

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario

di Federico Callegaro, Cultore di Diritto Commerciale presso l' Università degli Studi di Verona



[Cass. S.U. Sentenza 27 settembre 2022 n. 33719, Pres. Raimondi G. – Rel. Lamorgese A.P.](#)

Parole chiave: Finanziamento Fondiario – superamento limite LTV dell’80% - esclusione nullità del contratto - conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario.

Riferimenti normativi: T.u.b. (d.lgs. n. 385 del 1993): art. 38, secondo comma, art. 39, art. 117, comma 8, Deliberazione CICR[2] del 22 aprile 1995[3], Legge Fallimentare art. 67, Cod. civ.: art. 1424, art. 2033,

CASO

La questione, sottoposta a mezzo ricorso alla Suprema Corte con riferimento ad un finanziamento ipotecario qualificato fondiario, ha per oggetto gli effetti che si vengono a determinare in caso di superamento, della percentuale dell’80% tra il valore del finanziamento e quello della garanzia immobiliare che assiste il finanziamento stesso[4], tra cui la possibilità di conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario.

L’opposizione al passivo fallimentare, proposta dalla Banca creditrice veniva rigettata dal Tribunale, “*il quale escludeva la natura fondiaria del mutuo, in quanto concesso per un importo eccedente il limite massimo finanziabile*”[5], disapplicando nel caso di specie il regime di favore per il creditore fondiario previsto dall’art. 39 del t.u.b.

Di diverso avviso la Corte d’Appello la quale, a sua volta interessata dal gravame del creditore escluso[6] dal Fallimento, lo accoglieva così motivando: richiamando un precedente di Cassazione[7] - orientamento (allora) seguito nella giurisprudenza di legittimità -, la Corte non ritiene che la violazione dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario sia sanzionabile in quanto:

- da un lato l'art. 38, secondo comma del t.u.b. non è qualificabile quale norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a un'ipotesi di nullità virtuale;
- dall'altro, tale disposizione, non sarebbe ricompresa nella previsione di cui all'articolo 117, comma 8, t.u.b. che stabilisce la nullità dei contratti che abbiano un contenuto difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

A fronte di tale decisione il Fallimento lamenta:

1. la violazione e la falsa applicazione degli articoli 38 e ss. t.u.b.;
2. l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, insistendo sia sulla nullità del mutuo fondiario violativo dei limiti di finanziabilità, sia sull'omessa considerazione, da parte del giudice di appello, della *“contrarietà a legge del finanziamento destinato ad estinguere passività pregresse, con conseguente necessità di escludere la garanzia ipotecaria”*.

SOLUZIONE

Merita attenzione, in via preliminare al fine della presente analisi, proprio il passo della Pronuncia^[8] che richiama l'orientamento già espresso dalla Prima Sezione^[9] (cfr. Cass. n. 26672 del 2013), secondo cui *“la violazione dei limiti di finanziabilità del mutuo fondiario non è sanzionabile con la nullità del contratto sia perché non si tratterebbe di norma imperativa (articolo 38, secondo comma, t.u.b.) la cui violazione possa dare luogo a un'ipotesi di nullità virtuale, sia perché la suddetta disposizione non sarebbe ricompresa nella previsione di cui all'articolo 117, comma 8, t.u.b.”*^[10]. Appare, quindi, rilevante per tale indirizzo, quale condizione sine qua non, anche la presenza di un Provvedimento *prescrittivo*^[11] dell'Autorità di Vigilanza.

Le Sezioni Unite ripercorrono l'escursus di legittimità che ha interessato i termini di interpretazione applicativa^[12] dell'art. 38, secondo comma del t.u.b. richiamandone gli elementi principali dai quali la rimessione trae origine:

- l'orientamento seguito nella sentenza impugnata (non predicabile la nullità del mutuo per superamento del limite di finanziabilità, nei termini indicati dalla Banca d'Italia,) è stato superato nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017.;
- la sentenza n. 17352/2017 ha, infatti affermato:
 1. la non riconducibilità della suddetta violazione alla nullità testuale stabilita dall'articolo 117 t.u.b.;
 2. il limite di finanziabilità non appresenta un elemento essenziale del contenuto del contratto e, quindi, un limite inderogabile all'autonomia privata, in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato;
 3. ne deriva la nullità del contratto stesso in caso di violazione, salva la possibilità di conversione del contratto in ordinario mutuo ipotecario, ove ne sussistano i presupposti. Si osservi come la Pronuncia citata dalle S.U., indichi *“su istanza della banca nel primo momento utile successivo alla rilevazione della nullità”*.

Le S.U. sottolineano come “*di quest’ultimo orientamento l’ordinanza interlocutoria ha sollecitato una rimediazione*”[\[13\]](#).

Rinviando ad una lettura integrale del complesso ed esaustivo capo “Ragioni della Decisione”[\[14\]](#) si riportano, di seguito, gli elementi principali dell’escursus svolto dalle S.U.[\[15\]](#), pertinente non da ultimo gli elementi caratterizzanti i vari orientamenti succedutisi nel tempo:

richiamando i contenuti salienti della sentenza n. 26672/2013 (supra)[\[16\]](#), la Corte evidenzia che alla Banca d’Italia dall’art. 117, ottavo comma, t.u.b. è attribuito “*un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti*” mentre dall’art. 38 del t.u.b. è conferito “*non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l’oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria*”[\[17\]](#).

Di sicuro interesse l’analisi che le S.U. riprendono relativamente alla diversa portata degli articoli 38 e 117 del t.u.b., che qui si riporta negli elementi essenziali:

- la dimostrazione della non riconducibilità del limite di finanziabilità, previsto dall’art. 38, ad alcuna delle ipotesi previste dall’art. 117 t.u.b., viene indicata nella scelta del legislatore che ha espressamente previsto sia “il contratto su cui la Banca d’Italia dovesse intervenire” sia “quale fosse la disposizione secondaria da introdurre”;
- la stessa collocazione delle due Norme (l’art. 117 nel Titolo 6[^], relativo alla “trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”), denota come la normativa sia volta alla tutela dei contraenti più deboli, tramite l’inserimento di clausole standard che possano ridurre il rischio che vengano utilizzati “*da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura od interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie*”.

Diversamente viene evidenziato in relazione all’art. 38 t.u.b. sottolineandosi che “*in tal caso il cliente ha tutto l’interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità*”. Richiamando la sentenza n. 26672 del 2013 le S.U. puntualizzano che la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 t.u.b. “*non risulta applicabile al caso di specie proprio perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perché comunque avrebbe applicazione l’art. 127, n. 1, t.u.b., secondo cui le disposizioni del titolo 6° e quindi dell’art. 117, ottavo comma, sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente*”»;

- quanto agli effetti viene la violazione della previsione dell’art. 38 t.u.b., norma che “*pur se imperativa ... è insuscettibile di provocare la nullità del contratto, non incidendo sul sinallagma contrattuale “investendo “esclusivamente il comportamento*[\[18\]](#) della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale ivi stabilito”;

- l'indirizzo offerto dalla pronuncia del 2013 include anche il ritenere che tali disposizioni - ricondotte nel perimetro delle norme di buona condotta la cui violazione non ingenera "una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo" - non appaiano integrare norme inderogabili sulla validità del contratto,

il diverso orientamento, scaturito dalla sentenza n. 17352 del 2017^[19] della prima sezione^[20], sostiene che la prescrizione di detto limite *"si inserisce in ogni caso tra gli elementi essenziali perché un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario"*.

Le argomentazioni possono essere così riassunte^[21]:

- da un lato, si richiama la finalità della previsione, identificabile nella *"necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali"*, dall'altro, si considera che la norma *"non è volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma persegue interessi economici nazionali (pubblici)"*»;
- la fissazione di un limite di finanziabilità non è confinabile nell'area del comportamento nella fase prenegoziale - contrattazione tra banca e cliente - né è correlabile a quella attuativa. La funzione della soglia stabilita è quella di *"regolare il quantum della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie"*;
- escludere la nullità del contratto *"finisce per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo"*^[22], non potendosi, tra le altre, ravvisarsi un'ipotesi di nullità parziale, del mutuo fondiario che travolgerebbe la corrispondente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge;
- la pronuncia del 2017, proseguono le S.U., nel mantenere ferma la nullità del contratto di mutuo fondiario, identifica quale *"unica modalità di recupero del contratto nullo"* la sua conversione in un contratto diverso^[23]. Sotto l'aspetto procedurale ne viene puntualizzata la sua non rilevabilità d'ufficio dal giudice, necessitandosi di un'istanza di parte da avanzarsi *"nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità del contratto"*.

Vengono riportati, infine, gli aspetti ritenuti dall'Ordinanza Interlocutoria^[24] *"meritevoli di approfondimento"*:

- in merito al provvedimento della Banca d'Italia che determina la percentuale massima del finanziamento concedibile (LoanToValue) viene segnalata la necessità di un'attenta indagine sulla caratura dell'interesse protetto (ed eventualmente lesa);
- dubbia la configurabilità di una nullità per violazioni attinenti ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, considerando che *"il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto"* bensì mediante apposita CTU in corso di causa;
- proprio la necessità di una verifica a mezzo accertamento tecnico potrebbe far apparire sproporzionata la sanzione della nullità;
- la nullità del contratto *"condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere"*.

Corre l'obbligo di segnalare che le S.U. richiamano, nel loro escursus, anche la Pronuncia della Corte Costituzionale (n. 175 del 2004) ricordando come essa si sia *“espressa criticamente sulla pretesa «sanzione della “inopponibilità” dell’ipoteca che, in caso di inadempimento da parte del mutuatario, dovrebbe paradossalmente andare a carico del mutuante”*. Viene richiamato, non ultimo, il fatto che il legislatore abbia inteso favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ampliando la possibilità di far ricorso ai finanziamenti, contemperandola però con l'esigenza di contenere il rischio per le banche erogatrici a tutela della loro stabilità finanziaria.

Principio di Diritto

A conclusione dell'analisi svolta, la Corte formulando il seguente principio di diritto *“ qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.”*.

Tale principio appare opportuno, non da ultimo, leggersi in uno con:

- il passo, esposto in Pronuncia (infra), ove si fa riferimento alla rilevanza assunta dal mancato rispetto delle prescrizioni, in materia, della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 117, comma 8 del t.u.b. (infra), e
- l'impostazione cui le S.U. aderiscono [\[25\]](#), secondo cui *“il finanziamento fondiario realizza necessariamente una fattispecie in cui convergono due distinti negozi intimamente collegati tra loro, quello di concessione del credito e quello di costituzione di ipoteca di primo grado”*.

QUESTIONI APPLICATE NELLA PRATICA

Si sottolinea come, in ultima analisi, la Pronuncia pur riconoscendo il persistere della validità dello strumento contrattuale quale mutuo ipotecario, lo vede privabile – in ragione dell'accertamento della carenza di un elemento sostanziale per la sua natura fondiaria – di tutti quei diritti / privilegi / prelazioni strettamente legati a detta natura – si pensi, non da ultimo, all'inapplicabilità, in sede concorsuale, della facoltà di incassare direttamente il ricavato derivante dalla vendita del bene costituito in garanzia -.

E' quindi da ribadirsi la necessità di definire puntuali processi e precise procedure idonee ad assicurare il rispetto delle prescrizioni in materia, non solo in sede di perfezionamento delle previste formalità e dell'acquisizione della prescritta documentazione, in contenuti e forma

idei a costituire prova nei confronti della debitrice così come dei terzi – non da ultime le procedure concorsuali -, ma anche monitorando nel corso del rapporto l'adeguatezza alle previsioni normative e regolamentari, tempo per tempo vigenti.

Sempre di attualità resta la cura dell'archiviazione della documentazione e suo agevole reperimento nel tempo, incluse le Perizie acquisite in sede di formazione della pratica di fido e di suo aggiornamento, nonché quelle, eventuali, successivamente acquisite in ragione dell'applicazione di Disposizioni di Vigilanza ovvero politiche interne di gestione del credito.

[1] Data pubblicazione 16 novembre 2022.

[2] Comitato interministeriale per il credito e per il risparmio, indicato quale Autorità Creditizia all'art. 2 del T.u.b. che ne attribuisce i compiti in materia creditizia, oltre a definirne la composizione.

[3] Oggetto di recepimento Regolamentare, da parte della Banca d'Italia, attraverso l'aggiornamento del 26 giugno 1995 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988 (Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito) – attualmente non più in vigore in quanto confluita, a vari step successivi nell'odierna struttura regolamentare della Banca d'Italia -.

[4] Ai sensi dell'art. 38 del Testo Unico Bancario, definito dalla “*Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR*”, percentuale che può raggiungere il 100% ove integrata la garanzia, a concorrenza, con titoli di stato

[5] Nei termini previsti dalla Normativa vigente - deliberazione CICR del 22 aprile 1995 ed art. 38, secondo comma, del Testo Unico Bancario e derivanti Regolamentazioni dell'Organo di Vigilanza (circolare n. 119 del 1995) .

[6] Sul punto merita menzione come trattasi di terzo soggetto Cessionario dei crediti originariamente derivanti da crediti concessi all'imprenditore fallito da una Banca.

[7] Cass. n. 26672 del 2013.

[8] Facendo proprio il richiamo, in merito, fatto dalla stessa Corte d'Appello.

[9] Si osservi la medesima Sezione che, con l'ordinanza interlocutoria n. 4117 del 2022, ha investito le Sezioni Unite della “*questione di massima di particolare importanza*”.

[10] Che stabilisce la nullità dei contratti che abbiano un contenuto difforme da quello tipico determinato dalla Banca d'Italia.

[11] La disposizione normativa indica espressamente, nel periodo finale del comma n.8 nel definire i termini dell'eventuale responsabilità della Finanziatrice, di “violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia”.

[12] Per non appesantire la presente elaborazione di commento, non si riporta la copiosa dottrina che nel tempo si è stratificata a favore dei due orientamenti di legittimità.

[13] Si richiama all'attenzione come il Procuratore generale, presente nei procedimenti di legittimità, nella requisitoria di sua competenza ritualmente depositata, *“abbia escluso la configurabilità di un'ipotesi di nullità (testuale o virtuale) nella stipulazione di un mutuo fondiario per un importo eccedente il limite di finanziabilità, suggerendo di attrarre il contratto nel genus del mutuo ordinario ipotecario, in tal senso riqualificandolo per la parte eccedente quel limite”*.

[14] Da pag. 5 a pag. 40.

[15] Riportando, in premessa, le previsioni normative e regolamentari applicabili (supra).

[16] Richiamando anche le conformi sentenze successive: n. 27380 del 2013, n. 22446 del 2015 e n. 13164 del 2016.

[17] Precisazione che, non da ultimo, puntualizza il rientrare della determinazione di detta percentuale nel perimetro della delega conferita all'Autorità di Vigilanza.

[18] In merito alla dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento vengono richiamati precedenti, non recenti, delle stesse S.U. (sentenze n. 26724 e 26725 del 2007),

[19] Che condivide il non ricorrere, nel caso di specie, sia della nullità di cui all'articolo 117, ottavo comma, t.u.b., che dell'ipotesi di una nullità testuale,

[20] Cui hanno fatto seguito altre successive conformi riportate in pronuncia (sez. I, n. 19016 del 2017, n. 6586, 11201, 13286 e 29745 del 2018, n. 10788 del 2022).

[21] Il Collegio non condivide tale tesi “ricostruttiva invalsa nella giurisprudenza di legittimità a partire dal 2017”, proponendo una sistematica confutazione nell'ambito del Capo 8.

[22] Sottolineandosi come, così facendo e nell'ipotesi di una crisi dell'impresa finanziata, si rischi di *“minare la par conditio creditorum (articolo 2741 c.c.); «l'interesse del cliente [ad ottenere il finanziamento in misura eccedente il limite consentito] recede dinanzi all'interesse della massa creditoria”*.

[23] Riferendosi all'art. 1424 cod. civ.

[24] La quale, tra le altre:

- chiarisce come ritenga *“dubbia la possibilità di configurare nel limite di finanziabilità del mutuo una norma imperativa la cui violazione possa dare luogo a una nullità virtuale del contratto di mutuo e dell'ipoteca”*;
- suggerisce come *“percorso effettivamente alternativo [alla nullità] la riqualificazione del*

contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari”.

[25] Cass. n. 7509 del 2022.

