

Mutuo

Mutui fondiari per l'acquisto di immobili, perizie di valutazione (errate) e conseguenze del sovrafinanziamento

di Valerio Sangiovanni - Avvocato in Milano e *Rechtsanwalt* in Francoforte

Buona parte degli acquisti di immobili necessita di un finanziamento bancario per essere realizzato. Vi sono stati anni in cui le banche hanno elargito con grande generosità finanziamenti, talvolta anche oltre i limiti stabiliti dalla normativa. Quali conseguenze derivano dal superamento del limite di finanziabilità prescritto dalla delibera CICR (massimo l'80% del valore dell'immobile)? Nel presente articolo si esamina l'evoluzione giurisprudenziale, sottolineando i contrasti fra le decisioni dei giudici, che potrebbero portare a un intervento delle Sezioni Unite.

La normativa sui finanziamenti per gli acquisti di immobili

L'imperativo maggiore del sistema bancario è la sua sostenibilità: laddove vengano erogati finanziamenti senza opportune garanzie, il rischio d'insolvenza del finanziato (di molti finanziati) rischia di tramutarsi in un rischio d'insolvenza del finanziante. I sistemi economici non possono tollerare che le banche - quantomeno oltre un certo limite dimensionale - falliscano, in quanto il loro fallimento può determinare un effetto a catena su altre banche e dunque un rischio sistemico (1).

Per ovviare al rischio di sovrafinanziamento, il nostro legislatore pone dei limiti quantitativi alla possibilità di erogare credito fondiario (2). I testi normativi di riferimento sono l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995. A livello legislativo, dopo che è stata data la nozione di credito fondiario ("il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di

banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili") si prevede che "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 di finanziamenti". La delibera CICR, per quanto qui interessa, stabilisce che "l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi".

Il limite normativo impedisce dunque alle banche di concedere crediti per un valore superiore a quello degli immobili, anzi stabilisce un "cuscinetto" di sicurezza del 20% fra l'importo del credito e il valore dell'immobile. In questo modo, la banca è garantita: se il creditore non paga, potrà far vendere all'asta l'immobile e rifarsi sul ricavato. La banca è garantita

(1) Del resto non ci si può dimenticare che la grande crisi finanziaria avviata nel 2008 per buona parte è dovuta al mercato immobiliare. Negli Stati Uniti d'America si sono largamente sovrafinanziati acquisti di immobili da parte di persone finanziariamente deboli. Si tratta della nota vicenda dei mutui c.d. "subprime", ossia di livello secondario, concessi a persone con merito di credito basso. L'insolvenza di un numero elevato di mutuatari ha portato al fallimento di alcune banche, con un rischio di crollo dell'intero sistema finanziario. Sulla vicenda dei mutui *subprime* cfr. M.

Frazianni-F. Marchionne, *Il ruolo delle banche nella crisi finanziaria dei subprime*, in *Economia Italiana*, 2009, 11 ss.; A. Lupoi, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in www.dirittobancario.it; L. Paura, *I mutui subprime e la tempesta perfetta. Il cattivo debitore e l'accesso all'abitazione*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 119 ss.

(2) Sul credito fondiario cfr. F. Fiorucci, *L'espropriazione per credito fondiario*, Milano, 2015; C.M. Tardivo, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 2006.

anche nel caso in cui l'immobile col passare del tempo perda di valore (fino al 20%) in quanto il credito massimo concedibile deve essere di importo inferiore al valore dell'immobile in detta misura. Nell'ottica del legislatore, non ci sono così rischi sistemici in quanto - nella ipotesi in cui i debitori cessino di pagare - le banche fanno vendere gli immobili e si rifanno sul ricavato (3). Si tratta di una forma di finanziamento in cui il ruolo del reddito del mutuatario è secondario, in quanto - al fine di assicurare il rientro della banca - è astrattamente sufficiente la garanzia costituita dall'immobile. Non si deve tuttavia dimenticare che il mutuatario si obbliga a pagare, in aggiunta al capitale, gli interessi, cosicché la somma complessiva che dovrebbe essere corrisposta nel corso del rapporto è maggiore di quella mutuata. Si immagini che la somma erogata a mutuo sia di euro 80.000 e che sia previsto il pagamento nel corso di 20 anni di euro 30.000 di interessi su quel capitale. Se il valore dell'immobile fosse di euro 100.000, il valore a garanzia basterebbe ad assicurare la restituzione del capitale, ma non di tutti gli interessi (ammontando il debito totale a euro 110.000).

Pare utile premettere fin da ora che chi scrive ritiene di poter affermare con ragionevole certezza che le disposizioni illustrate - che prevedono un rapporto di 80 a 100 come limite di finanziabilità - hanno rango di norma imperativa (4). Per norma imperativa, secondo gli insegnamenti della Corte di cassazione, si intendono disposizioni che sono poste dall'ordinamento non solo nell'interesse dei contraenti, ma nell'interesse di terzi (5). Nel contesto bancario, le disposizioni possono in particolare considerarsi

imperative nella misura in cui sono finalizzate ad assicurare la stabilità del sistema creditizio.

La disciplina attuale del credito fondiario, nello stabilire un limite alla finanziabilità, tutela:

1) il cliente mutuatario. Difatti, l'assunzione di un debito eccessivo comporta un accresciuto rischio che il mutuatario non lo possa onorare. Maggiore è l'importo mutuato, maggiore sono anche gli oneri per interessi che il debitore deve affrontare e, conseguentemente, maggiore è il rischio di una possibile futura incapacità di pagamento del debitore;

2) la banca mutuante. L'istituto di credito che sovrafinanzia si assicura un lucro maggiore di quello che avrebbe nel caso di finanziamento nei limiti dell'80%, dal momento che - erogando un importo maggiore - potrà incassare interessi corrispettivi maggiori. Sotto questo profilo l'operazione sovrafinanziata parrebbe a vantaggio dell'intermediario, potendo questi appunto conseguire un ritorno economico maggiore. Il punto è che l'insufficienza di garanzie eleva il rischio di insolvenza della banca stessa, nell'ipotesi il debitore non riesca a pagare, e la ragione di tutela della sostenibilità finanziaria della banca viene reputata prioritaria dal regolatore;

3) il sistema bancario nel suo complesso. Eventuali eccessive esposizioni debitorie di numerose importanti banche non adeguatamente garantite possono portare non solo a un'insolvenza di singoli istituti di credito, ma addirittura a un rischio di fallimento sistemico.

In definitiva, l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995 tutelano anche l'interesse pubblico alla stabilità del sistema creditizio. Di qui la natura imperativa delle disposizioni (6).

(3) Si badi che, di norma, prima che si verifichi il mancato pagamento delle rate di mutuo, passa un certo lasso di tempo dalla concessione del prestito, con la conseguenza che il debitore avrà già onorato parte del proprio debito. Dunque l'azione esecutiva intentata dalla banca è rivolta esclusivamente al recupero del debito residuo nel momento in cui cessano i pagamenti del debitore. Questa circostanza riduce il rischio sistemico per le banche, perché il debito iniziale si sarà ridotto nel momento in cui la banca avvia l'azione recuperatoria. Avanza peraltro l'ipotesi estrema in cui il debitore cessa di pagare agli inizi del rapporto di mutuo, si avvia la procedura di espropriazione immobiliare ma il ricavato della vendita non è sufficiente a rimborsare il credito residuo della banca. A questo risultato nefasto può condurre il concorso dei seguenti elementi concomitanti: sopravvalutazione dell'immobile al momento della erogazione del credito con conseguente sovrafinanziamento; perdita di valore degli immobili in generale per calo del mercato immobiliare; perdita specifica di valore del singolo immobile; difficoltà e lungaggini nella vendita forzata; spese eccessive della procedura di espropriazione immobiliare. In casi siffatti la banca è destinata a non recuperare totalmente il proprio credito.

(4) Per una discussione sulla natura imperativa dell'art. 38 T.U.B. cfr. M.F. de Capoa, *Limiti di finanziabilità di un mutuo fondiario e*

conseguenze del loro superamento, in *Giur. comm.*, 2016, II, 195 ss. Si vedano inoltre le interessanti osservazioni di M. Piazza, *Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*, in *Corr. giur.*, 2018, 168 ss., la quale sostiene che l'art. 38 T.U.B. non configura una disposizione imperativa. L'autrice sottolinea difatti che le esigenze di stabilità del sistema bancario sono comuni a tutte le operazioni della banca: se si trattasse realmente di una norma imperativa, un limite di finanziabilità dovrebbe essere imposto anche per qualsiasi altra forma di concessione del credito.

(5) Cass. 18 luglio 2003, n. 11256, ad esempio, ha statuito che la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato. Occorre specificamente controllare la natura della disposizione violata per dedurne l'invalidità o la semplice irregolarità dell'atto e tale controllo si rivolge nella indagine sullo scopo della legge e in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato.

(6) Non pare che la natura imperativa delle disposizioni di cui stiamo trattando possa negarsi per il fatto che le norme che fissano un limite al finanziamento sono contenute in parte nella legge e in parte in una delibera CICR. La legge prevede solo che "la Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti" (art. 38, comma 2, T.U.B.). Concretamente poi la delibera CICR del 1995 fissa il limite

In passato, nella prassi, il limite di finanziabilità statuito dalla normativa è stato superato con una certa frequenza. Generalmente il superamento non veniva “confessato” in forma espressa nel testo del contratto di finanziamento, ma era un risultato che si raggiungeva mediante l’espedito costituito da una sopravvalutazione dell’immobile. Del resto, quando si acquista casa con l’aiuto di un finanziamento, i contratti che vengono stipulati sono due:

- 1) il contratto di finanziamento di cui sono parti la banca mutuante e il debitore mutuatario;
- 2) il contratto di acquisto dell’immobile di cui sono parte il venditore e il compratore.

Il compratore coincide con la figura del debitore, nel senso che - per corrispondere il prezzo pattuito dell’immobile - ha necessità di ottenere prima dalla banca la relativa provvista. Per il resto, però, i contratti sono completamente separati, sia oggettivamente (il primo è un contratto di mutuo, il secondo di compravendita) sia soggettivamente (nel mutuo la controparte è la banca, nella compravendita la controparte è il proprietario-venditore). Ciò ha per conseguenza che i termini economici complessivi degli accordi non vengono di solito riportati in ambedue i contratti:

- 1) il contratto di finanziamento indica solo l’ammontare della somma mutuata (e non indica il prezzo dell’immobile);
- 2) il contratto di compravendita indica solo il prezzo che viene pagato dall’acquirente (e non indica la quota-parte di detto prezzo che è stata concessa a finanziamento dalla banca) (7).

Del resto i mutui fondiari nel nostro ordinamento non vengono considerati dalla giurisprudenza come mutui di scopo. In altre parole è indifferente lo scopo che il mutuatario persegue con la provvista messa a disposizione della banca. Sarebbe insomma errato, dal punto di vista tecnico, asserire che il mutuo è stato concesso “per acquistare casa”; è corretto invece affermare che il mutuo è fondiario se è assistito da ipoteca di primo grado su immobile. Questa impostazione è confermata dalla circostanza che, nella

prassi, sono diffusi i mutui fondiari di liquidità, nei quali la somma erogata non viene usata per acquistare un immobile (già di piena proprietà del mutuatario), ma semplicemente per attribuire al mutuatario una disponibilità finanziaria. Ciò che caratterizza il mutuo fondiario non è lo scopo (acquisto della casa o altro obiettivo), ma il fatto che vi sia ipoteca di primo grado su immobile.

Si ha violazione diretta del disposto dell’art. 38 T.U.B. quando un contratto di mutuo fondiario contrasta *apertis verbis* con il dettato normativo: si immagini il caso di un contratto di mutuo in cui si afferma esplicitamente che il valore dell’immobile è di euro 200.000 e l’ammontare del finanziamento è di euro 200.000. In questa fattispecie si tratta, all’evidenza, di un finanziamento per il 100% del valore dell’immobile in violazione del dettato normativo. Generalmente tuttavia, come si è appena scritto, i contratti di mutuo indicano il valore del finanziamento, mentre non indicano il valore dell’immobile. Al risultato di un accertamento del sovraindebitamento si può giungere confrontando i due distinti contratti: se l’ammontare del mutuo (come risultante dal contratto di finanziamento) è maggiore dell’80% del valore dell’immobile (come risultante dal contratto di compravendita), si può ragionevolmente assumere che il limite posto dalla normativa sia stato superato.

Un’ulteriore precisazione è però necessaria. Si badi difatti che la legge dà rilievo al “valore” dei beni, che è nozione diversa dal “prezzo” dei beni. Può cioè capitare che il prezzo sia diverso dal valore. Tornando all’esempio numerico sopra fatto, si immagini che l’immobile valga oggettivamente di mercato euro 200.000 ma l’acquirente paghi al venditore euro 250.000 (con un finanziamento di euro 200.000). In questo caso il finanziamento è stato erogato nel limite dell’80% del prezzo, ma oltre il limite dell’80% del valore. Anche se formalmente (ossia mediante confronto fra ammontare del finanziamento e prezzo dell’immobile) il limite è rispettato, sostanzialmente il limite è superato. Nella prassi, se sorgono contenziosi sul punto (abbastanza frequenti, invero),

dell’80%, e si sarebbe naturalmente potuto fissare un limite maggiore o minore. Il principio che vi deve essere un legame fra finanziamento e valore dell’immobile è fissato direttamente dalla legge, e ciò dovrebbe bastare per poter affermare la natura imperativa della disposizione. D’altro canto l’art. 1418, comma 1, c.c. si riferisce alla contrarietà a “norme imperative”, senza specificare se dette norme imperative devono essere contenute - in tutto o in parte - dentro un testo avente natura legislativa. Nel senso che la banca che non osserva la disposizione di cui alla delibera CICR viola, in realtà, la legge, in quanto è la legge stessa a demandare l’integrazione del precetto legislativo alle norme secondarie, cfr. Trib. Venezia 26 luglio 2012, decr., in www.ilcaso.it.

(7) Trib. Benevento 5 agosto 2016, in www.expartecreditoris.it, ha affermato che la prova del rispetto del limite dell’80% non deve essere contenuta nel contratto di mutuo, nel senso che il testo del contratto debba indicare obbligatoriamente sia l’importo del finanziamento sia il valore dell’immobile (se così fosse, sarebbe facile controllare il rispetto del limite di finanziabilità). Al contrario, il Tribunale di Benevento ritiene che il contratto di mutuo possa limitarsi a indicare l’importo della somma erogata. Secondo questa autorità giudiziaria l’indicazione del valore dell’immobile non è necessaria nel contratto di mutuo e la sua omissione non può essere oggetto di sanzione.

bisognerà disporre una perizia di stima del valore reale dell'immobile nel momento della conclusione del contratto (8). Ricostruito il valore reale dell'immobile (che può essere diverso dal prezzo concretamente pagato dal compratore) e conosciuto l'ammontare del finanziamento erogato, si potrà poi stabilire se è stato rispettato o meno il limite dell'80%.

Il testo unico bancario e la delibera CICR venivano in effetti non raramente aggirati aumentando fittiziamente il valore dell'immobile. Si immagini che il reale valore di mercato di un immobile sia di euro 200.000: in questo caso l'ammontare massimo finanziabile sarebbe di euro 160.000. Se però le parti hanno interesse a un finanziamento di importo maggiore, è sufficiente che la perizia "elasticamente" affermi che l'immobile vale euro 250.000: sarà così possibile finanziare l'acquisto fino a euro 200.000 senza violare in modo espresso il dettato del testo unico bancario. Nella prassi vi può essere una coincidenza di interessi fra i tre soggetti coinvolti nell'operazione (banca, mutuatario e perito), che può portare con relativa facilità a un sovraindebitamento.

Per quanto attiene alla banca, la possibilità di finanziare per un importo maggiore implica un guadagno maggiore, percependo l'istituto di credito nel corso del tempo un corrispettivo sotto forma di interessi maggiore. Gli interessi, espressi in misura percentuale, sono legati all'ammontare del capitale: maggiore è il capitale, maggiore è l'introito per la banca. Per tacere del fatto che, laddove l'importo del finanziamento aumenti in termini assoluti, il debitore può essere costretto ad allungare la durata di ammortamento del prestito (ad esempio una durata di 30 anni al posto di 20), con ulteriore incremento degli interessi da corrispondere.

Per quanto concerne il debitore (e compratore dell'immobile), l'ottenimento di un finanziamento gonfiato

rispetto al valore dell'immobile permetteva di acquistare immobili più grandi (o di maggior pregio o in zone migliori) che altrimenti non sarebbero stati acquistabili non disponendo dei mezzi finanziari necessari. Si badi altresì che, non costituendo il credito fondiario un mutuo di scopo, parte dei danari erogati potevano essere utilizzati per fini diversi dall'acquisto dell'immobile in sé considerato (ad esempio una parte dei fondi potevano essere usati per l'acquisto dell'arredamento o, in caso di imprenditori, di macchinari). Certo, l'erogazione di una somma maggiore implica un maggior onere finanziario e dunque un maggior rischio di non potere in futuro onorare i pagamenti delle rate; tuttavia, al momento dell'erogazione, il mutuatario trae un beneficio immediato dall'ottenere una somma più elevata. Infine *per quanto riguarda il perito*, che di solito viene incaricato direttamente dalla banca, la valutazione dell'immobile poteva essere "flessibile" al fine di realizzare gli interessi sostanziali di cui erano portatori le altre parti. In altre parole, poteva capitare che il perito, al fine di soddisfare il proprio mandante (ossia la banca), desse una valutazione non troppo severa dell'immobile, al fine di consentire un finanziamento maggiore nell'interesse dell'istituto di credito. Così facendo, il perito si garantiva la fiducia della banca e dunque si assicurava di essere nominato perito anche in successive operazioni di valutazioni. Talvolta l'onorario del perito era legato al valore dell'immobile, con la conseguenza che il perito aveva un proprio interesse alla sopravvalutazione del bene (9).

Quali che siano state in concreto le motivazioni che hanno portato a sopravvalutazioni, si deve constatare che sul nostro mercato ci sono numerosi immobili sopravvalutati ai fini dell'erogazione dei mutui. Il problema giuridico allora è se i contratti di mutuo

(8) La valutazione degli immobili può risultare alquanto complessa. Nel caso di immobili residenziali, la valutazione può tutto sommato di solito essere relativamente semplice, soprattutto se l'immobile non è troppo vecchio e si trova in un'area dove è possibile avere termini di paragone. Più particolare è la destinazione dell'immobile, più difficile risulta la sua valutazione, che comunque deve essere operata con riferimento alla data in cui è stato erogato il finanziamento (e non alla data del contenzioso). Il valore degli immobili fluttua nel tempo e - a distanza di 20, 30 anni (questa può essere la durata dei mutui fondiari) - può essere totalmente divergente da quella iniziale, in presenza di aree che si apprezzano significativamente e di altre che si deprezzano significativamente. Di questa tematica della corretta valutazione degli immobili si è occupato recentemente Trib. Vicenza 25 ottobre 2017, in www.centroanomaliabancarie.it, con riguardo a un cinema. Venne erogato nel 2007 un mutuo per oltre euro 2.000.000 a fronte di un valore del bene, secondo la tesi del debitore, di euro 1.350.000 al momento dell'erogazione del finanziamento. La perizia prodotta nella procedura esecutiva assegna,

oggi, al bene un valore di euro 450.000. Il giudice tuttavia ritiene di non poter dar peso alla valutazione attuale, potendo il valore del bene mutare significativamente nel corso del tempo e ritiene altresì che il debitore non abbia fornito la prova del valore reale del bene al momento dell'erogazione del finanziamento.

(9) Può anche darsi che la banca si sia fidata pienamente del perito, il quale ha semplicemente compiuto errori nella valutazione degli immobili. Negli ultimi tempi sono aumentate le azioni in giudizio degli istituti di credito nei confronti dei periti, basate sul fatto che questi ultimi avrebbero sbagliato le valutazioni e indotto dunque la banca a erogare credito in misura maggiore di quanto l'istituto avrebbe altrimenti fatto. Nei processi promossi da privati e imprenditori volti a far dichiarare la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite dell'80%, una delle difese della banca può essere quella di affermare di non avere avuto alcuna influenza delle decisioni del perito e di essersi fidata dello stesso. Non può dunque escludersi che le controversie fra mutuatari e istituti di credito finanziatori vengano in futuro sempre più estese ai periti.

fondario che sono stati stipulati in violazione delle disposizioni sopra illustrate siano o non siano validi e, più in generale, quali siano i rimedi di cui dispongano le parti del contratto.

La questione del superamento dei limiti di finanziabilità ha importanti riflessi in sede fallimentare. Laddove il soggetto finanziato sia fallibile e subentri il fallimento, si deve procedere all'accertamento del passivo e all'identificazione degli attivi a disposizione per la soddisfazione dei creditori. Il punto è che se il credito vantato dalla banca è assistito da ipoteca, come avviene nel caso di credito fondiario, verrà soddisfatto prima degli altri creditori. Se, invece, il credito della banca non è assistito da ipoteca, il credito residuo potrà essere soddisfatto solo come credito chirografario, concorrendo con un ampio novero di creditori, circostanza che conduce spesso a una soddisfazione in misura risibile rispetto al credito vantato (o addirittura a nessuna soddisfazione) (10).

Attesa la diffusione dei casi di sopravvalutazione degli immobili, può in diversi procedimenti giudiziari - il ragionamento vale non solo nei giudizi fallimentari, ma anche in quelli di opposizione all'esecuzione - risultare necessario stabilire *ex post* il valore "reale" (non quello dichiarato) dell'immobile nel momento in cui è stato erogato il finanziamento. Si dovrà pertanto disporre perizia sull'immobile e confrontare il valore rettificato dell'immobile con il valore del finanziamento e stabilire se quest'ultimo ha superato l'80% del primo.

Alcuni giudici, in caso di superamento del limite di finanziabilità, non ammettono il credito della banca come privilegiato, reputando invalida l'operazione di concessione del credito, e ammettono il credito della banca solo come chirografario. In sostanza reputano che sia venuta meno non solo la natura fondiaria del credito, ma anche la garanzia ipotecaria collaterale. Per questa ragione vengono instaurati dagli avvocati delle banche giudizi di opposizione volti a dimostrare:

- 1) in fatto che non si è superato il limite di finanziabilità e
- 2) in diritto che, anche laddove fosse stato superato detto limite, la conseguenza non sarebbe la nullità del contratto, con conseguente persistenza della ipoteca e dunque della natura privilegiata del credito.

Si cercherà nel prosieguo di esaminare lo stato attuale della giurisprudenza, dando conto delle diverse tesi che sono state sviluppate.

La posizione originaria della Cassazione: validità del contratto e mantenimento della natura di credito fondiario

Secondo una prima tesi, il superamento del limite di finanziabilità non determina la nullità del contratto. Si tratta della soluzione prospettata dalla Corte di cassazione in un'importante sentenza del 2013 (11). La linea argomentativa della Corte di cassazione riprende quella sviluppata in un significativo precedente a Sezioni Unite del 2007, avente a oggetto la responsabilità degli intermediari finanziari (12). Secondo il ragionamento della Cassazione, le disposizioni che impongono alle banche determinati comportamenti non incidono sulla validità del contratto, avendo a che fare solo con la condotta che le parti devono tenere prima e dopo la conclusione del contratto (e non con l'atto in sé considerato). Ne deriverebbe, in caso di violazione, il solo obbligo di risarcire il danno che la controparte della banca ha patito, senza impatti sulla validità del contratto. Secondo la Corte di cassazione del 2013 va tenuto distinto il profilo del diritto pubblico da quello del diritto privato. Costituendo l'art. 38 T.U.B. (unitamente alla delibera CICR del 1995) disposizione imperativa, la sua violazione si riflette in termini di diritto pubblico, determinando l'applicazione di sanzioni amministrative. Tuttavia, l'inosservanza del limite di finanziabilità non sarebbe idonea a intaccare la validità del contratto, dando al mutuatario il diritto di agire per il risarcimento del danno patito. Questa soluzione, sempre secondo la Corte di cassazione, è quella che assicura al massimo la stabilità del sistema finanziario. Difatti, altrimenti, la nullità del contratto avrebbe per conseguenza il venir meno della garanzia ipotecaria e dunque il rischio che la banca non riesca a rientrare dal proprio credito, con potenziali conseguenze negative sulla stabilità finanziaria della banca e, nell'ipotesi peggiore, dell'intero sistema finanziario.

(10) 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, 411, osserva che nelle domande di ammissione al passivo viene di solito chiesta l'ammissione del credito della banca a titolo di credito privilegiato mentre viene generalmente omessa una domanda subordinata di ripetizione dell'indebitto. Ciò potrebbe portare non solo all'esclusione del credito della banca a titolo privilegiato, ma anche all'esclusione di ogni suo credito a titolo chirografario.

(11) Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, in *Fallimento*, 2014, 407 ss., con nota di L. Balestra; in *Giur. comm.*, 2014, II, 162 ss., con nota di G. Falcone. A commento di questa sentenza cfr. anche B. Campagna, *Mutuo fondiario: la violazione del limite di finanziabilità non comporta la nullità del contratto ex art. 38 co. 2 TUB*, in www.dirittobancario.it.

(12) Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di V. Sangiovanni.

La tesi della Corte di cassazione è stata ripresa da qualche giudice di primo grado. Si segnala in particolare, in epoca successiva alla decisione della Cassazione, un intervento del Tribunale di Oristano, secondo cui dall'accertamento del superamento del limite di finanziabilità nel contratto di mutuo fondiario può derivare l'irrogazione di sanzioni amministrative nonché la responsabilità della banca, senza tuttavia che ciò ingeneri una causa di nullità del contratto (13).

La tesi opposta della nullità totale del contratto (con perdita della garanzia ipotecaria)

Secondo una seconda tesi, radicalmente opposta a quella della Corte di cassazione appena illustrata, la conseguenza del superamento del limite di finanziabilità sarebbe la nullità del contratto, con in aggiunta la perdita della garanzia ipotecaria collaterale al contratto di mutuo.

In particolare secondo il Tribunale di Monza, per "credito fondiario" può intendersi esclusivamente quell'operazione di finanziamento che presenta esattamente le caratteristiche delineate nell'art. 38 T.U.B. (14). Fra tali caratteristiche rientra un preciso rapporto fra ammontare del finanziamento e valore del bene a garanzia (80%). Laddove il limite sia superato, è intaccato l'oggetto del contratto, che non è più quello richiesto dalla legge. Il contratto è dunque nullo per mancanza dell'oggetto, o meglio per contrarietà dell'oggetto a una disposizione imperativa. Il contratto non poteva essere concluso e le prestazioni che sono state effettuate dalla parte vanno restituite. Ne consegue che il mutuatario deve restituire alla banca il capitale e la banca deve restituire al mutuatario gli interessi percepiti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione. Non è tuttavia questo l'unico punto: la nullità del contratto di mutuo fondiario significa anche il venir meno della garanzia ipotecaria che assiste il finanziamento. Dunque il mutuo si trasformerebbe in finanziamento non garantito. A fini fallimentari, ne conseguirebbe che la banca che dovesse chiedere l'ammissione al passivo vanterebbe solo un credito non garantito e verrebbe soddisfatta dopo tutti gli altri creditori non garantiti.

Sulla stessa linea del Tribunale di Monza si colloca un intervento del Tribunale di Firenze (15). L'autorità giudiziaria fiorentina si dissocia dalla Corte di

cassazione del 2013, sostenendo che l'art. 38 T.U.B. e la delibera CICR 22 aprile 1995 non sono volti a regolare il comportamento delle parti, ma la genesi del rapporto contrattuale. Secondo il Tribunale di Firenze erra la Cassazione, in quanto la giurisprudenza in tema di responsabilità degli intermediari finanziari non può essere applicata nel diverso contesto qui in esame. Il limite di finanziabilità nel mutuo fondiario incide difatti direttamente sull'oggetto del contratto e non sull'apposizione di doveri d'informazione, estranei al contenuto tipico dell'obbligazione, non rigidamente determinati e non necessariamente coevi alla genesi dell'obbligazione. La conclusione del Tribunale di Firenze è che il contratto è nullo per violazione della norma imperativa che fissa un rapporto massimo fra ammontare del finanziamento e valore dell'opera. Ne consegue il venir meno non solo del contratto "fondiario", ma anche della ipoteca e dunque la natura chirografaria del credito vantato dalla banca.

La nuova posizione della Corte di cassazione nel 2017: la conversione del contratto nullo

La Corte di cassazione, in alcune recenti sentenze pubblicate fra il 2017 e il 2018, si è dissociata dal suo precedente orientamento del 2013 e ha accolto la diversa tesi della conversione del contratto nullo in caso di superamento del limite di finanziabilità. Come è noto, ai sensi dell'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". Se si supera il limite di finanziabilità, il contratto di credito fondiario è nullo, ma si converte in un distinto contratto di credito - sostiene la Cassazione - pur sempre assistito da garanzia ipotecaria.

Il testo unico bancario (unitamente alla normativa secondaria) definisce come credito fondiario il credito che soddisfa quattro condizioni:

- 1) elemento soggettivo: finanziamento ad opera di una "banca";
- 2) durata del finanziamento: medio o lungo termine;
- 3) tipologia di garanzia: ipoteca di primo grado su immobili;
- 4) ammontare del finanziamento: massimo 80% del valore dell'immobile.

(13) Trib. Oristano 28 gennaio 2014, ord., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia.

(14) Trib. Monza 29 settembre 2015, decr., in *www.ilcaso.it*.

(15) Trib. Firenze 30 ottobre 2014, decr., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia; in *Giur. comm.*, 2016, II, 186 ss., con nota di M.F. de Capoa.

Nel caso di superamento del limite di finanziabilità, i requisiti elencati sono tutti soddisfatti salvo l'ultimo: limite di finanziabilità. Non considerando quest'ultimo requisito e valutando le altre caratteristiche del contratto esistente, si è di fronte a un finanziamento con garanzia ipotecaria secondo le regole generali (non quelle specifiche fondiari). Ne consegue che il contratto di credito fondiario, nullo per uno dei suoi elementi essenziali, si converte in un ordinario mutuo assistito da garanzia ipotecaria.

Il fatto che venga meno la natura fondiaria implica che non trovano applicazione gli artt. 38-42 T.U.B., che disciplinano appunto il credito fondiario, ivi compresi alcuni benefici di cui godono le banche, in particolare: esclusione delle ipoteche dalla revocatoria fallimentare (art. 39, comma 4, T.U.B.) e diritto di iniziare o proseguire l'azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore (art. 41, comma 2, T.U.B.).

La tesi della conversione del contratto nullo è stata adottata dalla Corte di cassazione in particolare in una sentenza del luglio 2017: secondo quest'intervento il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2, T.U.B. e della conseguente delibera del CICR, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come "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 (16). La Cassazione sottolinea l'inadeguatezza dello strumento sanzionatorio amministrativo, giacché sanzionare il superamento della soglia con l'irrogazione di mere sanzioni amministrative, facendo salva la validità del contratto, significherebbe consentire alla banca di disporre della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici correlati pur nel mancato rispetto dei limiti di legge.

Con altra sentenza della Corte di cassazione, sempre del luglio 2017, è stato ribadito quest'ultimo orientamento (17). La Cassazione ha affermato che il limite

di finanziabilità dell'art. 38, comma 2, T.U.B. è elemento essenziale del contenuto del contratto e il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa (18).

Tribunale di Udine e opinione personale

Fra i precedenti di merito che ipotizzano la conservazione dell'ipoteca e dunque della natura privilegiata del credito della banca anche in caso di superamento del limite di finanziabilità, si può menzionare un intervento del Tribunale di Udine (19). Secondo questa autorità giudiziaria il mutuo qualificato come "fondiario", in cui si sarebbero peraltro superati i limiti di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo "ipotecario", non risultando soddisfatti i requisiti previsti dalla normativa speciale. La differenza fra il mutuo fondiario e quello ipotecario consiste nel fatto che nel primo vi è un limite di finanziabilità, con la conseguenza che - superato il limite - il mutuo "degrada" da fondiario a ipotecario. Superato il limite di finanziabilità, secondo il Tribunale di Udine non si avrebbe la nullità del contratto con conversione in altro tipo di contratto, ma solo la disapplicazione degli artt. 38 ss. T.U.B. sul mutuo fondiario. Si tratterebbe in altre parole di una riquificazione del contratto, che da mutuo "fondiario" scade a mutuo meramente "ipotecario". Si tratterebbe di una ridenominazione del contratto erroneamente qualificato come "fondiario" dalle parti, con conservazione dell'ipoteca e perdita per la banca dei benefici altrimenti collegati al carattere fondiario del mutuo.

Chi scrive ritiene che la tesi sostenuta dal Tribunale di Udine sia quella maggiormente soddisfacente fra le tesi prospettate in giurisprudenza. Il credito "fondiario" altro non è che un credito "ipotecario" che

(16) Cass. 13 luglio 2017, n. 17352, in *Contratti*, 2018, 169 ss., con nota di M. Farina; in *Fallimento*, 2017, 1274 ss., con nota di G. Tarzia; in *Foro it.*, 2017, I, 3379 ss., con nota di A. Crozzoli; in *Notariato*, 2018, 193 ss., con nota di G. Migliorati; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 26 ss., con nota di G. Puhali.

(17) Cass. 31 luglio 2017, n. 19016, in *Corr. giur.*, 2018, 161 ss., con nota di M. Piazza.

(18) Ancora più recentemente la tesi della conversione del contratto nullo è stata riaffermata da Cass 9 maggio 2018, n. 11201. Questa sentenza afferma che, in ogni caso, il capitale

erogato va restituito. In altre parole, la nullità totale del contratto di mutuo (ma nel caso di specie il fondiario è stato considerato convertito in ipotecario e dunque non vi è stata nullità del mutuo in sé considerato) potrebbe al più far venir meno l'obbligo di pagare gli interessi sul capitale erogato, ma non può far venir meno l'obbligo di restituire il capitale, in quanto la nullità del contratto determina che l'erogazione del capitale è stato un indebito oggettivo che va restituito alla banca ai sensi dell'art. 2033 c.c.

(19) Trib. Udine 29 maggio 2014, decr., in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 463 ss., con nota di F. Onnis Cugia.

soddisfa i requisiti definatori di cui all'art. 38, comma 1, T.U.B. In presenza di detti requisiti, il credito non è meramente "ipotecario", ma anche "fondiario", godendo così dei benefici che la legge attribuisce a quest'ultima tipologia di credito. Tuttavia, se manca uno dei presupposti fissati dalla legge (come il limite di finanziabilità all'80%), viene meno la natura "fondiaria", e vengono meno tutti i benefici che la legge riconnette a detta natura. Non viene tuttavia meno la natura "ipotecaria" del credito, ossia il fatto che il credito è assistito da garanzia ipotecaria, con

soddisfazione privilegiata in sede di esecuzione civile e anche di fallimento.

Questa soluzione intermedia soddisfa in modo ragionevole l'interesse della banca al recupero del proprio credito (che rimane assistito da ipoteca) e dunque assicura - indirettamente - la stabilità del sistema finanziario. Per converso, la non sussistenza dei presupposti di legge per la qualificazione del credito come "fondiario" determina una leggera degradazione del titolo del credito da "fondiario" (il sistema in assoluto più vantaggioso per le banche) a "ipotecario".