

Civile Ord. Sez. 1 Num. 11201 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 09/05/2018

sul ricorso 12481/2013 proposto da:

Cura!

Unipol Banca S.p.a. – già UGF BANCA S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliata in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentata e difesa dall'avvocato Tassi Matteo, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

1

*ord.
583
2018*

TA

Fallimento Cappel.Fer. S.r.l., in persona del curatore dott.ssa Usai Valeria, elettivamente domiciliato in Roma, Via Postumia n.1, presso lo studio dell'avvocato Giancaspro Nicola, rappresentato e difeso dall'avvocato Tronci Giampiero, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di CAGLIARI, depositato il 04/04/2013;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/03/2018 dal cons. DOLMETTA ALDO ANGELO.

FATTI DI CAUSA

1.- La s.p.a. Unipol Banca ricorre per cassazione nei confronti del fallimento della s.r.l. Cappel.Fer, articolando nove motivi avverso il decreto emesso dal Tribunale di Cagliari in data 4 aprile 2013.

Con tale pronuncia, il Tribunale sardo ha respinto l'opposizione proposta dalla attuale ricorrente contro la decisione del giudice delegato di rigettare la domanda di insinuazione «in via privilegiata ipotecaria» nel passivo fallimentare della s.r.l. Cappel.Fer che questa aveva presentato per un credito assunto come derivante da un'operazione di mutuo fondiario.

Il provvedimento del giudice delegato, riprendendo una proposta di «non ammissione» del curatore basata sul rilievo del superamento in sede di erogazione dei limiti di finanziabilità stabiliti dalla legge, ha stabilito: «respinto perché non fornisce prova del presupposto di cui agli artt. 38 ss. D.lgs. n. 385/1993 relativamente ai limiti di finanziabilità».

2

AW

2.- Nel confermare la decisione adottata dal giudice delegato, il Tribunale - richiamata la propria «giurisprudenza consolidata» per cui, «in difetto di prova positiva della conformità del contratto di mutuo fondiario alle prescrizioni dell'art. 38 TUB, il contratto è affetto da nullità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418 cod. civ.» - è andato a riportarsi alla pronuncia di Cass., n. 9219/1995. Per rilevare che le «medesime finalità sociali a rilevanza pubblica (gestione positiva del credito, garanzia della restituzione della somma mutuata, limitazione al principio generale di cui all'art. 2741 cod. civ.)», individuate da quella sentenza con specifico riguardo al credito edilizio, «valgono anche per il credito fondiario».

Assunto questo riferimento di fondo, il Tribunale ha poi rilevato in via di specificazione che «non può certamente sostenersi che il limite di finanziabilità sia dettato nell'esclusivo interesse dell'istituto erogante, il quale invece dispone di somme depositate nell'interesse di terzi, la cui conservazione ... appartiene al livello *super partes* dell'interesse pubblico alla regolamentazione del credito, attuato mediante norme imperative».

Lo stesso ha aggiunto, altresì, che la «statuizione positiva dell'invalidità del contratto difforme impone il controllo del rispetto di tale limite»: la banca che intende insinuarsi nel passivo del debitore in ragione di un credito derivante da un mutuo fondiario è onerata della prova del rispetto del detto limite. Prova che nel concreto il Tribunale sardo ha valutato non essere stata raggiunta: la perizia portata in giudizio, «risulta priva del requisito della data certa, necessario per la sua opponibilità»; «in ogni caso, detta perizia, redatta da un tecnico incaricato dalla parte e non dalla banca, ha ad oggetto il valore venale del bene e non il valore cauzionale» e cioè il «valore concretamente ricavabile in via esecutiva».



Ciò posto, in via ulteriore il Tribunale ha rilevato che «costituisce domanda nuova la domanda di riconoscimento dell'importo insinuato a titolo di mutuo ipotecario ordinario, che il giudice delegato non avrebbe potuto riconoscere d'ufficio, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., in totale assenza di allegazioni da parte del creditore». E ha altresì soggiunto, a proposito della richiesta conversione, che il «riconoscimento della prelazione ipotecaria a un contratto di mutuo fondiario dichiarato nullo consentirebbe al creditore di soddisfare il proprio interesse eludendo le norma imperative, così realizzando lo stesso scopo (privilegio sul bene) cui avrebbe diritto se il mutuo fondiario fosse stato validamente concluso».

3.- Nei confronti del ricorso resiste il fallimento della s.r.l. Cappel.Fer, che ha depositato un apposito controricorso.

La Banca ricorrente ha depositato, altresì, una memoria ex art. 380 *bis* cod. proc. civ.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4.- I motivi di ricorso denunziano i vizi che qui di seguito vengono richiamati.

Il primo motivo (ricorso, p. 4) assume: «violazione e/o falsa applicazione di legge. Art. 38 d.lgs. n. 385/1993 – art. 1418 cod. civ.; delibera CICR del 22 aprile 1995 – Istruzioni di Vigilanza Banca d'Italia. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ.».

Il secondo motivo (p. 13) assume: «violazione e/o falsa applicazione di legge: artt. 2704 cod. civ. – 45 legge fall.; insufficiente e/o contraddittoria motivazione in ordine alla valutazione del compendio

immobiliare ipotecato e all'omesso espletamento di accertamenti tecnici».

Il terzo motivo (p. 17) assume: «insufficiente e/o contraddittoria motivazione in ordine all'omesso espletamento di accertamenti tecnici».

Il quarto motivo (p. 18) assume: «omessa valutazione circa un fatto decisivo per il giudizio. Omessa valutazione dell'incidenza della fideiussione adietta al mutuo fondiario sul rapporto fra importo del finanziamento concesso e valore delle garanzie complessivamente acquisite».

Il quinto motivo (p. 21) assume: «violazione e/o falsa applicazione di legge; art. 38 d.lgs. n. 385/1993 – art. 1418 cod. civ.; delibera CICR 22 aprile 1995; Istruzioni di Vigilanza Banca d'Italia».

Il sesto motivo (p. 22) assume: «violazione e/o falsa applicazione di legge; art. 1419 cod. civ.».

Il settimo motivo (p. 24) assume: «insufficiente e/o contraddittoria motivazione in ordine alla ritenuta essenzialità della stipula del contratto nella forma "fondiaria"».

L'ottavo motivo (p. 25) assume: «violazione e/o falsa applicazione di legge; art. 99 legge fall. – 1424 cod. civ. – 112 cod. proc. civ.».

Il nono motivo (p. 27) assume: «violazione e falsa applicazione di legge; art. 99 legge fall – 112 cod. proc. civ.».

5.- Il primo motivo di ricorso si concentra sulla dichiarazione di nullità del mutuo fondiario, resa dal decreto impugnato per superamento del limite di finanziabilità dell'80%. La censura, che viene così svolta, risulta sostanzialmente compendiabile in due articolazioni di base.

La prima linea di critica assume che «la natura imperativa della norma» dell'art. 38 TUB «è ricavata dal Tribunale di Cagliari in modo affatto tautologico da una presunta ritenuta esigenza "di ordine pubblicistico"». Se il legislatore avesse nutrito un così elevato interesse per il rapporto tra la misura del credito erogato e il valore delle garanzie a servizio – così argomenta il motivo -, avrebbe bollato di nullità «tutti i casi in cui la banca stipuli contratti di mutuo ipotecario "ordinari" a fronte di erogazioni per valore superiore a quello dei beni concessi a garanzia».

Non v'è, in realtà, differenza tra mutuo fondiario e mutuo ipotecario ordinario: casomai, l'esigenza di tutelare la «stabilità del sistema ... economico in generale» dovrebbe essere «più pressante» per mutui ordinari, «attesa la mancanza dei "privilegi" tipici del fondiario».

L'altro ordine di rilievi critici si sostanzia nell'affermare che la normativa di cui all'art. 38 TUB «non persegue fini di carattere generale, ma specifici e intranei all'ordinamento bancario (a tutela della stabilità delle stesse banche)». Il limite di finanziabilità è indicazione – così si prosegue - che si situa «sul piano del comportamento della banca, e non già dell'atto»: in quanto tale, la violazione del medesimo deve ritenersi che «non possa produrre la nullità dei contratti, ma trovi piuttosto sanzione sul piano della responsabilità (Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, est. Rordorf)».

In definitiva, conclude il motivo, «se è vero, come è vero, che la finalità della disciplina indagata è quella di tutelare la stabilità e la solidità patrimoniale della banca», «sarebbe addirittura paradossale pensare di ricavarne ... l'inefficacia delle garanzie che accedono all'operazione di finanziamento, così aggravando la posizione della banca e il rischio connesso all'operazione, invece di ridurlo».

6.- Il primo motivo di ricorso non può essere accolto.

Sul tema delle conseguenze negoziali ricadenti sui mutui fondiari erogati in misura superiore al limite di finanziabilità fissato dalla regolamentazione di legge e amministrativa è di recente intervenuta la pronuncia di questa Corte, 13 luglio 2017, n. 17352. Questa - rimeditando un orientamento in precedenza sostenuto da talune decisioni della stessa prima sezione - ha fermato il principio (già formulato in altri e più lontani interventi della Corte, con riferimento alla omologa disciplina previgente per il credito edilizio) che il superamento del limite di finanziabilità è determinativo della nullità del mutuo fondiario.

Il Collegio intende confermare l'orientamento appena indicato (e già raccolto da Cass., 6 marzo 2018, n. 6586) e dare continuità allo stesso.

7.- La Banca ricorrente, assunta a base del proprio ragionamento l'identità del mutuo fondiario e del mutuo ipotecario ordinario, viene a risolvere senza residui la scelta imprenditoriale a favore del mutuo fondiario nel fatto dei «privilegi» che lo stesso viene ad assicurare. Così facendo, tuttavia, essa viene a delineare una prospettiva in sé stessa monca: che trascura del tutto di considerare e dare peso, cioè, alla ragione obiettiva che sta alla base dei «privilegi» così accordati.

Non diversamente avviene, nella sostanza, per l'altro ordine di rilievi svolti dal motivo, che assume a funzione della normativa sul mutuo fondiario la stabilità del sistema bancario, e cioè della banca mutuante, di conseguenza chiudendo l'orizzonte della materia sull'unico riflesso dell'effettività del rientro di quest'ultima. In una simile prospettiva, la stessa possibilità, riconosciuta all'operatività

bancaria, di stipulare mutui ipotecari non fondiari sembra, in effetti, perdere di senso.

Detto in altri termini, le censure formulate dalla banca ricorrente trascurano la funzione che il limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 TUB, svolge nel contesto della normativa disciplinatrice del mutuo fondiario e la posizione strutturale che tale normativa riserva allo stesso. Ciò che, per contro, costituisce proprio il *focus* della tematica in esame.

8.- Il mutuo fondiario è figura normativa caratterizzata da una serie di importanti, forti vantaggi sul piano disciplinare per la banca mutuante. E' noto - tra l'altro, lo ricorda puntualmente la citata pronuncia di Cass., n. 17352/2017 - che l'ultimo dei numerosi interventi della Corte Costituzionale in materia (cfr. la sentenza 22 giugno 2004, n. 175) ha valutato «non irrazionale» questa «scelta di politica economica del legislatore» in ragione della funzione di consentire l'«accesso a finanziamenti» di «mobilitazione della proprietà immobiliare», di «medio-lungo termine» (con «contestuale iscrizione» di ipoteca di primo grado) e potenzialmente «idonei a consentire il superamento» di una crisi d'impresa.

Per la verità, la gamma dei vantaggi connessa alla figura del mutuo fondiario risulta più ampia di quanto in via specifica vada a toccare il nodo della crisi d'impresa, sostanziandosi, secondo un censimento compiuto di recente in dottrina, in tutta una serie di «agevolazioni sostanziali, processuali e fiscali».

E' pure sicuro, peraltro, che i vantaggi principali - di maggior enfasi, cioè - volgono l'attenzione a fattispecie e a svolgimenti di rapporto con mutuatari che sono imprese, posto che il nocciolo di questi vantaggi di base pare fondamentalmente identificabile nelle

sottrazioni revocatorie di cui all'art. 39 comma 4 e nella disciplina del «procedimento esecutivo» di cui all'art. 41 TUB.

In questa segnata prospettiva, la «vicenda» del mutuo fondiario «si colloca tutta» - come non ha mancato di sottolineare con forza la pronuncia di Cass., n. 17352/2017 - «nei confini del rispetto della *par condicio* (già declinato d'altronde dall'art. 2741 cod. civ.)». Nel senso appunto che all'applicazione di un vantaggio fondiario per la banca mutuante fa corrispondente riscontro un sacrificio degli altri creditori del mutuatario.

La materia non può non produrre, in definitiva, che un contemperamento, o un bilanciamento, di diversi interessi e di diverse posizioni. Ché pure quello del rispetto della *par condicio creditorum* è principio, nel vigente ordinamento, di rilievo pubblico economico.

9.- E' in tale contesto che si colloca il nodo rappresentato dal ruolo, e dalla posizione strutturale, del limite di finanziabilità. Come è agevole constatare, il tema non si esaurisce nel presentare profili di quantità, fermandosi anche (prima ancora, occorre anzi puntualizzare) su profili qualitativi.

Quella di fissare il limite di finanziabilità alla soglia dell'80% del valore dell'immobile, che viene preso in peculiare considerazione ai fini dell'«accesso ai finanziamenti» in discorso, risponde naturalmente a una specifica scelta di «politica economica», che la legge ha demandato all'Autorità amministrativa (cfr., così, la delibera CICR 22 aprile 1995). *In apicibus*, peraltro, la stessa risulta semplicemente attuativa di altra - e primaria - scelta, come propriamente assunta dalla norma del comma 2 dell'art. 38 TUB: e come espressiva della necessità normativa che la funzione di accesso al finanziamento con operazioni di «mobilitazione di ricchezza

immobiliare» per risolvere crisi di impresa incontri precisi limiti massimi di finanziabilità.

Nella prospettiva segnata dalla normativa vigente (come si evince, in specie, da quanto svolto nel secondo capoverso del precedente n. 8), il mutuo fondiario è operazione che si connota per concentrare la copertura del rischio di rientro dell'erogato sul solo immobile «mobilizzato» e contestualmente iscritto in ipoteca di primo grado. In via correlata, la peculiarità dell'operazione, che è forte, sta nel suo definitorio prescindere – per la copertura di detto rischio (e, quindi, per l'effettivo accesso a questo credito) – da considerazioni di ordine patrimoniale ex art. 2740 cod. civ. e/o di ordine reddituale sul mutuatario debitore.

La prescrizione normativa del limite di finanziabilità risponde, dunque, all'esigenza di circoscrivere, di definire il rischio insito in simile tipo di operatività del credito, che è appunto quello di sopravvalutare il bene «mobilizzato». Di escludere, di conseguenza, la pratica possibilità di operazioni che – secondo la scelta di politica economica adottata dal legislatore – non presentano *ex ante* sufficienti prospettive di effettiva fattibilità e buon esito ovvero espongono il mutuatario debitore ai rischi espoliativi (quanto, in specie, alla residua parte del suo patrimonio) ovvero di pura sorte.

Nel tutelare il debitore da operazioni di rischio per lui eccessivo (ancora oggi si trova, in dottrina, l'affermazione che l'oggettivo interesse del mutuatario sarebbe comunque quello di ottenere il maggior credito possibile: non si vede tuttavia la ragione, prima di tutto normativa, per cui un soggetto dovrebbe assumersi impegni che non potrà permettersi di onorare) e i suoi creditori altri, la prescrizione del limite di finanziabilità intende pure proteggere

l'interesse pubblico alla corretta concorrenzialità e alla regolarità del mercato del credito.

10.- L'opinione che esclude che il superamento della soglia di finanziabilità comporti la nullità del contratto di mutuo fondiario, intende tale soglia come una semplice indicazione comportamentale dalla legge rivolta alle banche mutuanti, che resta del tutto estranea al livello negoziale della fattispecie. Il mutuo fondiario gode tuttavia, si è visto, di importanti vantaggi riflessi sul piano del negozio e della sua esecuzione: ad ammettere una simile opinione si arriverebbe all'estremo di considerare «fondiario» il mutuo che la banca si limita ad allegare come tale o, quanto meno, quello provvisto di una perizia purchessia.

L'enormità di simili conseguenze - il cui ricorrere contrasterebbe, d'altro canto, coll'orientamento adottato da questa Corte (cfr., di recente, Cass., 12 aprile 2018, n. 9079) - indica da sola l'erroneità e non sostenibilità della detta opinione.

In effetti, il difetto di fondo dell'opinione sopra discussa sta, in realtà, proprio nell'assumere il limite di finanziabilità come espressione di una mera indicazione comportamentale. Detto limite si pone, per contro, come elemento interno, strutturale della fattispecie rappresentata dal mutuo fondiario.

Come ha messo in luce la più volte richiamata pronuncia di Cass., n. 17352/2017, «se è indubbio che l'art. 38 secondo comma TUB incide su un comportamento della banca, è altrettanto indubbio che la soglia stabilita per il finanziamento ha la funzione di regolare il *quantum* della prestazione creditizia, per modo da incidere direttamente sulla fattispecie»: «col superamento del limite di finanziabilità, il precetto di cui all'art. 38 TUB è disatteso non solo (e

non tanto) sul versante del comportamento, quanto e soprattutto sul versante dell'oggetto del finanziamento fondiario eccessivo».

Depone in modo univoco nella direzione di questa lettura l'insieme dei vantaggi disciplinari, che di base si legano all'operazione, nel confronto con la funzione selettiva che, come si è visto, viene a connotare la prescrizione normativa del limite di finanziabilità. E decisivo in proposito si mostra comunque il testo della norma dell'art. 38 comma 2 TUB, là dove indica che «il valore dei beni ipotecati» è in sé stesso misura dell'«ammontare ... dei finanziamenti».

11.- Il secondo motivo di ricorso assume (in via sostanzialmente gradata) che il decreto impugnato ha errato nel ritenere che la «perizia allegata da Unipol Banca s.p.a.» era inopponibile al fallimento in quanto priva di data certa, non avendo la stessa «natura di scrittura privata». E che il decreto pure ha errato nel ritenere, altresì, che tale perizia «avrebbe avuto ad oggetto il valore venale e non il valore cauzionale».

In via ulteriore e distinta, il motivo rileva ancora che «non vi è alcun riferimento normativo che imponga di assumere il valore cauzionale piuttosto che quello di mercato al fine di determinare il limite di finanziabilità». Per precisare che, sul punto, i «soli riferimenti sono rappresentati da una Circolare della Banca d'Italia (n. 125588 del 22 maggio 1996), la quale ... ha rinunciato a prendere posizione a livello interpretativo sui due concetti di valore di mercato e di valore cauzionale».

Secondo il motivo, deve comunque «concludersi per il carattere "fondiario" del contratto di mutuo quando la documentazione acquisita (*id est* la perizia sull'immobile) abbia indotto la Banca a confidare, senza sua colpa, in un valore dell'immobile tale da

garantire il rispetto del rapporto con la somma concessa in prestito, pur se in concreto tale rapporto non sia stato osservato».

12.- L'articolato motivo di ricorso, che si è appena riferito, non può essere accolto.

Come lo stesso motivo viene in fondo a riscontrare, la valutazione del Tribunale si poggia, nel concreto, su una pluralità di distinte *rationes decidendi*. La prima delle quali è costituita, per la verità, dalla rilevazione che «la stipulazione di un contratto valido ed efficace tra le parti rientra tra fatti costitutivi del diritto di credito vantato dalla ricorrente, la quale è onerata della relativa prova, nella specie non soddisfatta». Il ricorrente non contesta, in specie, questa *ratio decidendi*.

D'altro canto, la valutazione delle prove è attività rimessa alla valutazione del giudice di merito, che non è per sé sindacabile in sede di legittimità. Né comunque si scorgono profili di irragionevolezza nell'arco della motivazione svolta dal Tribunale in proposito. Il riferimento necessario al valore cauzionale, per altro verso, risponde all'orientamento della giurisprudenza di questa Corte (cfr., con diretto riguardo alla normativa da cui l'attuale fondiario è disceso, Cass., 11 gennaio 2006, n. 264 e Cass., n. 1 settembre 1995, n. 9219; si vedano, altresì, i rilievi svolti nel corso del precedente n. 9); secondo le indicazioni comunitarie (direttiva CE n. 2000/12, che la Banca ricorrente mostra propriamente di conoscere), esso si sostanzia «nel prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile».

Il motivo difetta infine del necessario requisito dell'autosufficienza, là dove non indica le norme per le quali dovrebbe essere trattato come mutuo «fondiario» quello in cui la documentazione «abbia indotto la Banca a confidare, senza sua colpa, in un valore dell'immobile tale

da garantire il rispetto del rapporto con la somma concessa in prestito».

13.- Il terzo motivo di ricorso assume che risulta «del tutto immotivata» la decisione del decreto impugnato «di non far ricorso ad accertamenti peritali officiosi» al fine di stabilire il «valore finanziabile del compendio immobiliare vincolato a garanzia del mutuo».

14.- Il motivo è inammissibile.

Di là della constatazione che il decreto ha motivato la propria decisione in merito, vale comunque la constatazione che il decreto medesimo è stato depositato in epoca successiva alla riforma del c.d. vizio motivazionale di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.

15.- Il quarto motivo concerne il tema delle c.d. garanzie integrative nell'ambito delle operazioni di mutuo fondiario.

Ad avviso della Banca ricorrente il limite di finanziabilità è portato, nella specie, dall'80% al 100% del valore dell'immobile in ragione del fatto che, a garanzia del credito in questione, è stata anche «acquisita fideiussione da parte della società Utensilferramenta s.r.l., del sig. Cappelli Simone, del sig. Cappelli Siro, della sig. Matteuzzi Iole per un importo pari a euro 2.500.000,00».

16.- Il motivo non può essere accolto.

La delibera CICR dell'aprile 1995, emanata in applicazione della norma dell'art. 38 comma 2 TUB, è netta, invero, nell'affermare che possono fungere da «garanzie integrative» ai fini dell'innalzamento del limite massimo di finanziabilità dall'80% al 100% solo determinate categorie - o tipologie - di garanzie, che siano altresì ritenute «idonee» sulla base di criteri in generale predisposti dalla Banca d'Italia.

L'elenco di queste categorie è, d'altro canto, riportato nello stesso atto di impugnazione depositato dalla Banca ricorrente (p. 19 s.).

Tra le tipologie di garanzie utilizzabili in proposito - come indicate dalla Banca d'Italia (in G.U. n. 76, 2 aprile 2005) sulla scorta della disposizione della delibera CICR - non rientra la fideiussione prestata da semplici società a responsabilità limitata o da persone fisiche. Del resto, il livello di affidabilità patrimoniale, che risulta coerente alle tipologie di garanzie integrative, si attesta sulla linea di quella data dallo Stato, dalle compagnie di assicurazione e da talune delle imprese disciplinate dal testo unico bancario (cfr. sul punto la già citata pronuncia di Cass., n. 9079/2018).

17.- Il quinto motivo di ricorso rileva, in particolare, che «a tutto voler concedere deve ritenersi che comunque lo sfioramento rispetto alla stima operata *ex post* sia sensibile ed apprezzabile».

18.- Il motivo è inammissibile.

Lo stesso infatti difetta del necessario requisito dell'autosufficienza, non indicando le fonti normative che sorreggerebbero l'idea che è stata riportata nel motivo.

19.- Il sesto e il settimo motivo di ricorso si sostanziano nel reclamare l'applicazione delle regole della nullità parziale di cui alla norma dell'art. 1419 cod. civ.

Assume così la ricorrente che «per principio generale la nullità di una parte del negozio (più che di una o più clausole, ai nostri fini) produce ex art. 1419 cod. civ. la caducazione dell'intero contratto soltanto a condizione che la parte interessata lo chieda espressamente e dimostri l'"essenzialità" della parte incisa dalla nullità».

20.- Il motivo è inammissibile.

Lo stesso difetta del necessario requisito dell'autosufficienza, non avendo la Banca ricorrente indicato in quale atto, e con quali modalità, essa avrebbe invocato nel giudizio di merito il carattere solamente parziale dell'eventuale nullità del mutuo fondiario in esame.

Ciò posto, per completezza va ancora riferito, in proposito, che, secondo quanto ha riscontrato la pronuncia di Cass., n. 17352/2017 «a siffatta tesi della nullità parziale ostano 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 TUB individua oggettivamente i caratteri costitutivi dell'operazione di credito fondiario nel rispetto del limite evocato dal secondo comma della disposizione. Cosicché è corretta l'inferenza che solo al riscontro dei caratteri indicati nella disposizione consente di associare la qualificazione come fondiaria dell'operazione negoziale: un finanziamento ipotecario non rispettoso dei limiti involti dalla disciplina normativa non soddisfa il requisito della "fondiarietà" stabilito dalla norma imperativa».

Del resto, posto che il superamento della soglia di finanziabilità incide sull'oggetto del contratto che viene posto in essere (sopra, nel n. 10), il motivo presentato dalla Banca ricorrente vorrebbe tendere non già a «non-propagazione» della nullità (secondo quanto è, per contro, l'ipotesi presa in considerazione dalla norma dell'art. 1419 comma 1, cod. civ.), quanto piuttosto a una sorta di «riduzione» dell'area negoziale colpita dalla nullità, che non risulta prevista nell'ordinamento vigente.

21.- L'ottavo motivo di ricorso censura il decreto del Tribunale sardo, là dove questo ha escluso la conversione del mutuo fondiario in un «mutuo ipotecario ordinario».

Più in particolare, il motivo assume l'erroneità dell'affermazione per cui la domanda di conversione introdotta solo in sede di opposizione risulterebbe in ogni caso in violazione della regola dell'immutabilità della domanda. E altresì assume, sempre in opposizione alle indicazioni del Tribunale, che la conversione si appoggia al «c.d. principio di conservazione della domanda», sì che il riconoscimento della stessa dovrebbe, comunque, avvenire sostanzialmente in automatico.

22.- L'ottavo motivo va accolto, nel senso e negli specifici limiti che vengono qui di seguito ad illustrarsi.

Prima di tutto non può condividersi, nella sua assolutezza, l'opinione della tardività della richiesta di conversione proposta solo in sede opposizione. Se è vero che la conversione non opera d'ufficio (come per contro adombra la Banca ricorrente) bensì a domanda di parte (cfr., da ultimo, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4760), pure è vero che «l'istanza di conversione è certamente ammissibile ove sia stata avanzata nel primo momento utile conseguente alla rilevazione della nullità», trattandosi di «istanza consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo negoziale posto al fondo della domanda originaria» (cfr., ancora una volta, Cass., n. 17352/2017).

Uguualmente non condivisibile risulta poi, e sempre per la sua assolutezza, l'altro rilievo (cfr. sopra, n. 2) che il Tribunale ha posto a base della sua decisione in proposito, secondo cui la conversione consentirebbe al creditore di soddisfare comunque l'interesse tipico del fondiario, «eludendo le norma imperative» sul limite di finanziabilità. In realtà, quello indicato è un rischio che consegue a

un uso improprio dello strumento del fondiario nella pratica, ma non costituisce un esito necessario, posto che in ogni caso la conversione è figura inidonea a produrre la gamma di effetti propri del negozio nullo (cfr. così, anche con la sottolineatura di «scadere in un'inaccettabile protezione dell'illegalità», Cass., n. 17352/2017).

Non per questo, tuttavia, risulta corretto l'assunto della conversione «automatica», che si trova sostanzialmente formulato nel motivo svolto dalla Banca ricorrente, in sintonia, peraltro, con una visione del fondiario come istituto in sé stesso riferibile a ogni contratto di mutuo ipotecario. Una simile visione è già stata criticamente esaminata più sopra (cfr. n. 8 ss.). Il punto è, al fondo, che il mutuo fondiario possiede requisiti identificativi diversi da quelli dell'ordinario mutuo ipotecario ed è inteso a porre in essere un'operazione diversa e con effetti (anche) distinti da quelli propri del mutuo ordinario. Se dalle evidenze documentali emerge che il contratto a cui hanno dato corso le parti si intesta in un mutuo fondiario significa che queste hanno inteso e voluto propriamente porre in essere non un qualunque mutuo, bensì un fondiario.

«Secondo il disposto dell'art. 1424 cod. civ.», rileva puntualmente Cass. n. 17352/2017, «il contratto nullo può, non deve, produrre gli effetti di un contratto diverso».

23.- Ha rilevato la pronuncia di Cass., n. 6586/2018 (richiamandosi al precedente di Cass., 27 febbraio 2002, n. 2912) che, per potere procedere all'effettiva conversione di un fondiario nullo in un mutuo valido, occorre riguardare all'intento pratico oggettivo, tratto cioè dal puntuale esame del contesto delle circostanze proposte dal caso concreto, che viene a contraddistinguere l'operazione che è stata posta in essere.

AW

Escluse le ipotesi di un'eventuale illiceità o non meritevolezza della fattispecie concreta, l'indagine andrà dunque a verificare se il credito sia stato erogato nella consapevolezza, o meno, del fatto che il valore dell'immobile non raggiungesse lo scarto richiesto dalla legge ovvero pure se il conseguimento dei peculiari «vantaggi fondiari» abbia costituito la ragione unica, o comunque determinante, dell'operazione. Secondo il preciso disposto dell'art. 1424 cod. civ., l'indagine sarà effettuata con riferimento a ciascuna delle parti dell'operazione; e tenuto conto, tra l'altro, che la misura del credito da erogare e la dimensione dei «privilegi» voluti dal mutuante costituiscono, per regola, proprio i momenti tipici delle trattative relative al genere di operazioni di finanziamento di cui si sta discorrendo.

24.- Il nono motivo di ricorso assume, «in via di estremo subordine», che «comunque il capitale erogato dalla Banca alla fallita deve essere restituito». E censura la decisione del Tribunale che ha escluso tale credito dal chirografo, rilevando che tale domanda «non può essere proposta per la prima volta con l'opposizione».

25.- Il motivo va accolto.

Anche la domanda di ripetizione dell'indebito trae la sua ragione immediata (al di là del suo derivare dalla legge) nella riscontrata nullità dell'operazione negoziale poste in essere tra le parti. Sì che per la stessa possono venire a valere rilievi non dissimili da quelli svolti sopra con riguardo alla domanda di conversione (n. 22).

Non v'è dubbio, d'altro canto, che l'accertata nullità del titolo negoziale manifesta la mancanza di giustificazione causale della permanenza delle somme erogate nel patrimonio del mutuatario, con connessa applicabilità della norma dell'art. 2033 cod. civ.

26.- In conclusione, vanno accolti, nei termini e limiti sopra indicati, l'ottavo e il nono motivo di ricorso, respinti tutti gli altri. Di conseguenza, il decreto va cassato e la controversia rinviata, per i relativi profili, al Tribunale di Cagliari che, in diversa composizione, provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie, nei termini di cui in motivazione, l'ottavo e il nono motivo di ricorso, respinti gli altri. Cassa, in relazione ai profili dedotti nell'ottavo e nel nono motivo, il decreto impugnato e rinvia la controversia, per quanto di ragione, al Tribunale di Cagliari che, in diversa composizione, giudicherà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 27 marzo 2018.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE



Il Presidente

