



LE CONSEGUENZE DEL SUPERAMENTO DEL LIMITE DI FINANZIABILITÀ NELLE OPERAZIONI DI CREDITO FONDIARIO

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 5/07/2018)

Abstract

Il superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario secondo la giurisprudenza di legittimità più recente determina la nullità dell'intero mutuo salva la conversione dello stesso in finanziamento ordinario. Siffatto orientamento viene sottoposto a riesame alla luce della *ratio* della fondiarietà indicata dalla Corte Costituzionale e delle conseguenze che ne discendono in tema di circolazione del credito; la nullità dell'intero mutuo fondiario appare sanzione eccessiva e sovrabbondante in relazione agli interessi in gioco e pertanto non ispirata a criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Conseguentemente viene nuovamente confermata la condivisibilità della tesi secondo cui il superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario non determina la nullità dell'operazione ma solo sanzioni a carico dell'Ente erogatore.

1. Premessa. 2. Gli opposti orientamenti in tema di superamento del limite di finanziabilità; 3. L'orientamento più recente della Cassazione; 4. Osservazioni critiche; 5. Il ruolo del notaio: cenni

1. Premessa

Il tema delle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nelle operazioni di credito fondiario è tornato prepotentemente alla ribalta a seguito della recente sentenza della Cassazione n. 17352/2017¹ che abbandonando il precedente orientamento giurisprudenziale ha stabilito:

¹ La Sentenza è già stata pubblicata in molteplici riviste; recentemente la si può leggere in *Notariato*, 2018, p. 193 con commento di G. MIGLIORATI, in *I Contratti*, 2018 p. 169 con commento di M. FARINA, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 21 con nota di G. PUHALI, *La Cassazione ci ripensa: nullo il mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità*. Il tema *de quo* è stato già oggetto di approfondimento da parte del CNN; oltre i documenti infra meglio specificati cfr. sin da ora L. PICCOLO, *Limite di finanziabilità del mutuo fondiario e garanzie integrative*, Riposta a quesito 79-2016/C. Sembra aderire al nuovo orientamento anche Cass., 12 aprile 2018, n. 9079, (ordinanza), estensore A.A. DOLMETTA, in *Ius Explorer* (Banca dati Giuffrè) nella quale si affronta il tema delle garanzie accessorie al finanziamento fondiario e incidentalmente si ribadisce la nullità del mutuo ex D.Lgs. 385/93 in cui non sia stata rispettato il limite di finanziabilità. Ancora più recentemente Cass. Ord., (ud. 27-03-2018) 09-05-2018, n. 11201 estensore ancora A.A. DOLMETTA, rinvenibile in *Banche dati Giuffrè e Pluris* la quale conferma espressamente l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la sentenza n. 17352/2017



1) che il mancato rispetto del limite *de quo* ai sensi dell'art. 38 T.U.B. determina la nullità del contratto di mutuo fondiario

2) la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario.

Entrambi i predetti assunti meritano riflessione e approfondimento in quanto probabilmente non aderenti ad alcuni principi del nostro ordinamento. Tuttavia, prima di procedere ad una eventuale critica di quanto statuito dalla Cassazione è opportuno provvedere ad una sia pur breve ricostruzione del tema in oggetto nonché riprendere gli orientamenti più moderni che si stanno venendo ad affermare in tema di invalidità del contratto.

I privilegi legati alla fondiarietà del mutuo hanno trovato la loro prima ragion d'essere nella stretta connessione tra emissione delle cartelle fondiarie e prestiti ipotecari; il bilanciamento degli interessi attivi e passivi, nonché il collegamento tra sorteggio e rimborso delle cartelle e ammortamento dei mutui legittimavano una disciplina di favore finalizzata alla realizzazione di interessi di rilevanza sociale e generale². Sulla base di queste superiori esigenze di economia nazionale venivano giustificate le deroghe alla *par condicio creditorum* e difficilmente pertanto si poteva contestare la scelta del legislatore di privilegiare gli istituti di credito fondiario soprattutto in ambito processuale³.

Tuttavia, a seguito del mutare del quadro normativo di riferimento, il dibattito sulla legittimità dei privilegi legati alla fondiarietà si è profondamente riaperto in quanto l'abbandono del sistema delle cartelle in favore dell'utilizzo degli strumenti di provvista ordinari, il riconosciuto utilizzo dei mutui fondiari per tutti gli istituti di credito, la scomparsa della precedente distinzione fra credito fondiario e credito edilizio, il venir meno dello scopo quale elemento rilevante dal punto di vista causale, hanno portato al sorgere di tentativi di superamento dei privilegi considerati ormai ingiustificati, essendo venuta meno la *ratio* che giustificava, nel precedente regime, il trattamento preferenziale soprattutto in sede fallimentare⁴.

² Per una ampia ricostruzione storica della normativa sul credito fondiario ed edilizio cfr. G.R. FILOGRANO, *Il credito fondiario. Disciplina e funzione negoziale*, Padova, 2000, p. 1 ss.; C. BALDINELLI, *Norme relative a particolari operazioni di credito*, in AA.VV. *La nuova legge bancaria, Commentario* a cura di P. Ferro Luzzi e G. Castaldi, Tomo I, p. 590 ss.; G. BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo T.U. bancario*, Padova, 1996, p. 1 ss.; M. SEPE, *Commento sub art. 38*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, F. Capriglione (a cura di), Padova 2012, p. 429 e ss.; G. FALCONE, *Commento sub art. 38*, in *Testo Unico Bancario. Commentario*, M. Porzio-F. Belli-G. Losappio-M. Rispoli Farina-V. Santoro (a cura di), Milano 2010, p. 365 e ss.; C.M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano 2006; E. VERBENA, *Il credito fondiario, Profili legali ed operativi*, Torino, 2005, p. 1 ss. Si tratta di una nuova tipologia di intervento dello Stato nella economia e nei rapporti tra i privati finalizzata a dettare regole per il mercato senza tuttavia assumere la funzione di guida del processo economico; cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, p. 3.

³ Su questi temi cfr. V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, p. 1149 e ss.; A. DIDONE, *Credito fondiario e fallimento: due privilegi in cerca di « ratio »*, in *Fallimento*, 1997, p. 95 e ss.; A. PETRAGLIA, *Rapporti tra credito fondiario, fallimento, esecuzione individuale e prededuzioni*, in *Fallimento*, 1996, p. 1127 e ss.; A. PATTI, *Credito fondiario tra esecuzione individuale e fallimento: accertamento del credito e liquidazione dei beni*, in *Fallimento*, 2005, p. 1143 ss.; G.P. MACAGNO, *Rapporti tra esecuzione individuale e concorsuale di credito fondiario: conferme dal legislatore della riforma*, in *Fallimento*, 2009, p. 1229 e ss.

⁴ Cfr. M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, I, 2015, p. 538 il quale parla di "copia scolorita".



Nel momento in cui, invece, il legislatore ammette all'utilizzo della disciplina di favore qualunque banca attraverso una molteplicità di strumenti si attribuirebbero ingiusti vantaggi in violazione della *par condicio creditorum* al punto da poter prospettare una ingiustificata "iperprotezione" del settore⁵. La nozione di credito fondiario ormai decolorata nello scopo e nella tipologia si caratterizzerebbe solo per la durata e per la garanzia ipotecaria di primo grado (peraltro derogabile), elementi tuttavia non sufficienti a legittimare una disparità di trattamento così profonda tra mutuo ordinario e fondiario⁶.

