

N. R.G. 2232/2021



**TRIBUNALE DI LIVORNO**

Il Tribunale, in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Carlo Cardì

Presidente

dott. Emilia Grassi

Giudice

dott. Luigi Nannipieri

Giudice Relatore

ha pronunciato il seguente

**DECRETO**

*(ART. 99 R.D. 267/1942)*

nel procedimento di opposizione allo stato passivo iscritto al n. r.g. 2232/2021

tra

RICORRENTE

e

CONVENUTO

e

INTERVENUTO

**Svolgimento del giudizio.**

1. quale cessionaria del credito già di  
chiedeva l'ammissione al passivo del FALLIMENTO  
di complessivi euro 3.778.965,05 (euro 2.662.769,83 a titolo di capitale residuo, euro 729.612,89 a titolo di rate scadute ed insolute; euro 155.179,59 a titolo di quota capitale rate insolte ante triennio, euro 231.402,74 a titolo di interessi di mora impagati) e per gli ulteriori interessi dal 01.01.2020 sino alla data della vendita al tasso legale, ai sensi degli artt. 54 l.f. e 2855 c.c., con riconoscimento del privilegio ipotecario derivante dalla natura

fondiaria del finanziamento ovvero, in via subordinata, con riconoscimento del privilegio ipotecario dei mutui ipotecari ordinari, in relazione al contratto di mutuo Notaio del 26 aprile 2006 Rep. 23951 Racc. 7201 e successivi atti notarili di erogazione; chiedeva inoltre l'ammissione in via chirografaria di euro 324.774,69 (di cui Euro 280.411,26 a titolo di quota interessi rate insolute ante triennio al 31/12/2017, Euro 17.735,73 a titolo di interessi di mora impagati al 31/12/2017, Euro 26.627,70 a titolo di penale per estinzione anticipata); per gli ulteriori interessi dal 01.01.2020 sino alla data della vendita calcolati alla differenza tra il tasso convenzionale ed il tasso legale; euro 2.621,58, quale residuo debito al 11/02/2021 del contratto di conto corrente n. 2 330 3000222.

2. Il Giudice delegato, in accoglimento della proposta del curatore:

a) rigettava la richiesta di ammissione dei crediti in via privilegiata ipotecaria (vedi proposta del curatore: *"Dalla documentazione relativa al mutuo, ai successivi atti di erogazione e alle perizie prodotte dalla banca si ritiene che il contratto sia nullo per violazione dell'art. 38 T.U.B., in quanto superato il c.d. limite di finanziabilità dell'80% del valore del bene ipotecato. Pertanto a titolo di restituzione di indebitto, si propone l'ammissione in chirografo dell'importo di euro 2.434.758,75, dato dalla somma erogata dalla banca in linea capitale dedotti gli importi già versati dalla società in corso del rapporto. Come da memoria prodotta dal Curatore in data 17/05/2021, il limite di finanziabilità dell'80% del valore del bene ipotecato, risulta calcolato dalla banca su un valore ipotetico futuro dei beni immobili al termine della ristrutturazione, secondo la normativa andava invece calcolato sul valore attuale del bene al momento della stipula del mutuo. Come valore attuale dei beni ipotecati il Curatore ha fatto pertanto riferimento al costo di acquisto degli stessi pari a euro 2.560.000,00, pertanto il limite di finanziabilità dell'80% risulta superato in quanto la prima erogazione che ammonta ad euro 2.300.000,00 non poteva invece superare l'importo di euro 2.048.000,00. La normativa chiarisce inoltre che in caso di mutuo con stato avanzamento lavori, il limite di finanziabilità dell'80% del valore deve essere rispettato anche nelle successive erogazioni, a tal proposito il Curatore rileva che il suddetto limite è stato superato in tutte le erogazioni successive alla prima sulla base dei SAL e delle perizie che sono state prodotte dalla banca, come meglio specificato nella suddetta memoria"*)

b) accoglieva la domanda di ammissione in chirografo limitatamente all'importo di euro 2.621,58 quale residuo debito al 11/02/2021 del contratto di conto corrente n. 2 330 3000222, oltre l'importo di euro 2.434.758,75 quale somma erogata dalla banca in linea capitale per il mutuo, dedotti gli importi già versati dalla società in corso del rapporto (vedi proposta del curatore "conferma l'ammissione in chirografo dell'importo di euro 2.621,58 ed al quale si aggiunge la somma di euro 2.434.758,75, per le motivazioni sopra esposte").

Il Giudice delegato in particolare osservava:

*"Ritiene il Giudice delegato che la eccezione del Curatore sia fondata.*

*In data 26 aprile 2006 vengono acquistati dalla società immobili al costo complessivo di euro 2.560.000,00 (cfr. contratto depositato dal Curatore come allegato n. 3 alla memoria depositata il 17.5.2021 - d'ora innanzi i numeri dei documenti indicati faranno riferimento alle produzioni del curatore in allegato a tale memoria).*

*Nella stessa data viene stipulato il mutuo fondiario posto a fondamento della domanda in esame (cfr. doc. 4) per euro 4.000.000,00, con previsione di un ammortamento in 15 anni, prima erogazione di euro 2.300.000,00 e successive erogazioni condizionate agli stati avanzamento lavori per la ristrutturazione degli stessi immobili.*

*Le successive erogazioni sono quelle evincibili dalla tabella che segue nella quale vengono indicate le successive erogazioni fatte sulla base dei SAL e delle perizie depositate dalla stessa banca (cfr. doc. 6 -16).*

Erogazione	data	area	lavori	area+SAL	80%	erogato
Prima erogazione	26/04/2006	2.560.000,00	-	-	2.048.000,00	2.300.000,00
SAL 1	13/08/2010	2.560.000,00	348.645,75	2.908.645,75	2.326.916,60	2.561.000,00
SAL 2	23/12/2010	2.560.000,00	675.844,89	3.235.844,89	2.588.675,91	2.791.000,00
SAL 3	18/03/2011	2.560.000,00	809.359,03	3.369.359,03	2.695.487,22	2.884.500,00
SAL 4	08/06/2011	2.560.000,00	1.040.755,33	3.600.755,33	2.880.604,26	3.046.500,00
SAL 5	30/01/2013	2.560.000,00	perizia non prodotta	-	-	3.244.500,00
SAL 6	01/08/2013	2.560.000,00	perizia - non elenco lavori	3.080.000,00	2.464.000,00	3.462.500,00
SAL 7	06/05/2015	2.560.000,00	Perizia - non elenco lavori	3.478.459,00	2.782.767,20	3.536.500,00
SAL 8	08/10/2015	2.560.000,00	perizia - non elenco lavori	3.533.319,00	2.826.655,20	3.586.500,00

*Dal confronto tra il valore dei beni (evincibile dalla colonna area + SAL) e le somme erogate (evincibile dalla colonna erogato) emerge chiaramente la violazione dell'art. 38 comma 2 l. 385/1993 (TUB) il quale prevede:*

*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.*

*La delibera del CICR del 22 aprile 1995 emanata in attuazione di detta previsione, all'articolo 1 comma 1, stabilisce, che «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. Tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento qualora vengano prestate garanzie integrative, rappresentate da fidejussioni bancarie e assicurative, polizze di compagnie di assicurazione, cessioni di annualità o contributi a carico dello Stato o di enti pubblici, fondi di garanzia e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia.*

*La medesima Delibera, al comma 3, stabilisce poi che La Banca d'Italia emanerà istruzioni applicative della presente delibera.*

*La Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999, nel testo vigente alla data di concessione del credito in oggetto al titolo V sezione II Credito Fondiario (cfr. doc. 2 pag. 457) chiarisce infine che: - Le banche possono concedere finanziamenti di credito fondiario per un ammontare massimo pari all'80 per cento del valore dei beni immobili ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ivi compreso il costo dell'area o dell'immobile da ristrutturare; - Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori.*

*Da tale disciplina appare evidente che le banche possano concedere credito fondiario solo per l'importo massimo pari all'80% del valore dei beni ipotecati, tenuto conto anche del valore delle opere realizzate sulla base dei SAL.*

*Da tale tabella emerge chiaramente che quanto erogato sia sempre stato superiore all'80% del valore del bene, come tale finanziabile.*

*Né la banca ha allegato e provato, come era onerata a fare, essendo il mancato superamento del limite di finanziabilità un fatto costitutivo quale elemento di validità del mutuo fondiario, un diverso valore dell'immobile rispetto a quello indicato dal Curatore basato sul prezzo di acquisto, non potendo attribuirsi rilievo alla perizia redatta dal Geom.*

*professionista incaricato dalla società contraente, il quale ha attribuito al complesso degli immobili un valore di mercato, al termine della ristrutturazione di € 7.344.000,00, dovendo essere preso in considerazione il valore degli stessi al momento della concessione del finanziamento.*

*Da tale violazione consegue la nullità del mutuo, come ritenuto dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. solo da ultimo Cass. Ord. 1193/2020) che ha affermato che il limite di finanziabilità ex art. 38, secondo comma TUB, è elemento essenziale del contenuto del contratto, e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, costituendo 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 mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa (cfr. anche tra le altre solo da ultimo Cass. n. 17352-17, Cass. n. 19016-17, Cass. n. 13286-18, Cass. n. 22466-18);*

*Da tale nullità consegue la impossibilità di riconoscere il privilegio ipotecario, potendosi unicamente riconoscere il diritto del mutuante a vedersi restituire quanto versato, detratto quanto già ricevuto a titolo di rimborso, ai sensi dell'art. 2033 c.c.*

*Non può ritenersi infatti che il contratto di mutuo fondiario possa essere convertito, nel caso di specie, in un contratto di mutuo ipotecario ordinario, come richiesto in via subordinata dalla*

*Stabilisce l'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.*

*Al fine di poter stabilire se ricorrano i presupposti di legge per la convalida deve compiersi una duplice verifica. Da un lato, valutare la esistenza di un rapporto di obiettiva continenza tra il negozio concretamente concluso e quello nel quale dovrebbe convertirsi; dall'altro, una valutazione della intenzione delle parti contraenti, al fine di accertare una*

coincidenza tra l'intento negoziale diretto verso il contratto nullo e quello del contratto nel quale il primo potrebbe essere convertito (cfr. in linea generale in tema di conversione di contratti nulli Cass. 6004/2008).

Come rilevato da Cass 17352/2017 il contratto nullo può, non deve, produrre gli effetti di un contratto diverso. Per potere procedere all'effettiva conversione di un fondiario nullo in un mutuo valido, occorre riguardare all'intento pratico oggettivo, tratto cioè dal puntuale esame del contesto delle circostanze proposte dal caso concreto, che viene a contraddistinguere l'operazione che è stata posta in essere (cfr. in tal senso Cass., n. 6586/2018).

Nel caso di specie la banca, pur chiedendo la conversione del contratto nullo in un mutuo ipotecario, non ha però né allegato né provato, come era onerata a fare, elementi di fatto che consentano di ritenere che sussistano i presupposti di legge della conversione.

Occorre infatti rilevare che (cfr. Cass. 923 del 24 marzo 1972) La norma dell'art. 1424 c.c. contempla la conversione del negozio nullo sul presupposto implicito della ignoranza di tale nullità, al momento della conclusione del contratto, in quanto prevede che, ove le parti l'avessero in tal momento conosciuta, avrebbero voluto, nel regolamento degli interessi, da esse perseguito, un negozio diverso".

Del resto tale principio viene ribadito nella materia in esame da Cass. 11201/2018 nella quale si legge: l'indagine del giudice di merito circa l'effettivo operare di tale conversione deve essere diretta a verificare se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse la soglia richiesta dalla legge, ovvero pure se il conseguimento dei peculiari «vantaggi fondiari» abbia costituito la ragione unica, o comunque determinante, dell'operazione; la sussistenza di anche una sola tra tali circostanze impone al giudice, secondo il preciso disposto dell'art. 1424 cod. civ., di escludere l'operare della conversione.

Nel caso di specie la circostanza che il contratto di acquisto degli immobili da parte della ..... sia avvenuto con contratto in data 26.4.2006 a rogito della dott.ssa ..... (doc. 3) ed il mutuo sia stato erogato con contratto dello stesso notaio in pari data (doc. 4), dimostra che la banca fosse consapevole del mancato rispetto del limite di finanziabilità, atteso che avrebbe dovuto essere considerato il valore di acquisto degli immobili ai fini del calcolo dell'importo massimo della prima erogazione non poten-

dosì considerare la stima del geom. (doc. 5) che teneva conto del valore degli stessi all'esito della ristrutturazione, pur evidenziando chiaramente il prezzo di acquisto.

Rimangono assorbite le ulteriori eccezioni avanzate dal Curatore, essendo sufficiente la questione appena trattata per ammettere il credito della nella misura di € 2.434.758,75 in via chirografaria oltre al credito di € 2.621,58 già richiesto in via chirografaria.

Quindi va ammessa al passivo in via chirografaria per l'importo complessivo di € 2.437.380,33 come proposto dal curatore"

3. Proponeva tempestiva opposizione , deducendo in sintesi:

- che non vi era stato superamento del limite di finanziabilità;
- che, in ogni caso, è eccessivo, nonché in contrasto con il principio di conservazione dei negozi giuridici, dichiarare nullo l'intero contratto per il solo mancato rispetto del limite massimo di finanziabilità che è elemento passibile, sotto vari profili, di variazioni nonché risultato di valutazioni tecniche difficilmente univoche e facilmente sindacabili ex post;
- che l'art. 38 comma secondo TUB non è norma diretta a regolare la validità del contratto, bensì ad imporre una determinata condotta contrattuale, la cui effettività è assicurata con rimedi sanzionatori, diversi dalla nullità del contratto, previsti dall'ordinamento bancario e quindi il superamento del limite di finanziabilità non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario;
- che, nella denegata ipotesi in cui non dovesse essere riconosciuta la natura fondiaria del contratto di mutuo del 26 aprile 2006, il credito vantato da non poteva essere ammesso in via chirografaria, risultando in ogni caso sussistente il privilegio ipotecario ordinario.

chiedeva quindi l'ammissione di crediti come da domanda.

Si costituiva in giudizio la CURATELA

, chiedendo il rigetto dell'opposizione ed in particolare osservando:

- che era provato il superamento del limite di finanziabilità;

- che la giurisprudenza anche di legittimità più recente ha precisato che il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, co. 2, TUB e della conseguente delibera CICR, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo;

- che la originaria consapevolezza in capo al mutuante del superamento del limite impedisce allo stesso di beneficiare della facoltà di conversione ex art. 1424 c.c. la quale, se presuppone di effettuare la verifica del reale scopo perseguito dalle parti, dall'altra richiede altresì che le stesse non fossero consapevoli della causa di nullità e nella fattispecie dai documenti emergeva la piena consapevolezza in capo alla Banca della violazione del divieto normativo;

- che, in via subordinata, erano riproposte le ulteriori eccezioni ritenute assorbite dal giudice delegato, relative alla violazione della normativa in tema di concorrenza per il rinvio al tasso Euribor, quindi l'indicizzazione dei tassi doveva essere in ipotesi al tasso BCE e non al tasso Euribor.

Si costituiva inoltre in giudizio, con comparsa di "intervento adesivo dipendente", esponendo:

- di aver presentato richiesta tardiva di insinuazione allo stato passivo per crediti professionali; di avere quindi interesse a sostenere le ragioni della curatela, posto che l'ammissione con privilegio ipotecario del credito di \_\_\_\_\_ non avrebbe lasciato capienza nel patrimonio della fallita per gli altri crediti concorsuali;

- che, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità più recente ed in particolare da Cass. n. 11201/2018: "il contratto di mutuo fondiario nullo per superamento del limite di finanziabilità può essere oggetto di conversione ex art. 1424 c.c. in un contratto di mutuo ordinario .. l'indagine del giudice di merito circa l'effettivo operare di tale conversione deve essere diretta a verificare se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse la soglia richiesta dalla legge, ovvero pure se il conseguimento dei peculiari «vantaggi fondiari» abbia costituito la ragione unica, o comunque determinante, dell'operazione; la sussistenza di anche una sola tra tali circostanze impone al giudice, secondo il preciso disposto dell'art. 1424 cod. civ., di escludere l'operare della conversione" e nella fattispecie la Banca si era completamente e volontariamente disinteressata del limite di finanziabilità, nella piena consapevolezza che l'importo che andava ad erogare era palesemente eccessivo rispetto al limite di finanziabilità di cui



all'art. 38 del TUB, e da ciò discendeva l'impossibilità della conversione ex art. 1424 c.c., come rilevato dal Giudice delegato;

- che, inoltre, il mutuo era nullo per indeterminazione.

Il giudizio era istruito con produzioni documentali.

### Il superamento del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 comma secondo TUB

4. L'art. 38, co. 2, TUB prevede : *“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 del 22 aprile 1995 ha stabilito : *«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”*

La Circolare di Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 ha ulteriormente specificato: *«Le banche possono concedere finanziamenti di credito fondiario per un ammontare massimo pari all'80 per cento del valore dei beni immobili ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ivi compreso il costo dell'area o dell'immobile da ristrutturare ..Qualora i finanziamenti siano erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori”*

Ritiene in effetti il Collegio che nella fattispecie sia provato il superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 comma secondo TUB.

In particolare è pacifico e documentale che gli immobili furono acquistati dalla società lo stesso giorno della erogazione del mutuo per euro 2.560.000,00 ; l'erogazione iniziale di euro 2.300.000,00 era quindi di per sé superiore all'80% del prezzo di acquisto versato (ovvero euro 2.048.000,00), né parte opponente deduce od allega alcuna circostanza di fatto in base alla quale il prezzo di vendita appena convenuto e versato doveva considerarsi inferiore al "valore di pronto realizzo" ovvero al "valore cauzionale".

Non può essere attribuito rilievo alcuno alla perizia del 6 febbraio 2006 del geom.

(prodotta da parte opponente, nella quale è indicato in euro 7.344.000,00 il *“probabile valore di mercato”* degli appartamenti *“ad opere ultimate”* Anche per le successive eroga-

zioni, come correttamente evidenziato dal giudice delegato, considerando il valore iniziale e l'importo dei SAL, il limite di finanziabilità risulta costantemente superato.

### Le conseguenze del superamento del limite di finanziabilità

5. Ritenuto in fatto corretto quanto indicato dal giudice delegato circa il provato superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 TUB, si tratta di verificare, in diritto, quali siano le conseguenze in ordine alla validità-efficacia dell'atto.

5.1. Le prime pronunzie dei giudici di legittimità che hanno affrontato tale questione hanno ritenuto che il mutuo, in caso di superamento del limite massimo di finanziabilità, restasse comunque pienamente valido ed efficace, mantenendo inoltre il carattere fondiario e la relativa disciplina; le uniche, eventuali, conseguenze secondo questo primo orientamento (consolidato sino al 2016), sarebbero state circoscritte all'irrogazione di sanzioni amministrative previste dalla disciplina del settore bancario (Cass. civ., 28 novembre 2013, n. 26672; Cass. civ., 6 dicembre 2013, n. 27380; Cass. civ., 6 maggio 2016, n. 9132; in particolare vedi in motivazione Cass. 26672/2013: *"E' infatti agevole osservare 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 ... La disposizione dell'art. 38, comma 2 TUB non appare quindi essere a tutela del contraente più debole ma invece a tutela delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie. Esaminando ora la violazione del limite di finanziamento in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), questa Corte si è attestata sulla 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 eventualmente fonte di responsabilità, ovvero quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Cass. sez. un. 26724/07; Cass. 25222/10) ... Le disposizioni in questione non appaiono quindi volte ad inficiare norme in-*

*derogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo").*

5.2. Successivamente, senza che la questione sia stata sottoposta alle Sezioni Unite (nonostante l'indubbio rilievo pratico-applicativo e le conclusioni in tal senso più volte rassegnate dal sostituto procuratore generale: vedi Cass. 17352/2017, Cass. 19015/2017, Cass. 6586/2018), la Suprema Corte ha mutato radicalmente indirizzo e nelle più recenti pronunzie, puntualmente richiamate dal Giudice delegato nel provvedimento opposto, ha concluso ritenendo che il superamento del limite di finanziabilità determini la radicale nullità del mutuo fondiario, costruito quale tipologia contrattuale autonoma, salva solo la eventuale possibilità di una "conversione" in contratto di mutuo ordinario ex 1424 c.c., subordinata tuttavia all'accertamento *«se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse lo scarto richiesto dalla legge»* (vedi Cass. 13 luglio 2017, n. 17352; Cass. 6 marzo 2018, n. 6586; Cass. 09/05/2018, n.11201; Cass., 22459/2018; Cass., 14/06/2021, n.16776 ; vedi ad esempio in motivazione Cass. n.17352/2017: *"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 perchè un contratto di mutuo possa dirsi "fondiario" ... insistere sulle sanzioni amministrative irrogabili alla banca è cosa non proficua, perchè 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 ... dovendosi affermare 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. Cicc, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poichè 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"* ; Cass

09/05/2018, n.11201 : *“il limite di finanziabilità .. si pone come elemento interno, strutturale della fattispecie rappresentata dal mutuo fondiario ... Ha rilevato la pronuncia di Cass., n. 6586/2018 (richiamandosi al precedente di Cass., 27 febbraio 2002, n. 2912) che, per poter procedere all'effettiva conversione di un fondiario nullo in un mutuo valido, occorre riguardare all'intento pratico oggettivo, tratto cioè dal puntuale esame del contesto delle circostanze proposte dal caso concreto, che viene a contraddistinguere l'operazione che è stata posta in essere. Eschuse le ipotesi di un'eventuale illiceità o non meritevolezza della fattispecie concreta, l'indagine andrà dunque a verificare se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse lo scarto richiesto dalla legge ovvero pure se il conseguimento dei peculiari "vantaggi fondiari" abbia costituito la ragione unica, o comunque determinante, dell'operazione”*).

5.3. Ritiene il Collegio che entrambi gli orientamenti in precedenza richiamati (piena validità ed efficacia del negozio, con mantenimento della disciplina fondiaria; radicale ed integrale nullità del tipo autonomo “mutuo fondiario”, salva la eventuale riconversione nel ritenuto diverso contratto “mutuo ipotecario ordinario”, a richiesta e subordinata alla verifica della non consapevolezza del superamento del limite da parte della banca) non possano coesistere.

Per le ragioni che saranno di seguito esposte il Collegio ritiene corretta l'altra, “intermedia”, soluzione giuridica che è stata dai giudici di legittimità solo incidentalmente (ma chiaramente e con adeguate argomentazioni) richiamata in un passaggio motivazionale di una recente pronuncia: la violazione del limite di finanziabilità comporta la “riqualificazione” del mutuo dichiarato dalle parti come fondiario in ordinario mutuo ipotecario, per carenza dei requisiti normativi, con esclusione quindi della disciplina speciale fondiaria e dei relativi “privilegi”, attraverso una semplice e ragionevole operazione di corretta sussunzione giuridica della concreta fattispecie negoziale in relazione all'accertamento della sussistenza (o meno) dei presupposti legali per l'applicazione di una determinata disciplina, ma senza muovere da una radicale ed assoluta nullità “virtuale” dell'intero contratto, salvo riconversione con vaglio dei relativi requisiti (vedi, chiaramente, in motivazione Cass. 28/06/2019, n.17439, punti 18 e seguenti: *“Cass. 17352/17 cit., confermata dalla prevalente giurisprudenza successiva, ricostruisce la violazione della norma sui limiti di finanziabi-*

lità fondiaria come causa di nullità del contratto di mutuo e di concessione della relativa garanzia sul presupposto evidente che si tratti di un tipo negoziale diverso o comunque di un contratto differente rispetto al mutuo ipotecario ordinario: tale è la premessa della conclusione della ammissibilità esclusivamente di una conversione ai sensi dell'art. 1424 c.c. ... 19. Una tale conclusione è però stata oggetto di vivace critica ad opera di avvertita dottrina e di una parte della giurisprudenza di merito, tra l'altro sotto il profilo: dell'eccesso della misura applicata rispetto alla finalità della norma violata, esigendosi dall'interprete il rispetto di un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse lesa e rimedio prescelto; dei dubbi sulla ricorrenza stessa dei presupposti di quell'istituto, per la perplessità sulla configurazione di diversità dei tipi negoziali coinvolti, anziché di un rapporto di species a genus tra mutuo fondiario e mutuo ipotecario, vista la preponderanza di elementi in comune e la presenza, nel primo, soltanto di elementi accidentali caratterizzanti, della complessità della ricostruzione di una consapevolezza e volontà delle parti in relazione al carattere aleatorio della stima cui ancorare la convertibilità; della conseguenza di notevoli limitazioni alla proposizione dell'istanza di conversione; delle cospicue conseguenze sulla stabilità patrimoniale delle stesse banche inosservanti delle condizioni per il riconoscimento del carattere fondiario del mutuo. 20. E non è mancata un'opinione intermedia, la quale - fermo il presupposto che il limite di finanziabilità posto dall'art. 38 non sia mera regola di condotta della banca - risolve la questione sul piano della qualificazione giuridica del contratto, ritenendo che, al di là del nomen iuris utilizzato dalle parti, il mutuo pur qualificato come fondiario, ove non in regola con le disposizioni dell'art. 38 t.u.b. per intervenuto superamento dei limiti di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo ipotecario: con la conseguenza che il superamento del limite di finanziabilità non comporterebbe, in quanto ad esso estrinseco, la nullità del sinallagma né la verifica della possibilità di dar luogo alla conversione in altro tipo di contratto, ma semplicemente la disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione del contratto di mutuo ipotecario originario e della garanzia ipotecaria").

