e n. 285 del 17 dicembre 2013, nonché le linee guida dell'ABI sulle valutazioni immobiliari del maggio 2011 che, in conformità alle deliberazioni del CICR, ne determina il limite di erogazione partendo da un raffronto tra il valore del bene ipotecato e l'ammontare del capitale finanziato.

Il predetto valore è quindi frutto di una stima basata sul prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile; secondo la giurisprudenza, infatti, *"ai fini dell'apprezzamento circa il rispetto del limite di finanziabilità prescritto per il mutuo fondiario dalla normativa legale e regolamentare, il giudice deve tenere in considerazione il cd. valore cauzionale del bene ipotecato, vale a dire la concreta e attuale prospettiva di negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, sì che, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudentiale"* (Cass. I sez. civ., ord. 09/05/2018 n. 11201).

Confermata dunque la giustezza dei criteri indicati dal Tribunale ai fini della verifica del rispetto del limite di finanziabilità, occorre *ad abundantiam* evidenziare il CTU ha determinato anche il valore di mercato complessivo del immobile oggetto di garanzia al momento della stipula e, anche con

riferimento a detto valore, il limite di cui all'art. 38 TUB risulta essere stato violato.

Atteso che le parti determinavano in €. 9.000.000 il presunto valore negoziale del complesso immobiliare all'esito dell'intervento edificatorio con conseguente erogazione di un mutuo di €. 7.000.000,00, il CTU ha verificato che, invece, il valore di mercato del bene si potesse attestare sull'importo di circa €. 6.500.000,00 con la conseguenza che il limite di finanziabilità avrebbe dovuto fissarsi nella misura massima di €. 5.200.000,00 e non certamente raggiungere l'importo ben superiore di €. 7.000.000,00.

Chiarito ciò, occorre ora esaminare il secondo profilo di censura del motivo in esame, concernente la dedotta erroneità di calcolo del valore dell'immobile, sulla scorta dei rilievi del consulente di parte appellante, arch. [Sestini](#).

Premessa la natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, si osserva che se da un lato la sentenza di primo grado, nel richiamare le conclusioni cui è pervenuto il CTU non ha specificamente confutato le doglianze espresse dal CT della parte odierna appellante ed opposta in primo grado, dall'altro dette osservazioni tecniche risultano essere puntualmente esaminate dal CTU con argomentazioni che questa Corte condivide.

Nello specifico il CTU ha ritenuto di non dover considerare la riduzione dell'importo finanziato avvenuta nel dicembre 2010 giacché il quesito chiedeva di determinare “*il valore del bene immobile oggetto di finanziamento al momento della sottoscrizione del contratto di mutuo (29.1.2008)*”; riteneva di confermare la valutazione “a corpo” dei box auto trattandosi di un procedimento di stima largamente utilizzato – tanto dagli operatori del mercato immobiliare, quanto dalle principali banche dati immobiliari, oltre che nell'ambito di procedure fallimentari, concorsuali ed esecutive – precisando inoltre che i valori cui perviene il CTP non trovano riscontro nei valori medi di mercato del periodo di accertamento, tenuto anche conto che il complesso immobiliare periziato si trova nella zona periferica della città di Gallarate.

Quanto alla stima del valore di mercato unitario dei beni, si osserva come il CTU, a pagina 18 e seguenti della perizia, abbia dato atto delle autorevoli fonti di informazione e criteri di stima di cui si è avvalso per determinare il valore di mercato unitario attribuibile ad ogni bene. Chiarito che le quotazioni O.M.I forniscono solo indicazioni di massima, il perito ha esaminato i molteplici elementi che concorrono alla determinazione del valore degli immobili tra cui “*la posizione rispetto alle principali arterie di collegamento della zona, la presenza di servizi nelle vicinanze e la loro qualità, la dotazione e qualità dei servizi condominiali, la classe energetica, la dotazione di impianti energetici*

che sfruttano le fonti di energia rinnovabili, la qualità delle finiture e degli impianti tecnologici, la distribuzione planimetrica, l'esposizione, la veduta, l'altezza di piano delle singole unità" (rif. elaborato CTU ing. pagg. 20-21).

Proprio tenendo conto di tali aspetti, specificamente valutati, il CTU procedeva ad una stima accurata, completa dei criteri indicati proprio dal CT di parte opposta in primo grado.

E' quindi da ritenere esaustiva l'indagine svolta dal CTU con riferimento alla determinazione del valore complessivo del bene immobile oggetto di finanziamento.

Conseguentemente, rilevato che, al momento della sottoscrizione del contratto di mutuo, il valore complessivo del bene immobile secondo il criterio cd "mortgage lending value" era di €. 5.863.167,00, secondo il criterio del "valore cauzionale" era di €. 2.495.000,00 e, *ad abundantiam*, secondo il valore di mercato era di €. 6.514.630,00, non può che condividersi la conclusione del Tribunale secondo cui il finanziamento erogato per €. 7.000.000,00 abbia ecceduto il limite di cui all'art. 38 TUB, con conseguente dell'intero contratto.

*

Con il sesto motivo di impugnazione, parte appellante censura la sentenza appellata per aver fatto discendere dalla ritenuta nullità del mutuo per sovrafinanziamento l'inesistenza del diritto di procedere esecutivamente.

Il motivo non ha pregio.

Il principio *nulla executio sine titulo* impone che il titolo esecutivo non solo debba pre-esistere all'esecuzione, ma che debba altresì permanere durante tutta la sua durata.

Per tale ragione, il Giudice dell'esecuzione dovrà, durante tutto il tempo occorrente per la definizione della procedura esecutiva, verificare la presenza del titolo esecutivo senza il quale la stessa deve dirsi illegittima e priva di fondamento.

Egli, infatti, potrà eccepire anche d'ufficio ed in ogni tempo l'eventuale inesistenza o sopravvenuta mancanza dello stesso, rientrando *"di certo nei poteri ufficiosi del giudice dell'esecuzione il riscontro delle imprescindibili condizioni dell'azione esecutiva e presupposti del processo esecutivo, quelli cioè in mancanza - anche sopravvenuta - dei quali quest'ultimo non può con ogni evidenza proseguire o raggiungere alcuno dei suoi fini istituzionali"* (Cass.Civ. 27 gennaio 2017 n. 2043).

Il giudice dell'opposizione all'esecuzione è infatti tenuto *"a compiere, preliminarmente, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, ed anche per la prima volta nel giudizio di Cassazione, la verifica sulla esistenza del titolo esecutivo posto alla base dell'azione esecutiva, potendo rilevare sia l'inesistenza originaria del titolo esecutivo sia la sua sopravvenuta caducazione, dal momento che,*

entrambe, determinano l'illegittimità dell'esecuzione forzata con effetto ex tunc“(Cass. 19 maggio 2011, n. 11021; Cass. 29 novembre 2004, n. 22430).

Dal potere officioso riconosciuto al giudice dell'esecuzione nel rilievo di tutte quante le mancanze espresse, ne discende altresì il potere di dichiarare, in caso di mancanza o inefficacia totale o parziale del titolo, l'improcedibilità dell'esecuzione per *“l'avvenuta completa realizzazione del suo scopo o per la riconosciuta impossibilità di realizzare tale scopo e quindi per l'impossibilità della sua prosecuzione”* (Cass.Civ. 15605/2017).

La mancanza del titolo esecutivo, quale presupposto per l'esecuzione forzata, conduce ad un effetto paralizzante dell'azione esecutiva.

Non vi è dubbio, in tal senso, che qualora il titolo manchi *ab origine* nessuna esecuzione potrà essere né minacciata né iniziata né, ovviamente, proseguita.

Il Giudice dell'esecuzione, alla ricorrenza della predetta carenza, dovrà dichiarare improcedibile l'esecuzione *“in quanto mancante di un suo presupposto fondamentale”* (cfr. Cass.Civ. 15605/2017).

Date queste premesse, si ritiene corretta ed esente da vizi la decisione del Tribunale che, rilevata la nullità del contratto posto a fondamento dell'azione esecutiva avviata, ha coerentemente dichiarato inesistente il diritto del creditore a procedere in via esecutiva.

*

Respinto pertanto l'appello proposto da Cerved Credit Management S.p.A, mandataria speciale di POP NPLS 2018 S.r.l e quello adesivo di Banca Popolare di Bari S.p.A, le stesse, in virtù del principio di soccombenza, devono essere condannate al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellata, da liquidarsi, come in dispositivo, secondo i parametri di cui al DM 37/18 rapportati al valore della causa e tenuto conto della complessità dei temi dibattuti e della attività difensiva svolta.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Milano, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Cerved Credit Management S.p.A, mandataria speciale di POP NPLS 2018 S.r.l e sull'impugnazione adesiva di Banca Popolare di Bari S.p.A, avverso la sentenza resa dal Tribunale di Busto Arsizio n. 133/2021 pubblicata in data 29.1.2021, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:

- 1) rigetta l'appello e conferma la sentenza impugnata,
- 2) condanna Cerved Credit Management S.p.A, mandataria speciale di POP NPLS 2018 S.r.l e da Banca Popolare di Bari S.p.A, in solido tra loro, a rifondere a [REDACTED] Srl, le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate nella complessiva misura di €.

29.800,00 per compensi (di cui €. 9.200,00 per la fase di studio, €. 5.300,00 per la fase introduttiva, €. 15.300,00 per la fase decisionale, omettendosi la fase istruttoria non effettuata nel presente grado), oltre al 15% per spese generali forfettarie, oltre Iva e cpa come per legge.

- 3) si da atto che sussistono i presupposti per il versamento, a carico delle appellanti, in solido tra loro, e dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello già corrisposto o da corrispondere, ai sensi dell'art. 13 co. I quater del DPR 115/02.

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio del 14 Febbraio 2022.

Il Consigliere Estensore

dr. Giampiero Barile

Il Presidente

dr. Maria Grazia Federici