

## VALORE ECONOMICO DELLA GARANZIA IPOTECARIA TRA SUDDIVISIONE E FRAZIONAMENTO

Di Fabio Addis

| 76

Valore economico della garanzia ipotecaria tra suddivisione e frazionamento  
(Fabio Addis)

**SOMMARIO:** 1. *Il problema.* – 2. *La situazione fattuale decisa dal Tribunale di Roma.* – 3. *L'apparato motivazionale della pronuncia.* – 4. *I termini del dibattito giurisprudenziale.* – 5. *La distinzione tra quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca.*

### 1. Il problema

La confutazione della concezione individualista della proprietà, che, attraverso l'idea del c.d. «diritto reale fondamentale», ha per lungo tempo trovato supporto concettuale nella distinzione tra la relazione interna, di natura «esclusiva», con la *res* e la fissazione di limiti «esterni», fondati sul perseguimento della funzione sociale, ha indotto più volte il compianto Maestro al quale il presente scritto è dedicato a sottolineare che la descrizione del contenuto del diritto di proprietà è possibile solo se l'analisi del dato positivo delinea le esigenze e i bisogni dei terzi diversi dal proprietario, così da chiarire quali condotte quest'ultimo possa tenere per esercitare legittimamente il diritto di scegliere la destinazione economica del bene, in cui si sostanzia il carattere «assoluto» della sua situazione giuridica soggettiva<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1965, spec. p. 123 ss.; ID., *L'ipotesi*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, Milano, 1978, p. 4 s. (entrambi questi scritti, con i titoli di *Contenuto, esercizio e tutela giuridica della proprietà* e di *Funzione sociale e diritti degli «altri»*, possono altresì leggersi in ID., *Rischi temuti, danni attesi, tutela privata*, Milano, 2002,

Così argomentando, Michele Costantino non è riuscito solo a dimostrare che la determinazione della figura della proprietà è ineludibilmente condizionata dall'ordinamento giuridico vigente e non può tradursi nell'evocazione di un concetto astrattamente pieno ed illimitato, ma deve necessariamente confrontarsi con le molteplici fonti di produzione nor-

pp. 3 ss. e 68 s.); ID., *Disciplina del territorio e sfruttamento delle risorse idriche: partecipazione e tutela*, in *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*, Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, 2-6 aprile 1975, I, Milano, 1979, p. 175 s.; ID., *La proprietà nel sistema dei diritti reali e nella legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso e V. Varano, I, Milano, 1985, p. 15 ss.; ID., *Esercitazione su nevrosi per richiami impropri a nozione astratte*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 878 s.; ID., *Il diritto di proprietà tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di studi, Siena, 18-19 ottobre 2002, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, p. 45 ss.; ID., *Il diritto di proprietà*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VII, 1, Torino, 2005, p. 251 ss.



mativa, ivi comprese quelle di natura non statualistica<sup>2</sup>.

Egli ha altresì avviato la ricerca delle ricadute applicative sottese alla ridefinizione della contrapposizione tra diritti assoluti e relativi già teorizzata da altra parte della dottrina, la quale, rilevando la necessità di abbandonare ogni riferimento ai destinatari dell'efficacia giuridica del diritto, ha limpidamente enunciato la possibilità di costruire in termini strutturali anche la relazione proprietaria: «di per sé, infatti, la relazione tra il soggetto ed il bene è priva della nota caratterizzante della giuridicità. La giuridicità suppone che la relazione sia garantita dall'ordinamento giuridico; e la garanzia è data nell'unico modo atto a procurare al titolare del diritto assoluto il soddisfacimento del proprio interesse: cioè coll'impedire che altri vi interferiscano. Nel descrivere, pertanto, la posizione di potere del titolare del diritto assoluto, e nell'analizzare la struttura del diritto stesso, non appare possibile prescindere dalla connessione con la posizione di tutti gli altri soggetti, che dalla relazione col bene oggetto del diritto sono, per l'appunto, esclusi: la posizione dell'uno trova la sua dimensione proprio nella posizione degli altri»<sup>3</sup>.

Se i corollari insiti in questo rilievo fossero stati adeguatamente valutati dalla giurisprudenza, la pronuncia che queste brevi note intendono sottoporre ad una rivalutazione critica non sarebbe stata, con ogni probabilità, emanata, perché il giudice avrebbe potuto risolvere il problema a lui sottoposto attribuendo decisiva importanza alla limitazione del potere dispositivo del proprietario insita nella prelazione riconosciuta al titolare di un'ipoteca sul bene promesso in vendita e alla conseguente necessità di salvaguardare il valore economico della garanzia del relativo diritto di credito preservandolo da irragionevoli trasformazioni indotte da comportamenti

ai quali il creditore non ha prestato il proprio consenso<sup>4</sup>.

Il Tribunale di Roma, invece, attraverso un'originale interpretazione dell'art. 39, 6° co., t.u.b., ha deciso che, in presenza di una garanzia ipotecaria iscritta su un complesso immobiliare, l'Istituto di credito deve sottostare al piano di frazionamento dell'ipoteca richiesto dai promissari acquirenti di una singola unità immobiliare del complesso all'atto della conclusione dei relativi contratti di vendita, purché in essi sia stata manifestata la volontà degli acquirenti stessi di accollarsi una parte del finanziamento concesso al costruttore del complesso, a nulla rilevando che il suddetto Istituto non abbia avuto la concreta possibilità di conoscere ed accettare il relativo piano di frazionamento.

Secondo quanto si legge nella pronuncia, il frazionamento stesso, «in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente caratte-

<sup>4</sup> La più sicura conferma dell'assunto è offerta dal combinato disposto degli artt. 754 e 2809, 2° co., c.c., che, sancendo il principio di indivisibilità dell'ipoteca, rafforzano la protezione del creditore conferendogli il diritto di ottenere il soddisfacimento in forma esecutiva del proprio credito su tutti i beni vincolati, così da precludere ai proprietari di questi ultimi la possibilità di opporre la divisione tra loro del debito: cfr. G. GORLA, *Pegno e ipoteca*, 2ª ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 424 s.; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XIX, Milano, 1956, p. 96 s.; G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Utet*, VI, 3, Torino, 1970, p. 72 s.; M. FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 772; A. CHIANALE, voce *Ipoteca*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1992, p. 163 s.; ID., *I diritti reali*, VI, *L'ipoteca*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2010, p. 68 s.; ID., *Ipoteca*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, V, *Diritti reali di garanzia*, Milano, 2014, p. 320 s.; G. GORLA e P. ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, 4ª ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 220 ss.; A. RAVAZZONI, *L'ipoteca*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XX, 2, Torino, 1998, p. 13 s.; ID., *Le ipoteche*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato e già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 65 ss.; P. BOERO, *Le ipoteche*, 2ª ed., in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, pp. 153 s. e 209; F. MASTROPAOLO e A. e T. TAVERNITI, *Privilegi e ipoteche*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1169 ss.; nonché, con particolare riferimento all'indivisibilità dei debiti ereditari garantiti da ipoteca, L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, spec. p. 354 ss.; G.F. BASINI, *L'oggetto della comunione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, IV, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, p. 42 ss.; A. CIATTI, *La comunione ereditaria e la divisione*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2ª ed., a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, II, Napoli, 2015, p. 1333 s.