5.4. Occorre infatti osservare, riprendendo le considerazioni svolte in motivazione da Cass. 17439/2019, da altre recenti pronunzie di merito e da attenta dottrina, che non è condivisibile il presupposto dal quale muove la tesi della radicale nullità, ovvero l'autonomia

tipologica del mutuo fondiario, per il quale, eccezionalmente, diversamente da ogni altro mutuo ipotecario, il limite quantitativo di finanziabilità costituirebbe *“elemento interno, strutturale della fattispecie”*; invero l'art. 38 TUB non individua in alcun modo una autonoma tipologia contrattuale, ma si limita a riconoscere il carattere della “fondiarietà” (con le relative conseguenze processuali e sostanziali) a tutti i “finanziamenti” (in ipotesi concessi anche con strumenti negoziali diversi dal mutuo) “a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili” e che rispettino l'ulteriore condizione dell'ammontare massimo “in rapporto al valore dei beni ipotecati”, limite da determinare in via amministrativa, con fonte non primaria.

Il mutuo o, meglio, il “finanziamento” fondiario come da tempo riconosciuto non ha più carattere di scopo; non vi sono meccanismi di controllo dell'effettivo impiego delle somme mutate; ha progressivamente perso, con l'attuale disciplina del testo unico bancario, gran parte degli originali caratteri di specialità, salvo il riconoscimento di peculiari “privilegi” (vedi ancora in motivazione Cass. 17439/2019 : *“ormai superata l'originaria struttura disegnata dal R.D. n. 646 del 1905 (incentrata sul requisito soggettivo della peculiare organizzazione dell'esercente il credito fondiario e su quello oggettivo del contenuto del contratto) e quella più cauta del D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, o del successivo L. n. 175 del 1991, art. 4 (tra cui quelle sui limiti complessivi di durata e complessivi di finanziabilità): un tale originario sistema trovava la sua giustificazione nella funzione pubblicistica esercitata dal creditore fondiario ed integrante la mobilitazione del credito, la quale si sostanziava nell'intermediazione - sostanzialmente gratuita - tra mutuatari e portatori di cartelle fondiarie, basata sull'emissione di cartelle fondiarie a fronte di ciascun mutuo concesso e finalizzata a privilegiare l'interesse del portatore delle cartelle ... Al giorno d'oggi, scomparso il riferimento a soggetti particolarmente qualificati ed alle esigenze di tutela della loro posizione di garanti dell'effettiva mobilitazione dei crediti garantiti da ipoteche di primo grado ... permane ... una disciplina caratterizzata da una serie di privilegi sostanziali e processuali attribuiti al finanziatore, alcuni dei quali di significativo impatto anche sui principi generali del processo esecutivo individuale e concorsuale, tra i quali: la facoltà di eleggere, ai fini dell'iscrizione ipotecaria, presso la propria sede, invece che nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede la conservatoria dei registri immobiliari (art. 2839 c.c.); il c.d. consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria, non soggetta a re-*

*vocatoria fallimentare quando sia stata iscritta dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento del debitore concedente o del terzo datore di ipoteca; l'estensione della garanzia ipotecaria anche in caso di clausole di indicizzazione, ove menzionate nella nota di iscrizione, in deroga all'art. 2855 c.c.; l'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore poi dichiarato fallito; una serie di ulteriori agevolazioni nel procedimento esecutivo individuale, tra cui l'esonero dall'obbligo di notificazione previa del titolo esecutivo, la facoltà di proporre o di proseguire il processo esecutivo anche in caso di fallimento del debitore ...").*

Il "mutuo fondiario ipotecario" non è quindi una tipologia contrattuale autonoma ma una *species* del *genus* mutuo ipotecario, nel quale, in correlazione al rispetto delle condizioni e requisiti di cui all'art. 38 TUB, sono riconosciuti alcuni specifici "privilegi" o "benefici"; come osservato in dottrina ormai i due finanziamenti non sono più «distinguibili in base al fattore tempo, né in base alla qualità delle parti, né al modo di perfezionamento, né ancora in base alla natura della prestazione dedotta, né, infine, corrispondono ad assetti di interessi legaltipici diversi».

Non è quindi condivisibile la qualificazione del "mutuo fondiario" quale tipologia contrattuale autonoma (qualificazione che la Corte pone a fondamento della tesi della nullità negoziale radicale).

5.5. Neppure può condividersi la ricostruzione che ricollega alla violazione del limite di finanziabilità una nullità "virtuale" assoluta per violazione di norma imperativa.

Occorre in primo luogo evidenziare che nell'ordinamento non vi è alcun divieto generale per gli istituti di credito di concedere finanziamenti a medio e lungo termine anche in assenza di garanzia ipotecaria, ovvero con garanzia ipotecaria non di primo grado o di primo grado ma per un importo superiore al limite ex art. 38, comma secondo TUB; la normativa sul credito fondiario non può quindi essere in alcun modo intesa a vietare o qualificare contrario all'ordine pubblico economico che possano concedersi prestiti a medio-lungo termine anche senza l'assistenza di garanzie ipotecarie ivi previste.

E' stato peraltro correttamente osservato che il riconoscimento di nullità "virtuali" in assenza di espressa previsione normativa è ricollegabile in larga misura alla discrezionalità dell'interprete, sia nell'individuare la norma imperativa, sia nel determinare le conseguenze.

della sua violazione, con possibile riduzione della certezza del diritto ; in particolare nella fattispecie, come già in passato rilevato dai giudici di legittimità, la nullità virtuale sarebbe ricollegata a elementi non testuali, non ricavabili dall'atto e soggetti a valutazione ex post con ampi margini oggettivi di opinabilità (vedi sul punto, in motivazione, Cass 28/11/2013, n.26672: *“non può non rilevarsi che il rispetto del limite del finanziamento non risulta essere una circostanza rilevabile dal contratto in quanto l'accertamento in proposito può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto. A tale proposito va osservato che la Banca d'Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell'immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto”*).

La tesi della radicale nullità “virtuale” non considera che l'ordinamento, in generale, consente l'erogazione di finanziamenti a prescindere da limitazioni di importo correlate a garanzie reali; tale tesi poi introduce una invalidità assoluta rimessa a valutazioni in larga misura opinabili, a danno della certezza del diritto e rischia di minare più che assicurare la stabilità del sistema bancario; inoltre, come è stato evidenziato da alcuni autori, può comportare conseguenze pregiudizievoli gravi a carico dello stesso mutuatario, che potrebbe comunque essere chiamato alla immediata restituzione del capitale, ragionevolmente nelle more investito in operazioni di acquisto o imprenditoriali; la richiesta di nullità relativa all'iscrizione ipotecaria potrebbe in ipotesi essere avanzata dall'eventuale terzo garante, per liberarsi dal vincolo.

5.7. Come osservato in dottrina l'art. 38 TUB nel fissare le condizioni per le quali un “finanziamento” possa considerarsi fondiario non introduce un autonomo tipo negoziale, né detta una norma imperativa sanzionata con nullità virtuale, ma indica i requisiti in presenza dei quali il negozio di finanziamento può fruire dei relativi “privilegi”, ai quali in sostanza va riconosciuto carattere premiale ed incentivante; la riscontrata carenza dei requisiti normativi di fondiarietà non determina, di conseguenza, la caducazione integrale del negozio ma, semplicemente, la perdita della connotazione di “specialità” e dei correlati “benefici”,



con riconduzione della fattispecie nell'ambito della generale e di per sé lecita attività di finanziamento con garanzie ipotecarie anche diverse da quelle dell'art. 38 TUB.

Si tratta di una operazione di qualificazione della concreta fattispecie contrattuale quale quella che normalmente è chiamato ad operare il giudice, indipendentemente dal nomen juris utilizzato dalle parti; una operazione di sussunzione del negozio nella corretta disciplina normativa di riferimento, in relazione alla sussistenza (o meno) dei relativi presupposti: un finanziamento che non rispetti i requisiti ex art. 38 TUB non è qualificabile quale mutuo ipotecario fondiario, ma non può non essere qualificato quale comune mutuo ipotecario.

Il riscontrato sfioramento ex post del limite di finanziabilità precluderà l'applicazione dei "privilegi" normativamente correlati a tale requisito; come già evidenziato nel richiamato passaggio motivazionale di Cass. 17439/2019, trattasi dell'unica soluzione che assicura un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse lesso e rimedio prescelto, aderente all'altro criterio generale secondo il quale la nullità "virtuale" non opera qualora nell'ordinamento siano rinvenibili rimedi diversi, adeguati e proporzionali al fine di assicurare l'effettività della norma.

6. Ferme le considerazioni in precedenza svolte deve anche osservarsi, per completezza motivazionale, che, anche a voler in ipotesi accedere alla tesi della nullità virtuale integrale salva eventuale conversione, non può in ogni caso condividersi neppure l'ulteriore affermazione contenuta nelle più recenti pronunzie di legittimità secondo la quale tale conversione sarebbe subordinata, in fatto, alla verifica *"se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse lo scarto richiesto dalla legge"*.

Invero l'art. 1424 c.c. esclude la conversione, testualmente, solo in caso di conoscenza della "nullità" e non certo di consapevolezza di un elemento che potrebbe, secondo una data interpretazione, condurre ad una nullità "virtuale".

Cass. 2912/2002 (che pure è citata come precedente da Cass. n. 6586/2018 e Cass. n. 11201/2018) usa, in modo assai significativo, l'espressione *"coscienza della nullità dell'atto"*; in dottrina si è parlato di *"buona fede intesa come ignoranza della nullità del primo negozio"*; l'esclusione della conversione in ipotesi di conoscenza della nullità trova la sua razionale giustificazione con la considerazione che non può essere attribuito rilievo

ad una volontà negoziale consapevolmente diretta ad un atto che si conosce già come radicalmente invalido ed improduttivo di effetti.

Ritenere che nella fattispecie l'istituto bancario, nel 2006, pur in ipotesi consapevole del superamento del limite di finanziabilità, fosse a conoscenza della (qui contestata) radicale invalidità del mutuo ipotecario, che abbia sottoscritto l'atto con coscienza di una nullità "virtuale" che sarebbe stata per la prima volta affermata dai giudici di legittimità nel 2017 (ribaltando un orientamento che costantemente, dal 2013, non ravvisava invalidità alcuna) appare contrario alla ratio dell'art. 1424 c.c., che si ispira ai principi fondamentali di conservazione negoziale e di tutela secondo buona fede della volontà dei contraenti, per introdurre invece un carattere (sproporzionatamente) sanzionatorio che è estraneo alla disposizione codicistica, confondendo l'oggetto dell'indagine che è richiesta, che riguarda, appunto, esclusivamente, la "coscienza della nullità" quale stato soggettivo.

7. Infondata è anche la deduzione relativa alla nullità dei tassi di interesse convenuti con riferimento al parametro Euribor.

La clausola di determinazione degli interessi corrispettivi dovuti dal mutuatario è valida anche se la stessa si limita al mero richiamo di criteri prestabiliti ed elementi estrinseci purché obiettivamente e sicuramente individuabili.

Il tasso Euribor (Euro Interbank Offered Rate) è un tasso di interesse di riferimento ampiamente utilizzato sui mercati monetari internazionali e il cui scopo è rispecchiare il costo dei prestiti interbancari in euro. L'EURIBOR, definito come un indice del «tasso al quale sono offerti depositi a termine in euro nel mercato interbancario da una banca primaria a un'altra banca primaria all'interno della zona euro», si basa sulle quotazioni individuali dei tassi ai quali ciascuna delle banche del panel ritiene che un'ipotetica banca primaria presterebbe fondi a un'altra banca primaria; secondo il codice di condotta Euribor della Federazione bancaria europea (FBE), «le banche del panel forniscono quotazioni giornaliere del tasso [...] che, secondo ciascuna banca del panel, una banca primaria sta applicando a un'altra banca primaria per i depositi a termine in euro nel mercato interbancario all'interno della zona euro».

L'accertamento da parte della Commissione Europea di condotte scorrette di alcuni istituti di credito inseriti nel campione rappresentativo (vedi in particolare decisione della

Commissione del 4 dicembre 2013 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso AT.39914 – Derivati sui tassi di interesse in euro) non è di per sé significativa o motivo di nullità della clausola di determinazione del tasso di interesse, posto che è non è contestato che la banca erogante il mutuo ( ) era comunque del tutto estranea a tali condotte; non è dimostrata la concreta ed effettiva influenza delle condotte indicate dalla Commissione nella determinazione del tasso; in ogni caso manca, come esposto, qualsiasi elemento per ritenere la sussistenza di un concreto collegamento funzionale tra tali condotte ed il contratto per cui è causa.

Si tratta, come evidenziato da altra giurisprudenza di merito, di un indice determinabile in modo costante, sulla base di un articolato procedimento di rilevazione, comunque nella fattispecie certamente sottratto a qualsiasi rischio di determinazione unilaterale a cura della banca mutuataria.

Infondati, infine, sono i rilievi relativi ad una presunta indeterminatezza dei tassi di interesse, posto che occorre far riferimento non solo all'originario contratto di mutuo, ma anche ai successivi atti di erogazione, comunque avvenuti sulla base di contratti notarili con specificazione e determinazione consensuale delle condizioni.

8. La domanda di ammissione al passivo di parte opponente meritava quindi accoglimento, con riconoscimento non del privilegio ipotecario fondiario ma del privilegio ipotecario ordinario e con esclusione da tale privilegio delle somme richieste per interessi moratori (vedi Cassazione civile sez. I, 31/05/2013, n.13831: *in caso di iscrizione di ipoteca per un capitale, l'estensione del privilegio ipotecario agli interessi, secondo le condizioni indicate dall'art. 2855, secondo e terzo comma, c.c. - richiamati dagli artt. 54, terzo comma, e 55, primo comma, della legge fallimentare - è limitata ai soli interessi corrispettivi, con conseguente esclusione di quelli moratori, dovendosi ritenere l'espressione "capitale che produce interessi" circoscritto ai soli interessi che costituiscono remunerazione del capitale medesimo, senza che, neppure in via analogica, possano ritenersi in essi inclusi quegli interessi che trovano il loro presupposto nel ritardo imputabile al debitore).*

La particolarità della vicenda e, segnatamente, il ricordato contrasto giurisprudenziale, il difforme orientamento della giurisprudenza di legittimità, giustificano l'integrale com-

pensazione delle spese di lite ex art. 92 c.p.c. come integrato dalla sentenza 77/2018 della Corte Costituzionale.

**P.Q.M.**

in parziale accoglimento dell'opposizione ammette il passivo del fallimento di

a) in via privilegiata ipotecaria (con esclusione del privilegio "fondiario") in relazione al contratto di mutuo Notaio del 26 aprile 2006 Rep. 23951 Racc. 7201 e successivi atti notarili di erogazione: per euro 3.547.562,31 (euro 2.662.769,83 a titolo di capitale residuo, euro 729.612,89 a titolo di rate scadute ed insolute, euro 155.179,59 a titolo di quota capitale rate insolute ante triennio) e per gli ulteriori interessi dal 01.01.2020 sino alla data della vendita al tasso legale, ai sensi degli artt. 54 l.f. e 2855 c.c.

b) in via chirografaria per euro 556.177,43 (di cui Euro 280.411,26 a titolo di quota interessi rate insolute ante triennio al 31/12/2017, euro 249.138,47 a titolo di interessi di mora Euro 26.627,70 a titolo di penale per estinzione anticipata); per gli ulteriori interessi dal 01.01.2020 sino alla data della vendita calcolati alla differenza tra il tasso convenzionale ed il tasso legale; per euro 2.621,58, quale residuo debito al 11/02/2021 del contratto di conto corrente n. 2 330 3000222.

-dichiara integralmente compensate le spese di lite.

Si comunichi.

Livorno, 16 dicembre 2021

Il Giudice Relatore  
dott. Luigi Nannipieri

Il Presidente  
dott. Carlo Cardì