

revoca del provvedimento, insistendo per la sospensione della procedura esecutiva, con vittoria delle spese di procedimento.

Costituita nella presente fase di reclamo, la _____ s.p.a. ha contestato le avverse pretese ed ha chiesto il rigetto del reclamo.

1. Sentito il relatore ed esaminati gli atti, il Collegio ritiene che il reclamo vada accolto per le ragioni che vengono di seguito esposte.

1.1. Innanzitutto, non possono condividersi i rilievi del Giudice dell'esecuzione in ordine all'insussistenza dei presupposti per la riproposizione dell'istanza sospensiva ex art. 669 *septies* c.p.c.

Nell'ordinanza reclamata si legge che “*Con riferimento all'inquadrabilità di quanto prospettato nei “mutamenti nelle circostanze” di cui all'art. 669 septies c.p.c., la stessa deve essere esclusa tanto in ordine all'evidenziato revirement della Corte di Cassazione, quanto in ordine al sopravvenuto deposito della relazione peritale nella presente procedura*” (cfr. pag. 4).

Tuttavia, il richiamato art. 669 *septies* c.p.c. ammette la riproposizione dell'istanza cautelare non solo “*quando si verificano mutamenti delle circostanze*”, ma anche ove “*vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto*”.

1.1.1. Orbene, secondo l'interpretazione largamente maggioritaria, l'art. 669 *septies* pone una disciplina preclusiva piuttosto blanda, dovendosi attribuire rilevanza, oltre che ai fatti storici sopravvenuti, anche alle circostanze preesistenti non dedotte in precedenza; la norma infatti contempla sia i fatti o le prove successivi alla decisione negativa o conosciuti dopo la stessa, sia le *nuove* ragioni di fatto o di diritto, da intendersi come fatti o argomentazioni non utilizzati dalle parti o dal giudice nel primo procedimento (cfr. Trib. Roma, 7.12.2000; Trib. Mantova, 11.4.2002; Trib. Napoli, 14.1.2004).

La formula usata dal legislatore, più ampia di quella che definisce i presupposti della modifica o revoca dell'ordinanza (solo “*mutamenti nelle circostanze*” ex art. 669 *decies*), consente dunque la riproposizione della domanda non solo in relazione al sopraggiungere di nuove circostanze di *fatto*, ma anche quando vengano allegati fatti preesistenti o prospettate difese in *diritto* anteriormente non utilizzate.

Solo così la norma risponde pienamente agli scopi della riforma cautelare e, segnatamente, a quello di recuperare un presupposto di elasticità che miri a soddisfare l'esigenza di adeguamento della cautela alla situazione, di fatto e processuale, che via via viene determinandosi (cfr. Trib. Bari, 26.6.2018).

In particolare, legittimano la riproposizione della domanda già rigettata non soltanto i mutamenti che influiscono sul motivo portante della decisione di rigetto (di rito o di merito), ma anche le allegazioni di ragioni di fatto o di diritto, riguardanti il *fumus* o il *periculum*, non proposte a sostegno della prima istanza.

Peraltro, secondo l'orientamento maggioritario, la norma in esame sottintende che il cd. “giudicato cautelare” sia estremamente fievole, sì da coprire soltanto il dedotto ma non anche il deducibile, con la



conseguenza della reiterabilità dell'istanza cautelare anche qualora vengano allegare circostanze di fatto o proposte argomentazioni giuridiche preesistenti all'adozione del provvedimento di rigetto.

1.1.2. Tanto chiarito, è di tutta evidenza che il motivo, concernente il mutamento giurisprudenziale in tema di nullità del mutuo fondiario concesso in misura superiore all'80% del valore dell'immobile dato in ipoteca, avutosi con la pronuncia della Corte di Cassazione del 13 luglio 2017 n. 17352, rassegnato da Domenico a sostegno della riproposta istanza di sospensione dell'esecuzione del 10.11.2017 (all. n. 14 al fascicolo di parte reclamante), può ben farsi rientrare tra le nuove ragioni di diritto previste dal menzionato art. 669 *septies* c.p.c.

Ed invero, se pure già in sede di opposizione all'esecuzione ex artt. 615 e 624 c.p.c. del 8.4.2016 (all. n. 4 al fascicolo di parte reclamante) la parte reclamante aveva denunciato la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 t.u.b., il richiamo al recente orientamento espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 17352/2017 (dedotto per la prima volta nell'istanza del 10.11.2017), in quanto teso ad offrire le argomentazioni giuridiche mediante cui il Supremo Consesso ha rimeditato un orientamento in precedenza sostenuto da talune decisioni della stessa Corte, costituisce senza dubbio una *nuova* deduzione in *diritto*, dotata peraltro di non indifferente autorevolezza.

Al riguardo, non sembra pertinente l'osservazione in ordine alla stabilità di tale decisione, vale a dire in ordine all'assenza di una statuizione consolidata sul punto promanante dalle Sezioni Unite, poiché, come già si è detto, ciò che l'art. 669 *septies* c.p.c. richiede per la riproponibilità della richiesta cautelare è solamente la deduzione di *nuove* ragioni di diritto, a prescindere dalla loro forza nomofilattica (infatti, è pacifico nella giurisprudenza di merito che anche l'allegazione di una *nuova* tesi dottrinale minoritaria, financo avversata dalla giurisprudenza di legittimità, possa ritenersi rispondente ai canoni prescritti dall'art. 669 *septies*, purché si tratti di ragionamento mai propugnato in precedenza).

Lo si ripete, la *ratio* sottesa alla disciplina dell'art. 669 *septies* è connessa solamente alla sussistenza di un elemento di novità che imponga un effettivo mutamento degli strumenti attraverso i quali portare all'attenzione del giudice la realtà fattuale (o giuridica) esterna.

E, nel caso di specie, non può che affermarsi che l'indirizzo accolto dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 17352/2017 integra notevoli elementi di novità, tanto da aver portato a ripensamenti nella giurisprudenza di merito (si veda Trib. Catanzaro, 16.1.2018, prodotta dal reclamante; ma anche Trib. Monza, 12.10.2018, in cui il giudicante ha precisato che "*pur non condividendo le argomentazioni espresse dalla Suprema Corte, ... non può far altro che adeguarsi al nuovo costante indirizzo essendo inutile contrastare un'interpretazione che deve definirsi costante*") e, soprattutto, a non poche adesioni nella giurisprudenza di legittimità, con cui è stato contraddetto il pregresso orientamento (cfr. Cass. nn. 19015/2017, 19016/2017, 6586/2018, 9079/2018, 11201/2018, 11543/2018, 13285/2018, 13286/2018, 20052/2018, 22466/2018).



Dunque, contrariamente a quanto asserito dal Giudice di prime cure, l'istanza sospensiva così come riproposta da Domenico è pienamente *ammissibile*.

1.2. Venendo al merito, il Collegio osserva che le nuove argomentazioni in diritto offerte dal reclamante appaiono sufficienti a corroborare, quanto meno sul piano della verosimiglianza propria della sommarietà della cognizione che caratterizza il giudizio ex art. 624 c.p.c. e restando riservata al processo di merito la piena indagine sulla sussistenza dei vizi denunciati, elementi contrastanti con il diritto a procedere ad esecuzione forzata in virtù del mutuo fondiario azionato.

1.2.1. Innanzitutto, deve evidenziarsi che, stando alla consulenza tecnica espletata nel procedimento esecutivo di cui al R.G.E. n. 2/2016, il mutuo fondiario di causa risulta erogato in misura *superiore* al limite di finanziabilità fissato dalla regolamentazione di legge (art. 38, co. 2, t.u.b.: “*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, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti?*”) e amministrativa (Delibera CICR del 22.4.1995, art. 1: “*L'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi?*”).

Ed invero, a fronte di un immobile ipotecato del valore stimato dal consulente in euro 140.766,00 (all. n. 9 al fascicolo del reclamante), è stato concesso in mutuo un importo di euro 166.814,94 (all. n. 3 al fascicolo del reclamante).

Sicché emerge, oltre ad una palese discrasia rispetto al valore determinato dalla perizia di stima redatta dal consulente della banca all'atto della stipula del contratto *de quo*, lo sconfinamento del limite di finanziabilità dell'80% (nel caso di specie, 112.612,80).

1.2.2. Orbene, come in parte si è già anticipato, sul tema delle conseguenze negoziali ricadenti sui mutui fondiari erogati in misura superiore al limite di finanziabilità è di recente intervenuta la pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I, del 13.7.2017, n. 17352, in cui - rivisitando un orientamento in precedenza sostenuto da alcune decisioni di legittimità - si è sostenuto (come già statuito in altri e più lontani interventi della Suprema Corte, con riferimento alla omologa disciplina previgente per il credito edilizio) che il superamento del limite di finanziabilità è determinativo della nullità del mutuo fondiario.

In particolare, in questa sentenza la Corte ha affermato il seguente principio: “*il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del T.u.b. e della conseguente Delib. 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?*”.

Pur a fronte di un precedente orientamento contrario, (si vedano, ad esempio: Cass., Sez. I, n. 26672/2013; Cass., Sez. I, n. 27380/2013, Cass., Sez. VI-I, n. 22446/2015; Cass., Sez. I, n. 4471/2016;



Cass., Sez. I, n. 13164/2016), le decisioni della Prima Sezione della Corte di Cassazione pronunciate, sullo stesso tema, successivamente alla richiamata pronuncia n. 17352/2017, hanno tutte confermato il nuovo orientamento intendendo dare continuità allo stesso (ci si riferisce alle già citate Cass. nn. 19015/2017, 19016/2017, 6586/2018, 9079/2018, 11201/2018, 11543/2018, 13285/2018, 13286/2018, 20052/2018, 22466/2018).

Dunque, per quanto non ancora numericamente consistente, può ben dirsi che l'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 17352/2017 è quello nettamente prevalente tra le pronunce di legittimità emesse negli ultimi due anni (dalla medesima sezione che in passato aveva sposato la diversa interpretazione).

1.2.3. Tanto chiarito, pur in assenza di una pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite che abbia già composto il contrasto, le argomentazioni avanzate dall'orientamento propugnato da ultimo, impregiudicato un loro vaglio più approfondito in sede di giudizio di merito, impongono quanto meno di riconsiderare l'opinione che escludeva che il superamento della soglia di finanziabilità comportasse la nullità del contratto di mutuo fondiario, intendendo tale soglia come una semplice indicazione *comportamentale* rivolta dalla legge alle banche mutuanti, che resterebbe del tutto estranea al livello negoziale della fattispecie.

Infatti, il mutuo fondiario gode di importanti vantaggi riflessi sul piano del negozio e della sua esecuzione: ad ammettere una simile opinione si arriverebbe all'estremo di considerare "fondiario" il mutuo che la banca si limita ad allegare come tale o, quanto meno, quello provvisto di una qualsiasi perizia.

L'enormità di simili conseguenze potrebbe quindi già far propendere per l'erroneità e la non sostenibilità della detta opinione (cfr. Cass. nn. 13286/2018, 9079/2018).

In effetti, il difetto di fondo dell'opinione in questione starebbe, in realtà, proprio nell'assumere il limite di finanziabilità come espressione di una mera indicazione *comportamentale*.

Detto limite si pone, per contro, come elemento interno, strutturale della fattispecie rappresentata dal mutuo fondiario.

Come ha messo in luce la più volte richiamata pronuncia di Cass. n. 17352/2017, "*se è indubbio che l'art. 38 secondo comma TUB incide su un comportamento della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento ha la funzione di regolare il quantum della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie: col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38 TUB è disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo*".

Depone in modo univoco nella direzione di questa lettura l'insieme dei vantaggi disciplinari, che di base si legano all'operazione, nel confronto con la funzione selettiva che viene a connotare la prescrizione normativa del limite di finanziabilità. E decisivo in proposito si mostra comunque il testo della norma dell'art. 38, comma, 2 t.u.b., laddove indica che "*il valore dei beni ipotecati*" è in sé stesso misura dell'*"ammontare ... dei finanziamenti"* (così ancora Cass. nn. 13286/2018).



Nemmeno, poi, sembra potersi ammettere la configurabilità 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 comma 2 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”* (cfr. Cass. n. 17352/2017).

Del resto, posto che il superamento della soglia di finanziabilità incide sull'oggetto del contratto che viene posto in essere, la tesi della nullità parziale vorrebbe tendere non già a “non-propagazione” della nullità (secondo quanto è, per contro, l'ipotesi presa in considerazione dalla norma dell'art. 1419, comma 1, c.c.), quanto piuttosto a una sorta di “riduzione” dell'area negoziale colpita dalla nullità, che non risulta prevista nell'ordinamento vigente (cfr. Cass. n. 13286/2018).

1.2.4. Infine, appaiono irrilevanti in questa sede le deduzioni svolte dalla parte reclamata, secondo cui non potrebbe concedersi l'invocata tutela sospensiva dacché *“se pure un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti legali involti dalla disciplina normativa non soddisfi il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa, al tempo stesso esso è suscettibile di essere recuperato mediante la conversione in un contratto diverso (art. 1424 cod. civ.) e precisamente in mutuo ipotecario”* (cfr. pag. 17 della memoria difensiva).

È infatti corretto sostenere che, stando al nuovo indirizzo in materia, lo sconfinamento del limite di finanziabilità mantiene intatta la possibilità di conversione del mutuo fondiario in un ordinario finanziamento, ove ne risultino accertati i presupposti; sicché, ferma la nullità del contratto di mutuo fondiario, l'unica modalità di recupero del contratto nullo è quella della conversione in un contratto diverso ex art. 1424 c.c. (così Cass. n. 17352/2017; ma anche Cass. nn. 6586/2018, 11201/2018, 22466/2018).

Tuttavia, la conversione non opera d'ufficio (cfr. Cass. S.U. n. 26242/2014), come per contro sembra adombrare la _____, bensì a domanda di parte (cfr., da ultimo, Cass. n. 4760/2018), certamente ammissibile ove sia stata avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità, trattandosi di *“istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria”* (cfr., ancora una volta, Cass. n. 17352/2017).

Pertanto, non risultando in atti alcuna domanda di conversione formulata dalla banca reclamata (che, anzi, nelle sue difese principali ha escluso la sussistenza di un vizio di nullità tale da consentire il rimedio di cui all'art. 1424 c.c.), non può porsi nell'ambito del presente procedimento di reclamo alcuna questione circa la convertibilità del contratto di cui è causa in un mutuo valido.



1.2.5. Le conclusioni portate avanti dalla recente giurisprudenza di legittimità hanno quindi originato un evidente dissidio rispetto alle soluzioni interpretative adottate nel passato (con cui, in realtà, si era aderito ad un *revirement* principiato da Cass. n. 26672/2013, che a sua volta aveva ribaltato un pregresso orientamento a favore della tesi della nullità del mutuo, ma con riferimento al mutuo edilizio).

Peraltro, ad oggi non si rinviene nessuna decisione della Suprema Corte (ed in particolare della Prima Sezione), successiva alla citata Cass. n. 17352/2017, che abbia inteso avversare la nuova posizione.

In tal senso, pur dovendosi ammettere la necessità di un chiarimento definitivo ad opera delle Sezioni Unite, la recente indiscussa convergenza in ordine alla tesi della nullità del mutuo fondiario scaturente dal superamento del limite di finanziabilità conduce, allo stato, a considerare verosimile la posizione dedotta con il reclamo, sì da riscontrarsi positivamente il *fumus* della cautelanda ragione.

1.2.6. Quanto poi alla sussistenza del *periculum in mora*, si ravvisano validi motivi per riconoscerla in considerazione dell'intrapresa esecuzione, alla luce del vizio di nullità che appare, *prima facie*, travolgere il mutuo fondiario posto a base della pretesa pignorizia (del resto, soltanto la verosimile fondatezza in merito dell'opposizione permetterebbe di ritenere *contra ius* l'attività esecutiva e di reputare come temuto danno ingiusto quell'aggressione al patrimonio del debitore, che altrimenti costituisce la lecita essenza dell'esecuzione coattiva).

1.3. Dunque, in forza della patrocinate ragioni motivate, il reclamo va accolto e, per l'effetto, va sospesa la procedura esecutiva.

2. La parte reclamata soccombente deve quindi essere condannata al pagamento delle spese della presente procedura, in favore della parte reclamante, nella misura che viene quantificata in dispositivo.

P.Q.M.

letto l'art. 669 *terdecies* c.p.c., così provvede:

- accoglie il reclamo proposto e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza reclamata, sospende l'esecuzione di cui al R.G.E. n. 2/2016;
- condanna la parte reclamata al pagamento, in favore della parte reclamante, delle spese del presente procedimento che determina in euro 147,00 per esborsi ed in euro 2.190,00 per compensi di avvocato, oltre I.V.A., C.A. e rimborso forfetario *ex art.* 2 d.m. n. 55/2014, da distrarsi in favore dell'avv.

Antonio .

Si comunichi.

Così deciso in Paola, nella camera di consiglio del 12.12.2018.

Il Presidente
Franco Caroleo

