

Civile Ord. Sez. 1 Num. 13286 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 28/05/2018

sul ricorso 23538/2013 proposto da:

Banca di Cividale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Crescenzo n. 58, presso lo studio dell'avvocato Cossu Bruno, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato De Toma Amedeo, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

ORD.
585
2018

Adc

Fallimento della Societa' Costruzioni Fratelli Carnieletto s.r.l., in persona del curatore fallimentare dott. Bortolussi Renzo, elettivamente domiciliato in Roma, via Cola di Rienzo n. 180, presso lo studio dell'avvocato Fiorilli Paolo, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Gambato Caberlotto Francesca, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di VENEZIA, depositato il 26/07/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/03/2018 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA.

FATTI DI CAUSA

1.- La s.p.a. Banca di Cividale ricorre per cassazione nei confronti del fallimento della s.r.l. Costruzioni Fratelli Carnieletto, articolando tre motivi avverso il decreto emesso dal Tribunale di Venezia in data 26 luglio 2013.

Con tale pronuncia, il Tribunale veneto ha rigettato l'opposizione presentata dalla attuale ricorrente contro la decisione del giudice delegato di escludere dal passivo fallimentare della s.r.l. C.S.C. dei crediti nella richiesta di insinuazione assunti come derivanti da due operazioni di «finanziamento fondiario».

Il provvedimento del giudice delegato ha dato seguito, recependola in modo espresso, a una proposta di «non ammissione» del curatore, che è stata basata su questa serie di osservazioni: «i contratti di mutuo fondiario risultano avere superato il limite di legge nel rapporto tra importo mutuato e valore dei beni; fra l'altro, le perizie

Alb

bancarie da ultimo prodotte, pur se inopponibili, rivelano una sostanziale coincidenza tra il valore conclusivo indicato dal perito della Banca – ovvero quello “prudenziale” o di “immediato realizzo” – con i valori indicati dal perito della procedura»; «i contratti di mutuo risultano nulli in quanto utilizzati non per creare una reale disponibilità in capo alla società mutuataria, bensì per la copertura di passività pregresse nei confronti della stessa Banca mutuante con costituzione di una garanzia reale in precedenza inesistente».

2.- Nel confermare l'esclusione dal passivo dei crediti in discorso, il Tribunale ha in primo luogo riscontrato che «tanto la stima fatta dal perito incaricato dalla procedura, quanto la stima del valore prudenziale operata dai periti della banca» (in un contesto che contemplava pure altri valori, fondati su criteri diversi), «si ispirano al criterio dettato in sede comunitaria in ordine al valore per il credito ipotecario, tale intendendosi “il valore dell'immobile determinato da un perito in base a un prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile stesso”».

In questa prospettiva, lo stesso ha altresì precisato che tale «indicazione impone di fare riferimento a un criterio che tenga conto della concreta negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolato da considerazioni di carattere speculativo, sì che, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, nondimeno tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudenziale». Con la conseguenza che «risulta il superamento per entrambi i contratti del limite massimo dell'80%».

Posta questa situazione, il Tribunale ha poi rilevato che «l'erogazione da parte degli istituti di credito di finanziamenti sproporzionati rispetto al valore dei beni dati in garanzia e il conseguente mancato recupero del credito arrecano pregiudizio non solo agli istituti

eroganti ma a tutto il sistema bancario e all'economia in generale». E ha concluso che «il mancato rispetto della normativa indicata, avente carattere imperativo, comporta la nullità integrale ex art. 1418 cod. civ. dei contratti stipulati in violazione della stessa».

Da ultimo, il Tribunale ha affermato che la «domanda di conversione dei contratti in esame ex art. 1424 cod. civ. per la parte eccedente la soglia indicata, rimanendo il privilegio per la parte residua, è inammissibile perché nuova e quindi non consentita dal rito previsto dall'art. 99 legge fall.».

3.- Nei confronti del ricorso resiste il fallimento della s.r.l. C.F.C., che ha depositato un apposito controricorso.

Entrambe le parti hanno inoltre dimesso rispettive memorie ex art. 380 *bis* cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4.- I motivi di ricorso denunziano i vizi che qui di seguito vengono richiamati.

Il primo motivo (ricorso, p. 27) assume, in particolare, «violazione o falsa applicazione da parte del giudice di merito dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. in relazione agli artt. 38, comma 2, d.lgs. n. 385/1993 e in relazione al punto 1 delibera CICR 22 aprile 1995, per aver ritenuto che la violazione del limite di finanziabilità previsto dal testo unico bancario e dalla normativa secondaria di attuazione (80% del "valore dei beni") comporti la nullità integrale del finanziamento fondiario (art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.)».

Il secondo motivo (p. 30) a sua volta lamenta «violazione da parte del giudice di merito dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., in relazione

agli artt. 38, comma 2, d.lgs. n. 385/1993 e in relazione al punto 1 delibera CICR 22 aprile 1995, per non avere ritenuto applicabile nell'ipotesi di violazione del limite di finanziabilità previsto dal testo unico bancario e dalla normativa secondaria di attuazione il cosiddetto principio di conservazione del negozio giuridico (art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.)».

Il terzo motivo censura, ancora «violazione da parte di giudice di merito: 3.1.) dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 1424 cod. civ. e 99 legge fall., per avere qualificato come nuova la domanda di conversione proposta nel ricorso in opposizione allo stato passivo (art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.); 3.2.) degli artt. 24 comma 1 Costituzione, in relazione agli artt. 1424 cod. civ. legge fall.. per avere qualificato come nuova la domanda di conversione proposta nel ricorso in opposizione quale conseguenza dell'eccezione di nullità formulata dal curatore (art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.); 3.3.) dell'art. 112 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 1424 cod. civ. e 99 legge fall., per avere qualificato come nuova la domanda di conversione proposta nel ricorso in opposizione allo stato passivo (art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.)».

5.- Il primo motivo di ricorso viene a censurare, in via segnata, la soluzione adottata dal decreto impugnato di ritenere la nullità dei contratti di mutuo fondiario, che la Banca aveva posto a base della propria richiesta di insinuazione al passivo, in quanto non rispettosi del limite di finanziabilità fissato sulla scorta della norma dell'art. 38 del testo unico bancario dall'Autorità amministrativa (80% del valore dell'immobile).

Tale soluzione – argomenta il ricorrente - «non è sorretta da alcuna adeguata individuazione dell'interesse pubblico la cui tutela esiga la sanzione della nullità». Essa, anzi, si pone «in aperto contrasto con

la *ratio* della normativa del credito fondiario che, questa volta si in attuazione di un interesse pubblico volto a "favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e, in tal modo, l'accesso a finanziamento potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore" (Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 175), male si adatterebbe alla penalizzazione conseguente ai crediti fondiari che abbiano superato il limite di finanziabilità».

6.- Il primo motivo di ricorso non può essere accolto.

Sul tema delle conseguenze negoziali ricadenti sui mutui fondiari erogati in misura superiore al limite di finanziabilità fissato dalla regolamentazione di legge e amministrativa è di recente intervenuta la pronuncia di questa Corte, 13 luglio 2017, n. 17352. Questa - rimeditando un orientamento in precedenza sostenuto da talune decisioni della stessa prima sezione - ha fermato il principio (già formulato in altri e più lontani interventi della Corte, con riferimento alla omologa disciplina previgente per il credito edilizio) che il superamento del limite di finanziabilità è determinativo della nullità del mutuo fondiario.

Il Collegio intende confermare l'orientamento appena indicato (e già raccolto da Cass., 16 marzo 2018, n. 6586) e dare continuità allo stesso.

7.- Come già sopra richiamato, la Banca ricorrente assume a chiare lettere che la conseguenza della nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità «mal si adatta», - si pone, anzi, «in aperto contrasto» - con la *ratio* della normativa sul credito fondiario, che pure è da stimare di «interesse pubblico» e che consiste nell'agevolare un certo tipo di operazioni di credito.

