Civile Sent. Sez. 1 Num. 19016 Anno 2017
Presidente: DIDONE ANTONIO
Relatore: TERRUSI FRANCESCO
Data pubblicazione: 31/07/2017

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso 19595/2012 proposto da:

S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, presso l'avvocato che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

5612/2017

nonchè contro

Fallimento S.r.l., in persona del curatore dott. elettivamente domiciliato in Roma, , presso l'avvocato rappresentato e difeso dall'avvocato giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di VENEZIA, depositato il 26/07/2012;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/05/2017 dal cons. FRANCESCO TERRUSI;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale LUIGI SALVATO che ha concluso per la rimessione degli atti alle Sezioni Unite;
udito, per la ricorrente, l'Avvocato , con delega, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;
udito, per il controricorrente, l'Avvocato che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Fatti di causa

Il Tribunale di Venezia, con decreto in data 26-7-2012, rigettava l'opposizione allo stato passivo del fallimento di s.r.l., in liquidazione, che era stata proposta da s.p.a. per ottenere l'ammissione con collocazione ipotecaria del credito di euro 2.725.892,52, oltre accessori, vantato in forza di un contratto di finanziamento ipotecario avente a oggetto l'erogazione della somma complessiva di oltre euro 7.000.000,00 da parte di un pool di banche,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

costituito da , e

Il contratto era stato stipulato il 21-8-2006, con ipoteca di pari grado in favore dei mutuanti su un compendio immobiliare della fallita.

Il tribunale riteneva che la banca avesse violato la disciplina del mutuo fondiario stante l'avvenuto superamento del limite di finanziabilità di cui al combinato disposto dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della delibera del Cicr 22-4-1995 (l'80% del valore dell'immobile dato in garanzia), con conseguente nullità del contratto nella sua interezza. Escludeva la possibilità di una conversione, integrale o parziale, ritenendo la relativa subordinata domanda inammissibile per novità, siccome proposta per la prima volta col ricorso in opposizione. Per la stessa ragione negava la possibilità di ammettere al chirografo il credito da restituzione d'indebito.

ha proposto ricorso per cassazione affidato a dieci motivi.

La curatela ha resistito con controricorso.

Le parti hanno depositato memoria.

Ragioni della decisione

1. Col primo motivo la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del T.u.b. e dell'art. 1418 cod. civ., censura la decisione per avere ritenuto nullo il contratto di mutuo per contrarietà alla norma predetta, di natura imperativa. Sostiene difatti che la norma non è posta a tutela di interessi generali ma, integrata nella sede regolamentare, detta prescrizioni di comportamento rivolte agli istituti di credito per finalità prudenziali giacenti all'interno della disciplina della vigilanza, la cui eventuale violazione non incide sulla

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

validità del contratto ma implica l'eventuale mera irrogazione di una sanzione amministrativa (art. 145 del T.u.b.).

Col secondo e col terzo motivo la ricorrente denunzia l'insufficiente o contraddittoria motivazione del provvedimento in ordine alla valutazione del compendio immobiliare ipotecato e all'omesso espletamento di opportuni accertamenti tecnici quanto al ritenuto superamento dei limiti di finanziabilità.

Col quarto, subordinato, motivo deduce inoltre la violazione e falsa applicazione dell'art.38 del T.u.b., dell'art. 1418 cod. civ. e della citata delibera del Cicr in ragione dell'incertezza che sarebbe stata determinata dal margine di soggettività implicato nella stima del compendio, involgente uno scostamento minimo rispetto all'importo del finanziamento.

Col quinto mezzo la ricorrente denunzia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2704 cod. civ. e 45 legge fall., sul rilievo che il finanziamento concesso dal pool di banche in questione si collocava ampiamente al di sotto dei limiti vigenti, considerato il capitale residuo dei finanziamenti pregressi con iscrizioni ipotecarie sugli stessi immobili. Sostiene che il tribunale avrebbe fatto malgoverno delle citate norme affermando che la documentazione afferente era priva di data certa.

Col sesto mezzo, nella subordinata ottica di cui sopra, è dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2721 e 2726 cod. civ., in quanto si sarebbe dovuto consentire in ogni caso a essa banca di avvalersi dei comuni mezzi di prova in ordine al fatto dell'estinzione dei debiti pregressi e residui.

Col settimo motivo la ricorrente denunzia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1419 cod. civ., atteso che ove anche si desse seguito alla tesi del tribunale circa la nullità del contratto di mutuo fondiario, la detta nullità si porrebbe in rapporto alla sola parte del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

credito eccedente il limite di vigilanza, con conseguente possibilità di considerare comunque il contratto come valido per l'intero credito salva l'impossibilità della banca di avvalersi dei benefici fondiari per la detta parte; ovvero, alternativamente, come determinativa della caducazione della fonte giustificativa del prestito per la parte eccedente, da ricondursi nell'alveo della dazione di indebito.

Con l'ottavo motivo la ricorrente lamenta l'insufficiente o contraddittoria motivazione della decisione impugnata in ordine alla ritenuta essenzialità della stipula del contratto in forma fondiaria.

Col nono e col decimo motivo, infine, richiamando la pronuncia di questa Corte n. 9219-95, e deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 99 legge fall., 1424 cod. civ. e 112 cod. proc. civ., si duole che sia stata ignorata dal giudice del merito l'esplicita richiesta (i) di conversione del contratto ove ritenuto affetto da nullità, ovvero in estremo subordine (ii) di ammissione del credito al rango chirografario per la restituzione del capitale comunque erogato.

2. Devono essere esaminati prioritariamente i motivi dal secondo al sesto, tra loro connessi e finalizzati a censurare l'affermazione del giudice *a quo* circa il superamento della soglia di vigilanza del mutuo fondiario.

In proposito il tribunale ha ritenuto superato il limite di finanziabilità dettato dall'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della annessa delibera del Cicr 22-4-1995, esplicitamente esaminando, e confutando, innanzi tutto la stima effettuata dal perito incaricato dalla banca.

Ha osservato che la stima era stata effettuata in violazione di quanto preteso dalla direttiva 2000/12-CE, in ordine alla necessità di tener conto non solo dei prezzi di mercato all'epoca della negoziazione ma anche "degli aspetti durevoli a lungo termine dell'immobile (..) dell'uso corrente (..) e dei suoi appropriati usi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

alternativi". Ne ha quindi tratto il convincimento della maggiore attendibilità, e della correttezza, della stima effettuata dal perito della procedura, sulla base di criteri rispondenti all'ottica prudenziale della direttiva europea.

In tal guisa, il tribunale ha ritenuto che la banca non aveva fornito la prova dell'estinzione dei debiti anteriori all'erogazione del mutuo, sicché nella determinazione dell'importo massimo finanziabile dovevasi tener conto anche dell'ammontare dei finanziamenti pregressi.

Sul punto le critiche svolte dalla ricorrente vanno disattese.

2.1. Il secondo e il terzo motivo, formulati ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., si risolvono in un tentativo di rivisitazione del giudizio di fatto, congrua e insindacabile essendo la motivazione del tribunale nella parte afferente il valore del compendio.

Più volte è stato affermato che spetta solo al giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere altresì tra le risultanze istruttorie quelle ritenute più idonee a dimostrare i fatti in discussione, dando così prevalenza all'uno o all'altro mezzo (v. *ex aliis* Cass. n. 20518-08; Cass. n. 22901-05; Cass. n. 15693-04). Né l'onere di adeguatezza della motivazione comporta che il giudice del merito debba occuparsi di tutte le allegazioni delle parti, o che debba prendere in esame, al fine di confutarle o condividerle, tutte le argomentazioni da queste svolte, essendo sufficiente che risultino esposti in maniera concisa ma intelligibile gli elementi in fatto (e in diritto) posti a fondamento della decisione (tra le tante v. Cass. n. 24542-09; Cass. n. 407-06).

E' poi rimesso alla valutazione discrezionale del giudice del merito il giudizio sul se disporre, o meno, una c.t.u. laddove risulti che egli sia già in possesso di dati tecnici suscettibili di esser posti a

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

base della decisione (v. Cass. n. 72-11; Cass. n. 20814-04, ma anche, sebbene implicitamente, Cass. n. 17399-15).

Per cui, quando il giudice disponga di elementi istruttori sufficienti a dar conto della decisione adottata, non può essere censurato il mancato esercizio di quel potere, salvo che la soluzione scelta non risulti infine immotivata o non adeguatamente motivata.

Alla luce di tali consolidati principi, il secondo e il terzo motivo sono inammissibili, mentre il quarto è generico, oltre che in sé scarsamente efficace, a proposito della asserita minimalità (1,86 %) dello scostamento del limite di vigilanza.

2.2. Il quinto motivo è infondato.

Si sostiene che l'estinzione dei debiti pregressi era stata provata con la produzione di distinte di versamento, di copie di assegni circolari e di un atto di quietanza e assenso alla cancellazione d'ipoteca da parte del creditore s.p.a., e che erroneamente il tribunale avrebbe opposto la mancanza di data certa dei documenti in questione quando questi avevano la limitata finalità di provare i fatti posti a base della prospettazione, non i negozi giuridici.

Può osservarsi che l'assunto implicato dal terzo motivo - tratto dal limitato operare dell'art. 2704 cod. civ. al caso in cui dalla scrittura si vogliano, in relazione alla sua data, conseguire gli effetti negoziali propri della convenzione contenuta nell'atto, e non anche al caso in cui la scrittura sia invocata come semplice fatto storico (v. Cass. n. 3998-03; Cass. n. 24955-06 e altre) - non pertiene al caso di specie.

Nel giudizio in cui sia parte il curatore del fallimento, il debitore non può opporre la quietanza, rilasciata dal creditore all'atto del pagamento, ove la stessa non abbia data certa anteriore; non può farlo neppure invocandola quale confessione stragiudiziale del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

pagamento stesso, atteso che essa è valida solo nel giudizio in cui siano parti l'autore e il destinatario di quella dichiarazione, mentre il curatore, pur ponendosi, nell'esercizio di un diritto del fallito, nella stessa posizione di quest'ultimo, è una parte processuale diversa dal fallito medesimo (v. in generale Cass. n. n. 13513-02, e nello stesso senso Cass. n. 14481-05; e v. pure rispetto all'azione revocatoria fallimentare, Cass. n. 1759-08).

Lo stesso principio vale per gli ulteriori documenti tesi a sostenere, nei riguardi del fallimento, la circostanza di un pagamento anteriore.

Il fatto poi che l'atto di quietanza e di assenso alla cancellazione in favore di fosse munito di forma notarile è del tutto assertorio: esso invero non emerge dalla sentenza e al riguardo il ricorso non soddisfa il fine di autosufficienza.

Va puntualizzato inoltre che la prova del fatto estintivo non può essere correlata al mero riferimento a titoli di credito, per loro natura astratti, salvo che si possa dimostrare che il rilascio degli stessi, con funzione solutoria, sia ricollegabile al contratto da cui sorgono le obbligazioni. Tale collegamento può essere oggetto di prova logica, sulla base di elementi documentali in tal senso concludenti, ma la relativa valutazione suppone accertamenti di fatto istituzionalmente rimessi al giudice del merito; e, in rapporto a una eventuale omessa valutazione di fatti storici ritenuti all'uopo rilevanti, la decisione avrebbe potuto essere impugnata solo deducendo vizi della motivazione.

2.3. Il sesto motivo è inammissibile per difetto di concludenza.

L'avvenuta estinzione dei finanziamenti pregressi viene addotta in rapporto a una doglianza di mancata ammissione di un capitolo di prova testimoniale.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

La riproduzione del capitolo di prova rende tuttavia palese che si trattava di deduzione genericamente evocativa dell'avvenuta "estinzione" del debito residuo prima dell'erogazione del finanziamento.

Costituisce espressione di un principio pacifico che il ricorrente, ove in sede di legittimità denunci la mancata ammissione di una prova testimoniale da parte del giudice di merito, ha l'onere di indicare specificamente le circostanze che formavano oggetto della prova al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare e, quindi, delle prove stesse (v. Cass. Sez. U n. 28336-11).

Ora il tribunale ha disatteso la prova perché essa si poneva in contrasto, "in relazione all'ingentissimo ammontare del credito vantato dalla banca e all'opposizione della procedura all'espletamento di tale prova", con gli artt. 2721 e 2726 cod. civ.

La ricorrente afferma che le norme dianzi citate attengono solo alla prova dei contratti e non anche alla prova dei fatti giuridici, ma non tiene conto che la *ratio decidendi* del giudice del merito ha fatto leva sulla natura di pagamento dell'atto estintivo di un debito contrattualmente assunto. Ed è inconferente citare in contrario Cass. n. 16538-09, giacché il principio in essa affermato attiene alla fattispecie - del tutto diversa - degli atti di accreditamento e di prelevamento in conto corrente, non qualificabili quali autonomi negozi giuridici o, appunto, quali pagamenti, vale a dire come atti estintivi di obbligazioni, ma quali atti di utilizzazione di un unico contratto (di conto corrente) a esecuzione ripetuta.

Il che però a niente serve quando, invece, la mancata ammissione della prova testimoniale sia stata implicitamente riferita al pagamento quale atto estintivo intraneo al rapporto giuridico, all'esito di eccezione di parte opportunamente menzionata.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Il motivo di ricorso per la sua genericità non consente del resto di ritenere, in prospettiva di autosufficienza, che l'estinzione, a fronte del finanziamento pregresso, sia stata dedotta come fatto materiale estraneo alla esecuzione dello specifico rapporto giuridico.

E' dunque intangibile l'accertamento del giudice del merito in ordine all'avvenuto superamento, nel caso di specie, del limite di finanziabilità (o di vigilanza) del mutuo fondiario.

3. Ciò stante, possono essere a loro volta unitariamente esaminati il primo, il settimo e l'ottavo motivo di ricorso, a proposito della conseguente sorte del suddetto mutuo in rapporto all'insinuazione della banca al passivo del fallimento.

I motivi sono infondati, giacché il collegio ritiene di dover rimeditare il principio affermato dalla sezione in ordine al non essere il superamento del limite di finanziabilità determinativo della nullità del contratto di mutuo fondiario (v. Cass. n. 26672-13 e Cass. n. 27380-13, e poi anche Cass. n. 22446-15, Cass. n. 4471-16 e Cass. n. 13164-16).

3.1. A tal riguardo è utile innanzi tutto rammentare in qual modo la giurisprudenza si sia evoluta nel senso appena detto.

Ed è bene prender le mosse dalla considerazione che un contrapposto orientamento giurisprudenziale si era a suo tempo formato a proposito delle operazioni di credito edilizio.

Per i mutui di credito edilizio, destinati cioè alla "costruzione, ricostruzione, riparazione, trasformazione e sopraelevazione di edifici ad uso prevalente di abitazione non di lusso", l'art. 3 della legge n. 474 del 1949 analogamente prevedeva che l'ammontare di ciascun mutuo non potesse eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile.

Tale norma era ritenuta avente natura imperativa, in quanto, in forza di essa e delle altre disposizioni di settore, da un lato,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

l'ammontare del mutuo si diceva collegato con lo scopo di agevolare la disponibilità di abitazioni non di lusso, sicché ogni diversità rispetto alle previsioni di legge avrebbe costituito una violazione del detto scopo di carattere pubblico, e, dall'altro, essendo l'ipoteca, collegata al mutuo medesimo, posta a garanzia di un certo ammontare del credito - e non oltre - rispetto al valore del bene ipotecato, il superamento del limite avrebbe attribuito al creditore – ancora si diceva - una causa di prelazione non solo illegittima, ma anche nulla, perché contraria al principio della *par condicio* sancito dall'art. 2741 cod. civ. (v. Cass. n. 9219-95).

Secondo il citato indirizzo, la stipulazione di un mutuo in violazione dell'indicata norma dava quindi luogo a nullità del relativo contratto, eventualmente anche solo parziale, perché il contratto era ritenuto scindibile nelle sue obbligazioni e riducibile a un contenuto minore ove fosse risultato che le parti lo avrebbero in ogni caso posto in essere con tale contenuto.

Per quanto in *obiter dictum*, la sentenza sopra citata aveva inoltre paventato l'estensione del principio anche in relazione al sopravvenuto art. 38 del T.u.b., per il caso della violazione dell'ammontare massimo dei finanziamenti in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, richiamando, a presidio della nullità del contratto, anche l'art. 117, ottavo comma.

Difatti quella giurisprudenza aveva ritenuto che le conseguenze legali dipendenti dalla violazione non potessero esaurirsi nelle sanzioni amministrative a carico degli amministratori dell'Istituto, vuoi in base alla vecchia legge bancaria del 1936 (art. 17), vuoi in base all'attuale T.u.b., dal momento che dette sanzioni non erano idonee ad assicurare la tutela degli interessi pubblici coinvolti.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

3.2. L'orientamento direttamente affermatosi sull'art. 38 del T.u.b. ha fatto leva, invece, onde escludere la nullità del contratto di mutuo fondiario, sul non essere il limite di finanziabilità suscettibile di essere compreso all'interno delle ipotesi genericamente previste dall'art. 117, ottavo comma, del medesimo testo unico.

In caso di superamento del limite anzidetto ha poi escluso anche l'applicabilità dell'art. 1418 cod. civ., ritenendone ostativa la tradizionale impostazione secondo cui unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti.

Da questo punto di vista, il fulcro del ragionamento è stato ancorato alla considerazione che la determinazione dell'importo massimo finanziabile sia prevista unicamente a tutela del sistema bancario, sicché la soglia di finanziabilità investirebbe esclusivamente il comportamento della banca finanziatrice, tenuta a non esporsi oltre un limite di ragionevolezza, senza tuttavia incidere sul sinallagma.

Secondo il citato orientamento, ove non altrimenti stabilito dalla legge solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità. Mentre la disposizione dell'art. 38 del T.u.b. e i conseguenti provvedimenti delle autorità amministrative non sarebbero declinabili secondo il parametro di validità, sebbene secondo quello di condotta (o di comportamento): esse costituirebbero norme di "buona condotta" la cui violazione può, nel caso, comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario.

Tale conclusione si è detto trovar conferma nel fatto che predicare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità significa travolgere la connessa garanzia ipotecaria, con il paradossale risultato di pregiudicare il valore della stabilità

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

patrimoniale della banca che la relativa normativa intende invece proteggere. Invero nel credito fondiario il cliente ha tutto l'interesse a ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità.

4. Osserva il collegio che la base argomentativa dell'indirizzo giurisprudenziale appena sintetizzato è condivisibile nella sola affermazione di non riconducibilità della fattispecie alla nullità testualmente stabilita dall'art. 117, ottavo comma, del T.u.b., perché l'indicazione dell'importo massimo finanziabile non fa parte del contenuto del contratto di credito fondiario che può considerarsi tipico secondo il disposto di quella norma. La quale norma difatti non lo contempla neppure indirettamente, per il tramite del potere prescrittivo della Banca d'Italia.

E' vero quindi che la questione posta dall'art. 38, ottavo comma, del T.u.b. non può risolversi all'interno della tesi della nullità testuale, a prescindere dalle divaricazioni di orientamento rinvenibili in dottrina a proposito della qualificazione - come tipizzante o connotativo - del potere della Banca d'Italia di prescrivere il contenuto di determinati contratti.

Ciò tuttavia non consente di condividere le conclusioni dell'orientamento inaugurato nel 2013 anche a proposito della concorrente esclusione della fattispecie generale di nullità ex art. 1418 cod. civ.

Questo perché la prescrizione dei limiti di finanziabilità – per quanto non ascrivibile a un contenuto tipico predeterminato dall'autorità creditizia - si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario".

5. La tesi fin qui sostenuta dall'indirizzo giurisprudenziale dominante fa leva, da questo secondo punto di vista, sul noto discrimine tra regole di validità e regole di comportamento.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Osterebbe cioè all'applicabilità del 1418 cod. civ. la tradizionale impostazione secondo cui unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, ma riguardanti il comportamento dei contraenti.

Questa affermazione non convince sia nella premessa, sia nella conclusione.

6. Non convince innanzi tutto nella premessa, in quanto il fine della previsione dettata in materia di credito fondiario a proposito del limite massimo di concedibilità del finanziamento risponde a una necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali (come opportunamente già messo in luce da Cass. n. 9219-95), attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale.

A una simile *ratio* è correlato il trattamento di favore accordato alla banca che eroghi un tal tipo di finanziamento, sul versante del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 del T.u.b.) e della peculiare disciplina del processo esecutivo individuale attivabile pur in costanza di fallimento (art. 41). Ed è significativo notare che proprio da ciò è stato motivato il rigetto della questione di costituzionalità della disciplina di favore predetta (artt. 38 e seg. del T.u.b. e 67 della legge fall.), avendone la Corte costituzionale affermato la ragionevolezza in virtù del riconoscimento al credito fondiario di un "evidente intento di favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare", effetto di una precisa scelta di politica economica — in quanto tale insindacabile — tesa ad agevolare l'accesso a "finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di condizioni di crisi dell'imprenditore" e a sostenere, da questo punto di vista, la stessa attività di impresa (v. C. cost. n. 174-04).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

In secondo luogo, l'orientamento inaugurato dalla sezione nel 2013 non appare convincente neppure sul versante della dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, posto che non si dubita – né da quell'orientamento è stato posto minimanente in discussione – che l'art. 38 del T.u.b. sia norma imperativa.

Il significato della dicotomia sembra difatti contraddetto sul terreno degli interessi sottesi e dell'adeguatezza per l'ipotesi di violazione della norma imperativa.

La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, di matrice dottrinale, trova compiuto sviluppo giurisprudenziale in quanto dalle Sezioni unite è stato affermato a proposito dell'intermediazione finanziaria (v. Cass. Sez. U n. 26724-07 e n. 26725-07).

In relazione alla nullità negoziale per contrarietà a norme imperative (in difetto di espressa previsione in tal senso: cosiddetta "nullità virtuale"), le Sezioni unite hanno confermato la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere, invece, fonte di responsabilità.

E' un fatto, però, che nel solco appena indicato il discrimine si incentra sull'essere determinative di nullità, e non di mera responsabilità, le violazioni attinenti a elementi intrinseci del negozio, relativi alla sua struttura (il contenuto).

In questo specifico senso la nullità non può discendere da condotte illegittime tenute nella fase prenegoziale o esecutiva del contratto.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

7. Ora la fissazione di un limite di finanziabilità, quanto alla disciplina dell'art. 38 del T.u.b. e delle norme regolamentari afferenti, non è confinabile nell'area del comportamento in fase prenegoziale: l'area cioè della contrattazione tra banca e cliente.

Né è correlabile, ovviamente, alla fase attuativa.

Consegue che non è pertinente osservare che nel credito fondiario il cliente ha tutto l'interesse a ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile, anche a prescindere dal limite di finanziabilità.

Il punto è che tutte le regole giuridiche sono regole di condotta, con la conseguenza che, se è indubbio che l'art. 38, secondo comma, del T.u.b. incide su un contegno 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.

8. Non serve allora obiettare che, essendo il limite di finanziabilità in funzione del rapporto tra il contratto di finanziamento e il contratto di concessione d'ipoteca, il suo rispetto non può essere percepito mediante un'analisi isolata del mutuo.

L'obiezione, che pure è desumibile dalle decisioni del 2013 sopra citate, si sostanzia nel rilievo che predicare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità significherebbe travolgere la connessa garanzia ipotecaria, con il paradossale risultato di pregiudicare il valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intende invece proteggere.

In verità la norma non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma persegue interessi economici nazionali (pubblici).

E' ovvio che la nullità ha come conseguenza l'incapacità del contratto di produrre il proprio effetto, compresa la costituzione di

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

un'ipoteca valida. Ma ciò non può indurre a considerare la soglia di finanziabilità come un elemento estrinseco alla fattispecie, perché la fattispecie negoziale, nel nesso tra mutuo e ipoteca, è giustappunto e comunque unitaria.

Poiché nella distinzione accolta dalle richiamate sentenze delle Sezioni unite la violazione di una norma imperativa determina l'invalidità ogni volta che incide sulla regola negoziale, vale a dire ogni volta che sia apprezzabile un contrasto tra la disposizione violata e il regolamento d'interessi sotteso al negozio, non sembra che l'interpretazione fin qui propugnata dalla sezione possa essere mantenuta ferma, per lo meno perché da questo punto di vista intrinsecamente contraddittoria.

Col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38, secondo comma, del T.u.b. è disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo.

9. Le esposte considerazioni si palesano dirimenti al fine di ribaltare l'orientamento fin qui affermatosi.

Esse trovano ulteriore e logico conforto nella materia concorsuale.

Ove intervenga la crisi dell'impresa finanziata, l'interesse del cliente recede dinanzi all'interesse della massa creditoria, sicché la vicenda si colloca tutta nei confini del rispetto della *par condicio* (già declinato d'altronde dall'art. 2741 cod. civ.).

L'interpretazione che in materia di credito fondiario esclude la nullità del relativo contratto, ove pur sia violato il limite massimo di concedibilità del finanziamento, finisce per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Da questo angolo visuale è da condividere il rilievo dottrinale per cui il collegamento esistente tra il finanziamento e l'ipoteca suppone non potersi dissociare l'esegesi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. dalla sua funzione di limite sia del credito (fondiario), sia del connesso privilegio (fondiario), a meno di scadere – come efficacemente osservato - in un'inaccettabile protezione dell'illegalità.

Siffatto rilievo giustifica, nel contempo, ancora oggi, la sottolineatura rinvenibile in Cass. n. 9219-95 circa l'inadeguatezza dello strumento sanzionatorio amministrativo, giacché sanzionare il superamento della soglia con l'irrogazione di mere sanzioni amministrative, facendo sempre salva la validità del contratto, significa consentire infine alla banca di disporre – essa - della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici correlati pur nel mancato rispetto dei limiti di legge, con conseguente pregiudizio delle pretese dei creditori concorrenti. Conclusione che sarebbe insostenibile non solo sul piano funzionale, ma anche da un punto di vista tecnico, in quanto distonica con quanto ancora una volta affermato dalle Sezioni unite nelle ripetute sentenze n. 26724-07 e n. 26725-07.

Ivi si è detto che non può escludersi la nullità del contratto se, dinanzi a infrazioni di norme imperative, non sia disponibile un rimedio che possa concretamente servire l'interesse sotteso alla disposizione violata.

Ebbene l'interesse in questione è pubblico.

E allora insistere sulle sanzioni amministrative irrogabili alla banca è cosa non proficua, perché la limitazione dell'importo del mutuo e, conseguentemente, della garanzia ipotecaria, non riflettendo gli interessi particolari delle parti contraenti, costituisce un limite inderogabile alla loro autonomia privata.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

10. Tanto comporta il rigetto dei sopra menzionati motivi primo, settimo e ottavo, dovendosi affermare il seguente principio: il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, "fondiario", secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti.

Non può seguirsi la tesi della ricorrente a proposito della configurazione di una fattispecie di nullità parziale, riguardante cioè il mutuo fondiario e la corrispondente e dipendente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge.

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 del T.u.b. 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 legali involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa.

Ferma allora la nullità del contratto di mutuo fondiario, l'unica modalità di recupero del contratto nullo è quella della conversione in un contratto diverso (art. 1424 cod. civ.).

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

11. A questo riguardo dev'essere accolto, il nono motivo di ricorso, col quale la banca, ricordato di aver chiesto, subordinatamente, la conversione del contratto in un finanziamento avente integrale natura di mutuo ordinario (art. 1424 cod. civ.), lamenta che il tribunale abbia erroneamente ritenuto inammissibile tale istanza perché in contrasto col principio di immutabilità della domanda.

In questo il tribunale ha errato perché è vero che i poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale non possono estendersi alla rilevazione di una possibile conversione del contratto, ostandovi il dettato dell'art. 1424 cod. civ. secondo il quale il contratto nullo può, non deve, produrre gli effetti di un contratto diverso. Difatti si determinerebbe, altrimenti, un'inammissibile rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, della convenzione negoziale (Cass. Sez. U n. 26242-14). Non è men vero però che l'istanza di conversione è certamente ammissibile ove sia avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità.

Si tratta infatti di un'istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria.

Diversamente allora da quanto affermato dal tribunale, una simile istanza ben poteva essere formulata per la prima volta col ricorso in opposizione allo stato passivo, una volta appurato che il credito non era stato ammesso a cagione della nullità del contratto di mutuo fondiario e dell'annessa ipoteca.

12. Resta assorbito il decimo mezzo.

Il decreto del tribunale di Venezia va cassato nei sensi appena detti.

Segue il rinvio al medesimo tribunale, diversa sezione, il quale, attenendosi ai sintetizzati principi di diritto, si pronuncerà sull'istanza

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

di conversione (ovvero sulle questioni assorbite) provvedendo ai pertinenti accertamenti di fatto.

Il tribunale provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

p.q.m.

La Corte rigetta i primi otto motivi di ricorso, accoglie il nono e dichiara assorbito il decimo; cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al tribunale di Venezia.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 9 maggio 2017.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale