

Civile Ord. Sez. 3 Num. 7509 Anno 2022

Presidente: VIVALDI ROBERTA

Relatore: DE STEFANO FRANCO

Data pubblicazione: 08/03/2022

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso iscritto al n. 01664/2020 R.G. proposto da
BANCA POPOLARE DI PUGLIA E BASILICATA SOCIETÀ COOPERATI-
VA PER AZIONI (già Banca Popolare di Puglia e Basilicata soc. coop.
a r.l.), in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente do-
miciliato in ROMA, VIA MONTE SANTO 25, presso lo studio dell'av-
vocato VALENTINA ARRUZZO, rappresentato e difeso dall'avvocato
GIANFRANCO GIOVANNI CHIARELLI;

- ricorrente -

contro

HAGIU AURELIA, DINU STEFAN, elettivamente domiciliati in ROMA,
VIALE GIUSEPPE MAZZINI 88, presso lo studio dell'avvocato VALE-
RIA BONFIGLIO, rappresentati e difesi dall'avvocato MASSIMO PA-
VAN;

- controricorrenti -

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2024
3080

avverso la sentenza n. 2660/2019 della CORTE D'APPELLO di VENEZIA, pubblicata il 25/06/2019;

udita la relazione svolta alla pubblica udienza del 16/12/2021 dal Presidente di sezione Dott. Franco DE STEFANO;

lette le conclusioni motivate scritte del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Dott.ssa Anna Maria SOLDI, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso;

letta la memoria presentata dall'avvocato Massimo PAVAN.

Fatti di causa

1. La Banca Popolare di Puglia e Basilicata s.c.p.a. (già s.c.r.l.) ricorre, con atto notificato il 27/12/2019 ed articolato su quattro motivi, per la cassazione della sentenza n. 2660 del 25/06/2019, con cui la Corte d'appello di Venezia ha accolto solo in punto di condanna alle spese del primo grado ed ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. il suo appello avverso l'accoglimento, per il resto, della opposizione proposta da Aurelia Hagi e Stefan Dinu al precetto da quella loro intimato.

2. Gli opposenti avevano dedotto, introducendo l'opposizione nel 2015, l'integrale nullità del contratto di mutuo fondiario posto a base del precetto opposto, siccome a suo tempo loro concesso per un importo corrispondente all'intero prezzo dichiarato nel rogito di compravendita (di € 146.500,00); ed il Tribunale di Padova aveva dichiarato, ritenendo meritevole di condivisione la tesi degli opposenti, la nullità del contratto e l'inefficacia del precetto su di esso fondato, condannando l'opposta anche ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ.

3. La corte lagunare ha, in particolare, respinto i motivi con cui l'appellante aveva contestato il raggiungimento della prova sul superamento del limite di finanziamento dell'ottanta per cento del valore dell'immobile oggetto della garanzia ipotecaria, nonché la dichiarata nullità del contratto di mutuo nel suo complesso, respinta, sia per tardività che nel merito, la prospettata possibilità

di intendere come parziale la nullità stessa ed esclusa la conversione del mutuo fondiario in mutuo ordinario.

4. Gli intimati resistono con controricorso; ed il ricorso è chiamato per l'udienza pubblica di discussione del 16/12/2021: per la quale, mentre il Procuratore Generale deposita conclusioni motivate scritte nel senso del rigetto, i controricorrenti depositano memoria illustrativa, a loro volta insistendo in tal senso.

Ragioni della decisione

1. L'oggetto della controversia attiene alle conseguenze del superamento del limite massimo di finanziamento del mutuo fondiario rispetto al valore dell'immobile concesso in garanzia, avendo in punto di fatto il giudice del merito accertato che tale superamento vi è stato ed avendo quegli, a tale conclusione, applicato la più recente giurisprudenza di questa Corte di legittimità.

2. Prima ancora di esaminare, in quanto investe il presupposto di fatto della vicenda, il primo motivo di ricorso (di «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 TUB, della delibera CICR del 22.4.1995, degli artt. 2727, 2728 e 2729 c.c., degli artt. 115, 167, 118 comma 1, 191 c.p.c., dell'art. 2967 c.c. [sic]»), occorre però valutare la questione in diritto delle conseguenze della violazione del limite di finanziabilità, oggetto dei motivi successivi al primo.

3. Di questi assume evidente priorità logica, a questo punto, il quarto, col quale è denunciata la «violazione e falsa applicazione dell'art. 345 cpc, dell'art. 38 TUB, nonché dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 1419 c.c.»: in particolare, invocando con quello, mediante lo sviluppo di argomentazioni ampie ed assai articolate, la ricorrente consapevolmente la rivisitazione dell'indirizzo ermeneutico di legittimità posto dai giudici del merito a fondamento della decisione, inaugurato da Cass. 13/07/2017, n. 17352, il quale conclude per la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite massimo di finanziabilità, temperata solo dalla possibilità della conversione ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., in consapevole rimeditazione della

precedente opposta conclusione (di cui a Cass. 28/11/2013, n. 26672) della totale irrilevanza di quel superamento.

4. I controricorrenti ed il Pubblico Ministero argomentano per l'infondatezza del motivo, richiamando l'orientamento inaugurato dalla citata Cass. 17352/17 (Cass. 16/03/2018, n. 6586; Cass. 12/04/2018, n. 9079; Cass. 09/05/2018, n. 11201; Cass. 11/05/2018, n. 11543; Cass. 28/05/2018, n. 13285; Cass. 28/05/2018, n. 13286; Cass. 24/09/2018, n. 22459; Cass. 03/10/2018 n. 24138; Cass. 19/11/2018, n. 29745; Cass. 28/06/2019, n. 17439; Cass. 27/11/2019, n. 31057; Cass. 21/01/2020, n. 1193), nell'ottica specifica della tutela della *par condicio creditorum* (v. punto 9 di Cass. 17352/17) e per la repressione degli abusi dei singoli creditori nel conseguimento di privilegi ingiustificabili nel concorso con gli altri nell'ambito del diritto concorsuale: orientamento che si compendia nella conclusione che, in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, perché costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa.

5. Il motivo di ricorso potrebbe dirsi fondato, giacché il Collegio ritiene di non potere condividere l'orientamento in base al quale è stata decisa la controversia dai giudici del merito.

6. La giurisprudenza sulla nullità del contratto di mutuo fondiario per superamento della soglia di finanziabilità muove da una premessa condivisibile e cioè che, superandosi così l'originario approdo del 2013, alla prescrizione del limite di finanziabilità va riconosciuto il rango di norma imperativa, di per sé idonea a conformare il contratto di mutuo fondiario: ma da tanto, in questo consi-

stendo la differenza di conclusione rispetto al detto più recente approdo, discende non già la nullità – e per di più radicale e superabile esclusivamente con l'impervio rimedio della conversione prevista dall'art. 1424 cod. civ. – dell'intero contratto in caso di carenza del presupposto per riscontrato superamento di quel limite, ma semplicemente la non operatività del *corpus* normativo ricollegato al presupposto del rispetto di quest'ultimo.

7. Al riguardo, è noto che, ai sensi del primo comma dell'art. 38 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 («testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»; d'ora in avanti, anche solo t.u.b.), «il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili»; inoltre, il secondo comma della medesima disposizione stabilisce poi che la Banca d'Italia, sulla base delle deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio, stabilisce l'importo massimo dei finanziamenti, da individuarsi in rapporto al valore dei beni ipotecati e al costo delle opere da eseguire, nonché le condizioni alle quali, in presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie, è comunque consentita la concessione dei finanziamenti, da qualificarsi anch'essi come fondiari.

8. Sulla base di tale norma il CICR (Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio), con delibera del 22/04/1995, recepita dalla Banca d'Italia con suo aggiornamento del 26 giugno 1995 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988 (recante «Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito» e pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 155 del 05/07/1995), ha stabilito, quale «limite di finanziabilità», quello dell'ottanta per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, aumentabile al cento per cento in presenza di garanzie integrative, soggiungendo che, nei casi di finanziamenti concessi su immobili già gravati da precedenti iscrizioni ipotecarie, l'importo finanziabile deve essere

determinato sommando al nuovo finanziamento il capitale residuo di quello precedente.

9. Orbene, dell'approdo della giurisprudenza di legittimità del 2017 è certo da condividere che l'esclusione di una nullità testuale comporti *de plano* a sua volta l'esclusione di una nullità virtuale, come è da condividere la valutazione di finalizzazione della disciplina sulla soglia o limite di finanziabilità alla tutela di interessi economici pubblici; e tuttavia il fatto che sia in astratto possibile configurare una nullità virtuale ed il riscontro di tale funzionalizzazione preminentemente pubblicistica non implicano indefettibilmente che detta nullità debba sussistere: anzi, la conclusione della nullità del contratto di mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità è contraria alla *ratio* stessa della disciplina.

10. Tale conclusione, invero, penalizza eccessivamente il singolo operatore e trascura che la stabilità patrimoniale della singola banca, cui la norma in esame è in prima battuta finalizzata per impedire lo squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito e quindi prevenire per quanto possibile il rischio di sovraesposizione, rappresenta comunque il fine perseguito dall'imposizione normativa dell'obiettivo di una sana e prudente gestione dell'attività del singolo operatore professionale del mercato creditizio in generale e bancario in particolare, significativamente sottoposto ad un sistema pubblicistico di vigilanza assai sofisticato: principio, questo della sana e prudente gestione, positivamente recepito già dall'art. 5 del medesimo t.u.b.

11. A sua volta, la sana e prudente gestione del singolo operatore è certo lo strumento primario per il raggiungimento dello scopo generale di stabilità, correttezza, efficienza e competitività di quel mercato a minimale garanzia di tutti i suoi operatori e fruitori: tanto non soltanto corrisponde ad elementari nozioni di economia (in base alle quali la stabilità dei singoli operatori è comunque precondizione, ovvero condizione necessaria benché non sufficiente,

della stabilità del mercato che quelli compongono), ma è del resto reso evidente, sia in base alla prova controfattuale data dalla serie di devastanti conseguenze negative per l'economia a livello nazionale e mondiale delle crisi degli operatori creditizi già dal primo decennio di questo secolo, sia dal rilievo dei sempre più frequenti interventi di salvataggio di singoli operatori di quel mercato posti a carico dell'erario per la pubblicistica valutazione di intollerabilità del negativo impatto cumulativo delle crisi di quelli, in ultima analisi, sull'economia nazionale.

12. In questo contesto, deve effettivamente escludersi che la norma del capoverso dell'art. 38 t.u.b. sia confinata ad una rilevanza limitata al profilo delle condotte dei contraenti e, quanto alla banca od istituto di credito, alla loro responsabilità amministrativa: questa e quella indubbie e ferme, in uno ad eventualmente concorrenti fattispecie risarcitorie (come quella in tema di abusiva concessione di credito), è vero piuttosto che la speciale disciplina del credito fondiario – e la concreta operatività del suo apparato di privilegi sostanziali e processuali – presuppone il rispetto appunto e proprio di quei requisiti minimi dettati dalla legge per la qualificazione di un mutuo ipotecario come fondiario, come previsti dal richiamato art. 38 t.u.b..

13. Non è qui il caso di ricostruire compiutamente la natura e la funzione del credito fondiario alla stregua dell'evoluzione normativa che lo ha riguardato, essendo ormai superata l'originaria struttura disegnata dal r.d. n. 646/1905 (incentrata sul requisito soggettivo della peculiare organizzazione dell'esercente il credito fondiario e su quello oggettivo del contenuto del contratto) e quella ancor più cauta del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, o del successivo art. 4 della legge n. 175 del 1991 (tra cui quelle sui limiti complessivi di durata e complessivi di finanziabilità).