<sup>2</sup> Per una più ampia valutazione dell'incidenza che questo rilievo può avere nella ricostruzione dei connotati caratterizzanti il c.d. «diritto privato regionale», sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Fonti legali della proprietà e decentramento normativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 15 ss.; e, con particolare riferimento alla dimensione spaziale della proprietà, ID., *Sui limiti verticali della proprietà fondiaria*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, I, Milano, 2008, p. 15 ss.

<sup>3</sup> Così F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 757; e in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 59, le cui conclusioni, con particolare riferimento alla necessità di distinguere tra mera rilevanza del diritto e del relativo titolo costitutivo ed opponibilità ai terzi dello stesso, sono puntualmente riprese e sviluppate da G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, spec. p. 34 ss.; ID., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, spec. p. 41 ss.

| 78 re dichiarativo, non può costituire fonte di nuove obbligazioni per il terzo acquirente che non vi abbia partecipato, il quale rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. Ne consegue l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare»<sup>5</sup>.

La pericolosità della soluzione – destinata a provocare rilevanti conseguenze economiche sfavorevoli per la banca e ad agevolare una complessiva ed ingiustificata diminuzione della garanzia ipotecaria – è solo apparentemente temperata dal grado di giudizio in cui è stata resa e dalla conseguente possibilità di una sua radicale confutazione nel successivo sviluppo giudiziario della controversia.

Il giudice di merito, infatti, ha sottolineato che la sua decisione è conforme a quanto già osservato dalla Cassazione in due recenti pronunce, sicché il compito ricostruttivo che si vuole cercare di svolgere in questo scritto non può esaurirsi nella descrizione delle caratteristiche fattuali della controversia in esame e nella conseguente individuazione della *ratio decidendi* della pronuncia e della sua corrispondenza al dato positivo invocato, ma deve altresì investire le posizioni del giudice di legittimità e l'adeguatezza del loro richiamo.

## 2. La situazione fattuale decisa dal Tribunale di Roma.

Nel caso deciso dalla sentenza esaminata, una società cooperativa a responsabilità limitata aveva stipulato con i suoi soci una serie di contratti preliminari di compravendita di appartamenti in corso di ultimazione, realizzati anche grazie ad un cospicuo finanziamento ottenuto – con unico contratto di mutuo – da un istituto di credito, garantito da ipoteca sull'intero complesso immobiliare.

Infruttuosamente scaduto il termine per la stipulazione dei contratti definitivi e sopravvenuto un procedimento di liquidazione coatta amministrativa a carico della cooperativa (nonché l'avvio di un'inchiesta penale nei confronti degli amministratori), i promissari acquirenti avevano convenuto in giudizio la società per chiedere il trasferimento della proprietà sugli appartamenti *ex art.* 2932 c.c., nonché l'istituto di credito affinché il giudice accertasse – previa contestazione della validità del contratto di finanziamento – «l'obbligo della banca di procedere al frazionamento del mutuo e della ga-

ranzia secondo le quote risultanti dai prospetti contabili allegati ai preliminari»<sup>6</sup>.

Il Tribunale rigetta la domanda di sentenza costitutiva in mancanza della suddivisione del finanziamento e del frazionamento della relativa garanzia ipotecaria.

Parimenti infruttuosa è la richiesta di accertamento della nullità del contratto di mutuo: per quanto il Tribunale rigetti le eccezioni della banca, che aveva contestato la carenza di interesse in capo agli attori, sono ritenute infondate nel merito tutte le pretese ragioni di invalidità del contratto, variamente collegate all'illiceità della causa, alla violazione degli artt. 38 e 39 t.u.b. e alla possibilità di individuare una lesione del principio della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) nel fatto che l'istituto di credito si era assicurato una garanzia più ampia ed incisiva di quella correlata ad un precedente finanziamento (concesso tuttavia da altra banca) ripianato dal nuovo mutuo.

In apparente conformità ad un orientamento della Cassazione, adottato senza alcuna consapevolezza critica dei presupposti fattuali che lo giustificano, il giudice di primo grado accoglie invece la richiesta di frazionamento rilevando che la banca – in quanto beneficiata dalla parziale assunzione del debito accollato dai promissari acquirenti all'atto della conclusione del preliminare – deve necessariamente suddividere la sua pretesa restitutiva e frazionare la relativa garanzia ipotecaria in quote corrispondenti a quelle indicate nel medesimo contratto.

## 3. L'apparato motivazionale della pronuncia.

L'ampia parte della motivazione dedicata all'affermazione della validità del contratto di mutuo non presenta elementi di particolare innovatività e si risolve nel richiamo di orientamenti giurisprudenziali consolidati, specialmente per quanto attiene alla marginale utilità precettiva che i giudici sono soliti attribuire alla specifica finalità del finanziamento, anche quando espressamente enunciata nel relativo contratto<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, cit.

<sup>7</sup> La più recente conferma dell'assunto è offerta dal riconoscimento giurisprudenziale della validità del contratto di mutuo avente ad oggetto una somma eccedente il limite indicato dall'art. 38, 2° co., t.u.b., che è stato così qualificato come norma di mera condotta, alla cui violazione conseguirebbero solo sanzioni di natura amministrativa e pecuniaria: cfr. Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 381 ss., con nota di D. TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*; in *Fall.*, 2014, p. 407 ss., con nota di L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di*

<sup>5</sup> Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, inedita.





Le articolate contestazioni dei promissari acquirenti miravano, infatti, a far emergere un'illecita distrazione del finanziamento ottenuto, deducendola dal fatto che esso risultava – secondo la formulazione letterale del contratto – diretto a garantire solo la costruzione del complesso immobiliare e, al contrario, era stato – sia pure in parte – impiegato dalla cooperativa per ripianare una sua preesistente esposizione debitoria.

L'impossibilità di far discendere da tale circostanza una specifica ragione di nullità del contratto di mutuo è ampiamente dimostrata dal giudice sulla base del carattere esclusivamente pattizio dell'espressa enunciazione della finalità del finanziamento che, in quanto derivante esclusivamente dall'accordo delle parti, non può essere invocata da terzi estranei alla stipulazione per contestare la validità del contratto.

Il carattere «fondiario» del mutuo, in altri termini, non vale ad individuare nella legge il titolo giustificativo di uno specifico impegno del mutuatario all'impiego della somma per finalità connesse all'attuazione del programma edilizio e non giustifica la pretesa di terzi alla verifica del puntuale rispetto di quest'ultimo. L'eventuale mancato perfezionamento del programma assume i contorni di un inadempimento, che provoca un rilevante pregiudizio solo all'Istituto di credito, facendogli perdere la possibilità di invocare il principio di estensione dell'ipoteca agli immobili edificati ed incrementando le conseguenti difficoltà di restituzione del finanziamento, collegabili al fatto che il mutuatario, ritardando o evitando la consegna degli appartamenti, rischia altresì di perdere i pagamenti dei potenziali acquirenti, che avrebbe dovuto impiegare per l'adempimento del mutuo. Tali circostanze legittimano esclusivamente la reazione dell'Istituto di credito, conferendogli la possibilità di invocare la

risoluzione del contratto, ma non possono inficiare – *a posteriori* – la validità della pattuizione.

Questo esito argomentativo appare coerentemente fondato sul principio di relatività degli effetti del contratto, che dal carattere pattizio di una disposizione fa discendere l'assenza in capo ai terzi dell'interesse a verificarne il grado di effettiva attuazione<sup>8</sup>.

Stupisce, tuttavia, che il medesimo giudice non abbia esitato a seguire, nella stessa sentenza, un principio diametralmente opposto imponendo all'Istituto di credito l'obbligo di procedere alla suddivisione del mutuo e al frazionamento della garanzia ipotecaria secondo il piano di ripartizione fissato nel contratto preliminare.

È infatti vero – come rileva la sentenza in commento – che l'art. 39, 6° co., t.u.b., in presenza di un «edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono», legittima «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», a chiedere alla banca di procedere «alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia».

La medesima previsione, tuttavia, nulla dispone in ordine ai criteri con cui procedere al frazionamento e, segnatamente, non stabilisce che la quota di accollo del finanziamento contenuta nel contratto (preliminare o definitivo) avente ad oggetto una singola porzione del complesso immobiliare debba automaticamente – in mancanza di alcuna manifestazione di assenso dell'istituto di credito – tradursi in un identico frazionamento dell'ipoteca, senza che questa possa essere proporzionata in base al concre-

comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione; in *Contr.*, 2014, p. 439 ss., con note di S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 t.u.b. ed il canone (mobile) della Cassazione*; e G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*; in *Corr. giur.*, 2014, p. 923 ss., con note di M. PIAZZA, *Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario*; e M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*; in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 156 ss., con nota di G. FALCONE, *Ancora sul superamento dei «limiti di finanziabilità» nelle operazioni di credito fondiario*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, p. 123 ss., con note di A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»* (consultabile, con il titolo *Credito fondiario e limite di finanziabilità*, anche in *Vita not.*, 2014, p. 37 ss.); U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: «est modus in rebus»*; S. MALVAGNA, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*; e F. ONNIS CUGIA, *La regola dell'art. 117, 8° co., t.u.b. e il credito fondiario*.

<sup>8</sup> Una felice sintesi è offerta, sul punto, da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Padova, 2009, p. 378 s.: «il legislatore italiano del 1942, sotto il titolo “Degli effetti giuridici” riunisce nel capo V tutte le norme che, pur in diverso modo e sotto diversi profili, disciplinano i vari aspetti effettuali del contratto. L'art. 1372, 2° co., c.c. prevede il principio di relatività e al tempo stesso dà rilievo ad alcuni aspetti della tematica discussi nell'ambiente tedesco. Con l'uso del termine “efficacia”, più ampio di quello di “effetti”, la legge vuol alludere alla capacità espansiva e a quel particolare (e per certi versi eccezionale) tipo di proiezione effettuale che, al di là dell'intenzione delle parti, il contratto può avere. Il riferimento all'efficacia ... finisce per confinare con l'idea stessa di rilevanza del contratto nei confronti dei terzi, mentre gli “effetti” che lo stesso produce ai sensi dell'art. 1372 sono una conseguenza logica dell'essere il negozio un regolamento d'interessi e si producono quindi solo fra le parti. Insomma, dal significato letterale dei termini impiegati dal legislatore e dalla sistematica adottata emerge una diversa valutazione del contratto a seconda che s'intenda regolare l'assetto d'interessi che le parti hanno programmato o le conseguenze che da esso possono derivare per i terzi».

to valore dell'unità immobiliare singolarmente venduta<sup>9</sup>.

Nel caso di specie, tale rilievo assume importanza decisiva, perché la banca – non opponendosi all'ipotesi del frazionamento ma avendo come unico interesse quello di non subire una riduzione del valore complessivo dell'ipoteca frazionata – aveva inviato al consorzio un piano di riparto del frazionamento dell'ipoteca significativamente diverso da quello allegato ai singoli contratti, perché fondato sull'effettivo stato di avanzamento dei lavori e sul conseguente valore di ogni unità immobiliare non ancora ultimata.

Nelle premesse ai preliminari, invece, era semplicemente stabilito che «è tuttora in corso di frazionamento il mutuo... onde le parti... sono venute nella determinazione di stipulare il presente atto preliminare di assegnazione allegando allo stesso il prospetto riepilogativo dei costi di costruzione... e della quota di mutuo da frazionarsi, garantito dalla ipoteca corrispondente, sempre da frazionarsi, e fin d'ora accollato dal singolo assegnatario e risultato dal suddetto prospetto allegato»<sup>10</sup>.

Il giudice di merito, qualificando la clausola appena riportata come acollo esterno cumulativo della quota di finanziamento *ex art.* 1273 c.c., ha ritenuto che il consenso dell'Istituto di credito – allo stato non provato – non fosse necessario né per il valido perfezionamento dell'atto né per la ripartizione della quota di frazionamento dell'ipoteca, che, in virtù del già citato art. 39, 6° co., t.u.b., avrebbe dovuto essere calcolata in modo corrispondente alla quota accollata.

La parificazione tra quote di acollo e quote di frazionamento potrebbe, tuttavia, determinare una significativa riduzione della garanzia ipotecaria, a misura che il mutuatario, non facendo accollare l'integrale capitale maggiorato degli interessi, continui ad essere debitore esclusivo di una parte di esso, ma riesca a cedere l'intero complesso immobiliare: i vari acquirenti, infatti, potrebbero ottenere la cancellazione di tutte le quote frazionate di ipoteca

<sup>9</sup> Cfr. G. FALCONE, in *Testo unico bancario*, Commentario a cura di M. Porzio, F. Belli, G. Losappio, M. Rispoli Farina e V. Santoro, Milano, 2010, p. 394 s.; M. PELLEGRINI, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, 3<sup>a</sup> ed., I, Padova, 2012, p. 444 ss.; F. GIORGIANNI e C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, p. 577; nonché, per una puntuale disamina della versione della norma antecedente al 2005, in cui – a differenza di quella qui esaminata – il diritto al frazionamento era concesso solo al debitore e al terzo acquirente del bene ipotecato, E. CAPANNA, *La garanzia ipotecaria*, in *La nuova legge bancaria. Il Testo unico delle Leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Commentario a cura di P. Ferro-Luzzi e G. Castaldi, I, Milano, 1996, p. 636 ss.

<sup>10</sup> Così Trib. Roma, 6 ottobre 2014, n. 19554, cit.

previo adempimento dell'obbligazione pecuniaria oggetto di acollo, lasciando l'istituto di credito privo di garanzia reale per la somma ancora da restituire<sup>11</sup>.

Poiché siffatto esito – ineludibilmente imposto dall'affermazione di un obbligo di frazionamento che non riconosce all'Istituto di credito alcun ruolo nella determinazione delle relative quote – è evidentemente sfavorevole al medesimo Istituto, è necessario concludere che, così argomentando, il giudice non ha esitato ad attribuire alla clausola contenuta nel preliminare un'eccezionale «efficacia transitiva» sfavorevole nei confronti di terzi, consentendo di estendere a chi non ha partecipato alla sua redazione effetti di natura prevalentemente negativa, in netto contrasto con i principi generali del sistema giuridico, che riconoscono solo la capacità dell'atto di autonomia privata – unilaterale o bilaterale – di produrre effetti favorevoli nei confronti di terzi, senza – ma mai contro – la loro volontà<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. P. SIRENA, *Il frazionamento dell'ipoteca nel credito edilizio*, in [www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it), p. 1: «avendo ottenuto un credito fondiario di 100 al fine di costruire un edificio, l'imprenditore mutuatario successivamente vende le 5 unità abitative che ne fanno parte, convenendo con il compratore di ciascuna che si accoli una quota del mutuo pari a 10. Se si seguisse il più recente insegnamento del giudice di legittimità, il successivo frazionamento del mutuo fondiario non potrebbe non rispettare tali quote di acollo: quindi, nell'esempio che si è fatto, frazionata l'ipoteca, quest'ultima risulterebbe gravare su ciascun appartamento per una somma non superiore a 10. Ora se è vero che, sempre per stare all'esempio, gli appartamenti sono 5 e che il compratore di ciascuno si è accollata una quota del mutuo pari a 10, ne consegue che, frazionata l'ipoteca, la banca si vede ridurre il complessivo montante ipotecario da 100 (ossia, l'importo originario del mutuo ipotecario) a 50 (ossia, la somma delle quote che i terzi acquirenti si sono accollati): si vede quindi dimezzare la garanzia ipotecaria».

<sup>12</sup> La più compiuta teorizzazione dell'assunto si deve a G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1297 s.; e in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, p. 792 s.; ID., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 197 ss.; ID., *Gratuità e rifiuto*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso e S. Mazzaresse, Milano, 2008, p. 461 s. Sia pure entro ricostruzioni a volte divergenti in ordine alla struttura di singole manifestazioni positive del medesimo principio, confermano l'esistenza di quest'ultimo anche R. SACCO, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, pp. 954 s. e 972; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, p. 164 s.; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, pp. 184 s., nota 223, e 193 s.; E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, p. 120 s.; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 125 ss.; ID., voce *Rinunzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1991, p. 3 s.; e in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori*, I, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 2001, p. 246; ID., *Il contratto a favore di terzi*, 2<sup>a</sup> ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, pp. 27 s. e 71 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unila-*

#### 4. I termini del dibattito giurisprudenziale.

La critica appena prospettata non può essere agevolmente confutata dal richiamo di orientamenti giurisprudenziali che – ad una più attenta lettura – si presentano solo apparentemente conformi all'assunto fatto proprio dalla sentenza in esame.

Del tutto improprio si rivela, anzitutto, il richiamo della più risalente pronuncia di Cassazione sul tema<sup>13</sup>.

Nonostante il principio di diritto formulato nella massima sia identico a quello posto a fondamento della decisione qui commentata, il caso che ha originato l'intervento del giudice di legittimità è sensibilmente diverso, perché caratterizzato dal fatto che l'istituto di credito aveva proposto un piano di frazionamento dell'ipoteca, alternativo rispetto a quello contenuto nel contratto di vendita, dopo più di un anno dalla stipulazione e dalla trascrizione di quest'ultimo, pretendendo di imporlo all'acquirente del singolo appartamento che aveva già versato integralmente il prezzo e, dunque, aveva estinto la quota di mutuo accollata con il contratto.

I giudici di merito, muovendo da una puntuale applicazione del principio di relatività degli effetti del contratto ed attribuendo natura pattizia al frazionamento dell'ipoteca, avevano respinto la richiesta dell'istituto di credito, in ragione dell'inopponibilità all'acquirente di un frazionamento «eseguito, senza la sua partecipazione, dopo l'acquisto del bene»<sup>14</sup>. L'ipoteca relativa all'unità immobiliare acquistata non avrebbe più potuto garantire la differenza tra la somma oggetto dell'accollo e la restante quota di mutuo, perché

ormai cancellata dall'avvenuta estinzione parziale del debito che l'istituto di credito aveva di fatto accettato ricevendo senza contestazioni il pagamento dall'acquirente<sup>15</sup>.

Il giudice di legittimità, confermando tale decisione, si è limitato a correggere la motivazione della sentenza impugnata nella parte relativa alla qualificazione strutturale del frazionamento, precisando che esso costituisce atto unilaterale dell'istituto di credito al quale non può conferirsi la capacità di imporre al terzo acquirente – *senza il suo consenso* – obbligazioni diverse da quelle accollate all'atto della stipulazione del contratto di vendita<sup>16</sup>.

Perde dunque gran parte della sua rilevanza applicativa il corollario teorizzato dalla Cassazione riguardo alla necessità che il frazionamento dell'ipoteca sia esattamente corrispondente alla quota di mutuo accollata dall'acquirente<sup>17</sup>: se quest'ultimo ha già eseguito il pagamento di tale quota senza che l'istituto di credito abbia proposto alcun piano di frazionamento alternativo, l'avvenuta estinzione parziale del debito – accettata dal creditore – provoca effetti estintivi sulla corrispondente quota di ipoteca, non essendovi ragioni per sostenere che il creditore già soddisfatto possa continuare a

terali, Napoli, 1972, pp. 46 s., 101 ss. e 133 ss., spec. 141 s., nota 155; ID., voce *Atti unilaterali*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 6; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 77 ss.; G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e «decadenza»*, Napoli, 1980, p. 114 s.; V.E. CANTELMO, *Il diritto legale all'acquisto*, Napoli, 1980, p. 21 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 86 s.; A. DI MAJO, voce *Promessa unilaterale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 49; e in ID., *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 59 s.; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 931; ID., *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, *Parte generale*, Napoli, 1992, p. 142 ss.; E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, Napoli, 1994, p. 85; P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, p. 6 ss.; F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Napoli, 1999, p. 6 s.; S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 24 s.; e in *Il principio di gratuità*, cit., p. 171 s.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 192; A. ASTONE, *Contratto. Negozio. Regolamento. Contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, pp. 102 ss. e 237 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Credito fondiario*, n. 11.

<sup>14</sup> Così Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, cit.

<sup>15</sup> La decisione è conforme a Cass., 1 luglio 2005, n. 14084, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Indebito*, n. 5, che, però, si è occupata di un caso antecedente all'entrata in vigore dell'art. 39, 6° co., t.u.b.

<sup>16</sup> Il riferimento alla struttura unilaterale del frazionamento e alla sua funzione abdicativa è frequentemente riscontrabile anche in dottrina: cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 92 ss.; E. GALLO, *Il frazionamento dell'ipoteca*, in *Foro pad.*, 1962, III, c. 74 ss.; e in *Riv. dir. ipot.*, 1962, p. 143 ss.; A. BUCCIANTE, *Frazionamento d'ipoteca ed annotazione*, ivi, 1964, p. 19 s.; M. FRAGALI, *op. cit.*, p. 815; C.M. TARDIVO, *Mutui fondiari ed edilizi ed attività notarile: ipoteca e frazionamento*, in *Vita not.*, 1988, p. 880 ss.; A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., p. 78 s.; A. CHIANALE, *I diritti reali*, VI, cit., p. 71 ss.; ID., *Ipoteca*, cit., p. 322 s., il quale, tuttavia, contesta l'opportunità di ribadire identico rilievo in presenza di un frazionamento obbligato quale quello disposto dall'art. 39, 6° co., t.u.b.

<sup>17</sup> È però necessario precisare che proprio in questo principio si registra una netta difformità tra la pronuncia in esame e le conclusioni ricavabili, con riferimento a casi antecedenti all'entrata in vigore del t.u.b., da Cass., 14 dicembre 1990, n. 11916, in *Vita not.*, 1991, p. 429 ss., con nota di C.M. TARDIVO, *A proposito del frazionamento di mutui fondiari ed edilizi*; Trib. Napoli, 23 novembre 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 601 ss., con nota di C.M. TARDIVO; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2073, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Credito fondiario*, n. 4; e Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 518 ss.; e in *Giur. it.*, 2007, p. 861 ss. Tutte queste sentenze, infatti, si limitano a ribadire – senza prendere alcuna posizione sul rapporto tra suddivisione del finanziamento e frazionamento dell'ipoteca – che quest'ultimo, in assenza di un obbligo normativo quale quello introdotto dall'art. 39, 6° co., t.u.b., costituisce atto discrezionale del creditore e non può essere preteso dalla controparte.



pretendere – a carico di chi lo ha pagato – il mantenimento di una garanzia ipotecaria<sup>18</sup>.

La conclusione non muta neppure per il secondo caso giurisprudenziale in cui, in tempi più recenti, il principio di diritto in esame risulta nuovamente affermato, ancorché con una non marginale omissione, che ha probabilmente indotto il Tribunale di Roma a formulare la decisione qui commentata<sup>19</sup>.

In questo caso, infatti, il giudice di legittimità ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato avverso la decisione resa in grado d'appello, in cui si era ordinata l'integrazione del contraddittorio in un giudizio instaurato dall'acquirente dell'appartamento nei confronti dell'istituto di credito in virtù dell'art. 39, comma 6 *ter*, t.u.b. Quest'ultima previsione dispone che, quando l'istituto di credito non procede tempestivamente al frazionamento del mutuo e dell'ipoteca nonostante la legittima richiesta proveniente dai soggetti indicati nel già citato 6° co. della medesima norma, il richiedente è legittimato a «presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile», affinché venga designato un notaio «che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso».

Confermata la necessità dell'integrazione del contraddittorio, il giudice di legittimità ha aggiunto – con un passaggio argomentativo evidentemente non necessario – che la quota di frazionamento dovrà essere identica a quella oggetto dell'accollo, non essendovi ragioni per imporre agli acquirenti delle singole unità immobiliari una garanzia ipotecaria più elevata della somma che essi stessi si sono impegnati a pagare.

È significativo notare che, a differenza di quanto rilevato dalla Cassazione nel 2008, questa volta non compare più alcun accenno alla necessità che l'acquirente presti il suo consenso al piano di frazionamento predisposto dall'istituto di credito.

Ciò appare facilmente comprensibile se posto in relazione con il caso analizzato dal giudice, in cui appunto la banca si era limitata ad opporsi al frazionamento, attendendo le deliberazioni dell'autorità giudiziaria in ordine alla nomina del notaio, anche in ragione dell'assenza – nel giudizio instaurato dall'acquirente – del venditore mutuatario e di altri acquirenti delle unità immobiliari facenti parte del complesso ipotecato.

La mancata specificazione di questo essenziale passaggio argomentativo si rivela, tuttavia, pericolosa per un lettore distratto, che potrebbe essere in-

dotto a concludere che il giudice di legittimità abbia attribuito all'acquirente il diritto di determinare egli stesso la quota di frazionamento dell'ipoteca, anche a scapito dell'istituto di credito.

L'erroneità di siffatta prospettazione è anzitutto denunciabile ricordando che la controversia decisa dalla Cassazione nel 2013 ha conosciuto una successiva fase contenziosa volta appunto a definire – con l'ausilio del notaio – i rapporti tra quote accolte e frazionamento dell'ipoteca, senza alcun automatico recepimento delle eventuali proposte provenienti dal singolo acquirente.

Non si deve inoltre dimenticare che, nella vicenda appena analizzata, l'istituto di credito non aveva presentato alcun piano di frazionamento, contestando la stessa opportunità della sua realizzazione, in netto contrasto con il disposto dell'art. 39, 6° co., t.u.b., che non ammette un rifiuto del frazionamento da parte della banca<sup>20</sup>.

Il giudice di legittimità – evidentemente consapevole dei possibili riflessi sfavorevoli per l'istituto di credito derivanti dall'affermazione incontrollata del principio di diritto teorizzato – aggiunge che, ammessa l'identificazione tra quote di accollo e quote di frazionamento, potrebbe determinarsi una diminuzione delle garanzie prestate, idonea a provocare la decadenza del debitore mutuatario – *ex art. 1186 c.c.* – dal beneficio del termine: l'istituto di credito, dunque, ove non si sia opposto al piano di frazionamento presentato dagli acquirenti, conserverebbe la possibilità di chiedere subito al mutuatario l'integrale restituzione del capitale e degli interessi, così da considerarlo immediatamente inadempiente ove essa non fosse regolarmente eseguita. «Il rischio che il mutuatario non sia in grado di soddisfare queste richieste è quello comune di insolvenza e viene accettato dalla banca nel momento in cui decide di erogare il denaro indipendentemente dal frazionamento contestuale della garanzia ipotecaria»<sup>21</sup>.

Quest'ultimo inciso chiarisce il presupposto fattuale da cui il giudice di legittimità ha, in entrambe le pronunce, preso le mosse: *l'assenza di una proposta di frazionamento da parte dell'istituto di credito* che, rispettivamente, aveva accettato l'accollo ricevendo il pagamento da parte degli acquirenti (salvo poi accorgersi della potenziale dannosità dello stesso e cercare di ovviare a tale pregiudizio con

<sup>18</sup> Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 1 s.

<sup>19</sup> Cfr. Cass., 21 giugno 2013, n. 15685, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2816 ss., con nota di AL. PALMIERI.

<sup>20</sup> Individuano in ciò la reale portata precettiva dell'art. 39, 6° co., t.u.b. A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 674 s.; A. CHIANALE, *I diritti reali*, VI, cit., p. 71 s. Aggiungono invece che la norma attribuirebbe altresì un vero e proprio diritto potestativo al debitore o al terzo acquirente per l'ottenimento del frazionamento S. TONDO, *Nuovi appunti sull'ipoteca fondiaria*, in *Vita not.*, 1995, p. 99 s.; P. BOERO, *op. cit.*, p. 950.

<sup>21</sup> Così Cass., 21 giugno 2013, n. 15685, cit.





un tardivo piano di frazionamento alternativo) o si era semplicemente ed ingiustificatamente opposto alla richiesta di frazionamento legittimamente da essi presentata.

Solo questa circostanza fattuale ha indotto il giudice a prediligere la pattuizione convenuta tra mutuatario e terzo acquirente, prospettando che ad essa si facesse riferimento per procedere al frazionamento così da lasciare all'istituto di credito esclusivamente il rimedio eliminativo della decadenza dal beneficio del termine.

Tale esito appare dunque causalmente riconducibile all'assenza di iniziativa della banca, che – all'atto della stipulazione del mutuo o della conclusione dei contratti (preliminari o definitivi) di vendita delle singole unità immobiliari – non aveva presentato un piano di riparto corrispondente al reale valore dei beni ipotecati.

La conclusione, tuttavia, può e deve essere diversa in presenza di una situazione fattuale divergente e, segnatamente, quando l'istituto di credito – come appunto accade nella vicenda decisa dal Tribunale di Roma – si mostra intenzionato a proporre un piano di frazionamento ma si vede contrapporre un piano di accollo sensibilmente diverso e finalizzato a ridurre complessivamente la garanzia ipotecaria, così da legittimare il suo netto rifiuto, peraltro puntualmente desumibile dalla mancata ricezione dei relativi pagamenti, che i singoli promissari acquirenti non hanno eseguito anche in ragione del fatto che essi, a loro volta, hanno lamentato l'inadempimento del promittente venditore.

### 5. La distinzione tra quote di suddivisione del finanziamento e quote di frazionamento dell'ipoteca.

Non si deve infatti dimenticare che la controversia ha preso origine da una richiesta di sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c., che, però, è stata respinta dal giudice in ragione di un argomento difficilmente confutabile, visto che, ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 20.6.2005, n. 122, la suddivisione del finanziamento e il frazionamento dell'ipoteca costituiscono condizioni preliminari alla stipulazione del contratto definitivo avente ad oggetto un immobile da costruire, sicché l'assenza di tali requisiti impedisce altresì l'emanazione della sentenza costitutiva, chiamata a sostituirsi al contratto e non a sopperire alla mancanza dei suoi presupposti<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. A. AMORESANO, C. FERRENTINO ed A. FERRUCCI, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, p. 320 ss.; A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 76 s.; S. PERTILE, in *La tutela degli acquirenti da immobili da costruire*, Commentario al d.lgs. 20

Per quanto a tale profilo il Tribunale non dedichi ulteriore attenzione, è tuttavia evidente che – escluso il ricorso all'art. 2932 c.c. – i promissari acquirenti conservano solo ragioni restitutorie e risarcitorie nei confronti del promittente venditore e dunque potranno ottenere la risoluzione dei contratti preliminari, riuscendo altresì a sottrarsi all'obbligo di pagamento nei confronti dell'istituto di credito, il quale, a sua volta, rimarrà creditore del solo mutuatario originario, peraltro manifestamente insolvente.

La necessità di pervenire ad un esito applicativo diverso da quello prospettato nella pronuncia – e di consentire all'istituto di credito di imporre il piano di frazionamento da lui stesso prescelto – è dunque confermata anche dalla sostanziale inutilità del ricorso allo strumento rimediabile della decadenza dal beneficio del termine, che rivela tutti i suoi limiti in presenza di una procedura concorsuale, che porterà il mutuatario a restituire solo parte del finanziamento concretamente erogato.

Precludere all'istituto di credito il ricorso alla garanzia ipotecaria senza aver neppure accettato i pagamenti accollati dagli acquirenti significa consentire al contratto da questi ultimi stipulato di imporre un obbligo a terzi anche contro il loro rifiuto. Il che – oltre a porsi in evidente contrasto con i più elementari principi del diritto contrattuale – non trova alcuna giustificazione nella qualificazione strutturale dell'atto di frazionamento né nella disciplina che, più specificamente, lo riguarda<sup>23</sup>.

Riesce in particolare incomprensibile l'ampia attenzione dedicata nella sentenza in esame all'art. 1273, ult. co., c.c., il quale dispone che «il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta».

Muovendo dalla tradizionale identificazione di accollo esterno e contratto a favore di terzi, il Tribunale di Roma osserva che la clausola contenuta nel preliminare certifica l'accordo di debitore originario e terzo accollante e impone a quest'ultimo di subentrare al primo nei soli limiti della quota di finanziamento ivi indicata. Il creditore accollatario (istituto di credito) non potrebbe sottrarsi a tale ri-

giugno 2005, n. 122 a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, p. 85 ss.; e, per una più ampia valutazione della tutela apprestata agli acquirenti di immobili da costruire, L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, spec. p. 50 ss.; P. MAZZAMUTO, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2008, p. 1 ss.; S. SAJEVA, *Contrattazioni «sulla carta» e tutela dell'acquirente di immobili da costruire. Per un'interpretazione secondo Costituzione del d.lgs. n. 122 del 2005*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1241 ss.

<sup>23</sup> Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 2 s.



sultato, perché la pattuizione in tal modo conclusa – provocandogli in ogni caso effetti esclusivamente favorevoli – potrebbe essere tutt'al più resa irrevocabile da un suo consenso, ma non sarebbe condizionata nella sua efficacia dalla manifestazione di un'espressa volontà adesiva<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Non si può escludere che il giudice sia stato condizionato, nell'elaborazione di questo passaggio argomentativo, dalle osservazioni di A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 677 s., secondo il quale la «natura giuridica della “suddivisione del finanziamento in quote”» muterebbe in ragione del soggetto che assume la relativa iniziativa, posto che, quando lo pretende il proprietario debitore, «la suddivisione viene operata in via preventiva, per assicurare la successiva possibilità di frazionamento dell'ipoteca, man mano che le singole unità immobiliare vengono alienate», così da porre in essere una «modificazione convenzionale del rapporto obbligatorio che viene attuata per rendere possibile il futuro accollo delle quote da parte dei singoli acquirenti», cioè un accordo che «consta di un atto ricognitivo del debito con una suddivisione non avente carattere novativo»; quando invece l'iniziativa è assunta dal terzo acquirente, questi pone in essere «l'accollo della quota di debito ... (con il subentro, per quanto di competenza, nell'ipoteca)» e la legge «non prende posizione sul punto, se esso abbia natura liberatoria per il debitore. Il che, conseguentemente, dovrebbe portare ad escludere tale eventualità, tranne che nell'ipotesi in cui la liberazione del debitore fosse espressamente prevista nell'atto di suddivisione del finanziamento. Ma, all'uopo, occorre preliminarmente distinguere a seconda che la richiesta provenga dal singolo terzo acquirente o congiuntamente da tutti gli acquirenti, di modo che, in questo caso, l'intero debito possa venir suddiviso in quote (mentre, altrimenti, si verificherebbe solo l'accollo in una quota dell'intero debito, restando inalterato il residuo). Ma, al di là di questo, i problemi restano identici. Appare chiaro che ci si trova di fronte ad un accollo da parte del terzo acquirente nei confronti del debitore/costruttore: accollo al quale la specifica previsione legislativa vale ad attribuire rilevanza esterna – e, cioè, nei confronti del creditore il quale, in forza di legge, è obbligato a riconoscere questa rilevanza; e, però, in mancanza di specifico accordo o dichiarazione in questo senso, l'accollo non potrà essere liberatorio». Per quanto un'interpretazione letterale dei passi appena riferiti possa indurre a credere che l'autore abbia inteso conferire all'accordo di suddivisione del debito intervenuto tra proprietario-debitore e terzo acquirente una sorta di automatica vincolatività nei confronti del creditore ipotecario, con conseguente identificazione delle quote di suddivisione e di quelle di frazionamento dell'ipoteca, è sufficiente leggere la nota 67 che accompagna i medesimi passi per accorgersi della possibilità di una lettura alternativa degli stessi: in essa, infatti, si precisa che il riferimento alla «rilevanza esterna» dell'accollo intende richiamare «una non infrequente ipotesi di anticipazione di effetti giuridici», il che può essere spiegato solo presupponendo che il creditore sia obbligato al frazionamento per il solo fatto che le parti si siano accordate in ordine alla suddivisione e proprio ciò è ulteriormente confermato dalla prosecuzione della lettura del testo, in cui appunto si aggiunge (p. 679) che «una volta, comunque, avvenuta la suddivisione del debito, il frazionamento dell'ipoteca in parti rigorosamente proporzionali costituisce atto dovuto da parte del creditore (atto dovuto nel senso che egli non potrà sottrarsi senza cadere in illecito, anche se poi i costi dell'atto stesso ... fanno carico alla controparte)». Se tuttavia la rilevanza giuridica dell'accordo di suddivisione si esaurisce nell'imposizione dell'obbligo del frazionamento, all'istituto di credito rimane esclusivamente preclusa la possibilità di rifiutare quest'ultimo, senza che da questo rilievo possano trarsi ulteriori

Non vi è alcuna necessità, per confutare tale passaggio argomentativo, di prendere posizione sui limiti di identificazione di accollo esterno e contratto a favore di terzi<sup>25</sup>. Anche ammettendone un'integrale equiparazione – e la conseguente irrilevanza del consenso del terzo per legittimare la stipulazione a suo favore – è facile accorgersi che la conclusione teorizzata presuppone il *carattere esclusivamente favorevole* degli effetti prodotti dall'accollo sul terzo creditore: ma è proprio questa circostanza che fa difetto nel caso in esame.

È inoltre inspiegabile che, per legittimare l'imposizione alla banca dell'obbligo di frazionare secondo quanto indicato nel preliminare, si ricorra ad una norma – l'art. 1273 c.c. – che autorizza il promissario acquirente ad opporre al creditore le eccezioni derivanti dal titolo dell'accollo solo quando il creditore stesso «ha aderito alla stipulazione»: tale situazione fattuale non è stata infatti dimostrata e, d'altra parte, risulta di impossibile accertamento probatorio, perché l'istituto di credito non ha ricevuto alcun pagamento dai promissari acquirenti e si è visto solo negare il consenso al piano di frazionamento che aveva presentato.

Non resta che il fragile argomento letterale desumibile dal già citato art. 39, 6° co., t.u.b., che riconosce il diritto «alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia».

La sentenza qui annotata – e le pronunce della Cassazione già analizzate – interpretano tale inciso come se imponesse una piena identificazione tra suddivisione e frazionamento, ma è possibile pervenire ad un esito opposto interpretando sistematicamente la norma alla luce di quanto indicato nei due commi immediatamente successivi, dove si precisano i tempi entro i quali l'istituto di credito deve dar seguito alla richiesta di frazionamento e il rimedio processuale attivabile in caso di infruttuosa scadenza di tali termini.

L'avverbio «correlativamente» vale, infatti, a chiarire che la banca non può limitarsi ad accogliere le proposte di accollo senza contestualmente frazio-

indicazioni per l'ipotesi in cui il medesimo istituto abbia proposto a sua volta un piano di frazionamento che tenga adeguatamente conto del valore economico della singola unità immobiliare, posto che, in quest'ultimo ordine di ipotesi, è proprio e solo il piano proposto dall'istituto ad assicurare il rispetto della regola di proporzionalità evocata anche dall'autore in esame.

<sup>25</sup> L'impossibilità di identificare accollo e contratto a favore di terzi, già finemente teorizzata da P. RESCIGNO, *Accollo e contratto a favore di terzi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1953, I, p. 1 ss.; e in *ID.*, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, p. 220 ss., è ora ribadita da D. FARACE, in *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, *Artt. 1218-1276*, Torino, 2013, p. 922 ss., alle cui analitiche indicazioni bibliografiche è sufficiente rinviare per un quadro aggiornato del tema.

nare l'ipoteca. Esso mira, in altri termini, a sancire una corrispondenza puramente cronologica tra suddivisione e frazionamento, diretta ad impedire che la banca accetti i pagamenti delle quote accollate dagli acquirenti e continui a vantare una garanzia unitaria sull'intero complesso immobiliare fino a quando il mutuatario non abbia adempiuto integralmente l'obbligazione restitutoria.

Le modalità con le quali assicurare tale correlazione, tuttavia, rimangono affidate alla concreta dinamica della situazione fattuale, tanto che la stessa previsione in esame non impone a chi richiede il frazionamento di operarne, già all'atto della richiesta, l'effettiva determinazione<sup>26</sup>.

Da questo punto di vista, è emblematica proprio la previsione dell'art. 39, comma 6 *ter*, t.u.b., il quale non consente l'automatica ripartizione secondo il piano ipotizzato dal richiedente neppure a fronte dell'omessa risposta dell'istituto di credito, imponendo, al contrario, l'instaurazione di una fase processuale – di natura contenziosa – destinata a conferire ad un notaio il compito di procedere al frazionamento<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. P. SIRENA, *op. cit.*, p. 3 s.

<sup>27</sup> Il profilo non sfugge ad A. CHIANALE, *op. ult. cit.*, p. 73, secondo il quale «il frazionamento dell'ipoteca richiede il consenso del creditore e del debitore, nonché del terzo datore, qualora la determinazione delle quote di debito e di ipoteca sia rimessa alla loro libera pattuizione. Qualora invece il frazionamento costituisca un atto dovuto, in forza al cit. art. 39, 6° co., t.u.b., si deve ritenere sufficiente l'atto unilaterale portante il consenso prestato dalla banca». Similmente, A. RAVAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 675 s. Meno chiaro, invece, S. BOATTO, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, a cura di C. Costa, I, Torino, 2013, p. 380: «che nel rinnovato contesto suddivisione e frazionamento siano diritti rispetto ai quali la banca, purché in presenza delle relative condizioni, non ha alcun margine di discrezionalità, è circostanza che inequivocabilmente emerge dalle precisazioni quanto alla loro coercibilità. In questo senso militano l'apposizione di un termine entro il quale la banca deve soddisfare le richieste e più ancora l'espressa menzione del diritto del richiedente, a fronte dell'inerzia della banca, di presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile (cui potrà seguire la designazione di un notaio al quale sarà delegata la procedura di frazionamento). Si tratta di precisazioni che dovrebbero escludere il rischio di reviviscenze dell'orientamento precedente, in particolare nella parte in cui seguitava a considerare il frazionamento come una concessione, e quindi come una facoltà, della banca». L'affermazione dell'obbligatorietà della suddivisione e del frazionamento, infatti, nulla è in grado di dire in ordine alle modalità di esecuzione del relativo adempimento e, in questa prospettiva, proprio il riconoscimento della funzione notarile esclude che l'arbitrio del proprietario del bene o della singola unità immobiliare possa sopperire all'inerzia o all'atteggiamento oppositivo della banca. Nelle decisioni arbitrali, merita attenzione Arbitro bancario finanziario Milano, 13 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, I, c. 301 ss., che ha riconosciuto a favore degli acquirenti dell'unità immobiliare esclusivamente il diritto al risarcimento dei danni provocati dall'irragionevole rifiuto del frazionamento da parte dell'istituto di credito, senza

Il richiedente, dunque, può imporre alla banca il proprio piano di riparto solo quando l'istituto di credito ha accettato l'accollo della quota di mutuo.

Fino a quel momento, la banca conserva la possibilità di mantenere integralmente la sua garanzia ipotecaria purché abbia cura di proporre un adeguato piano di frazionamento del finanziamento e dell'ipoteca.

affermare la possibilità di imporre a quest'ultimo un piano corrispondente alle quote di suddivisione di finanziamento.

