

Ottobre 2017

La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità

Angelo Chianale, Notaio in Torino, Professore Ordinario di Diritto Civile all'Università di Torino

Nel mondo bancario ha fatto scalpore la sentenza della Cassazione n. 17352 del 13 luglio 2017¹, che ha pronunciato la nullità di un mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità, con conseguente nullità dell'ipoteca concessa dal mutuatario, fatta salva la possibile conversione del contratto in un normale mutuo ipotecario.

Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte viene espresso in questi termini: “il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del T.u.b. e della conseguente delibera Delib. Cicr., determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario ... salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario, ove ne risultino accertati i presupposti”.

La decisione della Cassazione si allontana dall'orientamento sinora seguito dalla corte e risulta potenzialmente dirompente per la tutela del credito erogato dalle banche. Sarà inevitabile un futuro rinvio della questione di diritto all'attenzione delle Sezioni Unite (come peraltro aveva chiesto nelle sue conclusioni il PG), per dirimere il contrasto insorto tra gli orientamenti sinora espressi. Consideriamo comunque il ventaglio di problemi e soluzioni che scaturiscono dal nuovo orientamento, che ben potrebbe venire rigettato in seguito dalle Sezioni Unite.

La nozione di credito fondiario

Intanto occorre ricordare i tratti salienti del credito fondiario, che costituisce una *species* del più ampio *genus* del credito ipotecario².

Per lungo tempo la concessione del credito fondiario è stata riservata a istituti specializzati. Ora il TUB del 1993 considera il credito fondiario come una specifica modalità di concessione del credito bancario: “Il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da

¹ Seguita in fotocopia da Cass., 31 luglio 2017, n. 19016 (diverso creditore, ma pare stesso debitore e stesso rapporto fondiario in discussione).

² Cfr. per tutti TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, 6° ed., Milano, 2006, specie 25 ss.

ipoteca di primo grado su immobili” (art. 38, 1 co.). Qualora il finanziamento sia concesso a un consumatore e sia garantito da ipoteca su immobile residenziale oppure sia destinato all’acquisto di un terreno o di un edificio, allora all’operazione di credito fondiario si applica anche la disciplina del credito immobiliare ai consumatori (artt. 120 *quinquies* e segg. TUB).

L’art. 38 TUB aggiunge un limite quantitativo di finanziabilità: “La Banca d’Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l’ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo il rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”.

Rispetto al normale credito ipotecario quindi risultano fissati dalla legge due limiti: a) la garanzia deve essere un’ipoteca immobiliare *di primo grado*, ovvero equiparabile; b) la banca deve rispettare un *ammontare massimo* di finanziamento.

La regolamentazione precisa di questi limiti è demandata alla Banca d’Italia, che in conformità alla delibera del CICR del 22 aprile 1995, ha adottato il provvedimento del 26 giugno 1995 (in Gazzetta Ufficiale n. 155 del 5 luglio 1995) al fine di aggiornare la circolare n. 4 del 29 marzo 1988 (Istruzioni in materia di particolari operazioni di credito). Il *limite di finanziabilità* viene ora così stabilito: “Le banche possono concedere finanziamenti di credito fondiario per un ammontare massimo dell’80 per cento del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ivi compreso il costo dell’area o dell’immobile da ristrutturare”.

La Banca d’Italia regola in dettaglio alcuni casi specifici:

- il limite di finanziabilità “può essere elevato fino al 100 per cento in presenza di garanzie integrative offerte dal cliente” oppure ottenute *aliunde* dalla banca (così come chiarito dal comunicato della Banca d’Italia in Gazzetta Ufficiale n. 76 del 2 aprile 2005): costituiscono idonee garanzie integrative le fidejussioni bancarie, le polizze fidejussorie, le garanzie rilasciate da enti di garanzia fidi, la cessione di crediti vantati verso lo Stato;
- in caso di finanziamenti per costruire o ristrutturare un edificio “erogati sulla base di stati di avanzamento dei lavori il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell’esecuzione dei lavori”;
- se l’immobile è già colpito da iscrizioni ipotecarie, “per la determinazione del limite di finanziabilità, all’importo del nuovo finanziamento deve essere aggiunto il capitale residuo del finanziamento precedente”.

E’ discusso quale sia la conseguenza del mancato rispetto di questi limiti: proprio su tale problema interviene la sentenza di Cassazione sopra indicata.

Le regole speciali dell'ipoteca fondiaria

Prima di esaminare la sentenza è utile ricordare brevemente quali sono le regole dettate per l'ipoteca fondiaria, con carattere di specialità rispetto al credito ipotecario in generale³. Infatti storicamente le operazioni di credito fondiario sono sempre state viste con favore dal legislatore, che ha apprestato un insieme di agevolazioni sostanziali, processuali e fiscali.

La banca riceve un trattamento di favore sul piano sostanziale per vari profili disciplinati nell'art. 39 TUB:

- ai fini dell'iscrizione ipotecaria la banca può eleggere domicilio presso la propria sede, invece che nella circoscrizione del tribunale in cui ha sede la conservatoria dei registri immobiliari (art. 2839 c.c.);
- il credito della banca, in caso di finanziamenti con clausole di indicizzazione, è garantito dall'ipoteca sino a concorrenza dell'intero importo dovuto per effetto della clausola di indicizzazione e ciò avviene automaticamente se la nota di iscrizione menziona la clausola di indicizzazione, invece di essere limitato alla somma iscritta e al triennio di interessi ex art. 2855 c.c.;
- l'ipoteca fondiaria non è soggetta a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza di fallimento del debitore concedente o del terzo datore di ipoteca (il c.d. consolidamento breve dell'ipoteca);
- la revocatoria fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore, che venga dichiarato fallito.

Ancora la banca gode di un regime di favore per il procedimento esecutivo, che si svolge secondo l'ordinario rito dell'espropriazione forzata, salve le regole speciali poste dall'art. 41 TUB⁴:

- non vi è obbligo di notificazione del titolo contrattuale esecutivo;
- l'azione esecutiva individuale può essere iniziata o proseguita anche dopo il fallimento del debitore;
- le rendite degli immobili ipotecati sono versate alla banca, una volta iniziata l'esecuzione forzata;
- l'aggiudicatario dell'immobile paga direttamente alla banca la parte di prezzo corrispondente al suo credito.

³ Il tema è ampiamente trattato in RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Schlesinger, Milano, 2006, 657 ss.; TARDIVO, *op. cit.*, 77 ss.

⁴ Cfr. FIORUCCI, *L'espropriazione per credito fondiario*, Milano, 2015; TARDIVO, *op. cit.*, 227 ss.

La posizione di vantaggio della banca nel credito fondiario è stata ritenuta espressione di un “evidente intento” del legislatore, quale precisa scelta di politica economica, “di favorire la “mobilizzazione” della proprietà immobiliare”, estendendo l’accesso ai finanziamenti. Pertanto non emerge alcuna violazione del principio costituzionale di uguaglianza⁵.

Anche il cliente riceve *ex art. 39 TUB* un trattamento più favorevole rispetto al normale debitore ipotecato⁶:

- viene prevista una ipotesi specifica di riduzione dell’ipoteca, assente nel codice civile, quando viene estinta la quinta parte del debito oppure quando risulti che il limite di finanziabilità è rispettato in relazione ai beni conservati in garanzia;
- è previsto il diritto del mutuatario alla suddivisione del finanziamento in quote e al correlativo frazionamento dell’ipoteca, con attuazione coattiva in caso di inerzia della banca;
- è previsto il diritto del mutuatario di estinguere anticipatamente il debito;
- gli onorari notarili degli atti relativi al credito fondiario sono ridotti, e con essi la tassa spettante all’archivio notarile.

Inoltre il rispetto del limite di finanziabilità ha rilevanza nell’ambito della normativa in tema di patrimonializzazione delle banche, perché rappresenta una condizione per l’attribuzione della migliore ponderazione del 50% ai mutui garantiti da ipoteca su immobili residenziali (Istruzioni di vigilanza, Titolo IV, capitolo 2, sezione II, par. 3.1 lett. b). La concessione di credito fondiario, cioè, consente alle banche di mantenere una minore quota di patrimonio di vigilanza rispetto alle altre forme di credito ipotecario.

Sul piano concreto a queste regole corrisponde in genere l’applicazione alla clientela dei finanziamenti fondiari di un minor tasso di interesse rispetto agli ordinari mutui ipotecari.

La sentenza Cass. 17352/2017

La Cassazione giudica la seguente vicenda: una società, che aveva contratto un mutuo fondiario, fallisce; il curatore non riconosce la prelazione ipotecaria della banca; in sede di opposizione il tribunale fallimentare rigetta la domanda della banca, in quanto (i) ritiene inattendibile la stima del valore dei beni ipotecati fatta dal perito della banca al momento della concessione del mutuo, (ii) accoglie invece il contenuto della stima fatta dal perito della procedura fallimentare, che rileva uno scostamento del 1,86% sul limite di finanziabilità del fondiario, (iii) accerta che risultava quindi superato il limite di

⁵ Così decide Corte cost., 22 giugno 2004, n. 175; sulle ragioni del favore verso la banca v. RAVAZZONI, *op. cit.*, 657 ss. e 704 ss.

⁶ Ancora v. TARDIVO, *op. cit.*, 77 ss.

finanziabilità del credito fondiario al momento della stipulazione del contratto, con conseguente nullità del mutuo, e infine (iv) esclude la possibilità di conversione del contratto ovvero di ammissione della banca al chirografo, in quanto domande nuove.

La banca ricorre per cassazione.

La Suprema Corte, come si è detto, decide che il mancato rispetto del limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 TUB, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario, ove ne risultino accertati i presupposti. La Corte si discosta così da due propri precedenti orientamenti: da un lato, alcune sentenze riconducevano, con argomenti che paiono in effetti convincenti, al superamento del limite di finanziabilità soltanto conseguenze sanzionatorie per la banca, per violazione delle norme di condotta nella concessione dei crediti⁷; d'altro lato una sentenza sosteneva la nullità parziale del contratto, relativamente alla parte di finanziamento eccedente il limite di legge⁸.

E' opportuno seguire l'articolazione degli argomenti fatti propri dalla sentenza:

- l'art. 38 TUB, che fissa il limite di finanziabilità del mutuo fondiario, è norma imperativa e inderogabile, che si rivolge al contenuto negoziale del mutuo e che persegue interessi economici pubblici;
- essa contiene una regola di validità del contratto e non soltanto una regola di comportamento destinata alla banca, come invece contemplato per altri profili dall'art. 117 TUB;
- ne segue che il mutuo fondiario, stipulato in violazione dell'art. 38 TUB, è nullo, senza possibilità di applicare l'art. 1419 c.c. che darebbe la salvezza del contratto sino a concorrenza del limite stesso;
- pare quindi “ovvio che la nullità ha come conseguenza l'incapacità del contratto di produrre il proprio effetto, compresa la costituzione di un'ipoteca valida”, in quanto l'alterazione della *par condicio creditorum* presuppone il rispetto del limite quantitativo in discorso;
- diversamente opinando, “significa consentire infine alla banca di disporre – essa – della fattispecie del credito fondiario, mantenendone i benefici correlati pur nel mancato rispetto dei limiti di legge, con conseguente pregiudizio delle pretese

⁷ Così con varie motivazioni Cass., 28 novembre 2013, n. 26672; Cass., 4 novembre 2015, n. 22446; Cass., 24 giugno 2016, n. 13164.

⁸ Così Cass., 1 settembre 1995, n. 9219, in *BBTC*, 1997, II, 243 s.: la sentenza, sinora isolata, riguardava un mutuo di credito edilizio regolato dalla legge Tupini (474 del 1949, art. 3) che superava il limite legale di finanziabilità; essa è discussa in *TARDIVO*, *op. cit.*, 135 ss.

dei creditori concorrenti”: in caso di fallimento del mutuatario prevale il rispetto della *par condicio creditorum* secondo il regime concorsuale.

Aggiunge la Corte che “ferma allora la nullità del contratto di mutuo fondiario, l’unica modalità di recupero del contratto nullo è quella della conversione in un contratto diverso (art. 1424 cod. civ.)”, cioè in un “ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti”⁹. Sul piano processuale la domanda di conversione può essere proposta anche in sede di opposizione al piano di riparto perché secondo la Cassazione essa può essere formulata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità.

Qualche osservazione sulla nullità dell’ipoteca

Intanto vale riflettere sul passaggio argomentativo relativo alla nullità dell’ipoteca: quando si ritiene “ovvia” una qualche deduzione, è il caso di approfondire la questione.

La sentenza in esame infatti cade in errore laddove sembra includere tra gli effetti del mutuo fondiario anche la costituzione dell’ipoteca. Il finanziamento viene erogato mediante la stipulazione di un mutuo; la concessione della garanzia ipotecaria è un negozio separato dal mutuo: i due rapporti non si fondono in un unico negozio. Ad esempio, può aversi una concessione di ipoteca affetta da nullità (ad esempio per indeterminatezza del bene colpito): in questi casi la nullità del negozio di garanzia non si comunica al contratto di mutuo. Ancora, con riferimento proprio al credito fondiario, il fatto che l’ipoteca sia di primo grado non rientra nel contenuto del contratto di mutuo: ammesso che la dizione “ipoteca di primo grado” dell’art. 38 TUB significhi “ipoteca non preceduta da altre iscrizioni ipotecarie o trascrizioni di privilegi speciali”, il conseguimento del “primo grado” avviene soltanto al momento dell’iscrizione ipotecaria, non certo al momento della concessione dell’ipoteca; ne consegue, in assenza del “primo grado”, che il mutuo non rientra nel credito fondiario, ma è comunque valido, perché altrimenti si avrebbe una nullità sopravvenuta di difficile inserimento nel panorama civilistico.

La sentenza forse considera che la concessione dell’ipoteca è accessoria al credito garantito. Il che significa, normalmente, che la nullità del rapporto garantito comporta la nullità della garanzia stessa. Peraltro vale la pena di riflettere sul punto: in caso di nullità del mutuo, la concessione dell’ipoteca potrebbe forse garantire la restituzione della somma che viene comunque erogata in forza del mutuo. Il titolo dell’iscrizione è una valida concessione di ipoteca; il credito garantito è quello per la restituzione del denaro, qualificato come indebito, che sorge a seguito della consegna della somma, oggetto del mutuo nullo e documentata nel documento autentico (e anche qualora essa sia fatta con atto separato: art. 2852 c.c.).

⁹ Soluzione già prospettata da NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, 1687 s.

Le conseguenze della conversione del mutuo fondiario nullo

Il ricorso alla conversione del contratto nullo ha luci e ombre, derivanti – queste ultime – dalla scarsa utilizzazione di questo meccanismo nelle aule giudiziarie.

Intanto una opinione, condivisa in passato dalla stessa Cassazione, afferma che non dà luogo a conversione un contratto nullo per illiceità, se esso persegue uno scopo contrastante con i principi dell'ordinamento o con l'ordine pubblico¹⁰. Qualora invece la nullità sia inerente allo strumento negoziale scelto dalle parti (qui: mutuo fondiario anziché mutuo ipotecario), si può avere conversione: la sentenza in commento ammette pacificamente la conversione in questa ipotesi, aderendo alla migliore soluzione dottrinale¹¹.

Inoltre la conversione del contratto nullo impone al giudice di accertare la volontà ipotetica delle parti: il mutuo fondiario nullo si converte in un ordinario mutuo ipotecario qualora debba ritenersi che le parti “lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità” (art. 1424 c.c.). Considerate le differenze sopra ricordate, potrebbe essere arduo per il giudice accertare tale volontà ipotetica: nel caso concreto la parte maggiormente interessata alla conversione è la banca, per conservare la prelazione ipotecaria, mentre il cliente (oltre al ceto creditorio) ha l'interesse opposto.

Peraltro, se il fondamento dell'istituto va rinvenuto nella buona fede contrattuale, si può concludere che sia contrario alla buona fede il comportamento di chi non adempie il diverso contratto in presenza della nullità del contratto realmente concluso: in tutti i casi, in cui il mutuatario eccepisse la nullità (ad esempio in sede di esecuzione immobiliare), il giudice dovrebbe pronunciare la conversione. Inoltre, anche il principio di conservazione del negozio, pure indicato in dottrina quale fondamento dell'istituto, farà propendere il giudice per la conversione. Ciò ovviamente a parità di condizioni: la conversione non deve porre a carico del cliente maggiori interessi o oneri contrattuali.

Quindi si deve concludere che *in ogni caso il mutuo fondiario nullo viene convertito in mutuo ipotecario*. Pare comunque opportuno inserire nei mutui fondiari una clausola, che dia contezza della volontà delle parti di stipulare un mutuo ipotecario, qualora il fondiario dovesse risultare nullo per superamento del limite di finanziabilità. Alcune banche (ad es. Cariparma – Crédit Agricole) inseriscono tale pattuizione nelle condizioni generali di contratto.

Ancora alcune osservazioni vanno fatte sul piano processuale.

¹⁰ Cfr. l'ampia trattazione in GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in Comm. cod. civ., dir. da Busnelli, Milano, 2012, 20 ss.

¹¹ Ad es. SACCO, *Il contratto*, II, 3° ed., 2004, Torino, 507.

La dottrina insegna che la conversione operi *ipso iure* con pronuncia d'ufficio¹². Invece la giurisprudenza di Cassazione reputa che la conversione non operi d'ufficio, ma debba essere domandata dalla parte interessata¹³. Così decide anche la sentenza in esame.

La nullità del mutuo fondiario, con conversione in ordinario mutuo ipotecario, quando è dichiarata dal giudice dell'esecuzione, non comporta la nullità della procedura esecutiva stessa. Essa però rileva in caso di fallimento del mutuatario: in tale ipotesi si rende inapplicabile l'art. 41 TUB e la procedura esecutiva individuale viene travolta, a sensi dell'art. 51 l.f.¹⁴. La banca dovrà allora affidarsi all'esecuzione concorsuale, alla quale dovrebbe comunque rivolgersi per ottenere il riconoscimento della propria prelazione, per la natura provvisoria dell'eventuale incasso conseguito all'esito della esecuzione individuale¹⁵.

Nel caso deciso dalla sentenza in esame la nullità del mutuo fondiario è dichiarata dal giudice fallimentare, in forza della sua inderogabile competenza per materia. Ne segue, in simili ipotesi, che la conversione pronunciata dal giudice delegato non ha forza di giudicato in altre sedi e verso altri soggetti: in particolare non opera alcun automatismo rispetto ai parametri di ponderazione fissati dalla Banca d'Italia in materia di concessione del credito.

Il superamento del limite durante l'esecuzione del contratto

Come già detto, in caso di finanziamenti ad avanzamento lavori, la Banca d'Italia prescrive che "il limite di finanziabilità deve essere rispettato durante ogni fase dell'esecuzione dei lavori". Occorre allora capire, in base alla decisione in esame, quale sia la conseguenza del superamento del limite di finanziabilità in occasione delle varie erogazioni.

Non ritengo che si possa discorrere di nullità sopravvenuta del contratto di mutuo. Infatti ogni singola erogazione costituisce un atto di adempimento non negoziale del mutuo: si tratta della consegna di una somma di denaro al mutuatario. Un conto è il contratto di mutuo, dove viene pattuito un finanziamento superiore al limite di legge. Un altro conto è l'erogazione di somma superiore al limite di legge, rispetto al valore dei lavori effettuati. In questa seconda ipotesi trova spazio l'alternativa, rifiutata dalla sentenza in esame per la stipulazione del mutuo: a) ne seguono soltanto profili di responsabilità amministrativa della banca; oppure: b) ne segue che la parte di erogazione eccedente il limite di finanziabilità costituisce pagamento indebito.

¹² Da ultimo GIAIMO, *op. cit.*, 109 ss., e *ivi* richiami di dottrina; v. poi BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, 595.

¹³ Così Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, 184, con richiamo dei precedenti.

¹⁴ Cfr. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Fall.*, 2011, 1146 ss.; CAMILLI, *L'esecuzione individuale del creditore fondiario nelle procedure concorsuali: è sempre possibile?*, in *Diritto bancario. Attualità*, 27.4.2017.

¹⁵ L'art. 52 l.f. infatti non subisce deroghe dall'art. 41 TUB e impone l'esclusività della verifica fallimentare anche del credito fondiario: v. Cass., 30 marzo 2015, n. 6377; CAMILLI, *op. cit.*

L'art. 38 TUB pone un limite inderogabile al contenuto del mutuo, come stipulato dalle parti. Pare utilizzabile in questo ambito il criterio interpretativo che ha portato a negare la nullità sopravvenuta di un mutuo per superamento della soglia di usura degli interessi durante la vita del finanziamento. Infatti soltanto la violazione della soglia al momento della stipulazione del contratto produce la sua nullità, come ha chiarito l'interpretazione autentica contenuta nel d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, applicata dalla recentissima Cass., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675. Parimenti, ammessa la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di legge, tale scostamento è rilevante soltanto al momento della stipulazione.