

## LA DIVISIONE DEL FINANZIAMENTO E DELL'IPOTECA FONDIARIA A SENSI DELL'ART. 39 DEL TESTO UNICO BANCARIO

di Giorgio Tarzia

Sommario: 1. Premessa – 2. Il rapporto di regola/eccezione fra la norma dell'art. 2645 bis secondo comma c.c. e quella, per i finanziamenti fondiari, dell'art. 2825 bis c.c. – 3. Il diritto al frazionamento del finanziamento fondiario e dell'ipoteca che lo garantisce secondo Cass. n. 7453/2008 – 4. La successiva sentenza della Cassazione n. 15685/2013 – 5. L'interpretazione, parzialmente diversa dai precedenti, dell'ordinanza qui pubblicata – 6. Le “criticità” delle risposte giurisprudenziali che si sono susseguite sull'applicazione dell'art. 39 comma 6 del testo unico bancario – 7. La necessità di seguire un criterio oggettivo nel frazionamento a sensi dell'art. 39 del testo unico bancario - Conclusione

### 1. Premessa

L'interrogativo al quale la Cassazione era stata chiamata a rispondere, nel ricorso deciso con l'ordinanza qui pubblicata<sup>1</sup> era se, in un finanziamento fondiario a sensi degli artt. 38 sgg. del testo unico delle leggi bancarie, l'ipoteca a garanzia del finanziamento continui a gravare su un'unità immobiliare venduta a terzi dal mutuatario senza acollo di una quota del mutuo in capo all'acquirente, e come andrebbe limitata in un successivo frazionamento del mutuo.

---

<sup>1</sup> pronunciata in Camera di Consiglio a sensi dell'art. 375 n. 5 c.p.c., con il procedimento indicato dall'art. 380 bis c.p.c.

Prima di esaminare la risposta giurisprudenziale data dall'ordinanza, anche con il richiamo di due precedenti sentenze di legittimità sull'argomento<sup>2</sup> è opportuno iniziare con il discorso osservando le deroghe disposte, per i finanziamenti fondiari<sup>3</sup>, rispetto alla disciplina comune sia quanto all'indivisibilità delle ipoteche, sia quanto alla regola dell'ordine cronologico delle iscrizioni e trascrizioni soggette a pubblicità immobiliare ai fini della loro opponibilità ai terzi.

Quanto al primo punto, la norma dell'art. 2809 c.c. sulla indivisibilità dell'ipoteca è stata derogata dall'introduzione, nel testo unico bancario del 1993<sup>4</sup>, dei commi 6, 6 bis, e 6 ter, nell'art. 39 dedicato alle garanzie ipotecarie a tutela dei finanziamenti fondiari: ove sussistano i presupposti oggettivi e soggettivi indicati dal comma 6<sup>5</sup>, vi è un *diritto* alla suddivisione del finanziamento in quote, e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia; alla richiesta in tal senso la banca deve ottemperare entro un breve termine, e qualora ciò non avvenga vi potrà essere l'intervento sostitutivo di un notaio designato dal Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione si trova l'immobile, e la divisione avverrà con il *modus procedendi* tracciato dai successivi commi 6 bis e 6 ter.

L'altra deroga alla disciplina comune si rinviene nel raffronto fra le norme degli artt. 2645 bis secondo comma c.c. e 2825 bis c.c.: la prima attribuisce al preliminare di vendita immobiliare trascritto un'efficacia "prenotativa"<sup>6</sup> del futuro contratto definitivo ovvero di una sentenza che accolga la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del preliminare, efficacia che consentirà a quella trascrizione di prevalere sulle succes-

---

<sup>2</sup> cioè le sentenze 20 marzo 2008 n. 7452, e 21 giugno 2013 n. 15685, di cui si dirà più avanti nel testo.

<sup>3</sup> che, come si sa, vennero introdotti con la riforma delle leggi in materia bancaria e creditizia del 1993, ove al contempo furono abrogati i precorsi mutui fondiari ed edilizi, dopo quasi un secolo di loro proficuo utilizzo nel sostegno creditizio delle iniziative immobiliari.

<sup>4</sup> con il D.Lgs. 20 luglio 2005 n. 122.

<sup>5</sup> sotto il primo aspetto, se l'ipoteca fu iscritta su di un "*edificio o complesso condominiale per il quale può ottenersi l'accatastamento delle singole porzioni che lo costituiscono, ancorchè in corso di costruzione*", e sotto il secondo aspetto se lo richiedano "*il debitore, il terzo acquirente, il promissario acquirente o l'assegnatario del bene ipotecato, questi ultimi limitatamente alla porzione immobiliare da essi acquistata o promessa in acquisto o in assegnazione*"

<sup>6</sup> limitata nel tempo, come si vede dal comma 3 dell'art. 2645 bis c.c.

sive iscrizioni e trascrizioni eseguite contro il promittente venditore<sup>7</sup>, ma la seconda consente, invece, all'ipoteca fondiaria *successiva* al contratto preliminare<sup>8</sup> di prevalere sull'antecedente trascrizione di tale contratto, "limitatamente alla quota di debito derivante dal finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo".

## **2. Il rapporto di regola/eccezione fra la norma dell'art. 2645 bis secondo comma c.c. e quella, per i finanziamenti fondiari, dell'art. 2825 bis c.c.**

La dottrina ha condivisibilmente osservato che il rapporto di regola/eccezione fra le norme dell'art. 2645 bis secondo comma c.c. e dell'art. 2825 bis c.c., è di stretta interpretazione, e perciò non suscettibile di essere esteso ad altre ipotesi al di là della letterale previsione normativa; sicchè, se invece l'ipoteca iscritta a garanzia della restituzione del mutuo fondiario sia *anteriore* alla trascrizione del preliminare, non vi è dubbio che la stessa continuerà a gravare incondizionatamente anche sulla porzione immobiliare che forma oggetto della promessa di vendita, a garanzia dell'intero debito contratto dal promittente alienante, a meno che il mutuo sia stato suddiviso già dal costruttore e l'ipoteca relativa frazionata: in questo caso l'ipoteca graverà sull'unità immobiliare per la quota di debito corrispondente, secondo le libere decisioni della banca mutuante e del mutuatario promittente venditore<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> si può rammentare, a tale riguardo, che proprio l'efficacia "prenotativa" della trascrizione del preliminare è stata utilizzata dalla sentenza n. 18131/2015 delle Sezioni Unite della Cassazione al fine di dichiarare l'inopponibilità al promissario acquirente di un'opzione del Curatore del fallimento del promittente venditore nel senso dello scioglimento del preliminare, allorquando la giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica del preliminare sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento

<sup>8</sup> che perciò, secondo la regola generale, dovrebbe essere inopponibile al promissario acquirente, come ogni altra iscrizione o trascrizione successiva alla trascrizione del preliminare

<sup>9</sup> v. al riguardo LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova 1998, pagg. 64-65

E' il caso di osservare che con questo scostamento dalle regole generali sulla opponibilità/inopponibilità delle iscrizioni e trascrizioni soggette a pubblicità immobiliare in base alla loro sequenza cronologica, il legislatore ha stabilito un equo temperamento degli interessi di tutte le parti coinvolte nelle operazioni immobiliari finanziate con le operazioni creditizie di cui agli artt. 38 sgg. del testo unico bancario, cioè la banca finanziatrice, il mutuatario-costruttore ed i suoi aventi causa per l'acquisto di porzioni dell'immobile: se fra il mutuatario-costruttore, ed i promissari acquirenti di porzioni dell'immobile si è convenuto un acollo, in conto del prezzo, di una quota del finanziamento fondiario, l'opponibilità della *successiva* ipoteca iscritta dalla banca finanziatrice nei limiti di quell'acollo non sarà, evidentemente, lesiva dei diritti di nessuno di quei soggetti, e, per contro, favorirà quella tipologia di sostegno creditizio alle iniziative immobiliari che anche sotto altri aspetti il legislatore ha voluto promuovere, soprattutto tutelando la banca finanziatrice nel caso di un successivo fallimento del venditore-costruttore<sup>10</sup>.

Per completare l'argomento, resta da chiedersi se l'art. 2825 bis c.c. possa applicarsi anche nel caso di ipoteca fondiaria successiva ad un *contratto definitivo di vendita* (anziché di un semplice preliminare) di unità immobiliari, sempre con acollo di una quota del finanziamento in conto del prezzo.

La risposta dovrebbe essere in senso affermativo: sia perché al contratto definitivo di vendita potrebbe, in via interpretativa, riferirsi la generica menzione, nella norma in esame, dell'acollo anche "con altro atto successivo" al preliminare, sia, ed ancor più, perché comunque la *ratio* della norma derogatoria di cui si è detto è ravvisabile senza alcuna differenza vuoi che l'acollo di una quota del finanziamento prima dell'iscrizione ipotecaria fosse stata pattuita in un preliminare di vendita, vuoi che fosse stata pattuita in un contratto di vendita definitivo; e nemmeno si vedrebbe alcuna ragione per differenziare, ai fini dell'applicazione della norma dell'art. 2825 c.c., le ipotesi in cui il contratto definitivo sia o non sia stato preceduto dalla stipulazione fra le parti di un preliminare.

---

<sup>10</sup> con le deroghe alla disciplina comune contenute negli artt. 39 e 41 del testo unico bancario

### 3. Il diritto al frazionamento del finanziamento fondiario e dell'ipoteca che lo garantisce secondo Cass. n. 7453/2008

La deroga per i finanziamenti fondiari alla regola dell'*indivisibilità* delle ipoteche contenuta nell'art. 2809 c.c. si rinviene, come già detto nell'art. 39 del testo unico bancario; ed è questo l'aspetto che veniva in rilievo nella controversia decisa dall'ordinanza qui commentata, che fa seguito a due precedenti giurisprudenziali che, secondo l'ordinanza, infondatamente il ricorrente aveva invocato a proprio favore nel caso di specie.

Il primo di quei precedenti era la sentenza 20 marzo 2008 n. 7453 della Cassazione, che ebbe a dichiarare<sup>11</sup> “l'illegittimità della suddivisione di un mutuo che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare”.

Peraltro, leggendo il testo integrale della sentenza<sup>12</sup>, si rileva che nel giudizio di merito era stata accertata una *adesione* della banca (“con un comportamento concludente”) all'accollo pattuito fra venditore e compratore nel contratto di vendita dell'unità immobiliare, con la conseguenza che “l'adesione del creditore aveva reso l'accollo irrevocabile, ed il terzo era obbligato verso il creditore nei limiti del debito assunto ex art. 1273 c.c.”.

In tale situazione, fu dunque ravvisata la necessità di una corrispondenza fra la quota di debito del venditore verso la banca finanziatrice che l'acquirente si era accollata, ed una quota dell'ipoteca a garanzia del mutuo.

Se così è, da quel precedente giurisprudenziale non potrebbe, *sic et simpliciter*, desumersi che un accordo fra venditore e compratore di un'unità facente parte di un immobile gravato da ipoteca fondiaria, *al quale la banca finanziatrice fosse rimasta totalmente estranea*, debba riflettersi sul frazionamento dell'ipoteca nella stessa proporzione della quota del mutuo che l'acquirente si era accollato (magari con negative ricadute sul gravame ipotecario rimasto in capo ad altri aventi causa del mutuatario).

In altri termini, se in quel caso vi era stata una adesione della banca all'accollo di una quota del finanziamento pattuita fra il

---

<sup>11</sup> come si può leggere in *Rep. Foro it.* 2008, v. Credito fondiario, n. 11.

<sup>12</sup> che si rinviene sul sito del Centro Elettronico di Documentazione della Cassazione.

mutuatario/venditore e l'acquirente di un'unità facente parte dell'immobile gravato da ipoteca fondiaria, vuol dire che la banca finanziatrice non era rimasta estranea ad una eventuale modifica dell'originario rapporto di proporzionalità fra l'ammontare globale del finanziamento ed il valore dell'immobile ipotecato a garanzia del finanziamento.

#### **4. La successiva sentenza della Cassazione n. 15685/2013**

La successiva sentenza della Cassazione n. 15685/2013<sup>13</sup> anch'essa richiamata nell'ordinanza che qui si commenta, rispetto alla precedente si era, per così dire, "spinta più avanti" nell'enunciare le conseguenze, sulla garanzia ipotecaria acquisite dalla banca per un finanziamento fondiario, di un accordo fra venditore e compratore di singole unità immobiliari avente ad oggetto un accollo, o un mancato accollo, di una quota del finanziamento.

Difatti, la sentenza n. 15685/2013, avendo preso in esame una fattispecie ove il frazionamento del mutuo fondiario era stato chiesto dal terzo acquirente, disse che, in tal caso, "l'ipoteca, dopo la suddivisione, deve garantire soltanto la quota di mutuo che il richiedente si è accollato, e non una quota proporzionata al valore della singola unità immobiliare rispetto al valore complessivo dei beni gravati dall'ipoteca"<sup>14</sup>; soggiungendo, nella motivazione, che "rientra nel rischio accettato dalla banca, nell'erogare il mutuo senza procedere al frazionamento, la possibilità che una parte dell'importo mutuato non sia più assistito da una garanzia ipotecaria, ed è, invece, da escludere che la garanzia possa trasferirsi sulle altre unità immobiliari in misura superiore alla quota di mutuo accollata dagli altri acquirenti: nel caso in cui il frazionamento redatto dal notaio in sostituzione della banca non rispetti i criteri dettati dalla legge, ed anche ove ciò accada per le indicazioni date dal Presidente del Tribunale

---

<sup>13</sup> pubblicata in *Foro it.* 2013, I. 2816, con nota redazionale.

<sup>14</sup> in quella sentenza tale affermazione era funzionale a respingere, nel ricorso di una banca, un'eccezione di difetto di integrità del contraddittorio nel giudizio di merito per avere ad esso partecipato solo "il mutuante ed il soggetto che aveva richiesto il finanziamento", difetto che invece, secondo la sentenza, non sussisteva, non essendovi altri litisconsorti necessari nel giudizio sul frazionamento del mutuo.

nel suo decreto, il frazionamento deve ritenersi nullo, *totalmente* nel caso in cui l'acquirente abbia pagato il prezzo senza accollarsi alcuna quota del mutuo, ovvero *parzialmente* nella parte in cui il frazionamento abbia posto a carico di una unità immobiliare una quota del mutuo superiore a quella accollata dal suo acquirente”.

Dunque, in breve, il rischio della banca di vedere diminuire la propria garanzia ipotecaria per effetto di accordi *inter alios* (fra il mutuatario-venditore e gli acquirenti o promissari acquirenti di singole unità immobiliari) stavolta non trovava più giustificazione in una qualche “partecipazione” della banca, ravvisabile nella propria unilaterale rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca e nell'adesione all'accollo pattuito fra venditore e compratore, bensì (ben diversamente) con il fatto che essa banca non aveva frazionato *ab origine* il finanziamento fondiario accordato all'operatore immobiliare: quasi che il frazionamento *originario* costituisse una sorta di onere per la banca, che era necessario assolvere per mantenere inalterata, fino al rimborso del mutuo, la garanzia ipotecaria acquisita per il finanziamento.

### **5. L'interpretazione, parzialmente diversa dai precedenti, dell'ordinanza qui pubblicata**

Questi, dunque, sono stati i precedenti dell'ordinanza n. 1367/2017, che sul punto già trattato in quelle decisioni ha dato, come subito vedremo, una risposta parzialmente diversa.

La massima ufficiale, riportata all'inizio, riconosce all'acquirente di una singola unità facente parte dell'immobile ipotecato che abbia integralmente pagato al costruttore il prezzo senza parziale accollo del mutuo il diritto “ad ottenere la suddivisione del finanziamento in misura proporzionale all'unità medesima, nonché il correlativo frazionamento, nei limiti di tale quota, dell'ipoteca predetta”; ma qui interessa soffermarsi, soprattutto, su quella parte della motivazione in cui l'ordinanza nega che la sua decisione segni una discontinuità rispetto alle precedenti sentenze n. 7453/2008 e n. 15685/2013, dicendo che l'affermazione che il frazionamento dell'ipoteca fondiaria debba rispettare le pattuizioni di accollo di quota del mutuo pattuito fra il mutuatario venditore e gli acquirenti di singole unità immobiliari

*non può, comunque, legittimare l'affermazione che l'ipoteca sulle singole unità immobiliari vendute vada cancellata se nella loro vendita non vi sia stata nessuna pattuizione di accollo di una quota del finanziamento.*

Secondo l'ordinanza, quelle precedenti decisioni “non potevano riguardare l'ipotesi in cui una o più delle unità immobiliari soggette all'ipoteca per l'intero importo del finanziamento vengano alienate senza alcun accollo di quota di esso da parte dell'acquirente”, nel qual caso l'ipoteca continuerà a gravare per l'intero sull'unità alienata finché l'originario debitore non ne otterrà la liberazione estinguendo la relativa quota del finanziamento”; e dunque, stavolta, non vi è cenno di una possibile “penalizzazione” della banca per non avere fin dall'inizio effettuato il frazionamento del mutuo.

E' importante notare che l'ordinanza termina dicendo che l'idea che in caso di mancato accollo del mutuo l'acquirente abbia diritto alla cancellazione dell'ipoteca gravante sul bene acquistato sarebbe “manifestamente contraria alle regole in tema di opponibilità ai terzi della garanzia ipotecaria”, e che “se l'originario debitore-costruttore alienasse tutte le unità immobiliari ipotecate senza imporre agli acquirenti alcun accollo del finanziamento fondiario, l'ipoteca andrebbe integralmente cancellata, e l'istituto mutuante non potrebbe in alcun modo evitare di perdere completamente la propria garanzia, pur senza essere stato soddisfatto”.

## **6. Le “criticità” delle risposte giurisprudenziali che si sono susseguite sull'applicazione dell'art. 39 comma 6 del testo unico bancario**

Questa finale constatazione consente di scorgere le “anomalie” dei precorsi orientamenti giurisprudenziali sul tema che stiamo esaminando.

Occorre infatti considerare:

- che non vi è nessuna indicazione, nel comma 6 dell'art. 39 del testo unico bancario, sul *modo* in cui debbono avvenire il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca allorquando sussistano i presupposti per l'applicazione di quella norma, e ciò vuoi che il frazionamento sia chiesto *in toto*, vuoi che sia chiesto solo *in*



*parte*, come può avvenire dal momento che la titolarità del diritto al frazionamento è riconosciuta anche al singolo acquirente, o promissario acquirente, o assegnatario di una parte dell'immobile sul quale grava l'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo

- che, in particolare, nel comma 6 dell'art. 39 del testo unico bancario non vi è alcuna menzione alle eventuali pattuizioni di accollo, o di mancato accollo, di quote del finanziamento fondiario nelle vendite, o nelle promesse di vendita, o nelle assegnazioni di unità immobiliari effettuate dal mutuatario

- che la mancata menzione di cui sopra, pur evidente di per sé con la semplice lettura della norma, ancor più risalta quando si ponga la norma a confronto con quella dell'art. 2825 bis c.c. di cui già si è detto, ove, invece, l'eventuale pattuizione di accollo di quota del mutuo nella promessa di vendita di una singola unità immobiliare è stata prevista dal legislatore al fine di derogare alla regola dell'inopponibilità di una iscrizione ipotecaria *successiva* alla trascrizione di un preliminare di vendita (che sia seguito da una vendita definitiva, o da un trasferimento a sensi dell'art. 2932 c.c.), in tal caso stabilendo, come si è visto, un'opponibilità limitata dell'ipoteca *successiva* alla trascrizione del preliminare, cioè dell'ipoteca iscritta a garanzia della quota di mutuo che il promissario acquirente si sia accollato

- che l'affermazione della sentenza n. 15685/2013, nel senso della possibilità di diminuzione o di perdita, a danno della banca, della garanzia ipotecaria sul finanziamento fondiario allorché l'immobile posto a garanzia venga alienato frazionatamente dal mutuatario con pattuizioni di accollo o di mancato accollo, mal si concilia con i principi generali dell'ordinamento, che non ammettono la possibilità di lesione di un diritto per effetto di un accordo *inter alios* al quale il titolare del diritto sia rimasto estraneo (e magari lo abbia addirittura ignorato), e specificamente si pone in contrasto, nella materia contrattuale, con la regola che ogni contratto (e quindi ogni clausola in esso contenuta) produce effetti fra le parti, e fra esse soltanto

- che un *vulnus* ai principi di cui sopra non può essere giustificato dicendo che la banca dovrebbe subire le conseguenze di non avere *ab initio* frazionato il mutuo e la correlativa ipoteca, dal momento che non esiste, a carico della banca, nessun onere di concedere i finanziamenti fondiari soltanto in modo frazionato fin dall'origine, come se si trattasse di tanti separati finan-

ziamenti, sia pure ad un unico mutuatario, con garanzie ipotecarie separate per ciascuno di essi sulle varie unità facenti parte dell'immobile; ed allora, se un siffatto onere non esiste, non possono esservi negative conseguenze di un suo mancato assolvimento

- che in aggiunta a quanto sopra, la concessione di un mutuo frazionato fin dall'origine potrebbe non essere nemmeno possibile, allorquando il mutuo venga accordato, secondo una delle alternative indicate dalla norma dell'art. 38 del testo unico bancario, per eseguire opere su di un edificio da costruire o in corso di costruzione, perché, in tal caso, può accadere che solo a costruzione ultimata si conosca il numero, l'estensione, la tipologia delle varie unità di cui l'immobile si compone, ed il loro valore

- che, infine, non appare nemmeno condivisibile l'esclusione dell'opponibilità alla banca di pattuizioni del mutuatario-venditore con i suoi aventi causa nella sola ipotesi che esse non contengano nessun accollo di quote del finanziamento, se ciò vuole significare che, invece, quelle pattuizioni sarebbero opponibili alla banca se contenessero un accollo di una quota del finanziamento *quale che ne sia la misura pattuita*; e si vede, allora, che l'ordinanza non ha colto l'occasione di affrontare in modo esauritivo il problema del rapporto fra il diritto ipotecario della banca e gli effetti di un contratto di vendita (o di promessa di vendita) di porzioni dell'immobile ipotecato al quale la banca sia rimasta estranea.

Se vengono condivise queste considerazioni, e le "criticità" che si sono ravvisate nelle affermazioni contenute nelle tre pronunce giurisprudenziali passate in rassegna, è ora possibile prospettare quella che dovrebbe essere la corretta applicazione delle disposizioni introdotte nella normativa sui finanziamenti fondiari quanto al diritto del mutuatario e dei suoi aventi causa alla divisione del mutuo e dell'ipoteca che lo garantisce.

## 7. La necessità di seguire un criterio oggettivo nel frazionamento a sensi dell'art. 39 del testo unico bancario

Già sotto la vigenza dei precorsi mutui fondiari ed edilizi, essendo il frazionamento previsto nella loro disciplina normativa<sup>15</sup>, si era posto il problema dei criteri da seguire al riguardo; ed in una sentenza dell'anno 1990<sup>16</sup> la Cassazione, esaminando le doglianze dell'acquirente di una parte dell'immobile ipotecato sui criteri seguiti nel frazionamento del mutuo (per aspetti che qui non rilevano), aveva riconosciuto, in un passo della motivazione, "l'interesse della ricorrente ad accertare, nei confronti del venditore mutuatario, se il frazionamento fosse stato eseguito con criteri conformi al principio di proporzionalità fra i valori dei beni e le quote di mutuo e la corrispondente ipoteca"; soggiungendo che l'attribuzione, nel frazionamento, di una somma superiore a quella corrispondente al principio di proporzionalità, perché così pattuita fra il venditore mutuatario e la banca, doveva considerarsi "inefficace nei riguardi della ricorrente", ed avrebbe comportato una "responsabilità della dante causa"<sup>17</sup>.

Dopo l'introduzione, nel testo unico bancario, del diritto sia del mutuatario sia di ogni acquirente o promissario acquirente o assegnatario di singole unità immobiliari di ottenere la suddivisione del frazionamento in quote e correlativamente il frazionamento dell'ipoteca a garanzia, il tema dei criteri da seguire nel frazionamento è stato esaminato in alcuni interventi dottrinari<sup>18</sup>, ove si è ravvisata la necessità di seguire un criterio *oggettivo*, tenuto conto della proporzionalità voluta dalla legge, per i finanziamenti fondiari, fra l'ammontare del finanziamento ed il va-

---

<sup>15</sup> in particolare l'art. 5 comma 5 della legge n. 175/1991 prevedeva la possibilità del mutuatario di ottenere la "suddivisione di un mutuo in quote, e correlativamente il frazionamento dell'ipoteca a garanzia"

<sup>16</sup> Cass. 14 dicembre 1990 n. 11916, in *Banca borsa tit. cred.* 1992, II, 18 sgg., con nota di TARDIVO, *A proposito del frazionamento di mutui fondiari ed edilizi.*

<sup>17</sup> nel commento a tale sentenza, cit. alla nota che precede, l'Autore osservava che "esattamente si era prospettata la tesi che il frazionamento dell'ipoteca avrebbe dovuto rispettare un criterio rapportato alla percentuale di concessione del mutuo, non ammettendosi l'arbitrio nel frazionamento".

<sup>18</sup> soprattutto in studi del notariato, dal momento che, ove la banca non dia seguito entro il breve termine indicato dal comma 6 bis dell'art. 39 alla richiesta di frazionamento, lo stesso sarà disposto da un notaio designato dal Presidente del Tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile, ed avverrà con un "atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio".

lore della garanzia, *proporzionalità che va rispettata anche allorquando il mutuo viene suddiviso*, onde “la quota di mutuo corrispondente all’ipoteca su una porzione di immobile non potrà essere superiore alla percentuale di legge rispetto al valore di detta porzione”<sup>19</sup>; soggiungendosi che un frazionamento che si discostasse da quel criterio sarebbe, oltretutto, suscettibile di ledere anche l’interesse di terzi, in particolare dei creditori chirografari e di quelli ipotecari di grado successivo, oltre ovviamente all’interesse dei terzi acquirenti diversi dal richiedente del frazionamento.

Oltre alla necessità del mantenimento della proporzione fra l’ammontare del finanziamento ed il valore della garanzia ipotecaria anche nella suddivisione in quote, ed oltre alle negative conseguenze che potrebbero altrimenti subire i diritti di terzi che a quel frazionamento sono rimasti estranei, va ancora sottolineata l’inammissibilità di un’alterazione, che potrebbe giungere fino all’azzeramento, della garanzia ipotecaria che tutela il credito della banca per effetto di un frazionamento che dovesse attenersi alle pattuizioni di accollo, o di mancato accollo, successive all’iscrizione di ipoteca, alle quali la banca non abbia in alcun modo partecipato.

La necessità di un criterio *oggettivo* per il frazionamento del mutuo e dell’ipoteca fondiaria, vuoi che sia totale, vuoi che sia parziale, sta a significare, evidentemente, l’impossibilità di dare rilievo nella divisione ad eventuali accordi di parziale accollo intercorsi fra il venditore/mutuatario ed i suoi aventi causa, o, peggio ancora, all’assenza di pattuizioni di accollo fra quei soggetti.

Un riferimento a quelle pattuizioni non soltanto è assente nelle disposizioni del comma 6 dell’art. 39 del testo unico bancario, ma si porrebbe in contrasto sia con la regola della proporzione fra finanziamento e valore della garanzia voluta dall’art. 38 del testo unico, integrato dalla normativa secondaria<sup>20</sup>, sia

---

<sup>19</sup> così PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano 2005, nel par. 7 dedicato ai “*Criteri oggettivi per procedere al frazionamento del mutuo e dell’ipoteca*”, p. 295.

<sup>20</sup> cioè dalla fissazione da parte della Banca d’Italia, in conformità con le deliberazioni del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, dello “scarto” che deve sussistere fra l’importo del finanziamento ed il valore della garanzia ipotecaria.

con l'assetto dei rapporti fra il creditore ipotecario ed altri acquirenti o promissari acquirenti di unità facenti parte dell'immobile ipotecato<sup>21</sup>.

## 8. Conclusione

Una riflessione conclusiva.

L'ordinanza qui commentata ha già visto la "criticità" di una risposta giurisprudenziale nel senso che l'assenza di una convenzione d'accollo fra venditore ed acquirente di un'unità immobiliare possa comportare un'inammissibile "scomparsa" dell'ipoteca per la quota che sarebbe stata altrimenti riferibile a quell'unità secondo un criterio di proporzionalità globale (cioè riferito all'intero mutuo ed all'intero immobile); ma si è fermata a questa fattispecie, senza considerare le anomale conseguenze di una necessaria corrispondenza della divisione del mutuo ad accordi di accollo intercorsi fra il mutuatario ed i suoi aventi causa *quale che ne sia la misura*.

Si può allora auspicare che segua, in termini più compiuti, una risposta giurisprudenziale nel senso della necessità di seguire, nella divisione del mutuo e dell'ipoteca a sensi dell'art. 39 comma 6 del testo unico bancario, un criterio *oggettivo*, nei termini di cui si è detto e per le ragioni esposte nelle pagine che precedono.

\* \* \*

Cassazione civile, sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 1367 (ord.) Pres. Amendola – Est. Tatangelo

**Finanziamento fondiario – Vendita di unità immobiliare senza accollo di quote del finanziamento in capo all'acquirente – Successiva suddivisione del finanziamento e dell'ipoteca – Criteri.** (art. 2809 c.c. – art. 39 D.Lgs. n. 385/1993)

---

<sup>21</sup> un'ampia critica dei precedenti giurisprudenziali dell'ordinanza qui pubblicata, si legge anche in ADDIS, *Valore economico della garanzia ipotecaria fra suddivisione e frazionamento*, in *Persona e mercato* 2015, 3, p. 83 sgg.

*In tema di mutuo fondiario, ex artt. 38 e ss. del D.Lgs. n. 385 del 1993, l'acquirente di singola unità immobiliare che abbia integralmente corrisposto al costruttore il prezzo di acquisto, senza parziale accollo del mutuo a garanzia del quale era stata iscritta ipoteca sull'intero fabbricato, ha diritto ad ottenere la suddivisione del finanziamento in misura proporzionale all'unità medesima, nonché il correlativo frazionamento, nei limiti di tale quota, dell'ipoteca predetta, ma non la cancellazione di quest'ultima, a tal fine occorrendo, invece, che, contestualmente o successivamente al frazionamento, venga corrisposto, alla banca mutuante, l'importo di tale quota, giacchè, diversamente opinando, l'Istituto di credito perderebbe la propria garanzia (parzialmente o totalmente, nel caso di alienazione di tutte le unità immobiliari, senza accollo del finanziamento fondiario) pur senza essere stato soddisfatto.*

La Corte (*omissis*)

La Corte non ritiene applicabili nel caso di specie i principi di diritto enunciati nei due precedenti di legittimità richiamati dai ricorrenti (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 7453 del 20.3.2008, Rv. 602711; Sez. 1, Sentenza n. 15685 del 21.6.2013, Rv. 627231), i quali si limitano a sancire l'illegittimità della suddivisione del finanziamento e dell'ipoteca che non rispetti le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare, come conseguenza del principio per cui *“il frazionamento del mutuo fondiario, in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente carattere 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”*. In essi non è affatto contenuta l'affermazione per cui, in caso di alienazione di cuna unità immobiliare ipotecata a garanzia di un finanziamento fondiario, in mancanza di accollo della relativa quota di obbligazione da parte dell'acquirente e di estinzione della medesima, questi abbia diritto alla cancellazione dell'ipoteca (e comunque una tale affermazione non potrebbe essere in alcun modo condivisa, essendo palesemente contraria ai principi fondamentali in tema di diritto di seguito per la garanzia ipotecaria). La questione affrontata nei suddetti precedenti riguarda, e può riguardare, esclusivamente la (necessaria) correlazione tra le quote in cui viene frazionato il finanziamento (oggetto in concreto di accollo da parte degli acquirenti delle singole unità immobiliari) e le quote del conseguente frazionamento dell'ipoteca. Non riguarda invece (e non può riguardare) l'ipotesi in cui una o più delle unità immobiliari soggette all'ipoteca per l'intero importo del finanziamento vengano alienate senza alcun accollo di quota di esso da parte dell'acquirente (eventualmente con l'impegno da parte del venditore, nei confronti dell'acquirente, a procurare l'integrale cancellazione dell'ipoteca stessa sull'unità immobiliare, mediante estinzione della relativa quota di mutuo). In tal caso è infatti evidente che l'ipoteca, di regola, continuerà a gravare per l'intero sull'unità alienata finchè l'originario debitore non ne otterrà la liberazione, estinguendo la rela-

tiva quota del finanziamento e, laddove si proceda a successivo frazionamento, l'acquirente potrà ottenere al massimo la limitazione dell'importo dell'iscrizione ipotecaria sul bene nei limiti della correlativa quota del finanziamento, ma non certo la integrale cancellazione della stessa. Il principio che i ricorrenti pretendono di trarre dai precedenti richiamati (e cioè che in caso di mancato accollo del mutuo, l'acquirente ha diritto alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria gravante sul bene acquistato) non può quindi in alcun modo essere condiviso, essendo manifestamente contrario alle regole in tema di opponibilità ai terzi della garanzia ipotecaria: basti considerare che in base ad esso, se l'originario debitore costruttore alienasse tutte le unità immobiliari ipotecate senza imporre agli acquirenti alcun accollo del finanziamento fondiario, l'ipoteca andrebbe integralmente cancellata, e l'Istituto mutuante non potrebbe in alcun modo evitare di perdere completamente la propria garanzia, pur senza essere stato soddisfatto. (*omissis*)