In realtà, ad essere privilegiato non sarebbe il credito bancario in sé ma solo quella particolare forma caratterizzata da una garanzia particolarmente efficace, la contestuale ipoteca di primo grado sull'immobile, che garantirebbe la sicurezza nel "rientro" che il bene assicura nel caso di mancato pagamento del mutuo, indipendentemente dalla situazione finanziaria dell'obbligato⁷.

I dubbi di legittimità costituzionale avanzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza hanno superato, tuttavia, il vaglio della Corte Costituzionale la quale, ribadendo la particolare meritevolezza dell'intento di sostenere l'attività di impresa agevolando l'erogazione del credito, ha ribadito la legittimità della normativa in tema di credito fondiario in quanto la circostanza che il T.U. n. 385 del 1993 abbia radicalmente innovato la previgente disciplina - sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo - non può indurre ad una negazione di qualsiasi *ratio* giustificatrice della tutela privilegiata del credito scaturente da un finanziamento a medio-lungo termine erogato da una banca con contestuale iscrizione di ipoteca di primo grado su un bene immobile; stante l'evidente intento di favorire la "mobilizzazione" della proprietà immobiliare e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore; trattasi di una scelta di politica economica del legislatore che non appare manifestamente irrazionale⁸.

La disciplina del credito fondiario pertanto sarebbe ispirata dall'interesse a facilitare l'ottenimento dei finanziamenti da parte dei proprietari di immobili⁹ e conseguentemente finalizzata alla mobilizzazione della proprietà immobiliare¹⁰ ed in un'ultima analisi alla difesa ed al potenziamento del diritto di credito cercando di preservarlo da pericoli di insolvenze¹¹

2. Gli opposti orientamenti in tema di superamento del limite di finanziabilità

⁵ C. COSTA, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. fall.* 1995, I, p. 312 ss.

⁶ G. PRESTI, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. Fall.* 1996, I, p. 207 ss.

⁷ L'imperatività del nuovo art. 38 t.u.b. consisterebbe, dunque, non più nella «obbligatorietà» di un certo contenuto negoziale, ma nella tassatività degli «elementi della fattispecie a cui la legge ricollega una certa disciplina»; in questi termini G. D'AMICO, nota a Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Contr.*, 2014, p. 454.

⁸ Corte Cost., (ud. 10-06-2004) 22 giugno 2004, n. 175 ma già precedentemente Corte Cost. nn. 166/1963, 61/1968, n. 211/1976 e 249/1984.

⁹ C. CACCAVALE, *Ancora in tema di credito fondiario: requisiti oggettivi e interessi dei contraenti*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 29

¹⁰ S. TONDO, *Nuovi appunti sul mutuo fondiario*, in *Vit. not.* 1995, p. 85.

¹¹ G. BARALIS e G. MARICONDA, *La disciplina del credito fondiario nel nuovo T.U.*, in *Studi e materiali* del Consiglio Nazionale del Notariato, 4, 1992, 1995, Milano, 1995, p. 358.



Consolidatasi ormai la giurisprudenza costituzionale sulla legittimità ma soprattutto sulla utilità della normativa sul credito fondiario è opportuno partire da questo punto cardinale per orientarsi sulla ulteriore questione affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di superamento del limite di finanziabilità del finanziamento fondiario. La problematica in oggetto si è prospettata in tutta la sua complessità soprattutto alla luce della perdita di valore degli immobili a causa della crisi del mercato immobiliare e delle stime immobiliari purtroppo in alcuni casi non effettuate con criteri di prudente realizzo in caso di esecuzione forzata¹². In mancanza di una espressa sanzione, quale rimedio per il superamento del limite prudenziale sancito dal T.U.B., sono state prospettate dagli operatori del diritto diverse soluzioni.

Secondo un primo orientamento¹³ in caso di erogazione di un mutuo fondiario in violazione del limite di cui all'art. 38, comma 2^o, T.U.B., il mutuo resterebbe pienamente valido ed efficace e totalmente fondiario, stante peraltro la difficoltà di applicare contemporaneamente due differenti discipline¹⁴, mentre le uniche conseguenze consisterebbero in eventuali sanzioni amministrative nonché nella responsabilità della banca mutuante per abusiva concessione di credito. La *ratio* della suddetta normativa andrebbe rinvenuta nella esigenza di tutela delle banche e indirettamente del sistema bancario al fine di evitare eccessive e irragionevoli esposizioni nei confronti dei terzi senza tuttavia che il superamento del limite possa influenzare il sinallagma contrattuale, in quanto rilevante esclusivamente sotto un profilo comportamentale da parte dell'istituto di credito tenuto ad osservare la normativa di settore¹⁵.

D'altronde, prima di irrogare sanzioni a carico dell'istituto finanziatore sarebbe necessario preventivamente verificare se dalla documentazione acquisita (ad es. una perizia sul valore dell'immobile) la banca sia stata indotta a confidare, senza sua colpa, in un valore dell'immobile tale da garantire il rispetto del rapporto di finanziabilità, ovvero se la banca (e per essa il funzionario responsabile dell'operazione) abbia mantenuto un comportamento fraudolento o poco diligente. In queste ipotesi ben si potrebbe configurare un vero e proprio abuso nell'utilizzo del mutuo fondiario¹⁶. Solo in quest'ultima ipotesi si dovrebbe riconoscere una responsabilità dell'Istituto con conseguente irrogazione delle sanzioni amministrative¹⁷.

¹² La crisi economica ha dimostrato l'importanza di un'erogazione di credito prudente e sicura, ai fini della stabilità del sistema economico. Basti ricordare i danni derivanti dalla crisi dei mutui *subprime* a causa della sopravvalutazione del valore degli immobili e la concessione di crediti da parte degli istituti bancari statunitensi a soggetti che non fornivano sufficienti garanzie.

¹³ Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *I Contratti*, 2014, p. 439 ss., con note di S. PAGLIANTINI, *La logica (illogica) dell'art. 38 TUB ed il canone (mobile) della Cassazione*, e di G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 381 ss. con nota di D. TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*; detta sentenza è seguita, negli stessi termini, da Cass., 6 dicembre 2013, n. 27380, in *Foro it.*, 2014, I, 499; in senso critico cfr. A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e <<premio dell'irragionevolezza>>* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, II, p. 127 ss.

¹⁴ G. BARALIS e G. MARICONDA, *o.u.c.*, p. 360.

¹⁵ M.F. DE CAPOA, *Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e conseguenze del loro superamento*, nota a Trib. Firenze, 30 ottobre 2014, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 198 ss.

¹⁶ Su questo tema cfr. M. PANTALONE BALICE – S. SIDERI, *Riflessioni sull'uso anomalo del mutuo fondiario*, Studio del CNN n. 821-2014/C, in corso di pubblicazione, i quali concentrano le loro riflessioni prevalentemente sulle operazioni di mutuo fondiario cd. "a rientro" come strumento per rafforzare la posizione dominante della banca in ordine al soddisfacimento di debiti (personali) pregressi, specie nel caso in cui il debitore è un imprenditore che presenta delle difficoltà di restituzione, hanno nella prassi un certo grado di diffusione per i numerosi vantaggi che apporta alla Banca. Cfr. pure M. CAPOTORTO, *Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 1073 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Latina, 11 agosto



Peraltro, è addirittura possibile immaginare un vero e proprio accordo tra venditore e acquirente che preveda un aumento fittizio del prezzo di vendita al fine di ottenere dalla Banca somme maggiori di quelle necessarie per l'acquisto di un immobile, magari per coprire anche i costi del trasferimento. Questi accordi possono peraltro atteggiarsi come parzialmente simulati relativamente alla parte di prezzo in più convenuta¹⁸ ma possono addirittura caricarsi di disvalore¹⁹ qualora emergano i caratteri del reato di truffa ai danni della Banca; in queste ipotesi contrariamente alla prassi commerciale vengono addebitati al venditore tutta una serie di costi che generalmente sono a carico dell'acquirente (quali ad esempio il pagamento delle imposte e addirittura i costi del mutuo) e la banca eventualmente viene indotta a erogare maggior credito in base ad una perizia estimativa infedele. Trattasi comunque di fattispecie che ben poco hanno a che fare con il tema in oggetto, in quanto nelle fattispecie prospettate l'Ente Finanziatore potrebbe essere addirittura parte lesa avendo erogato un mutuo in base ad una perizia errata rispettando apparentemente il limite di finanziabilità previsto dalla legge.

Per valutare il corretto operato della Banca la giurisprudenza, riprende la nota distinzione tra norme imperative di comportamento e di validità del contratto²⁰ resa da Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 in materia di servizi di intermediazione finanziaria²¹, riconducendo l'art. 38 t.u.b. alla stregua di norma imperativa di comportamento, dalla cui violazione non potrebbe derivare alcuna nullità del mutuo fondiario. In altri termini la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assumerebbe rilievo in tema di responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni; in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei doveri di comportamento non potrebbe però determinare la nullità del contratto a norma dell'art. 1418 c.c., comma 1.

La suddetta distinzione, confermata anche dalla dottrina, sarebbe fortemente radicata nei principi del codice civile e difficilmente contestabile stante il fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema

2008, in *I Contratti*, 2008, p. 1085 ss. con commento di F. TOSCHI VESPASIANI e L. FANTECHI.

¹⁷ Cfr. C. CACCAVALE, *o.u.c.*, p. 39.

¹⁸ Sul tema in oggetto cfr. R. LENZI, *Simulazione*, artt. 1414 – 1417, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2017 p. 67 ss.

¹⁹ Sul concetto di <<nullità da disvalore>> cfr. G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozio illegale*, cit., p. 13 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁰ In dottrina recentemente cfr. G. BISCONTINI, *Nullità e altri rimedi in conseguenza di condotte abusive*, Napoli, 2017, p. 35 ss.

²¹ Cass. Sezioni Unite 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432, con nota di U. SALANITRO; in *Danno e resp.*, 2008, 525, con nota di V. ROPPO e F. BONACCORSI; in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di E. SCODITTI; in *Corriere giur.*, 2008, 223, con nota di V. MARICONDA in *I contratti*, 2008, 229 nota di V. SANGIOVANNI; in *Società*, 2008, 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO; nonché *Id.*, 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, 347, con nota di G. COTTINO; in *I contratti*, 2008, 221, con nota di V. SANGIOVANNI; in *Dir. fall.*, 2008, 1, con nota di F. SARTORI; in *Resp. civ.*, 2008, 525, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI (le quali si rifanno a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corriere giur.*, 2006, con commento di G. GENOVESI e in *Danno e resp.*, 2006, 25, con commento di V. ROPPO e G. AFFERNI). In dottrina v., tra gli altri, con sostanziale adesione alle anzidette decisioni, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 599 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, 109; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, *ivi*, 230 ss.



giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.; la violazione delle suddette norme potrebbe riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e in ogni caso determinerebbero responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma giammai potrebbero determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile).

D'altronde, il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite. L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. Il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni.

Applicando siffatti principi al fattispecie *de qua*, la disciplina del credito fondiario non sarebbe quindi in grado di intaccare la validità del contratto ma andrebbe qualificata come normativa di buona condotta la cui violazione potrebbe 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. D'altronde una eventuale dichiarazione di nullità del mutuo condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare quel valore della stabilità bancaria che la norma intenderebbe proteggere.

Questa tesi che ha il privilegio di lasciare inalterato il regolamento contrattuale non ha convinto del tutto, soprattutto per la presunta poca incisività dei rimedi amministrativi, inadatti a limitare il rischio di una eccessiva erogazione di credito e a fungere da deterrente a future operazioni. Inoltre, grave rimarrebbe la lesione della *par condicio creditorum* quanto meno oltre la soglia della fondiarietà.

Secondo un diverso orientamento il superamento del limite di finanziabilità del mutuo fondiario determinerebbe la nullità totale del mutuo stesso per la violazione di norma imperativa di validità ai sensi dell'art. 1418, comma 1º, cod. civ.²². I riflessi della suddetta invalidità sull'ipoteca dovrebbero essere regolati in primo luogo dal principio della accessorietà²³ tenendo

²² Trib. Venezia, 26.7.2012 e Trib. Firenze, 30.10.2014. Secondo L. BALESTRA, *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fallimento*, 2014, IV, 419, è nullo integralmente il mutuo fondiario concesso oltre soglia in quanto avente un oggetto illecito ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2º, e 1346 cod. civ.; così anche M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2014, VII, p. 943.

²³ Cfr. recentemente sul tema M. CEOLIN, *Sul concetto di accessorietà nel diritto privato*, Torino, 2017, *passim*



comunque in debito conto che la suddetta garanzia presenta sì una autonomia strutturale ma una dipendenza funzionale²⁴. Queste caratteristiche fondamentali dell'ipoteca, tuttavia, nel momento della loro combinazione determinano alcune incertezze interpretative come dimostra il fatto che secondo alcuni l'ipoteca mantiene una sua autonomia rispetto al credito stesso²⁵ mentre altri ritengono di poter riscontrare una assoluta compenetrazione tra gli stessi²⁶. In realtà quest'ultima opinione non appare del tutto soddisfacente in quanto assimila tutte le garanzie sia reali che personali e le riconduce ad unità senza tuttavia tener conto che il vincolo di garanzia nelle prime si collega ad un bene e non ad un soggetto come invece accade nelle seconde.

Inoltre, è necessario considerare la fondamentale importanza che assumono oggi le garanzie nel mercato bancario e creditizio e la loro centralità al fine di garantire la efficienza del sistema creditizio. Conseguentemente la possibile invalidità dell'ipoteca conseguente alla nullità del mutuo non può considerarsi così scontata ma va attentamente valutata sempre tenendo conto e valutando tutti gli interessi in gioco. Infatti questa soluzione francamente appare addirittura iniqua in quanto l'ente creditore perderebbe non solo la natura fondiaria dell'operazione ma addirittura la stessa garanzia ipotecaria con il diritto alla sola restituzione del *tantundem* a titolo di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 cod. civ. Seguendo questo orientamento lo stesso sistema bancario sarebbe messo seriamente a rischio con inevitabili ripercussioni su tutte le future operazioni di credito fondiaria e non. Proprio in virtù di tali considerazioni la ripercussione così negativa della nullità del mutuo sull'ipoteca deve essere attentamente valutata e se del caso eventualmente esclusa, soprattutto tenendo conto che l'ipoteca non è accessoria al mutuo bensì al credito che ne deriva²⁷, credito che rimane esistente anche in caso di nullità del mutuo quale credito alla restituzione della somma indebitamente nella disponibilità del mutuatario. E' pur vero però che è consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale la sentenza che dichiara la nullità del titolo, sulla base del quale è stato effettuato un pagamento, dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito oggettivo con caducazione dell'atto divenuto giuridicamente irrilevante fin dall'origine con conseguente definitivo venir meno della modifica della situazione giuridica preesistente²⁸; tuttavia sembra possibile al fine di mantenere comunque validità all'ipoteca pattuire nel contratto di mutuo che la stessa ipoteca garantisca altresì la restituzione della somma finanziata anche in caso di invalidità del mutuo stesso²⁹.

3. L'orientamento più recente della Cassazione

²⁴ In questi termini D. RUBINO, *L'ipoteca*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XIX, Milano, 1956, p. 23.

²⁵ In questi termini G. TAMBURRINO, *Della tutela dei diritti, Delle ipoteche*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1976, p. 24 ss.

²⁶ Cfr. M. FRAGALI, (voce) *Ipoteca*, (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 768 s.

²⁷ In tanto il diritto di ipoteca sussiste in quanto sussiste il diritto di credito garantito; cfr. A. RAVAZZONI, *Le Ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, p. 47.

²⁸ Cfr. Cass. 13 aprile 2005, n. 7651 su *Ius Explorer* Banca dati Giuffrè; sul tema *de quo* in dottrina cfr. AA.VV. *Ripetizione dell'indebito*, a cura di E. BARGELLI, in *Nuova Giur. dir. civ. e comm.*, Milanofiori Assago, 2014, p. 118 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁹ Siffatto patto sembra essere riconducibile al disposto dell'art. 1232 c.c. secondo cui in tema di novazione dell'obbligazione le parti possono convenire di mantenere l'ipoteca per il nuovo credito.



La più recente giurisprudenza di Cassazione invece prevede la totale disapplicazione della disciplina speciale del credito fondiario del mutuo sopra soglia essendo privo di uno di quei requisiti essenziali e caratteristici della nozione di credito fondiario previsti dall'art. 38 T.U.B., il contratto dovrebbe invece essere (ri)qualificato come un mutuo ipotecario ordinario, al quale conseguentemente non potrà applicarsi la disciplina speciale fondiaria di cui agli artt. 39 ss. t.u.b. Pertanto, il superamento del limite della fondiarietà determinerebbe unicamente la sola riqualificazione dell'intera operazione creditizia che da "fondiaria" ad "ordinaria" e la conseguente disapplicazione dello "statuto del credito fondiario". Questa soluzione si giustificerebbe perché consentirebbe un bilanciamento degli interessi in gioco in quanto la banca creditrice conserverebbe la propria garanzia ipotecaria ordinaria nell'ambito di una ritrovata *par condicio creditorum*.

Questo nuovo orientamento della Suprema Corte parte dal presupposto che il limite massimo di concedibilità del finanziamento troverebbe la propria giustificazione in esigenze di perseguimenti di obiettivi economici generali ma a fronte di siffatte esigenze si contesta soprattutto la riconducibilità del limite di finanziabilità tra regole di comportamento. Secondo il più recente orientamento la disciplina dell'art. 38 del T.u.b. e delle norme regolamentari afferenti, non sarebbe riconducibile nell'area del comportamento in fase prenegoziale in quanto la soglia stabilita per il finanziamento avrebbe la funzione di regolare il *quantum* della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie. In verità la norma non sarebbe volta a tutelare la stabilità patrimoniale della singola banca, ma perseguirebbe interessi economici nazionali (pubblici).

Con il superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38, comma 2, del T.u.b. sarebbe disatteso non solo (e non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo. Conseguentemente l'interesse del cliente dovrebbe retrocedere dinanzi all'interesse della massa creditoria. L'interpretazione che in materia di credito fondiario esclude la nullità del relativo contratto, ove pur sia violato il limite massimo di concedibilità del finanziamento, finisce per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo. Il collegamento esistente tra il finanziamento e l'ipoteca suppone non potersi dissociare l'esegesi dell'art. 38, comma 2, del T.u.b. dalla sua funzione di limite sia del credito (fondiario), sia del connesso privilegio (fondiario), a meno di scadere in un'inaccettabile protezione dell'illegalità.

Di qui la conseguente inadeguatezza dello strumento sanzionatorio amministrativo, giacché sanzionare il superamento della soglia con l'irrogazione di mere sanzioni amministrative, facendo sempre salva la validità del contratto, significherebbe consentire infine alla banca di disporre della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici correlati pur nel mancato rispetto dei limiti di legge, con conseguente pregiudizio delle pretese dei creditori concorrenti. Insistere sulle sanzioni amministrative irrogabili alla banca sarebbe cosa non proficua, perché la limitazione dell'importo del mutuo e, conseguentemente, della garanzia ipotecaria, non riflettendo gli



interessi particolari delle parti contraenti, costituisce un limite inderogabile alla loro autonomia privata³⁰.

Il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del T.u.b. e della conseguente Delib. Cicr, determinerebbe 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 condurrebbe 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.

La soglia di vigilanza del credito fondiario non assumerebbe solo rilevanza privatistica (banca finanziatrice e mutuatario), ma gli interessi tutelati anche sulla scorta di quanto affermato dalla Corte Cost., n. 175/2004 sarebbero prevalentemente di carattere pubblico - economico, finalizzati alla analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale; quindi la soglia di vigilanza si porrebbe come limite inderogabile dall'autonomia privata.

Il limite di finanziabilità tutelerebbe le banche ed il sistema bancario in quanto volto ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie oltre un limite di ragionevolezza a favore di terzi senza adeguate contropartite e garanzie. Il mutuo fondiario, infatti, godrebbe storicamente di una peculiare disciplina per via della sua natura pubblicistica, concretantesi non solo nella funzione economica che le banche esplicano nella raccolta e nel reimpiego del risparmio, ma soprattutto nella funzione sociale che il sistema assolve, con un meccanismo che toglie al mutuante e al mutuatario ogni libertà di azione imponendo ad essi la rigorosa osservanza delle specifiche norme in materia ed in particolar modo quelle che riguardano i limiti di somme erogabili e garanzie.

Né potrebbe accettarsi la tesi della nullità parziale, riguardante cioè il mutuo fondiario e la corrispondente e dipendente iscrizione ipotecaria solo per la eccedenza rispetto ai limiti di legge³¹.

A siffatta tesi della nullità parziale osterebbero 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; solo al riscontro dei suddetti caratteri indicati nella disposizione si potrebbe assegnare la qualificazione fondiaria all'operazione negoziale.

³⁰ In giurisprudenza è orientamento pacifico quello secondo cui «dove la legge ha regolato con limiti e vincoli l'attività creditizia, si tratta sempre di norme inderogabili ed imperative, preordinate al regolare andamento dell'attività stessa, che è essenziale nell'economia nazionale». Così, Cass., Sez. Un., 13 ottobre 1994, n. 8355, in *Gius*, 1994, 99; Cass., 6 maggio 1977, n. 1724, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1094.

³¹ A favore della nullità del finanziamento fondiario eccedente cfr. G. TRONCI, *Mutuo fondiario: superamento dei limiti di finanziabilità e violazione dell'art. 2741 cod. civ.*, in *www.ilcaso.it*, 11 dicembre 2013, secondo il quale il contratto è nullo ex art. 1418, comma 1º, cod. civ. per violazione del precetto imperativo contenuto nell'art. 2741 cod. civ.



4. Osservazioni critiche

La tesi da ultimo prospettata dalla Suprema Corte va attentamente vagliata non prima di aver tentato una sia pur breve sintesi ricostruttiva degli istituti posti a fondamento di siffatta decisione ed in particolare 1) la nullità del contratto e relative sanzioni, 2) la differenza tra regole di comportamento e regole di validità 3) la conversione del negozio nullo.

Il tema della nullità radicale³² deve in primo luogo essere riesaminato tenuto conto che la negazione piena e completa della rilevanza negoziale di una fattispecie in qualche modo tradisce la complessità che il fenomeno esprime sul piano dell'ordinamento³³; un vizio strutturale o funzionale può incidere diversamente sulla fattispecie non impedendo necessariamente alla stessa di produrre taluni effetti in base alla peculiarità degli interessi di volta in volta coinvolti³⁴. La nullità infatti può essere esclusa se il risultato perseguito dal legislatore con il divieto normativo può essere comunque realizzato con l'irrogazione di una specifica diversa sanzione³⁵. L'interprete infatti deve sempre effettuare un controllo di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse leso e rimedio prescelto e l'applicazione della sanzione più grave della nullità va applicata solo in via residuale in quanto non vi sia un altro rimedio più efficace³⁶.

Conseguentemente, la reazione dell'ordinamento non può essere sempre la medesima ma deve essere in qualche modo adattata al caso concreto. Parimenti l'interesse pubblico non può considerarsi aprioristicamente più importante di quello privato; l'interesse generale non necessariamente deve prevalere sull'interesse particolare in quanto la generalità dell'interesse non deve essere confusa con la gerarchia dei valori³⁷. Non è la natura quantitativa (a tutela di molti o a tutela di singoli) dell'interesse ad essere tutelato ma il profilo qualitativo dello stesso³⁸. Pertanto, una sanzione ed in particolare quella della nullità può essere adottata solo dopo una attenta valutazione sia degli interessi coinvolti e sia della incidenza del vizio sulla singola fattispecie nell'ottica del perseguimento della cd. "giustizia negli scambi"³⁹.

In secondo luogo la più attenta dottrina già da tempo sta cercando di dimostrare come la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità non porti alcuna chiarificazione e soprattutto non trovi riscontro nei dati normativi⁴⁰ impedendo così soluzioni soddisfacenti sul

³² Sul tema della nullità in generale oltre le voci enciclopediche si può consultare il recente contributo di V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto, Artt- 1418 – 1423 in Il Cod. Civ. Comm.* fondato da P. Schlesinger diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015 sub. art. 1418 p. 1 ss. e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; per una ricostruzione storica del tema *de quo* cfr. pure D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 29 ss.

³³ M. NUZZO, (voce) *Negozi giuridico IV) Negozi illeciti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990 p. 3

³⁴ G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozi illegali. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 11 ss.

³⁵ G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 446.

³⁶ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 109 s.

³⁷ P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 67.

³⁸ G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 49

³⁹ V. BUONOCORE, *Riflessioni d'assieme sulle patologie degli atti d'impresa*, *Riv. giur. sarda*, 2002, p. 561; *contra* A. ALBANESE, *o.u.c.*, p. 119 secondo il quale la certezza del diritto risulterebbe compromessa ove si attribuisse all'interprete il potere di escludere la nullità sulla base di una valutazione di congruità della stessa in relazione allo scopo della disposizione violata. In tema cfr. pure G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 177 s.

⁴⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo – europeo*, Napoli, 2013, p. 55.



tema della invalidità come parimenti dimostra la stessa giurisprudenza che qualifica il medesimo precetto (art. 38 T.U.B.) come norma di comportamento o norma di validità, con ciò dimostrando che le classificazioni concettuali non consentono necessariamente di risolvere i casi concreti.

In realtà, la razionalità e la coerenza dell'ordinamento non si raggiunge necessariamente applicando sempre e solo la sanzione della nullità radicale a qualsiasi violazione di norma imperativa⁴¹ ma utilizzando anche altre forme di invalidità purché rispondenti ai presupposti di legge al fine di evitare che la nullità radicale possa addirittura pregiudicare altri interessi anch'essi meritevoli di tutela⁴². Il principio di conservazione degli atti e dei loro effetti trova accoglimento nel nostro ordinamento al pari del principio della invalidità del contratto contrario a norme imperative. La prevalenza dell'uno o dell'altro dovrà essere valutata nel caso concreto secondo canoni di ragionevolezza applicando la sanzione possibilmente meno restrittiva tenuto conto degli interessi perseguiti non solo dalla norma violata ma da tutto il sistema normativo⁴³. Al giudice spetta applicare il principio di ragionevolezza, criterio flessibile, adattabile al caso concreto⁴⁴, criterio che, nel rispetto del principio di legalità, può contribuire ad individuare la soluzione più aderente al caso specifico⁴⁵.

Per quanto riguarda invece l'istituto della conversione, è noto come lo stesso sia stato introdotto solo nel codice civile del 1942 (su probabile influsso del modello tedesco) mentre anteriormente a tale data fosse solo applicato dalla prassi giurisprudenziale. La giustificazione dell'istituto è comunemente ricondotta al principio di conservazione del contratto⁴⁶ ovvero al principio di correttezza e buona fede⁴⁷ (senza peraltro una effettiva contrapposizione tra gli stessi⁴⁸) e dei valori creati nel mondo del diritto, per cui l'attività negoziale deve essere preservata per il raggiungimento dello scopo perseguito dalle parti⁴⁹, giusta il loro intento in proposito⁵⁰,

⁴¹ Sulla nozione di norma imperativa cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003 p. 96 ss.

⁴² In questi termini G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 82.

⁴³ Così ancora G. PERLINGIERI, *Sul numero di amministratori nelle società totalmente partecipate da enti locali. Profili di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 729, della l. 26 dicembre 2006*, n. 296, in *Riv. dir. impr.*, 2008, p. 441.

⁴⁴ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 14.

⁴⁵ Ancora G. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 23. *Contra*, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008 p. 74 il quale prospetta il rischio di scadere nell'arbitrio del giudice.

⁴⁶ Cfr. E. BETTI, (voce) *Conversione del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, IV, 1968, p. 811, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, s.d., Napoli, p. 377 ss., L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 528 ss., F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 2, Milano, 1987, p. 592 ss., M. FRANZONI, *Della nullità del contratto*, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, artt. 1414 – 1446, Bologna Roma, 1998, p. 202 ss.,

⁴⁷ Cfr. L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947 p. 106 ss.; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 53,

⁴⁸ Il principio di conservazione ed il principio di buona fede operano sinergicamente e finiscono per compenetrarsi l'uno con l'altro. In questi termini F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, p. 915, P. GIANNITI, *Conversioni contrattuali proprie e improprie*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 1112 ss.

⁴⁹ Cfr. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 184 ss. il quale mette in rilievo le differenze tra conversione e nullità parziale.

⁵⁰ Cfr. G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, p. 281.



anche se non mancano voci che ritengono che la trasformazione qualitativa derivante dalla conversione sia tale da impedire di discorrere di conservazione del contratto originario⁵¹.

Il principio ispiratore della conversione del contratto troverebbe ulteriore conferma nell'art. 1367 c.c. diretto a sua volta alla conservazione dello scopo pratico sociale che l'autonomia privata si è prefissata⁵² nella sua massima utilità in conformità della gerarchia dei principi e dei valori costituzionali⁵³. Si tratterebbe di un principio immanente nel sistema⁵⁴ nel rispetto della volontà dei contraenti e dell'affidamento riposti dagli stessi e dai terzi nella contrattazione⁵⁵. Pertanto potrebbe ritenersi che l'art. 1424 c.c. codifichi un ulteriore canone interpretativo del negozio invalido ispirato alla tutela della buona fede e dell'affidamento⁵⁶.

Orbene, tornando al tema del mutuo fondiario che supera la soglia di finanziabilità abbiamo già accennato al fatto che non vi sia concordanza di opinioni circa l'utilizzo dello strumento della conversione del contratto da mutuo fondiario a mutuo ordinario in quanto, come già precedentemente accennato, a fronte di alcuni che ritengono inapplicabile l'istituto, abbiamo chi ritiene di poterlo applicare sull'intera operazione e chi invece ritiene di poterlo applicare solo parzialmente oltre la soglia di finanziabilità.

Evidenti sono le conseguenze pratiche di siffatta scelta: rifiutando totalmente la conversione si rischierebbe di avere un negozio nullo e improduttivo di effetti con grave nocumento per la sicurezza delle operazioni finanziarie; applicandola *in toto* si garantirebbe *la par condicio creditorum* ma la posizione della banca verrebbe comunque degradata da quella di creditore privilegiato a quella di creditore garantito; applicando la conversione per la sola parte di finanziamento sopra soglia si determinerebbe il concomitante utilizzo di due discipline diverse (quella fondiaria e quella ordinaria) non facilmente conciliabili tra loro.

A ben vedere, tuttavia, il problema di fondo forse non è se applicare la conversione in tutto o in parte ma se ne ricorrono i requisiti stessi per il suo utilizzo. L'art. 1424 c.c. infatti richiede che il contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto "diverso" presupponendo quindi una diversità tipologica tra contratto nullo e contratto risultante dalla conversione⁵⁷. Eppure questa differenza tipologica difficilmente si rinviene tra mutuo fondiario e mutuo ordinario in quanto è evidente come gli elementi di uguaglianza siano di gran lunga prevalenti su quello di diversità. Volendo limitarci all'analisi dei requisiti del contratto previsti dall'art. 1325 c.c. è agevole infatti notare come il mutuo ordinario sia assolutamente identico al mutuo fondiario sia per quanto riguarda la causa e sia per quanto riguarda l'oggetto. E' difficile pertanto rilevare una distinzione

⁵¹ Cfr. G. DE NOVA, (voce) *Conversione, I*, *Conversione del negozio nullo*, in *Eng. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 70 ss.; G. GANDOLFI, *Il principio di conservazione dell'atto invalido: fra continenza "sostanziale" e volontà ipotetica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 199.

⁵² Cfr. P. PERLINGIERI, *Appunti di <<teoria dell'interpretazione>>*, Camerino, 1970, p. 60

⁵³ Cfr. M. PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei <<valori giuridici>>*, Napoli, 2002, p. 11 s, p. 84 s.

⁵⁴ M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. p. 25 ss.

⁵⁵ B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 32.

⁵⁶ Cfr. M. ANGELONE, *La conversione d'ufficio del contratto nullo*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1025.

⁵⁷ G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Il Cod. Civ. Comm.* fondato da P. Schlesinger diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 131 parla espressamente di "nuovo e differente negozio" sia pur funzionalmente compatibile con quello originario.



tipologica tra il finanziamento ordinario ed il finanziamento fondiario, che consenta di ricondurre una data operazione ad un tipo, piuttosto che all'altro, al ricorrere di precisi elementi differenziali.

Ma per quanto abbiamo già rilevato, la riforma bancaria ha profondamente ridotto le differenze tra ciò che è fondiario e ciò che non lo è. I due finanziamenti non sono infatti 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 diversi. Tra mutuo ordinario e fondiario è apprezzabile esclusivamente una distinzione attinente al contenuto del contratto, il quale appare quantitativamente limitato solo per il finanziamento fondiario⁵⁸.

Abbiamo sopra accennato infatti che ormai la causa del mutuo fondiario non si caratterizzi più per una specifica finalità delle somme concesse e l'oggetto è per natura assolutamente identico (il denaro); francamente non sembra che le modifiche operate dal T.U.B. alla disciplina del mutuo ordinario siano tali da alterare il profilo funzionale del contratto al punto da poter considerare diversi mutuo ordinario e mutuo fondiario giustificando così l'operatività dell'istituto della conversione⁵⁹.

In ogni caso, anche tralasciando una lettura formale dell'art. 1424 c.c. l'eventuale utilizzo dell'istituto della conversione suscita comunque talune perplessità in quanto la disapplicazione del regime fondiario, potrebbe non tenere adeguatamente in conto la incertezza connessa all'utilizzo dei criteri di stima immobiliare, né la buona fede che la banca avrebbe eventualmente riposto nel rispetto del limite di finanziabilità nel caso concreto, cosicché alla lunga l'effetto ultimo sarebbe quello di disincentivare le banche medesime ad erogare mutui fondiari⁶⁰.

Per poter provare allora a risolvere i dubbi sulla incidenza del superamento del limite di fondiarietà sul mutuo dobbiamo necessariamente ritornare all'inizio del discorso che abbiamo impostato ed alla Sentenza della Corte Costituzionale che ha indicato la *ratio* della normativa sul mutuo fondiario nel primario intento di favorire la "mobilitazione" della proprietà immobiliare e, in tal modo, l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore⁶¹.

⁵⁸ Cfr. M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, I, 2015, p. 549.

⁵⁹ E' da tenere in debito conto l'opinione di G. DE NOVA, *o.u.c.*, p. 3, il quale ritiene invece che la diversità richiesta dal legislatore possa leggersi anche come diversità all'interno del medesimo tipo negoziale (ad es. da vendita con efficacia reale a vendita con efficacia obbligatoria) anche se, come si è accennato nel testo, non sembra che si possa rinvenire tra mutuo fondiario e mutuo ordinario una tale diversità da giustificare la conversione in quanto le peculiarità del fondiario sono prevalentemente in chiave processuale e non negoziale.

⁶⁰ In questi termini M. FARINA, *Superamento del limite di finanziabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca Borsa e tit. cred.*, I, 2015, p. 551.

⁶¹ Cfr. Cass. 12 settembre 2014 n. 19282 secondo cui: "Lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto, che è data dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di garanzia ipotecaria immobiliare, con restituzione della somme oltre il breve termine (nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa secondaria di settore), laddove, invece, nel mutuo scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto. Pertanto è lecito il contratto di mutuo fondiario stipulato dal mutuatario, ai sensi dell'art. [38 D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385](#), per sanare debiti pregressi verso la banca mutuante.



Quindi, l'interesse a fondamento della disciplina del T.U.B. sembrerebbe quello di incentivare (e non deprimere) i finanziamenti e consentire al mutuatario di monetizzare il proprio bene immobile sollecitando così la circolazione del denaro, il tutto bilanciato però dalla esigenza per la banca di poter contare su norme di maggior favore per il recupero del proprio credito. Al centro del mutuo fondiario quindi non vi sarebbe l'interesse della banca o quello dei creditori ma l'interesse del mutuatario a vedersi riconosciuto un credito il più vicino possibile al valore dell'immobile offerto in garanzia bilanciando il suddetto *favor* con il riconoscimento in favore dell'ente finanziatore di una serie di privilegi in grado di consentirgli di recuperare le somme erogate in maniera più rapida ed efficace.

Il principio di bilanciamento tra erogazione di somme e garanzie per la restituzione delle stesse (da molti richiamato a fondamento della sanzione della nullità irrogata in caso di superamento del limite di finanziabilità) già trova in realtà richiamo nel più ampio e generico obbligo della banca di adottare criteri di sana e prudente gestione⁶².

Peraltro, non si riuscirebbe a rinvenire una sufficiente razionalità in un sistema che da un lato dovrebbe garantire l'applicazione del principio della *par condicio* e dall'altro consente comunque all'ente finanziatore di superare il limite di finanziabilità mediante l'acquisizione di altre garanzie accessorie che possono essere richieste a discrezione della banca stessa. Trattasi di 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, pegno su titoli di Stato e da altre idonee garanzie, secondo i criteri previsti dalla Banca d'Italia⁶³.

Ad avvalorare ulteriormente l'idea che la *par condicio creditorum* non trovi un proprio baluardo all'interno del T.U.B. si potrebbe richiamare anche l'art. 39 il quale espressamente riconosce al creditore addirittura la soddisfazione del proprio credito anche oltre il valore della ipoteca originariamente iscritta.

Appare infatti singolare che il legislatore da un lato possa sanzionare così gravemente il superamento del limite dell'80% fino a disapplicare totalmente la disciplina del mutuo fondiario in favore della *par condicio* e poi però consenta al creditore, in caso di mantenimento del credito al

⁶² Sugli aspetti generali dell'attività bancaria cfr. C. BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria* in C. BRESCIA MORRA – U MORERA, *L'impresa bancaria*, in *Trattato di dir. civ. del C.N.N.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006, p. 5 ss.

⁶³ Cfr. delibera CICR 22 aprile 1995 in Gazzetta Ufficiale 15 maggio 1995 n. 111, successivo Comunicato Banca d'Italia Aggiornamento n. 126 del 12 aprile 1996 alla circolare n. 4 del 29 marzo 1988 concernente particolari operazioni di credito in [Gazzetta Ufficiale n.94 del 22-04-1996](#) ed ancora successivo Comunicato Banca d'Italia pubblicato in Gazzetta ufficiale 2 aprile 2005 n. 76 secondo cui le garanzie integrative devono consentire alle banche finanziatrici un effettivo beneficio in termini di contenimento del rischio di credito, con conseguente possibilità di ridurre il livello di copertura della garanzia ipotecaria. A tale fine, si fa presente che le garanzie devono presentare i requisiti previsti dall'attuale normativa di vigilanza sul coefficiente di solvibilità (Titolo IV, Capitolo 2, sez. II, paragrafo 2.4) nonché quelle indicate nella nuova normativa prudenziale internazionale. Alla luce di tali disposizioni, le garanzie devono: essere direttamente riferibili alla singola operazione di finanziamento; coprire esplicitamente le perdite derivanti dal mancato pagamento del debitore per la quota fissata contrattualmente; prevedere che il loro utilizzo non sia in alcun modo condizionato contrattualmente al verificarsi di eventi diversi dall'inadempimento del debitore; non essere revocabili dal garante; essere escutibili tempestivamente e a «prima richiesta». Non sono pertanto idonee le garanzie integrative che prevedono il pagamento alla banca solo al termine delle procedure esecutive (quindi dopo la vendita dell'immobile) o che consentono al garante di opporre il beneficio della preventiva escussione del debitore.



di sotto della suddetta soglia dell'80%, addirittura di potersi soddisfare oltre il valore dell'ipoteca originariamente iscritta. E chiaro che le due norme operino su piani diversi (il limite dell'80% sull'importo erogato rispetto al valore dell'immobile mentre la garanzia ipotecaria rispetto all'effettivo credito vantato dalla Banca) ma l'una e l'altra non possono essere portatrici di interessi così confliggenti tra loro.

Il legislatore vuole agevolare la concessione di credito e lo fa incentivando la banca ad erogare maggiori finanziamenti a fronte del riconoscimento di maggiori privilegi per poter rientrare nella disponibilità delle somme erogate. Ma il limite di finanziabilità del credito fondiario appare espressione di quel principio di sana e prudente gestione a cui deve essere già improntata l'intera attività della banca⁶⁴; con la limitazione del rischio connesso ad un'esposizione finanziaria priva di adeguata garanzia⁶⁵. D'altronde sanzionare con la nullità l'intera operazione sopra soglia (sia pur mitigando gli effetti della suddetta nullità con la conversione in mutuo ordinario) non solo rischierebbe di compromettere maggiormente la tenuta del sistema bancario che si vorrebbe invece tutelare ma si rifletterebbe negativamente sullo stesso mutuatario che vedrebbe disapplicato tutto il quadro normativo di favore predisposto dal t.u.b.⁶⁶

E' agevole inoltre rilevare quanto possa essere difficile l'attività del perito chiamato ad applicare il principio della Direttiva 2006/48/CE secondo cui *"per valore del credito ipotecario si intende il valore dell'immobile quale determinato in base ad un prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile stesso tenendo conto degli aspetti durevoli a lungo termine dell'immobile, delle condizioni normali e locali del mercato, dell'uso corrente dell'immobile e dei suoi appropriati usi alternativi. Nella stima del valore del credito ipotecario non possono intervenire considerazioni di carattere speculativo. Il valore del credito ipotecario deve essere documentato in modo chiaro e trasparente"*. Trattasi di parametri valutativi, privi di concreta oggettività e quindi contenenti un margine di discrezionalità dal quale non può farsi discendere addirittura la nullità dell'intera operazione⁶⁷.

D'altronde le sanzioni alternative alla nullità non devono essere considerate necessariamente più blande e meno incisive ma addirittura possono presentare un più ampio ventaglio di alternative maggiormente rapportate al danno arrecato. Infatti, la violazione del limite di finanziabilità, oltre ad esporre la banca ad un concreto rischio di insoddisfamento del proprio credito e senza dover necessariamente ammettere la nullità del contratto in danno dei terzi (scenario su cui si vedano i principi espressi – in senso contrario - da Cass. 20 marzo 2008 n. 7485), può senza dubbio essere ricondotta nella abusiva concessione di credito sanzionata con rimedi

⁶⁴ F. CAPRIGLIONE, nel *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, I, Cedam, 2012, sub art. 5, p. 55 e, più in generale, Id., *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, 140 ss.

⁶⁵ Così Trib. Milano, 30 giugno 2016, in www.ilcaso.it; in dottrina cfr. F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, I, 2015, p. 585 s.

⁶⁶ Cfr. G. SETTANI – M. RUGGI, *Contratto di mutuo fondiario, superamento del limite di finanziabilità e nullità del negozio*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2013, II, p. 397.

⁶⁷ La legge non indica a quale criterio ispirare l'attività di stima del valore del bene ipotecato. Al riguardo, Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Il fallimento*, 2013, 2, 211, con nota di G. TARZIA, *Credito fondiario e limite di finanziabilità*, ha invitato ad adottare l'ottica prudenziale, richiesta dalla direttiva 2000/12/CE, in *Giur. it.*, 2013, p. 548 ss. con nota di M. QUAGLIERI, *Sulla nullità del mutuo fondiario per superamento dei limiti di finanziabilità*.



risarcitori riconducibili nell'ambito dell'art. 2043 c.c., e la cui azionabilità, anche in sede fallimentare, viene riservata dalla Suprema Corte all'iniziativa dei singoli creditori⁶⁸.

Segnaliamo che in attesa di veder sciolto definitivamente il contrasto giurisprudenziale in seno alla stessa Cassazione, la più recente giurisprudenza di merito ha ritenuto nuovamente di aderire all'orientamento qui accolto secondo il quale il superamento del limite di fondiarietà non influisce sulla validità del contratto⁶⁹, ma è principio volto ad impedire che le banche si esponano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio; la suddetta norma tuttavia non incide in alcun modo sul sinallagma contrattuale investendo esclusivamente il comportamento della banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale sancito dalla norma e dalla circolare/delibera del CICR; il limite di finanziabilità peraltro è elemento determinato sulla base di una valutazione tecnica priva del carattere della univocità da considerarsi invece essenziale in riferimento agli elementi strutturali del contratto; la relativa violazione della norma di buona condotta pertanto non inficierebbe la validità del contratto ma sarebbe solo fonte di possibile responsabilità della banca⁷⁰.

Il limite di erogabilità del mutuo ipotecario sarebbe stabilito sì a tutela di interessi economici generali ma anche e soprattutto in funzione ed a tutela della stabilità patrimoniale della singola banca erogante con l'effetto che far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della "nullità integrale del contratto di mutuo fondiario" ormai erogato ed il venire meno della concessa garanzia ipotecaria porterebbe al risultato paradossale di pregiudicare ancora di più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere⁷¹.

⁶⁸ Cass. Sez. Un., 28 marzo 2006 n. 7029; Cass. 22 maggio 2007, n. 11837. Appare pertanto più aderente agli interessi concreti un sistema che sanzioni e punisca i comportamenti scorretti delle banche le quali non solo risulteranno esposte al rischio di mancato soddisfacimento del proprio credito, non solo potranno incorrere nelle responsabilità previste dal T.U.B. ma, qualora abbiano utilizzato lo strumento del mutuo fondiario al fine di far gravare il rischio di insolvenza del mutuatario sui terzi, saranno anche esposte alla pretesa risarcitoria di questi ultimi, con effetti economici assai rilevanti. Su questi temi cfr. M. MIRRIIONE, *Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 209 ss. Il sistema di contrasto a comportamenti bancari scorretti fondato su rimedi a carattere sanzionatorio e risarcitorio, quindi, appare sufficientemente in grado di porsi come una concreta alternativa all'applicazione della nullità dell'intero contratto, fermi restando gli effetti dannosi della violazione sul soggetto che li ha provocati, senza dover ricorrere a soluzioni traumatiche magari riconoscendo altresì ai terzi che si considerassero lesi anche l'esercizio della azione revocatoria; cfr. D. TOMMASINI, *Il superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 394; Per alcuni spunti in tal senso G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993 p. 246 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 30 giugno 2016, in www.ilcaso.it.

⁶⁹ In tal senso Trib. Treviso, 18 ottobre 2017. Così pure Trib. Vicenza, 25 ottobre 2017 in *Ius Explorer* (banca dati Giuffrè), secondo cui il **superamento del limite di finanziabilità** previsto dall'art. 38 t.u.b. (80% del valore dell'immobile) corrisponde non già la nullità del contratto, bensì la tutela generica del risarcimento danni ove la violazione della norma di comportamento abbia cagionato il sovraindebitamento del mutuatario. Il **limite** suddetto, infatti, non costituisce norma imperativa a tutela dell'interesse nazionale alla stabilità del sistema bancario e, quindi, dell'intera economia.

⁷⁰ Cfr. pure Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 116 con nota di R. TRINCHERI, *In tema di risoluzione dell'art. 38 comma 2, t.u. bancario*.

⁷¹ Cfr. Trib. Genova, 19 marzo 2018 il quale tuttavia prospetta la eventuale conversione del mutuo fondiario in mutuo ipotecario ai sensi [dell'art. 1424 c.c.](#) stante la (presunta) presenza del presupposto "oggettivo" della conversione ravvisato in modo palese - un contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 38 TUB ed un ordinario contratto di mutuo bancario con garanzia ipotecaria sarebbero invero agevolmente accostabili sia quanto alla "sostanza" sia quanto alla "forma" - mentre il requisito



5. Il ruolo del notaio: cenni

Secondo quanto recentemente confermato dalla Suprema Corte il notaio pur essendo tenuto ad una prestazione di mezzi e di comportamenti e non di risultato, non può limitarsi al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma deve compiere tutte quelle attività, preparatorie e successive, necessarie in quanto tese ad assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico posto in essere, e ciò, in conformità, allo spirito della legge professionale⁷².

Per quanto riguarda specificatamente il mutuo fondiario, ed in particolare la fase istruttoria dello stesso, il notaio non è chiamato a svolgere una funzione centrale in quanto è l'Istituto finanziatore che coordina l'attività preparatoria con il cliente raccogliendo la documentazione necessaria per verificare la concedibilità del mutuo al cliente. Il notaio invece "entra in gioco" generalmente solo nella fase successiva quando la banca ha verificato la sostenibilità del finanziamento per il mutuatario e ha verificato che il valore dell'immobile è compatibile con il mutuo che l'istituto vuole concedere. Una volta che la Banca ha raggiunto il convincimento della concedibilità del finanziamento, il notaio viene chiamato a certificare la assenza di quei vincoli pregiudizievoli ad una valida iscrizione ipotecaria di primo grado ovvero di grado compatibile con precedenti iscrizioni ipotecarie che eventualmente l'istituto intende lasciare sussistere. al fine di evitare all'istituto di credito di accettare in garanzia un bene non idoneo a garantire la restituzione del credito erogato a causa di vincoli o formalità pregiudizievoli⁷³.

Orbene, sembra evidente la estraneità del notaio alla tematica del superamento del limite di finanziabilità in quanto il pubblico ufficiale non ha gli strumenti necessari per poter sindacare la corretta valutazione dell'immobile da parte del perito della Banca potendo invece solo verificare eventualmente la astratta sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per l'ottenimento delle agevolazioni previste dal D.Lgs. 385/93 (ad es. in tema di riduzione degli onorari e di tasse ipotecarie). D'altronde la suddetta considerazione sembra confermata dalla assenza di qualunque richiamo ad una responsabilità del notaio sul tema *de quo* in tutta la giurisprudenza formatasi in materia.

Mariano Sannino

(Riproduzione riservata)

"soggettivo" della conversione si potrebbe rinvenire nel fatto che l'intento pratico perseguito dalle parti nei due contratti sarebbe del tutto identico. Abbiamo già sopra accennato che proprio queste "somiglianze" tra mutuo fondiario e mutuo ipotecario sembrano invece proprio escludere la applicazione del fenomeno della conversione per mancanza di elementi di diversità tra contratto nullo e contratto derivante dalla conversione.

⁷² Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 26-11-2014) 19-03-2015, n. 5481 in *Banche Dati Pluris*. Sul tema della funzione notarile cfr. recentemente R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 761 ss.; C. CACCAVALE *L'esercizio della funzione notarile: appunti a margine della controversa questione della rinunzia anticipata all'azione di restituzione* in *Notariato*, 2015, p. 7 ss.

⁷³ Cfr. Cass. 09 maggio 2016 n. 9320 reperibile su Banca dati *Ius Explorer*