14. Un tale originario sistema trovava la sua giustificazione nella funzione pubblicistica esercitata dal creditore fondiario ed in-

tegrante la mobilitazione del credito, la quale si sostanziava nell'intermediazione – sostanzialmente gratuita – tra mutuatari e portatori di cartelle fondiari, basata sull'emissione di cartelle fondiari a fronte di ciascun mutuo concesso e finalizzata a privilegiare l'interesse del portatore delle cartelle, attraverso l'imposizione dell'obbligo, a carico dell'istituto emittente, di pagare al portatore della cartella il relativo importo e gli interessi con i propri mezzi, qualora il mutuatario fosse rimasto inadempiente.

15. Al giorno d'oggi, scomparso il riferimento a soggetti particolarmente qualificati ed alle esigenze di tutela della loro posizione di garanti dell'effettiva mobilitazione dei crediti garantiti da ipoteche di primo grado, la disciplina del credito fondiario ha resistito anche al vaglio di conformità alla Costituzione, avendo la Consulta, con sentenza n. 175 del 2004, dichiarato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale per non avere il giudice remittente valutato se una tale mobilitazione della proprietà immobiliare – e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti idonei anche a consentire il superamento di crisi del mutuatario, soprattutto se imprenditore – costituisse una scelta di politica economica del legislatore, non censurabile in quanto non manifestamente irrazionale.

16. Si tratta quindi pur sempre di un'opzione ancora economicamente e giuridicamente valida, benché forse anacronistica e non più proporzionata rispetto agli obiettivi perseguibili, ma frutto di una scelta che rientra ancora nel perimetro di incensurabile discrezionalità del legislatore: e spetta all'interprete applicarne la normativa in modo da mantenerne, impregiudicati i contrapposti interessi delle parti e nel rispetto dei principi e diritti fondamentali coinvolti, una qualche concreta operatività.

17. Permane oggi quindi una disciplina caratterizzata da una serie di privilegi sostanziali e processuali attribuiti al finanziatore, alcuni dei quali di significativo impatto anche sui principi generali del processo esecutivo individuale e concorsuale, tra cui: la fa-

coltà di eleggere domicilio, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, presso la propria sede, invece che nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede la conservatoria dei registri immobiliari (art. 2839 cod. civ.); il cd. consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria, non soggetta a revocatoria fallimentare se iscritta almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento del debitore concedente o del terzo datore di ipoteca; l'estensione della garanzia ipotecaria anche in caso di clausole di indicizzazione, ove menzionate nella nota di iscrizione, in deroga all'art. 2855 cod. civ.; l'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore poi dichiarato fallito; una serie di ulteriori agevolazioni nel procedimento esecutivo individuale, tra cui l'esonero dall'obbligo di notificazione previa del titolo esecutivo, la facoltà di proporre o di proseguire il processo esecutivo anche in caso di fallimento del debitore (salvo l'onere di insinuarvisi), il normale versamento diretto al creditore fondiario di rendite e prezzo di aggiudicazione.

18. Ora, la fondamentale pronuncia di Cass. 17352/17 cit., confermata dalla preponderante giurisprudenza successiva, ricostruisce la violazione della norma sui limiti di finanziabilità fondiaria come causa di nullità del contratto di mutuo e di concessione della relativa garanzia sul presupposto evidente che si tratti di un tipo negoziale diverso o comunque di un contratto differente rispetto al mutuo ipotecario ordinario: tale è la premessa della conclusione della ammissibilità esclusivamente di una conversione ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., a mente del quale, come è noto, il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.

19. Tale conclusione, dichiaratamente fondata sulla centrale considerazione della *par condicio creditorum* e sull'esigenza, tipica del diritto concorsuale e comprensibilmente preoccupazione princi-

pale dei suoi esecuti, di reprimere gli abusi dei singoli creditori, non può però condividersi da un punto di vista della teoria generale del contratto e, in ogni caso, in una controversia insorta in un rapporto singolare tra un creditore ed il suo debitore giunto nella sua fase esecutiva, qual è quella dell'esecuzione individuale e della relativa materia, da sempre devoluta a questa Sezione della Corte suprema di cassazione dalla sua Tabella di organizzazione prevista dagli artt. 7-bis e 7-ter r.d. 10 gennaio 1941, n. 12.

20. La conclusione suddetta, infatti, sopravvaluta in modo non condivisibile la ricorrenza stessa dei presupposti di quell'istituto, difficilmente potendo configurarsi il mutuo fondiario come tipo contrattuale non solo autonomo, ma irriducibilmente diverso dal mutuo ordinario, anziché un sottotipo o, comunque, una *species* rispetto al *genus* mutuo ipotecario, per l'evidente preponderanza di elementi in comune – primi fra tutti la causa e l'oggetto – e la presenza, nel primo, soltanto di elementi accidentali caratterizzanti; introduce un connotato di pericolosa ed intrinseca instabilità del contratto, ancorandola ad un elemento aleatorio quale il valore del bene e la proporzione con esso della somma mutuata e, recuperandolo solo in parte ed imperfettamente con il meccanismo della conversione del negozio nullo, al ruolo che al riguardo vuole riconoscere alla consapevolezza e volontà delle parti; in definitiva, implica l'eccesso della misura applicata rispetto alla finalità della norma violata, nonostante dall'interprete si esiga il rispetto di un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse leso e rimedio prescelto.

21. In altri termini, la conclusione della nullità produce effetti contrastanti con la finalità della normativa di settore, individuata nella preservazione della stabilità patrimoniale degli istituti di credito, impedendo il verificarsi di situazioni di squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito (per spunti problematici in tal senso vedi già Cass. 28/06/2019, n. 17439): la comminatoria della

nullità del contratto di mutuo (oltre che dell'accessoria garanzia ipotecaria), infatti, retrocederebbe la pretesa della banca mutuante a mera pretesa chirografaria fondata sulla generica ripetizione dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.: così vanificandosi l'obiettivo di una sana e prudente gestione volta a prevenire il rischio di sovraesposizione della banca, articolato sull'esigenza di assicurare alla banca il recupero dell'importo finanziato in sede di esecuzione forzata.

22. Tale opportunità è, invece, compromessa ove il mutuo eccedentario sia considerato nullo e con esso, altresì, l'ipoteca connessa; e senza contare che la soluzione invalidante contrasta pure con l'interesse del mutuatario, costretto a restituire immediatamente le somme prese in prestito, con tutte le conseguenze sul proprio patrimonio ed eventualmente sull'attività di impresa.

23. La questione può invece risolversi in termini di qualificazione del contratto (come ipotizzato, sia pure con un evidente *obiter dictum* per la non diretta rilevanza della soluzione finale della questione, dalla richiamata Cass. n. 17439/19).

24. Al riguardo, è noto che «il procedimento di qualificazione giuridica consta di due fasi, delle quali la prima - consistente nella ricerca e nella individuazione della comune volontà dei contraenti - è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ., mentre la seconda - concernente l'inquadramento della comune volontà nello schema legale corrispondente - si risolve nell'applicazione di norme giuridiche, anche straniere, se ne è allegata e provata la riferibilità al contratto ed il relativo contenuto, potendo pertanto formare oggetto di verifica e riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accer-

tati, sia infine con riferimento alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussistenza della fattispecie concreta nel paradigma normativo» (Cass. 09/02/2021, n. 3115, ove richiami).

25. In particolare (per tutte, v. Cass. ord. 04/10/2017, n. 23171), l'interpretazione e la qualificazione del contratto sono due operazioni concettualmente distinte, sebbene legate da una connessione biunivoca, in quanto volte all'unico fine che è la determinazione dell'effettivo regolamento negoziale: la prima (l'interpretazione) precede logicamente la seconda (la qualificazione), è governata da criteri giuridici cogenti e tende alla ricostruzione del significato del contratto in conformità alla comune volontà dei contraenti. Una volta individuata l'intenzione comune delle parti del contratto, il passaggio successivo è la sussunzione del negozio in un paradigma disciplinatorio, sì da apprezzarne l'aderenza (magari anche solo parziale e/o secondo schemi combinatori) con una fattispecie astratta, tra quelle preventivamente delineate dal legislatore oppure conformate dagli usi e dalle prassi commerciali, sebbene il contratto possa anche non coincidere affatto con il «tipo» e mantenere, come tale, la sua vocazione ad essere «legge tra le parti», ove sia diretto a realizzare un interesse meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ..

26. In siffatta prospettiva, la qualificazione del contratto ha la funzione di stabilire quale sia la disciplina in concreto ad esso applicabile, con le relative conseguenze effettuali. L'attività di interpretazione è diretta alla ricerca e alla individuazione della comune volontà dei contraenti e costituisce un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito (normalmente incensurabile in sede di legittimità, salvo che per omesso esame di un fatto decisivo e oggetto di discussione tra le parti, alla stregua del c.d. «minimo costituzionale» del sindacato di legittimità sulla motivazione, ai sensi del n. 5 del primo comma del citato art. 360 nella formulazione attualmente vigente a applicabile nella specie *ratione temporis*,

ovvero, ancora, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, previsti dall'art. 1362 e ss. cod. civ.). L'attività di qualificazione, invece, affidandosi al metodo della sussunzione, si risolve nell'applicazione di norme giuridiche e può formare oggetto di verifica in sede di legittimità sia per ciò che attiene alla descrizione del modello tipico cui si riferisce, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accertati, sia, infine, con riferimento alla individuazione delle implicazioni effettuali conseguenti alla sussunzione della fattispecie concreta nel paradigma normativo (ancora Cass. ord. 2371/17, cit.; nello stesso senso, v. Cass. 04/06/2021, n. 15603).

27. È poi altrettanto noto che una delle due ipotesi in cui ricorre il vizio cd. di sussunzione, attenendo alla qualificazione giuridica dei fatti materiali, è quella in cui il giudice riconduce questi ultimi ad una fattispecie astratta piuttosto che ad un'altra, sicché dispiega efficacia di principio di diritto la statuizione dell'inidoneità del fatto accertato ad integrare l'ipotesi normativa individuata dal giudice di merito (Cass. 31/05/2018, n. 13747).

28. Pertanto, qualora, all'esito del procedimento ermeneutico, il contratto dovesse essere sussunto in una fattispecie negoziale differente rispetto a quella riconducibile ad un finanziamento fondiario, ne conseguirebbe *sic et simpliciter* l'inapplicabilità della disciplina speciale dettata per tale contratto a tutto vantaggio di quella generale destinata a prevalere in ragione della corretta qualificazione del negozio, nella specie rappresentato da un ordinario mutuo ipotecario; sicché il semplice superamento del limite di finanziabilità è circostanza inidonea a mutare la natura del contratto originario, ma sufficiente a precludere la portata applicativa di talune norme di favore, specializzanti, previste per il mutuante.

29. Non può condividersi la diversa considerazione (Cass. 09/05/2018, n. 11201) che «il mutuo fondiario possiede requisiti

identificativi diversi da quelli dell'ordinario mutuo ipotecario ed è inteso a porre in essere un'operazione diversa e con effetti (anche) distinti da quelli propri del mutuo ordinario»: si è sempre in presenza di un mutuo, caratterizzato dalla messa a disposizione di una somma di denaro e dalla contestuale assunzione dell'obbligazione del mutuatario di restituirla alla scadenza, dietro adeguata o pattuita remunerazione e con la specifica garanzia ipotecaria, concessa comunque in primo grado.

30. Il mutuo fondiario non può, cioè, definirsi un tipo contrattuale autonomo, anziché una particolare forma di mutuo ipotecario al quale possono applicarsi i privilegi sostanziali, processuali e tributari riconosciuti dalla legge qualora si tratti di finanziamenti a medio o a lungo periodo garantiti da ipoteca di primo grado su beni il cui valore non superi l'ottanta per cento del credito erogato.

31. Come osservato da attenta dottrina, a confermare l'intenzione del legislatore di rinunciare a inquadrare la concessione di finanziamento fondiario in uno schema contrattuale tipico alternativo a quello del mutuo ipotecario militano sia il riferimento di cui all'art. 38, 1° co., t.u.b., a generiche operazioni di finanziamento e non a specifici schemi contrattuali tipici, sia la considerazione che il finanziamento fondiario realizza necessariamente una fattispecie in cui convergono due distinti negozi intimamente collegati tra loro, quello di concessione di credito e quello di costituzione di ipoteca di primo grado, sia l'assenza normale di una caratterizzazione finalistica dell'assetto negoziale, che esclude la possibilità di configurare un mutuo di scopo strettamente inteso.

32. È invero arduo individuare una differenza tipologica tra il mutuo ordinario e quello fondiario, atteso che ormai i due finanziamenti non sono più, com'è stato detto, distinguibili in base al fattore tempo, né in base alla qualità delle parti, né al modo di perfezionamento, né ancora in base alla natura della prestazione dedotta, né, infine, corrispondono ad assetti di interessi diversi.

33. Allo stato attuale della legislazione – e nonostante le evidenze delle conseguenti anomalie di gestione riscontrate anche in tempi recenti – non è tecnicamente proibito concedere finanziamenti il cui importo corrisponda all'intero valore del bene oggetto della garanzia, né è fatto divieto di concedere credito non garantito affatto da ipoteca: è ovvio che, in queste eventualità, il finanziatore – specialmente se istituzionale o professionale – si assume il rischio di rimanere insoddisfatto, dal momento che sarà senz'altro più difficile un eventuale recupero forzoso, non solo per l'assenza di un'ipoteca di primo grado su di un bene il cui valore sia superiore di almeno il venti per cento rispetto al credito erogato, ma anche per l'impossibilità di avvalersi di tutti i privilegi sostanziali e processuali collegati ad operazioni di finanziamento fondiario, su cui malamente aveva riposto il suo affidamento.

34. In tale contesto, il limite di finanziabilità può bene identificarsi come elemento conformativo della *species* mutuo fondiario del *genus* di ogni altro mutuo ipotecario: poiché non può dirsi imposto, non solo esplicitamente ma nemmeno per implicito, a pena di nullità, esso qualifica o conforma un particolare tipo contrattuale di alcune particolarità o caratteristiche, rendendone una specie di un genere più ampio.

35. E pare agevole inferirne che la carenza di quel presupposto non inficia, di norma, l'assetto negoziale complessivo, ove questo possa, come in effetti può, conservarsi nonostante l'eliminazione di quegli elementi caratterizzanti: manca qualunque intento repressivo o punitivo del finanziatore che viola quel limite, ma vi è esclusivamente la disattivazione dei privilegi che il puntuale rispetto di quel limite, funzionale ad un corretto ed equilibrato funzionamento del mercato del credito, avrebbe potuto comportare in favore del finanziatore.

36. In conclusione, il mutuo fondiario altro non è se non una specie di mutuo tra le tante che possono essere erogate, con la

peculiarità che esso è regolato da una disciplina di particolare favore per i mutuant, la quale è volta a raggiungere sostanzialmente due differenti obiettivi: incentivare gli operatori professionali a erogare credito, potendo fare affidamento su una più rapida e più agevole procedura per l'eventuale suo recupero forzoso, da un lato, ma anche, dall'altro lato, mantenere una sana e prudente gestione, evitando di concedere finanziamenti in modo eccessivo rispetto alle garanzie patrimoniali offerte dai mutuatari.

37. Resta, beninteso, fermo che il limite di finanziabilità posto dall'art. 38 t.u.b. non è mera regola di condotta della banca e rimane impregiudicata quindi la repressione delle condotte di consapevole sua violazione con gli strumenti amministrativi e con il rimedio generale della tutela aquiliana dalla abusiva concessione di credito, se non pure attraverso quello generale del contratto in frode ai creditori, ove dell'una e dell'altro si rinvergano in concreto i presupposti, a garanzia di tutti i soggetti coinvolti.

38. Ma, nei rapporti tra i contraenti, la questione va risolta sul piano della qualificazione giuridica del contratto, sicché, al di là del *nomen iuris* utilizzato dalle parti, l'operatività del *corpus* normativo che postula il rispetto di quel limite viene meno ove sia venuto meno il presupposto di tale rispetto (e, così, sia superato il limite).

39. Ne consegue che il mutuo pur qualificato come fondiario, ove non in regola con le disposizioni dell'art. 38 t.u.b. per intervenuto superamento dei limiti di finanziabilità, altro non è che un ordinario mutuo ipotecario; e, da un lato, non sussiste né la nullità del sinallagma né la verifica della possibilità di dar luogo alla conversione in altro tipo di contratto, ma semplicemente si fa luogo alla disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione del contratto di mutuo ipotecario originario e della garanzia ipotecaria.

40. Il motivo in esame sarebbe stato quindi suscettibile di accoglimento, poiché, in tema di credito fondiario, il limite di finan-

ziabilità previsto dal secondo comma dell'art. 38 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, come stabilito dalla Banca d'Italia su delibera del Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, pure non esauendo i suoi effetti sul piano della condotta dell'istituto di credito mutuante, è elemento essenziale per l'applicazione della disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, per il finanziatore riconosciuta al mutuo fondiario, sicché il suo superamento non comporta la nullità del mutuo stesso, ma esclusivamente la disapplicazione della disciplina di privilegio di volta in volta invocata dal creditore anche a contrastare le contestazioni del debitore.

41. Tanto avrebbe implicato l'assorbimento del secondo motivo («violazione e falsa applicazione dell'art. 163 c.p.c., n. 4, art. 115 e art. 345 cod. proc. civ.», sotto il profilo dell'erroneità della qualificazione di novità della domanda di nullità soltanto parziale del mutuo, essendo tale domanda stata proposta in via subordinata già con l'appello) e del terzo («violazione e falsa applicazione dell'art. 112 e art. 345 cod. proc. civ., degli artt. 1362, 1363 c.c.», mediante l'evidenziazione del fatto che non è mai stata chiesta alcuna conversione, ma invece, con l'atto di appello, invocata l'esclusione della nullità quale conseguenza del superamento del limite di finanziabilità, sicché male sarebbe stata qualificata tardiva una tale prospettazione ed omessa la considerazione delle articolate ragioni nel senso dell'esclusione della nullità integrale), entrambi relativi alle conseguenze della nullità del contratto di mutuo fondiario in caso di superamento; e sarebbe poi residuata la disamina del primo motivo, relativo al presupposto di fatto della questione.

42. E, tuttavia, la questione delle conseguenze del superamento della soglia di finanziabilità del mutuo fondiario è stata, successivamente alla pubblica udienza di discussione del presente ricorso, rimessa alle Sezioni Unite (ordinanza 09/02/2022, n. 4117).

43. Deve ritenersi quindi opportuno riservare la disamina del ricorso all'esito della pronuncia sul punto da parte delle Sezioni

Unite, in ossequio alla loro funzione nomofilattica, disponendosi in questa sede il rinvio a nuovo ruolo.

P. Q. M.

Rinvia a nuovo ruolo, in attesa della decisione delle Sezioni Unite sul ricorso iscritto al n. 3791/15 r.g., oggetto di ordinanza interlocutoria 09/02/2022, n. 4117.

Così deciso in Roma il 16/12/2021 e, a seguito di riconvocazione, il successivo 15/02/2022.

Il Presidente
(*Roberta Vivaldi*)

IL CANCELLIERE ESPERTO

Dott. Mario Urciuoli