La ricorrente non indica, peraltro, la ragione per cui la statuizione della nullità dovrebbe risultare fattore di particolare penalizzazione

dell'utilizzo di questo strumento da parte dell'operatività: fuori dal rilievo – in sé stesso generico, se non massimalistico – che ogni «intralcio» comunque posto a quest'operatività è fattore che tende a decrescerne la quantità. Ché, posto il problema in una simile prospettiva, la soluzione sembra ridursi a un confronto di minor deterrenza «pratica» – in ordine alla massa di mutui fondiari potenzialmente correnti nell'operatività - tra la conseguenza della nullità negoziale e quella della responsabilità civile degli amministratori delle banche coinvolte.

Detto in altri termini, la censura svolta dalla ricorrente trascura del tutto di prendere in considerazione la funzione, e la posizione strutturale, che il limite di finanziabilità svolge nel contesto della normativa disciplinatrice del mutuo fondiario. Ciò che, per contro, costituisce proprio il *focus* della tematica in esame.

8.- Il mutuo fondiario è figura normativa caratterizzata da una serie di importanti, forti vantaggi sul piano disciplinare per la banca mutuante. E' noto – tra l'altro, lo ricorda puntualmente la citata pronuncia di Cass., n. 17352/2017 – che l'ultimo dei numerosi interventi della Corte Costituzionale in materia (cfr. la sentenza n. 175/2004) ha valutato «non irrazionale» questa «scelta di politica economica del legislatore» in ragione della funzione di consentire l'«accesso a finanziamenti» di «mobilitazione della proprietà immobiliare», di «medio-lungo termine» (con «contestuale iscrizione» di ipoteca di primo grado) e potenzialmente «idonei a consentire il superamento» di una crisi d'impresa.

Per la verità, la gamma dei vantaggi connessa alla figura del mutuo fondiario risulta più ampia di quanto in via specifica vada a toccare il nodo della crisi d'impresa, sostanziandosi, secondo un censimento

compiuto di recente in dottrina, in tutta una serie di «agevolazioni sostanziali, processuali e fiscali».

E' pure sicuro, peraltro, che i vantaggi principali - di maggior enfasi, cioè - volgono l'attenzione a fattispecie e a svolgimenti di rapporto con mutuatari che sono imprese, posto che il nocciolo di questi vantaggi di base sembra fundamentalmente identificabile nelle sottrazioni revocatorie di cui all'art. 39 comma 4 e nella disciplina del «procedimento esecutivo» di cui all'art. 41 TUB.

In questa segnata prospettiva, la «vicenda» del mutuo fondiario «si colloca tutta» - come non ha mancato di sottolineare con forza la pronuncia di Cass., n. 17352/2017 - «nei confini del rispetto della *par condicio* (già declinato d'altronde dall'art. 2741 cod. civ.)». Nel senso appunto che all'applicazione di un vantaggio fondiario per la banca mutuante fa corrispondente riscontro un sacrificio degli altri creditori del mutuatario.

La materia non può non produrre, in definitiva, che un contemperamento, o un bilanciamento, di diversi interessi e di diverse posizioni. Ché pure quello del rispetto della *par condicio creditorum* è principio, nel vigente ordinamento, di rilievo pubblico economico.

9.- E' in tale contesto che si colloca il nodo rappresentato dal ruolo, e dalla posizione strutturale, del limite di finanziabilità. Come è agevole constatare, il tema non si esaurisce nel presentare profili di quantità, fermandosi anche (prima ancora, è anzi più preciso dire) su profili qualitativi.

Quella di fissare il limite di finanziabilità alla soglia dell'80% del valore dell'immobile, che viene preso in peculiare considerazione ai fini dell'«accesso ai finanziamenti» in discorso, risponde naturalmente a una specifica scelta di «politica economica», che la

legge ha demandato all'Autorità amministrativa (cfr., così, la delibera CICR 22 aprile 1995). *In apicibus*, peraltro, la stessa risulta semplicemente attuativa di altra – e primaria – scelta, come propriamente assunta dalla norma del comma 2 dell'art. 38 TUB: e come espressiva della necessità normativa che la funzione di accesso al finanziamento con operazioni di «mobilitazione di ricchezza immobiliare» per risolvere crisi di impresa incontri precisi limiti massimi di finanziabilità.

Nella prospettiva segnata dalla normativa vigente (come si evince, in specie, da quanto svolto nel secondo capoverso del precedente n. 8), il mutuo fondiario è operazione che si connota per concentrare la copertura del rischio di rientro dell'erogato sul solo immobile «mobilitato» e contestualmente iscritto in ipoteca di primo grado. In via correlata, la peculiarità dell'operazione, che è forte, sta nel suo definitorio prescindere – per la copertura di detto rischio (e, quindi, per l'effettivo accesso a questo credito) – da considerazioni di ordine patrimoniale ex art. 2740 cod. civ. e/o di ordine reddituale sul mutuatario debitore.

La prescrizione normativa del limite di finanziabilità risponde, dunque, all'esigenza di circoscrivere, di definire il rischio insito in simile tipo di operatività del credito, che è appunto quello di sopravvalutare il bene «mobilitato». Di escludere, di conseguenza, la pratica possibilità di operazione che – secondo la scelta di politica economica adottata dal legislatore – non presentano *ex ante* sufficienti prospettive di effettiva fattibilità e buon esito ovvero espongono il mutuatario debitore ai rischi espoliativi (quanto, in specie, alla residua parte del suo patrimonio) ovvero di pura sorte.

Nel tutelare il debitore da operazioni di rischio per lui eccessivo (ancora oggi si trova, in dottrina, l'affermazione che l'interesse del

mutuatario sarebbe comunque quello di ottenere il maggior credito possibile: non si vede tuttavia la ragione, prima di tutto normativa, per cui un soggetto dovrebbe assumersi impegni che non potrà permettersi di onorare) e i suoi creditori altri, la prescrizione del limite di finanziabilità intende pure proteggere l'interesse pubblico alla corretta concorrenzialità del mercato del credito.

10.- L'opinione che esclude che il superamento della soglia di finanziabilità comporti la nullità del contratto di mutuo fondiario, intende tale soglia come una semplice indicazione comportamentale dalla legge rivolta alle banche mutuanti, che resta del tutto estranea al livello negoziale della fattispecie. Il mutuo fondiario gode tuttavia, si è visto, di importanti vantaggi riflessi sul piano del negozio e della sua esecuzione: ad ammettere una simile opinione si arriverebbe all'estremo di considerare «fondiario» il mutuo che la banca si limita ad allegare come tale o, quanto meno, quello provvisto di una perizia purchessia.

L'enormità di simili conseguenze - il cui ricorrere contrasterebbe, d'altro canto, coll'orientamento adottato da questa Corte (cfr., di recente, Cass., 12 aprile 2018, n. 9079) - indica da sola l'erroneità e non sostenibilità della detta opinione.

In effetti, il difetto di fondo dell'opinione sopra discussa sta, in realtà, proprio nell'assumere il limite di finanziabilità come espressione di una mera indicazione comportamentale. Detto limite si pone, per contro, come elemento interno, strutturale della fattispecie rappresentata dal mutuo fondiario.

Come ha messo in luce la più volte richiamata pronuncia di Cass., n. 17352/2017, «se è indubbio che l'art. 38 secondo comma TUB incide su un comportamento della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento ha la funzione di regolare il

quantum della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie»: «col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38 TUB è disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo».

Depone in modo univoco nella direzione di questa lettura l'insieme dei vantaggi disciplinari, che di base si legano all'operazione, nel confronto con la funzione selettiva che, come si è visto, viene a connotare la prescrizione normativa del limite di finanziabilità. E decisivo in proposito si mostra comunque il testo della norma dell'art. 38 comma 2 TUB, là dove indica che «il valore dei beni ipotecati» è in sé stesso misura dell'«ammontare ... dei finanziamenti».

11.- Il secondo motivo di ricorso assume che in ogni caso – a ritenere nullo il mutuo fondiario per mancato rispetto della normativa sul limite di finanziabilità – si tratterebbe di nullità solo parziale, ai sensi dell'art. 1419 comma 1 cod. civ. e con riferimento alla parte di erogazione creditizia in esubero rispetto al detto limite.

Tale assunto – così viene illustrato il motivo – risulta corroborato dall'«incontestato carattere divisibile delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro»; e sostenuto, in specie, dal «principio generale di conservazione del negozio giuridico».

12.- Il secondo motivo di ricorso non può essere accolto.

Secondo quanto ha riscontrato la pronuncia di Cass., n. 17352/2017 «a siffatta tesi della nullità parziale ostano non solo le difficoltà pratico-giuridiche di conciliare il frazionamento dell'unico contratto stipulato tra le parti col possibile consolidamento dell'ipoteca per la sola porzione fondiaria, ma anche e a monte la considerazione che l'art. 38 TUB individua oggettivamente i caratteri costitutivi

dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal secondo comma della disposizione. Cosicché è corretta l'inferenza che solo al riscontro dei caratteri indicati nella disposizione consente di associare la qualificazione come fondiaria dell'operazione negoziale: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa».

Del resto, posto che il superamento della soglia di finanziabilità incide sull'oggetto del contratto che viene posto in essere (sopra, nel n. 10), il motivo presentato dalla Banca ricorrente vorrebbe tendere non già a «non-propagazione» della nullità (secondo quanto è, per contro, l'ipotesi presa in considerazione dalla norma dell'art. 1419 comma 1, cod. civ.), quanto piuttosto a una sorta di «riduzione» dell'area negoziale colpita dalla nullità, che non risulta prevista nell'ordinamento vigente.

13.- Il terzo motivo di ricorso contesta – sotto più profili – la decisione del decreto impugnato di non prendere in considerazione la domanda subordinata di conversione del mutuo fondiario in ordinario mutuo ipotecario, perché presentata solo in sede di opposizione all'esclusione dallo stato passivo.

In proposito la Banca ricorrente rileva, prima di ogni cosa, che tra la domanda di ammissione a titolo di fondiario e quella di ammissione in via di mutuo ipotecario *tout court* vi è identità di *petitum* e di *causa petendi*; afferma, altresì, che la conversione del negozio è rilevabile *ex officio* dal giudice; reclama i principi costituzionali del diritto di difesa e del necessario rispetto del contraddittorio.

14.- Il terzo motivo di ricorso va accolto, nei termini che si vengono a indicare.

Non può condividersi, nella sua assolutezza, l'opinione della tardività della richiesta di conversione proposta solo in sede opposizione, che è stata adottata dal Tribunale. Se è vero che la conversione non opera d'ufficio (come per contro adombra la Banca ricorrente) bensì a domanda di parte (cfr., da ultimo, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760), pure è vero che «l'istanza di conversione è certamente ammissibile ove sia stata avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità», trattandosi di «istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria» (cfr., ancora una volta, Cass., n. 17352/2017).

Alla cassazione del decreto impugnato per il profilo in discorso segue che il giudice del rinvio dovrà dar corso all'esame della domanda di conversione presentata dalla ricorrente.

15.- In conclusione, va accolto nei limiti detti il terzo motivo di ricorso, respinti gli altri. Di conseguenza, va cassato il decreto impugnato e la controversia rinviata al Tribunale di Venezia, che, in diversa composizione giudicherà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie, nei termini di cui in motivazione, il terzo motivo di ricorso, respinti gli altri. Cassa, in relazione ai profili dedotti nel terzo motivo, il decreto impugnato e rinvia la controversia, per quanto di ragione, al Tribunale di Venezia che, in diversa composizione, giudicherà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

•
,
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione