

Opposizione allo stato passivo

Tribunale di Nuoro 17 maggio 2016, ord. - Pres. R. Massera - Est. T. Longo - A. P. S.r.l. c. Fallimento N. G. S.p.a.

Fallimento - Accertamento del passivo - Insinuazione di credito - Impugnazione - Credito fondiario - Superamento dei limiti di finanziabilità - Nullità del contratto - Esclusione - Ammissibilità del credito privilegiato

(Legge fallimentare art. 98; testo unico bancario art. 38)

In caso di superamento del limite di finanziabilità posto dall'art. 38 T.U.B. (80% del valore dell'immobile), non si verifica la nullità del contratto di mutuo fondiario e il credito della banca può essere ammesso al passivo nella sua interezza come privilegiato.

Il Tribunale (*omissis*).

Con ricorso depositato il 15 settembre 2015 la N. G. s.p.a. in qualità di società incaricata per la gestione e il recupero crediti in nome e per conto dell'A. P. s.r.l. ha chiesto l'ammissione al passivo del credito vantato dall'A. P. s.r.l. per l'intero in via privilegiata.

La ricorrente ha esposto che con decreto del 16 giugno 2015, comunicato all'esponente in data 17 luglio 2015, il Giudice Delegato ha accolto l'istanza di insinuazione del B. di S. (originario creditore), ma ha limitato l'ammissione in via privilegiata all'importo legalmente stabilito, pari all'80% del valore dell'immobile: l'esubero, privo di garanzia ipotecaria, è stato ammesso in via chirografaria, in ragione della concessione di un mutuo fondiario superiore all'80% del valore dell'immobile, in violazione dell'art. 38 comma 2 t.u.b.; che l'istituto di credito non ha partecipato alle operazioni peritali di stima dell'immobile né ha mai preso visione della perizia; che la violazione dell'art. 38 non comporta la nullità del mutuo, né dell'ipoteca che lo assiste: che il mutuo potrebbe essere considerato non più fondiario, ma sarebbe pur sempre ipotecario e manterrebbe intatto il privilegio.

Con comparsa depositata il 30 ottobre 2015 si è costituito in giudizio il Fallimento N. G. C. s.r.l., che ha chiesto, in via preliminare, dichiararsi l'inammissibilità del ricorso o in subordine disporsi la rinnovazione della notificazione con fissazione di altra udienza, o comunque fissarsi l'udienza con un termine non inferiore a 30 giorni al fine di garantire i termini a difesa della massa convenuta; nel merito il rigetto dell'opposizione.

Fissata nuova udienza per la mancata osservanza dei termini a comparire previsti dalla legge fallimentare, le parti hanno confermato le conclusioni rassegnate.

L'opposizione avanzata dalla parte opponente è fondata e va accolta.

Come risulta dalla documentazione prodotta, il credito di euro 5.684.014,54, vantato dall'istituto bancario per l'inadempimento del contratto di mutuo fondiario stipulato il 30 luglio 2009, è stato ammesso in via privilegiata per l'importo di euro 4.130.626,57 e in via chirografaria per l'importo di euro 1.553.389,97, in ragione della concessione del mutuo fondiario superiore all'80%

del valore dell'immobile in violazione dell'art. 38 comma 2 t.u.b.

Secondo ciò che dispone l'art. 38, "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. La Banca di Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione del finanziamento".

In applicazione di tale disposizione, il CICR con delibera del 22 aprile 1995 ha stabilito che l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire; tale percentuale può essere elevata nella misura del 100% solo qualora vengano prestate idonee garanzie integrative.

Come ha evidenziato la giurisprudenza di legittimità, l'art. 38 comma 2 ha lo scopo di tutelare, non il contraente debole, bensì le stesse banche e indirettamente il sistema bancario, essendo volto a impedire che gli istituti di credito assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie. La sua *ratio* si discosta nettamente dalla norma di cui all'art. 117 t.u.b., volta a proteggere il contraente debole e diretta a prevenire, tramite l'inserimento di clausole *standard*, l'utilizzazione da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura o interpretazione per il cliente ovvero recanti clausole onerose o vessatorie. Di conseguenza, deve escludersi che la violazione dell'art. 38 determini la nullità relativa del contratto, rilevabile solo dal cliente; in quanto quest'ultimo ha tutto l'interesse a ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, a prescindere dal limite di finanziabilità (v. Cass. 28 novembre 2013, n. 26672; Cass. 4 novembre 2015, n. 22446).

Come è noto, nelle decisioni più recenti la Corte di cassazione ha escluso la possibilità di ricondurre la violazione di tale disposizione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione (la c.d. nullità virtuale), in quanto la norma non incide "sul sinallagma contrattuale, ma invece esclusivamente sul comportamento della banca tenuta

ad attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38 comma t.u.b. e dalla circolare CICR del 1995". A questo proposito va ricordato che la distinzione tra le norme inderogabili concernenti la validità del contratto suscettibili di determinarne la nullità, e le norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la cui violazione non comporta la nullità dell'atto di autonomia privata, non può essere effettuata sulla base del fatto che la disposizione incide sul contenuto del contratto: occorre esaminare la *ratio* del precepto normativo, al fine di verificare se la norma abbia l'obiettivo di "sanzionare" il regolamento contrattuale in sé, ovvero la condotta di un contraente.

Considerato lo scopo della norma, e cioè impedire alle banche di effettuare finanziamenti non adeguatamente garantiti, che potrebbero portare a possibili perdite di esercizio, deve escludersi che l'art. 38 indica sulla validità del contratto, dovendo configurarsi come norma di condotta la cui violazione non potrà comportare la nullità, nemmeno parziale, del contratto. La nullità totale

o parziale del mutuo erogato e il venir meno della connessa garanzia ipotecaria, d'altronde, condurrebbero al risultato paradossale di pregiudicare ancora di più quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere.

Alla luce di tali considerazioni, ritiene il Collegio che la domanda di parte opponente volta ad ottenere l'ammissione al passivo della procedura per l'intero credito in privilegio debba essere accolta.

Considerata la natura controversa delle questioni giuridiche affrontate, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

visto l'art. 99 l.fall. accoglie l'opposizione e per l'effetto dispone l'ammissione della società ricorrente al passivo della procedura per l'importo di euro 1.553.389,97 in privilegio;
(*omissis*).

Superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario ed effetti sul contratto

di Valerio Sangiovanni (*)

Quando un sistema economico funziona bene, gli istituti di credito erogano con facilità i propri finanziamenti, mentre nei periodi di recessione si assiste a comprensibili fenomeni di contrazione del credito (*credit crunch*). Nell'area dei finanziamenti immobiliari, negli ultimi anni si è verificata una significativa contrazione del credito connessa alla crisi economica, mentre negli anni precedenti vi era stata la tendenza a elargire con generosità prestiti, talvolta anche oltre i limiti stabiliti dalla normativa. Quali conseguenze giuridiche derivano dal superamento del limite di finanziabilità prescritto dalla delibera CICR (massimo l'80% del valore dell'immobile)? A fronte del principio enunciato dalla Corte di cassazione, secondo cui il contratto rimane valido, si collocano alcuni interventi della giurisprudenza di merito che sanciscono la nullità del contratto. La questione deve considerarsi tuttora aperta e ha importanti riflessi in ambito fallimentare per il soddisfacimento dei creditori.

La normativa di riferimento e la situazione nella prassi

Nei periodi in cui l'economia va bene, anche il sistema del credito tende a operare positivamente. Aumentano le opportunità sui mercati e la finanza interviene a sovvenzionare le diverse iniziative imprenditoriali. Ciò vale anche nel settore particolare della casa: i prezzi degli immobili aumentano, ma il sistema creditizio - fiducioso nel buon andamento dell'economia (e dunque nella capacità dei

finanziati di onorare il proprio debito) - finanzia gli acquisti.

Considerando peraltro le operazioni di finanziamento immobiliare da una prospettiva macroeconomica, l'imperativo maggiore del sistema bancario è la sua sostenibilità: laddove vengano erogati numerosi finanziamenti senza opportune garanzie, il rischio d'insolvenza del finanziato rischia di tramutarsi in un rischio d'insolvenza del finanziante. I sistemi economici non possono tollerare che le banche (quantomeno oltre un certo limite dimensio-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

L'Autore è componente confermato dell'organo decidente

dell'Arbitro Bancario Finanziario su nomina di Banca d'Italia, ma le considerazioni espresse in questa nota hanno carattere personale e ovviamente non vincolano l'ente di riferimento.

nale) falliscano, in quanto il loro fallimento può determinare un effetto a catena su altre banche e dunque un rischio sistemico. Del resto non ci si può dimenticare che la grande crisi finanziaria avviata nel 2008 per buona parte ha avuto origine dal mercato immobiliare. Negli Stati Uniti d'America si sono largamente sovra-finanziati acquisti di immobili da parte di persone finanziariamente deboli. Si tratta della nota vicenda dei mutui cc.dd. "subprime", ossia di livello secondario, concessi a persone con merito di credito basso (1). L'insolvenza di un numero elevato di mutuatari ha portato al fallimento di alcune banche, con un rischio di crollo dell'intero sistema finanziario.

Per ovviare al rischio di sovra-finanziamento, il nostro legislatore pone dei limiti quantitativi alla possibilità di erogare credito fondiario (2). I testi normativi di riferimento sono l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995. A livello legislativo, dopo che è stata data la nozione di credito fondiario ("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") si prevede che "la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi". La delibera CICR è stata emanata il 22 aprile 1995 e, per quanto qui interessa, stabilisce che "l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi".

Il limite di legge impedisce dunque alle banche di concedere crediti per un valore superiore a quello

degli immobili, anzi stabilisce un "cuscinetto" di sicurezza del 20% fra l'importo del credito e il valore dell'immobile. In questo modo, la banca è garantita: se il creditore non paga, potrà fare vendere all'asta l'immobile e rifarsi sul ricavato. La banca è garantita anche nel caso in cui l'immobile perda di valore (fino al 20% del valore originario) in quanto il credito deve essere di importo inferiore al valore dell'immobile in detta misura (3).

Pare utile premettere fin da ora che chi scrive ritiene di poter affermare con ragionevole certezza che le disposizioni illustrate hanno rango di norma imperativa (4). Per norma imperativa, secondo gli insegnamenti della Corte di cassazione, si intendono disposizioni che sono poste dall'ordinamento non solo nell'interesse dei contraenti, ma nell'interesse di terzi (5). Nel contesto bancario, le disposizioni possono in particolare considerarsi imperative nella misura in cui sono finalizzate ad assicurare la stabilità del sistema creditizio. Più in dettaglio, la disciplina attuale del credito fondiario - nel fissare un limite alla finanziabilità dei progetti immobiliari - tutela:

1) il cliente mutuatario. Difatti, l'assunzione di un debito eccessivo comporta un accresciuto rischio che il mutuatario non lo possa onorare. Maggiore è l'importo mutuato, maggiore sono gli oneri per restituzione di capitale e per corresponsione di interessi che il debitore deve affrontare e, conseguentemente, maggiore è il rischio di una possibile futura incapacità di pagamento del debitore;

2) la banca mutuante. L'istituto di credito che sovra-finanzia si assicura un lucro maggiore di quello che avrebbe nel caso di finanziamento nei limiti dell'80%. L'operazione parrebbe a suo vantaggio,

(1) Sulla vicenda dei mutui subprime cfr. M. Fratianni - F. Marchionne, *Il ruolo delle banche nella crisi finanziaria dei subprime*, in *Economia Italiana*, 2009, 11 ss.; A. Lupoi, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *www.diritto-bancario.it*; L. Paura, *I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 119 ss.

(2) Sul credito fondiario cfr. F. Fiorucci, *L'espropriazione per credito fondiario*, Milano, 2015; C.M. Tardivo, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, VI ed., Milano, 2006.

(3) Si badi che, di norma, prima che si verifichi il mancato pagamento delle rate di mutuo, passa un certo lasso di tempo dalla concessione del prestito, con la conseguenza che il debitore avrà già onorato parte del proprio debito (sia in conto capitale sia in conto interessi). In altre parole, l'azione esecutiva intentata dalla banca è rivolta esclusivamente al recupero del debito residuo nel momento in cui cessano i pagamenti del debitore. Questa circostanza riduce il rischio sistemico per le banche. Avanza peraltro l'ipotesi estrema in cui il debitore cessa di pagare poco dopo gli inizi del rapporto di mutuo, si avvia la procedura di espropriazione immobiliare, ma il ricavato della vendita non è sufficiente a rimborsare il credito residuo della

banca. A questo risultato nefasto può condurre il concorso dei seguenti elementi: sopravvalutazione dell'immobile al momento della erogazione del credito con conseguente sovra-finanziamento; perdita di valore degli immobili in generale per calo del mercato immobiliare; perdita specifica di valore del singolo immobile (soprattutto se superiore al 20%); difficoltà e lungaggini nella vendita forzata; spese eccessive della procedura di espropriazione immobiliare. In casi siffatti la banca è destinata a non recuperare totalmente il proprio credito.

(4) Per una discussione sulla natura imperativa dell'art. 38 T.U.B. cfr. M.F. de Capoa, *Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e conseguenze del loro superamento*, in *Giur. comm.*, 2016, II, 195 ss.

(5) In particolare Cass. 18 luglio 2003, n. 11256, ha statuito che la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato. Occorre specificamente controllare la natura della disposizione violata per dedurre l'invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si rivolge nella indagine sullo scopo della legge e in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato.

Giurisprudenza Fallimento

potendo appunto conseguire un corrispettivo maggiore in termini di interessi; il punto è che l'insufficienza della garanzia eleva il rischio d'insolvenza della banca stessa, nell'ipotesi il debitore non riesca a pagare;

3) il sistema bancario nel suo complesso. Eventuali eccessive esposizioni debitorie non adeguatamente garantite possono portare non solo all'insolvenza di singole banche, ma anche a un rischio di fallimento sistemico.

In definitiva, l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995 tutelano anche l'interesse pubblico alla stabilità dei sistemi creditizi. Di qui la natura imperativa delle disposizioni (6).

Nella prassi bisogna dare atto che, soprattutto in certi periodi storici, il limite di finanziabilità stabilito dalla normativa è stato superato in numerose occasioni. Generalmente il superamento non veniva "confessato" in forma espressa nel testo del contratto (violazione diretta della normativa), ma era un risultato che si raggiungeva mediante l'espediente costituito da una sopravvalutazione dell'immobile (violazione indiretta della normativa).

Si ha violazione diretta del disposto dell'art. 38 T.U.B. quando un contratto di mutuo fondiario contrasta *apertis verbis* con il dettato normativo: si immagini il caso di un contratto di mutuo in cui si afferma esplicitamente che il valore dell'immobile è di euro 200.000 e l'ammontare del finanziamento è di euro 200.000. In questa ipotesi si tratta, all'evidenza, di un finanziamento per il 100% del valore dell'immobile in palese violazione del dettato normativo. Generalmente tuttavia i contratti di mutuo indicano il valore del finanziamento, mentre non indicano il valore dell'immobile, che è accertato in separata perizia.

Il testo unico bancario e la delibera CICR venivano in realtà spesso aggirati aumentando fittiziamente il valore dell'immobile. Si immagini che il reale valore di mercato di un immobile sia di euro 200.000: in questo caso l'ammontare massimo finanziabile sarebbe di euro 160.000. Se però le parti hanno un comune interesse a un finanziamento di importo maggiore, è sufficiente che la perizia "ela-

sticamente" affermi che l'immobile vale euro 250.000: sarà così possibile finanziare l'acquisto fino a euro 200.000 senza violare in modo espresso il dettato del testo unico bancario.

Come si accennava, non è raro il caso di immobili sovra-finanziati nel nostro mercato immobiliare. Del resto, come si accennava, vi poteva essere una coincidenza di interessi fra i tre soggetti coinvolti nell'operazione (banca, mutuatario e perito), che poteva portare con relativa facilità a un risultato simile.

Per quanto attiene alla banca, la possibilità di finanziare per un importo maggiore implica un guadagno maggiore, percependo l'istituto di credito nel corso del tempo un corrispettivo maggiore sotto forma di interessi. Gli interessi, espressi in misura percentuale, sono legati all'ammontare del capitale: maggiore è il capitale, maggiore è l'introito per la banca. Per tacere del fatto che, laddove l'importo del finanziamento aumenti in termini assoluti, il debitore può essere costretto ad allungare la durata di ammortamento del prestito al fine di restituirlo, con ulteriore incremento degli interessi da corrispondere.

Per quanto concerne il debitore (compratore dell'immobile), l'ottenimento di un finanziamento gonfiato rispetto al valore dell'immobile permetteva di acquistare immobili più grandi (o di maggior pregio o in zone migliori) che altrimenti non sarebbero stati acquistabili, non disponendo dei mezzi finanziari necessari. Si badi altresì che, non costituendo il credito fondiario un mutuo di scopo, parte dei danari erogati potevano essere utilizzati per fini diversi dall'acquisto dell'immobile in sé considerato (ad esempio una parte dei fondi potevano essere usati per l'acquisto dell'arredamento o, in caso di imprenditori, di macchinari).

Infine *per quanto riguarda il perito*, che di solito viene incaricato direttamente dalla banca, la valutazione dell'immobile poteva essere "flessibile" al fine di realizzare gli interessi sostanziali di cui erano portatori le altre parti. In altre parole, poteva capitare che il perito, al fine soprattutto di soddisfare il proprio mandante (ossia la banca), desse una valu-

(6) Non pare che la natura imperativa delle disposizioni di cui stiamo trattando possa negarsi per il fatto che le norme che fissano un limite al finanziamento sono contenute in parte nella legge e in parte in una delibera CICR. La legge prevede solo che "la Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti" (art. 38, comma 2, T.U.B.). Concretamente poi la delibera CICR del 1995 fissa il limite dell'80%. Il principio che vi deve essere un legame fra finanziamento e valore dell'immobile è stabilito direttamente dalla legge, e ciò dovrebbe bastare per poter rite-

mere la natura imperativa della disposizione. D'altro canto l'art. 1418, comma 1, c.c. si riferisce alla contrarietà a "norme imperative", senza specificare se dette norme imperative debbano essere contenute - in tutto o in parte - dentro un testo avente natura legislativa. Nel senso che la banca che non osserva la disposizione di cui alla delibera CICR viola, in realtà, la legge, in quanto è la legge stessa a demandare l'integrazione del precetto legislativo alle norme secondarie, cfr. Trib. Venezia 26 luglio 2012, decr., in www.ilcaso.it.

tazione non troppo stringente dell'immobile, allo scopo di consentire un finanziamento maggiore nell'interesse dell'istituto di credito. Così facendo, il perito si garantiva la fiducia della banca e dunque si assicurava di essere nominato perito anche in successive operazioni di valutazione. Talvolta l'onorario del perito era legato al valore dell'immobile, con la conseguenza che aveva interesse alla sopravvalutazione del bene (7).

Quali che siano state in concreto le motivazioni che hanno portato a sopravvalutazioni, si deve constatare che sul nostro mercato ci sono numerosi immobili che sono stati sopravvalutati ai fini dell'erogazione dei mutui. Il problema giuridico allora è se i contratti di mutuo fondiario che sono stati stipulati in violazione - diretta o indiretta - delle disposizioni sopra illustrate siano o non siano validi e, più in generale, quali siano i rimedi di cui dispongano le parti del contratto. Si tratta esattamente del tema, alquanto controverso e complesso, oggetto della pronuncia in commento.

Non ci si può poi esimere dal rilevare che la questione del superamento dei limiti di finanziabilità ha importanti riflessi in sede fallimentare. Laddove il soggetto finanziato sia fallibile e subentri il fallimento, si deve procedere all'accertamento del passivo e all'identificazione degli attivi a disposizione per la soddisfazione dei creditori. Il punto è che se il credito vantato dalla banca è assistito da ipoteca, come avviene nel caso di credito fondiario, verrà soddisfatto prima degli altri creditori. Se, invece, il credito della banca non è assistito da ipoteca, il credito residuo potrà essere soddisfatto solo come credito chirografario, concorrendo con un ampio novero di creditori, circostanza che conduce spesso a una soddisfazione in misura risibile (8).

Attesa la diffusione dei casi di sopravvalutazione degli immobili, può risultare necessario stabilire *ex post* il valore "reale" (non quello dichiarato o presupposto) dell'immobile nel momento in cui è stato erogato il

finanziamento. Si dovrà pertanto disporre nuova perizia sull'immobile e confrontare il valore rettificato dell'immobile con il valore del finanziamento e stabilire se quest'ultimo ha superato l'80% del primo.

Alcuni giudici, in caso di superamento del limite di finanziabilità, non ammettono il credito della banca come privilegiato, reputando invalida l'operazione di concessione del credito, e ammettono il credito della banca solo come chirografario. In sostanza reputano che sia venuta meno non solo la natura fondiaria del credito, ma anche la garanzia ipotecaria collaterale. Per questa ragione vengono instaurati dagli avvocati delle banche giudizi di opposizione allo stato passivo, azioni volte a dimostrare:

- 1) in fatto che non si è superato il limite di finanziabilità e
 - 2) in diritto che, anche laddove fosse stato superato detto limite, la conseguenza non sarebbe la nullità del contratto, con conseguente persistenza della ipoteca e dunque della natura privilegiata del credito.
- Si cercherà nel prosieguo di esaminare lo stato attuale della giurisprudenza, dando conto delle diverse tesi che sono state sviluppate e, nella parte finale, di esporre la propria visione personale.

La tesi "radicale" della Cassazione: piena validità del contratto, con conservazione della natura di credito fondiario

Secondo una prima tesi, il superamento del limite di finanziabilità non determina la nullità del contratto. Si tratta della soluzione prospettata dalla Corte di cassazione in una importante sentenza del 2013 (9). La linea argomentativa della Corte di cassazione riprende quella sviluppata in un significativo precedente del 2007, avente a oggetto la responsabilità degli intermediari finanziari (10).

Secondo il ragionamento della Corte di cassazione, le disposizioni che impongono alle banche determinati comportamenti non incidono sulla validità del

(7) In alcuni casi può essere capitato che la banca si sia fidata pienamente del perito, il quale ha semplicemente compiuto errori nella valutazione degli immobili. Negli ultimi tempi sono aumentate le azioni in giudizio degli istituti di credito nei confronti dei periti, basate sul fatto che questi ultimi avrebbero sbagliato le valutazioni e indotto dunque la banca a erogare credito in misura maggiore di quanto l'istituto avrebbe altrimenti fatto. Nei processi promossi da privati e imprenditori volti a far dichiarare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite dell'80%, una delle difese della banca può essere quella di affermare di non avere avuto alcuna influenza sulle decisioni del perito e di essersi fidata dello stesso. In futuro non è improbabile che le controversie fra mutuatari e istituti di credito finanziatori vengano estese ai periti.

(8) L. Balestra, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento:*

a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione, in questa *Rivista*, 2014, 411, osserva che nelle domande di ammissione al passivo viene di solito chiesta l'ammissione del credito della banca a titolo di credito privilegiato mentre viene generalmente omessa una domanda subordinata. Ciò potrebbe portare non solo all'esclusione del credito della banca a titolo privilegiato, ma anche all'esclusione di ogni suo credito a titolo chirografario.

(9) Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, in questa *Rivista*, 2014, 407 ss., con nota di L. Balestra; in *Giur. comm.*, 2014, II, 162 ss., con nota di G. Falcone. A commento di questa sentenza cfr. anche B. Campagna, *Mutuo fondiario: la violazione del limite di finanziabilità non comporta la nullità del contratto ex art. 38 co. 2 TUB*, in www.dirittobancario.it.

(10) Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di V. Sangiovanni.

contratto, avendo a che fare con la condotta che le parti devono tenere prima e dopo la conclusione del contratto. Ne deriverebbe, in caso di violazione, il solo obbligo di risarcire il danno che la controparte della banca ha patito, senza impatti sulla validità del contratto. In altre parole, secondo la Cassazione va tenuto distinto il profilo del diritto pubblico da quello del diritto privato. Costituendo l'art. 38 T.U.B. (unitamente alla delibera CICR del 1995) disposizione imperativa, la sua violazione si riflette in termini di diritto pubblico, determinando l'applicazione di sanzioni amministrative. Tuttavia, l'inservanza del limite di finanziabilità non sarebbe idoneo a intaccare la validità del contratto, dando al mutuuario il solo diritto di agire per il risarcimento del danno patito. Questa soluzione, sempre secondo la Corte di cassazione, è quella che assicura al massimo la stabilità del sistema finanziario. Difatti, la nullità del contratto avrebbe per conseguenza il venir meno della garanzia ipotecaria e dunque il rischio che la banca non riesca a rientrare dal proprio credito, con potenziali conseguenze negative sulla stabilità finanziaria della banca e, nell'ipotesi peggiore, dell'intero sistema finanziario.

Alla tesi sostenuta dalla Corte di cassazione possono muoversi obiezioni. Appare difatti difficile sostenere che una disposizione che determina in modo rigido il rapporto fra valore dell'immobile e valore del finanziamento (80% del valore dell'immobile) non attenga all'oggetto del contratto. Ma se il limite di finanziabilità attiene all'oggetto del contratto, la sua mancanza rende il contratto nullo. Questa nullità tuttavia - ragionamento che cercherò di sviluppare nella parte finale della nota - riguarda il contratto di finanziamento solo nella sua qualità di "fondiario"; non fa invece venire meno né la garanzia ipotecaria né il contratto di mutuo in sé considerato (11).

La tesi "radicale" opposta a quella della Cassazione: nullità totale del contratto (con perdita della garanzia ipotecaria)

Secondo una seconda tesi, radicalmente opposta a quella della Corte di cassazione appena illustrata,

la conseguenza del superamento del limite di finanziabilità sarebbe la nullità del contratto, con in aggiunta la perdita della garanzia ipotecaria collaterale al contratto di mutuo. In particolare secondo il Tribunale di Monza, per "credito fondiario" può intendersi esclusivamente quell'operazione di finanziamento che presenta esattamente le caratteristiche delineate nell'art. 38 T.U.B. (12). Fra tali caratteristiche rientra un preciso rapporto massimo fra ammontare del finanziamento e valore del bene a garanzia (80%). Laddove il limite sia superato, è intaccato l'oggetto del contratto, che non è più quello richiesto dalla legge. Il contratto è dunque nullo per mancanza dell'oggetto, o meglio per contrarietà dell'oggetto a una disposizione imperativa. Il contratto non poteva essere concluso e le prestazioni che sono state effettuate dalle parti vanno restituite. Ne consegue che il mutuuario deve restituire alla banca il capitale e la banca deve restituire al mutuuario gli interessi percepiti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (e gli interessi non sono dovuti per il periodo residuo di ammortamento).

Nullità del contratto di mutuo fondiario significa ancor più il venir meno della garanzia ipotecaria che assiste il finanziamento: il mutuo si trasforma in finanziamento non garantito. Nell'ambito fallimentare ne conseguirebbe che la banca che dovesse chiedere l'ammissione al passivo vanterebbe solo un credito non garantito e verrebbe soddisfatta dopo i creditori garantiti e unitamente e nella stessa misura di quelli non garantiti. Come è ben noto, la prassi indica che in casi del genere le percentuali di recupero sono di norma alquanto stringate.

Sulla stessa linea del Tribunale di Monza si colloca un intervento del Tribunale di Firenze (13). L'autorità giudiziaria fiorentina si dissocia dalla Corte di cassazione, sostenendo che l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995 non sono volti a regolare il comportamento delle parti, ma la genesi del rapporto contrattuale. Secondo il Tribunale di Firenze erra la Corte di cassazione, in quanto la giurisprudenza in tema di responsabilità degli intermediari finanziari non può essere applicata nel diverso contesto qui in esame. Il limite di finanziabilità nel mutuo fondiario incide difatti direttamente

(11) La tesi della Corte di cassazione, seppure minoritaria finora rispetto alla giurisprudenza di merito, è stata ripresa da qualche giudice di primo grado. Si segnala ad esempio, in epoca successiva alla decisione della Cassazione, Trib. Oristano 28 gennaio 2014, ord., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia, secondo cui dall'accertamento del superamento del limite di finanziabilità nel contratto

di mutuo fondiario può derivare l'irrogazione di sanzioni nonché la responsabilità della banca senza che ciò ingeneri una causa di nullità del contratto.

(12) Trib. Monza 29 settembre 2015, decr., in *www.ilcaso.it*.

(13) Trib. Firenze 30 ottobre 2014, decr., in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia; in *Giur. comm.*, 2016, II, 186 ss., con nota di M.F. de Capoa.

sull'oggetto del contratto e non sull'apposizione di doveri d'informazione, estranei al contenuto tipico dell'obbligazione, non rigidamente determinati e non necessariamente coevi alla genesi dell'obbligazione. La conclusione del tribunale fiorentino è che il contratto è nullo per violazione della norma imperativa che fissa un rapporto massimo fra ammontare del finanziamento e valore dell'opera. Ne consegue il venir meno non solo del contratto, ma anche della ipoteca collaterale e dunque la natura meramente chirografaria del credito della banca. Infine, per completezza, si può menzionare un decreto del Tribunale di Venezia, seppure anteriore all'intervento della Corte di cassazione, che si colloca su questa linea argomentativa (nullità del contratto con venire meno della garanzia ipotecaria) (14). Il giudice delegato veneziano dichiarava esecutivo lo stato passivo, rigettando l'ammissione del credito delle banche (si trattava di un gruppo di banche che aveva agito in *pool*) a titolo di privilegio ipotecario. Difatti gli organi della procedura avevano disposto una perizia sul valore degli immobili, dalla quale era risultato che il valore dell'immobile era superiore a quello reale e che - considerando invece il valore reale - il finanziamento era stato effettuato in misura superiore all'80%. Più precisamente il valore dato originariamente all'immobile era di 13 milioni di euro, mentre il valore reale è stato successivamente determinato in 9,2 milioni di euro. Considerato che il finanziamento venne concesso per la somma di 7,5 milioni di euro, il finanziamento risultava erogato per somma superiore - anche se di poco - al limite dell'80% del valore dell'immobile (la somma massima erogabile sarebbe stata di 7,35 milioni di euro). Al di là dei dati numerici, va però dato rilievo alle conseguenze che il Tribunale di Venezia ne fa derivare. Secondo questa autorità giudiziaria verrebbe meno non solo la natura di credito "fondiario" dell'operazione, ma anche quella di credito "ipotecario", con la conseguenza che il credito vantato dalla banca - seppur sussistente - avrebbe natura di credito non privilegiato. Nel caso di specie, addirittura, il cre-

dito non venne ammesso nemmeno come chirografario, avendo l'istituto di credito omissso nella istanza di insinuazione allo stato passivo la richiesta di ammissione, in subordine, in via chirografaria (15).

La tesi intermedia della nullità parziale del contratto, con necessità di differenziare fra la parte privilegiata del credito (nei limiti dell'80%) e quella non privilegiata (oltre l'80%)

Bisogna chiedersi se, fra le due tesi radicali illustrate sopra (perfetta validità del contratto nonostante la violazione del limite di finanziabilità con conservazione della natura fondiaria del credito e di tutti i relativi privilegi oppure nullità totale del contratto per superamento del limiti di finanziabilità con perdita di qualsiasi garanzia e privilegio), non sia possibile ipotizzare soluzioni intermedie. Secondo una terza tesi, si potrebbe invocare l'istituto della nullità parziale ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c.: "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità". Nel caso del superamento del limite di finanziabilità, l'aspetto problematico del contratto è il solo rapporto fra il valore del bene e l'ammontare del finanziamento. Si immagini che l'immobile venga dichiarato valore euro 1.000.000 e che il finanziamento erogato sia di euro 800.000, con una percentuale di finanziamento dell'80%. Si immagini altresì che il valore reale dell'immobile sia invece di euro 800.000, con una percentuale di finanziamento che è stata nel caso concreto del 100% del valore dell'immobile. In condizioni del genere si potrebbe sostenere che la nullità si riflette solo in termini di valutazione dell'immobile. Alla previsione contrattuale (laddove prevista nel contratto) che sopravvaluta l'immobile (euro 1.000.000) si sostituirebbe il valore reale dell'immobile (euro 800.000), con la con-

(14) Trib. Venezia 26 luglio 2012, decr., in *www.ilcaso.it*.

(15) Il fondamento della nullità invocata dalle decisioni elencate potrebbe astrattamente essere rinvenuto anche nel dato testuale dell'art. 117, comma 8, T.U.B., secondo cui "la Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli". Si può in altre parole sostenere la tesi che il credito fondiario configuri un contratto ai sensi di questa disposizione di legge, con l'effetto che la mancata soddisfazione dei requisiti fissati dalla Banca d'Italia determinereb-

be nullità. Sul punto tuttavia si vedano le osservazioni di F. Onnis Cugia, *Discordanze giurisprudenziali sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario dopo il recente arresto della Corte di Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 476 ss., secondo cui l'art. 117, comma 8, T.U.B. si applicherebbe solo nei casi in cui è la Banca d'Italia a determinare le caratteristiche di un certo contratto, mentre nella fattispecie del credito fondiario le caratteristiche contrattuali sono determinante direttamente dalla legge (salvo che per il limite di finanziabilità).

sequenza che il finanziamento è “fondiario” fino ai limiti consentiti (nell’esempio fatto: euro 640.000). Il finanziamento sarebbe insomma problematico solo per la parte in cui eccede il valore reale dell’immobile (euro 160.000).

Secondo la tesi della nullità parziale, il contratto non verrebbe intaccato, non verrebbe meno la sua natura di credito “fondiario” (almeno fino alla concorrenza dell’80% del valore reale dell’immobile) e la garanzia fondiaria permanerebbe fino al valore reale dell’immobile. Questa tesi pare trovare conforto nella ulteriore previsione legislativa in forza della quale “la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative” (art. 1419, comma 2, c.c.) Le norme imperative sono l’art. 38, comma 2, T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995, le quali impongono il rapporto massimo dell’80% fra ammontare del finanziamento e valore (reale) dell’immobile. Nulla sarebbe, secondo questa tesi, solo la clausola sul prezzo nella parte in cui sopravvaluta l’immobile, non l’intero contratto. Il valore reale dell’immobile può essere stato artificialmente elevato in sede di perizia, ma se esso viene “rettificato” *ex post* in sede fallimentare, ne consegue una rettifica anche del valore del finanziamento che si può qualificare come “fondiario”.

La regola legislativa, lo si ricordava all’inizio di questo paragrafo, è però nel senso che la nullità di singole clausole determina la nullità dell’intero contratto solo se le parti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità. La domanda allora, che si deve porre ciascun giudice nel caso concreto, è se le parti sarebbero state disponibili a concludere un contratto di credito fondiario in cui il valore del finanziamento sarebbe stato inferiore a quello effettivamente erogato in quanto l’immobile aveva un valore inferiore. Tornando all’esempio numerico fatto sopra, bisogna chiedersi se la banca sarebbe stata disponibile a erogare (e il mutuatario sarebbe stato disponibile a ricevere) euro 640.000 per l’acquisto di un immobile del valore reale di euro 800.000. A chi scrive pare che la risposta al quesito debba essere tendenzialmente positiva. *Per quanto riguarda la banca*, il suo obiettivo è quello di erogare finanziamenti a condizioni di mercato avendo la ragionevole certezza di ottenere la restituzione del capitale e la corresponsione degli interessi. Questo risultato è ottenuto anche nel caso in cui l’importo del finanziamento sia inferiore; anzi, essendo le rate mensili per capitale e interessi inferiori (in quanto il capitale da restituirsì è infe-

riore), le probabilità di puntuale e completo adempimento da parte del mutuatario sono maggiori. L’istituto di credito peraltro vede ridotto il proprio lucro (in prospettiva futura), essendo l’importo erogato sotto forma di credito fondiario inferiore. *Per quanto riguarda il mutuatario*, si può supporre che anche questi avrebbe acconsentito alla conclusione del contratto di mutuo: difatti il minor importo del finanziamento rende l’acquisto più conveniente in termini di onere finanziario (ammesso che possa procurarsi in altro modo la parte di provvista necessaria per l’acquisto, ma questo profilo riguarda il rapporto fra venditore e compratore dell’immobile, e dunque il distinto contratto di compravendita).

L’esito di questo ragionamento in sede fallimentare sarebbe che il credito della banca deve essere ammesso come privilegiato nei limiti dell’80% del valore reale dell’immobile e come non privilegiato per la parte eccedente l’80% del valore reale.

La tesi intermedia della conversione del contratto nullo/riqualificazione del contratto

Secondo una quarta tesi, il rimedio invocabile nel caso di superamento del limite di finanziabilità è quello della conversione del contratto nullo/riqualificazione del contratto come mutuo ipotecario (e non più fondiario). Ai sensi dell’art. 1424 c.c. “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”. Se si supera il limite di finanziabilità, il contratto di credito fondiario sarebbe nullo, ma si convertirebbe in un distinto contratto di credito, pur sempre assistito da garanzia ipotecaria.

Il testo unico bancario definisce come credito fondiario il credito che soddisfa le seguenti condizioni:

- 1) elemento soggettivo: finanziamento ad opera di una “banca”;
- 2) elemento temporale: durata del finanziamento a medio o lungo termine;
- 3) tipologia di garanzia: ipoteca di primo grado su immobili;
- 4) ammontare del finanziamento: massimo 80% del valore dell’immobile.

Nel caso di superamento del limite di finanziabilità, i requisiti elencati sono tutti soddisfatti salvo l’ultimo: limite di finanziabilità. Non considerando quest’ultimo requisito, si è di fronte a un finanzia-

mento con garanzia ipotecaria secondo le regole generali. Ne consegue che il contratto di credito fondiario, nullo per difetto di uno dei suoi elementi essenziali, si converte in un ordinario mutuo assistito da garanzia ipotecaria.

Il fatto che venga meno la natura fondiaria implica che non trovano applicazione gli artt. 38-42 T.U.B., che disciplinano appunto il credito fondiario, ivi compresi alcuni benefici di cui godono le banche, in particolare: esclusione della revocatoria fallimentare (art. 39, comma 4, T.U.B.); diritto di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore (art. 41, comma 2, T.U.B.) (16).

Senonché la convalida del contratto nullo non è automatica, stabilendo la legge che bisogna accertare se le parti avrebbero voluto lo stesso il negozio se avessero conosciuto la nullità (così si esprime l'art. 1424 c.c.). Questo requisito impone al giudice di valutare volta per volta se i contraenti avrebbero concluso lo stesso il contratto e la ricostruzione della concreta volontà delle parti va fatta nei singoli casi tenendo conto di ogni peculiarità. La degradazione da credito fondiario a credito ordinario garantito da ipoteca rappresenta per la banca uno svantaggio, perdendo i benefici che si sono elencati sopra. Può dunque ben capitare che la banca non avrebbe prestato il proprio consenso alla conclusione del contratto. A chi scrive non pare tuttavia che si possa sempre e automaticamente concludere nel senso che la banca non avrebbe prestato il proprio consenso.

Fra i precedenti giurisprudenziali che ipotizzano la conservazione dell'ipoteca e dunque della natura privilegiata del credito della banca, anche in caso di superamento del limite di finanziabilità, si può menzionare un intervento del Tribunale di Udine (17). Secondo questa autorità giudiziaria il mutuo qualificato come "fondiario", in cui si sarebbero peraltro superati i limiti di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo "ipotecario",

non risultando soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa speciale. L'unica differenza fra il mutuo fondiario e quello ipotecario consiste nel fatto che nel primo vi è un limite di finanziabilità, con la conseguenza che - superato il limite - il mutuo "degrada" da fondiario a ipotecario. Più precisamente, secondo il Tribunale di Udine, superato il limite di finanziabilità non si avrebbe la nullità del contratto con conversione in altro tipo di contratto, ma solo la disapplicazione degli artt. 38 ss. T.U.B. sul mutuo fondiario. Si tratterebbe in altre parole di una semplice riqualificazione del contratto di mutuo, che da "fondiario" passa a "ipotecario".

In via di conclusione, chi scrive ritiene - allo stato attuale delle proprie riflessioni - che la tesi sostenuta dal Tribunale di Udine sia quella maggiormente soddisfacente fra quelle prospettate in giurisprudenza. Il credito "fondiario" altro non è che un credito "ipotecario" che soddisfa i requisiti definitivi di cui all'art. 38 T.U.B. e alla delibera CICR attuativa. In presenza di detti requisiti, il credito non è meramente "ipotecario", ma anche "fondiario", godendo così la banca dei benefici che la legge attribuisce a quest'ultima tipologia di credito. Se manca uno dei presupposti fissati dalla legge (come il limite di finanziabilità all'80%), viene meno la natura "fondiaria", e vengono meno i benefici speciali che la legge riconnette a detta natura. Non viene invece meno la natura "ipotecaria" del credito, ossia il fatto che il credito sia assistito da garanzia ipotecaria, con soddisfazione privilegiata della banca in sede di fallimento.

Questa soluzione soddisfa in modo ragionevole l'interesse della banca al recupero del proprio credito (che rimane assistito da ipoteca) e dunque assicura - indirettamente - la stabilità del sistema finanziario. Per converso, la non sussistenza dei presupposti di legge per la qualificazione del credito come "fondiario" determina una degradazione del credito da "fondiario" (il sistema in assoluto più vantaggioso per le banche) a "ipotecario".

(16) Caratteristica del procedimento fallimentare è il divieto di azioni esecutive o cautelari individuali: dal giorno della dichiarazione di fallimento, nessuna azione individuale esecutiva o cautelare può essere iniziata o seguita sui beni compresi nel fallimento (art. 51 l.fall.). L'art. 41, comma 2, T.U.B. rappresenta un'eccezione alla regola fallimentare. Si badi tuttavia che la possibilità di iniziare o proseguire l'azione esecutiva fuo-

ri dall'ambito fallimentare non esime dal dovere della banca di presentare domanda di ammissione al passivo fallimentare per il proprio credito. Il principio è stato affermato recentemente da Cass. 30 marzo 2015, n. 6377, in questa *Rivista*, 2015, 784 ss., con nota di F. Casa.

(17) Trib. Udine 29 maggio 2014, decr., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia.