Civile Ord. Sez. 1 Num. 11543 Anno 2018
Presidente: DI VIRGILIO ROSA MARIA
Relatore: CENICCOLA ALDO
Data pubblicazione: 11/05/2018

Ud. 31.1.2018

sul ricorso n. 9152\2013 proposto da

( ) in persona del legale rapp.te p.t., rapp.to e difeso per procura a margine del ricorso dagli avv. e elettivamente domiciliati presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla v. XX Settembre n. 3

- ricorrente -

contro

& CO. s.a.s. e del socio illimitatamente responsabile (CF), in persona del curatore, rapp.to e difeso per procura in calce al controricorso dall'avv. elettivamente domiciliato in Roma alla v. presso lo studio dell'avv. dall'avv.

- controricorrente -

avverso il decreto del 28.2.2013 del Tribunale di Cagliari;

ORD.
193
2018

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

letta la requisitoria depositata dal P.G. in data 11.1.2018 che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2018 dal relatore dr. Aldo Ceniccola.

Rilevato che:
con decreto del 28.2.2013 il Tribunale di Cagliari respingeva l'opposizione allo stato passivo proposta dal s.p.a. volta ad ottenere il riconoscimento del proprio credito di € 69.572,60 in via chirografaria in relazione al passivo del fallimento della & C. s.a.s.;
osservava il Tribunale che in difetto di prova riguardo alla conformità del mutuo fondiario, posto a fondamento della pretesa, alle prescrizioni di cui all'art. 38 T.U.B., il contratto doveva ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. e che dunque correttamente il giudice delegato aveva escluso il credito muovendo dal presupposto della mancata dimostrazione che l'importo erogato in contratto avesse rispettato il previsto rapporto proporzionale con l'opera finanziata, stabilito nella delibera Cicr nella misura massima dell'80% del valore cauzionale del bene ipotecato;
l'integrazione documentale fornita in sede di opposizione da parte del ricorrente, poi, era costituito da una perizia priva di data certa e comunque inidonea allo scopo in quanto avente ad oggetto il valore venale del bene e non il valore concretamente ricavabile in via esecutiva;
osservava -infine- che l'istituto erogante avrebbe potuto domandare l'ammissione in via chirografaria del credito per indebito arricchimento, domanda che però non era stata proposta in sede di verifica e non poteva essere proposta per la prima volta mediante l'opposizione;
avverso tale decreto il ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi; resiste la curatela fallimentare

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

mediante controricorso; in data 11.1.2018 il P.G. ha depositato la requisitoria concludendo per l'accoglimento del ricorso.

Considerato che:

con il primo motivo il ricorrente deduce l'erronea applicazione degli artt. 38 e 117 Tub ed in particolare l'erronea qualificazione del limite di finanziabilità come imposto da norma imperativa e l'erronea applicabilità dell'art. 117 Tub: in particolare, secondo il ricorrente, il limite di finanziabilità è contenuto in una norma regolamentare avente mera finalità di vigilanza prudenziale, sicchè ancorare la nullità del mutuo ad una valutazione svolta 'ex post' sulla base di elaborati tecnici che potrebbero essere influenzati da fattori intervenuti dopo la stipula del contratto contrasterebbe con principio di conservazione dei negozi e costituirebbe una sanzione eccessiva rispetto alla gravità della condotta sanzionata; inconferente è poi il richiamo all'art. 117 Tub, norma finalizzata a garantire la tutela del contraente debole nell'ambito della contrattazione di massa, inserendosi tale disposizione in un contesto del tutto differente da quello dell'art. 38 Tub e dalla finalità perseguita dai limiti di finanziabilità dei mutui fondiari ed edilizi;

con il secondo motivo lamenta l'erronea applicazione dell'art. 38 Tub., evidenziando che pur volendo sostenere la nullità del mutuo fondiario, il Tribunale avrebbe errato nel non applicare il principio di conversione di cui all'art. 1424 c.c., nell'omettere di convertire il mutuo fondiario in ordinario e di ammettere il credito in via chirografaria; quanto poi alla perizia richiamata dal Tribunale, osservava in primo luogo che l'art. 38 Tub si limita a stabilire che il finanziamento erogato debba rispettare il limite di finanziabilità, senza richiedere l'allegazione di un elaborato peritale riguardo al valore del bene; in secondo luogo che il fallimento non aveva nemmeno contestato la relazione peritale prodotta dall'opponente, essendo dunque del tutto irrilevante la mancanza di data certa; osservava, infine, che la norma richiamata nemmeno

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

impone che la relazione peritale debba determinare il valore cauzionale e tantomeno il valore realizzabile in via esecutiva;

con il terzo motivo lamenta l'erronea applicazione della disciplina in ordine alle domande nuove, in quanto il ricorrente già in sede di ammissione al passivo aveva domandato l'ammissione del credito derivante dalle somme erogate alla fallita in via chirografaria, intendendo in tal modo far valere il credito conseguente alla dazione di denaro e per tale ragione tale domanda, svolta in via subordinata ed esplicitata in conseguenza delle eccezioni proposte dal curatore, non doveva considerarsi nuova;

il primo motivo è infondato;

come recentemente statuito da questa Corte, infatti, "*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 (...) e 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 mobilizzazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa*" (Cass. n. 17352 del 2017);

premessa infatti la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, la Corte ha condivisibilmente osservato che se è indubbio che l'art. 38, comma 2, Tub incide sul contegno della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento non è confinabile nell'area del comportamento in fase prenegoziale e dunque nell'area della contrattazione tra banca e cliente, in quanto la soglia stabilita per il finanziamento ha la più incisiva funzione di regolare l'ammontare della prestazione creditizia in modo da incidere direttamente sulla fattispecie;

ne consegue che, con il superamento del limite di finanziabilità, il precetto in questione è disatteso non solo e non tanto sul versante del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

comportamento quanto e specialmente sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo;

il secondo ed il terzo motivo possono essere congiuntamente esaminati;

questa Corte (nel precedente più sopra richiamato) ha condivisibilmente precisato che lo sconfinamento del limite in oggetto, che conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, mantiene tuttavia intatta la possibilità di conversione del mutuo fondiario in un ordinario finanziamento, ove ne risultino accertati i presupposti, sicchè, ferma 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 c.c.);

poiché, infatti, il limite di finanziabilità è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come "fondiario", lo sconfinamento di esso se da un lato conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, dall'altro mantiene intatta la possibilità di conversione di questo in un finanziamento ordinario;

passando ad applicare tali principi al caso in esame, va al riguardo osservato che l'istituto di credito ha domandato l'ammissione al passivo facendo valere fin dall'inizio il proprio credito in via chirografaria, ciò in quanto l'ipoteca gravava su un bene di proprietà di un terzo e dunque non acquisito alla massa attiva;

ha dunque errato il Tribunale nel rigettare la domanda ritenendo irrilevante il fatto che il creditore non avesse invocato il privilegio fondiario;

infatti, proprio attraverso la domanda di ammissione in via chirografaria, l'istituto di credito ha inteso far valere una pretesa restitutoria del tutto svincolata dalla nullità del mutuo fondiario (tali ragioni, del resto, impedirebbero anche di qualificare come nuova la domanda di arricchimento successivamente avanzata dall'istante, contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale);

la pretesa restitutoria della banca, fatta valere esclusivamente invocando la dazione della somma di denaro, è del tutto indipendente

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dal carattere fondiario del mutuo e permette al creditore di realizzare il proprio credito in via chirografaria nei confronti del fallimento;

le ragioni che precedono impongono la cassazione del decreto impugnato in relazione ai motivi accolti ed il rinvio al Tribunale di Cagliari in diversa composizione per statuire anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo ed il terzo, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Cagliari in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale