

Civile Ord. Sez. 1 Num. 31057 Anno 2019

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: DOLMETTA ALDO ANGELO

Data pubblicazione: 27/11/2019

sul ricorso 24509/2014 proposto da:

C. U. & C.,

Curatela Fallimento Swisel Italiana s.p.a., in persona del curatore fallimentare Partini Antonella, elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni n. 268-a, presso lo studio dell'avvocato Petretti Alessio, rappresentata e difesa dall'avvocato Lombardi Danilo, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

1

ORD.  
4109  
2019

X.

Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, via Antonio Bosio n. 2, presso lo studio dell'avvocato Luconi Massimo, rappresentata e difesa dall'avvocato Boschi Alessandro, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente  
incidentale -

avverso il decreto del TRIBUNALE di SIENA, depositato il 03/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 29/10/2019 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA.

### **FATTI DI CAUSA**

1.- La s.p.a. Banca Monte dei Paschi di Siena ha presentato domanda tardiva di insinuazione in prelazione ipotecaria al passivo del fallimento della s.p.a. Swisel Italiana. Ha titolato la propria richiesta nell'erogazione di un mutuo fondiario alla società poi fallita. Il curatore fallimentare ha contestato la domanda, «per nullità del contratto di mutuo fondiario ex art. 1418 cod. civ., per violazione dell'art. 38 TUB e della delibera CICR del 22/4/1995 e interessi eccedenti quelli legali». Dando seguito a tale rilievo, il giudice delegato ha negato al credito il rango di credito privilegiato.

2.- E' seguita l'opposizione ex art. 98 legge fall., che la Banca ha proposto avanti al Tribunale di Siena.

In parziale riforma del provvedimento opposto, il Tribunale ha riconosciuto, con decreto depositato il 3 luglio 2014, il rango



ipotecario alla pretesa avanzata dalla Banca «sino alla concorrenza dell'80% del valore del bene di riferimento» e non oltre.

3.- Ha osservato in particolare il decreto che «l'ipoteca prevista dalle leggi sul credito fondiario ed edilizio è un'ipoteca volontaria (nel senso che ha fondamento nel contratto di mutuo stipulato), ma nel contempo obbligatoria e vincolata a una particolare disciplina, la violazione della quale non può che ripercuotersi nella sua illegalità. Se la legge prevede un limite dell'importo del credito garantito, detto limite (attraverso il collegamento che l'art. 2809 cod. civ. pone tra l'ipoteca e la somma determinata in danaro che è da essa garantita) si ripercuote sull'ipoteca e ne determina l'illegalità, limitata tuttavia alla somma superiore».

«Si tratta in effetti» - ha puntualizzato la pronuncia - «di nullità "parziale" e non totale»: «cioè, di parte del contenuto del contratto scindibile nelle sue obbligazioni e riducibile a un contenuto minore». «In ogni caso, la conservazione del contratto nel suo contenuto minore dipende dalla volontà delle parti».

A fronte della subordinata eccezione di revocabilità, fatta valere «in via onnicomprensiva» dal curatore, poi, il giudice ha affermato che «presupposto per l'applicabilità della disciplina della revocatoria alla costituzione di ipoteca contestuale a operazione di mutuo fondiario è l'inopponibilità alla massa fallimentare del contratto di mutuo»: «qualora il credito fondato su un contratto di mutuo fondiario possa essere ammesso al passivo fallimentare nei limiti consentiti dalla disciplina di settore, deve necessariamente riconoscersi anche l'ipoteca contestualmente costituita, la quale non può, quindi, essere considerata per intero revocabile».

4.- Avverso questo provvedimento ha presentato ricorso il fallimento della Swisel Italiana, fornendolo di cinque motivi di cassazione.

Ha resistito la Banca depositando controricorso, con aggiunto ricorso incidentale, affidato a un motivo.

La resistente ha inoltre depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

5.- I motivi del ricorso principale denunziano i vizi che qui di seguito vengono richiamati.

Primo motivo: «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 comma 2 TUB e della deliberazione CICR in data 22.4.1995 e degli artt. 1346, 1418 e 1419 cod. civ. in relazione all'art. 360 comma 1, n. 3 cod. proc. civ.». Il motivo in sostanza afferma che il mutuo fondiario, che non rispetti il limite dell'80% del finanziamento rispetto al valore dell'immobile dato in ipoteca, è nullo in sé stesso e non già nei soli margini del supero.

Secondo motivo: «violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1419 cod. civ. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ.». Il motivo predica l'erroneità della pronuncia del Tribunale, che ha senz'altro relegato la nullità del fondiario alla parte di supero del limite di legge, senza neppure tenere presente che, quando la nullità colpisce un elemento essenziale del contratto (pur se solo in parte), la propagazione della nullità all'intero contratto avviene in via automatica.

Terzo motivo: «nullità della sentenza o del procedimento in relazione agli artt. 111 Cost. e 101 cod. proc. civ., 2697 cod. civ., in relazione



all'art. 360 n. 4 cod. proc. civ.». Si assume che quello impugnato è un «provvedimento a sorpresa»: che «prima afferma di ritenere applicabile l'art. 1419 cod. civ. (senza averlo mai rappresentato alle parti) e poi conclude nel senso che non sono state fornite le prove necessarie a dimostrare i fatti costitutivi richiesti da tale norma» (per la propagazione della nullità da una parte al contratto intero).

Quarto motivo: «violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1343, 1419 cod. civ. in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ.». Ricorrendo alla nozione di causa concreta, il motivo assume che l'operazione complessivamente considerata è da ritenere comunque nulla ex art. 1322 comma 2 cod. civ., posto che il finanziamento si è direttamente collegato con l'acquisto, da parte del mutuatario, di un immobile abusivo.

Quinto motivo: «violazione e falsa applicazione della norma dell'art. 95 ss., 66 e 67 legge fall. (art. 360 comma 1, n. 3 cod. proc. civ.)». Si rileva che la «revoca del mutuo fondiario ne comporta l'inopponibilità al fallimento ed è sufficiente a escludere il beneficio del consolidamento dell'ipoteca fondiaria».

6.- Il primo motivo di ricorso è fondato.

Secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte il mancato rispetto del limite di finanziabilità, di cui all'art. 38 TUB e alle conseguenti disposizioni regolamentari, comporta in via diretta la nullità dell'intero contratto.

Si confrontino al riguardo, tra le altre, Cass., 28 giugno 2019, n. 17439; Cass., 3 ottobre 2018, n. 24138; Cass., 24 settembre 2018, n. 22466; Cass., 28 maggio 2018, n. 13286; Cas., 28 maggio 2018, n. 13285; Cass., 11 maggio 2018, n. 11543; Cass., 9 maggio 2018,

n. 11201; Cass., 12 aprile 2018, n. 9079; Cass., 16 marzo 2018, n. 6586; Cass., 13 luglio 2017, n. 17352.

7. L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento degli altri motivi del ricorso principale, posto che questi manifestano di possedere tratto subordinato rispetto a quello.

8.- Il motivo di ricorso incidentale proposto dalla Banca denuncia «carente motivazione, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 comma 2 del TUB e della delibera CICR del 22.4.1995 in relazione all'art. 360 cod. proc. civ.».

Il motivo si compone di due censure.

In primo luogo, si critica il decreto perché non ha «sufficientemente valutate le oggettive lacune della perizia disposta dal g.d., redatta con criteri astratti e autoreferenziali»; e nemmeno la «ingiustificata affermazione del tecnico incaricato dal g.d. di non volersi avvalere di fonti oggettivamente attendibili e imparziali, quali l'Osservatorio dei valori immobiliari della Agenzia delle Entrate».

In secondo luogo si lamenta che il decreto non abbia tenuto in alcun conto la pronuncia di questa Corte n. 26672/2013, pur essendo la stessa stata pubblicata prima dell'emissione del provvedimento impugnato.

9.- Il motivo risulta inammissibile in relazione ad entrambe le parti di cui si compone.

Nella sua prima parte, il motivo difetta, avanti ogni altra cosa, del pur necessario rispetto del requisito di autosufficienza (art. 366 cod. proc. civ.), non riportando i contenuti della perizia che pure censura. Del resto, il motivo neppure indica le ragioni per cui i criteri adottati dalla perizia dovrebbero essere, secondo il suo giudizio, «astratti e autoreferenziali».

La seconda parte del motivo fa riferimento a un ipotetico vizio motivazionale. Peraltro, il decreto impugnato è stato depositato nel 2014 e quindi in epoca successiva all'entrata in vigore della novella riformatrice del vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ.

10.- In conclusione, va accolto il primo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri; va altresì dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale.

Di conseguenza, va cassato il decreto impugnato e la controversia rinviata al Tribunale di Siena che, in diversa composizione, si occuperà anche delle determinazioni relative alle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri motivi. Dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale. Cassa il provvedimento impugnato e rinvia la controversia al Tribunale di Siena che, in diversa composizione, si occuperà anche delle determinazioni relative alle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.p.r. n. 115/2002, come modificato dalla legge n. 228/2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ove dovuto, pari a quello dovuto per il ricorso, secondo quanto stabilito dalla norma del comma 1 *bis* dell'art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione