

Il superamento del limite di finanziabilità non comporta la nullità del mutuo fondiario

Cassazione, civile sez. I, 6 dicembre 2013, n. 27380.

Mutuo fondiario – Finanziamento superiore al limite previsto dall'art.38 T.U.B. – Nullità del contratto – Esclusione

Mentre le violazioni delle disposizioni della Banca d'Italia attuative dell'art. 117 TUB sono state ritenute dal legislatore fonti di nullità relative, non altrettanto può dirsi nel caso della violazione del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 del Tub, che non appare essere a tutela del contraente più debole ma invece a tutela delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie.

Ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere eventualmente fonte di responsabilità.

Le disposizioni in questione non appaiono quindi volte ad inficiare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo.

(Massime a cura di Chiara Bosi – Riproduzione riservata)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 16-04-2010, la Meliorbanca s.p.a. proponeva opposizione avverso il decreto del giudice delegato, con cui era stata ammessa solo parzialmente la propria domanda di ammissione al passivo del fallimento della Casa di cura Maria Ausiliatrice spa.

Il provvedimento del giudice delegato aveva motivato il rigetto come segue.

"1. Con il contratto di mutuo fondiario in data 9.08.02 la Casa di Cura M.Ausiliatrice s.p.a. riceve la somma di Euro 12.500.000,00 dalla Meliorbanca s.p.a.;

1.2 le obbligazioni contrattuali furono garantite da ipoteca di primo grado sull'immobile in (OMISSIS) "Villa M. e sui terreni di proprietà della Is Mo. s. r.l.;

1.3 la concessione del mutuo di che trattasi ha violato le regole stabilite dalla Banca d' Italia con la circolare del 26 giugno 1995 e dal Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio con Ddelib. 22 aprile 1995, che impongono l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario nella misura dell'80% del valore dei beni ipotecati:

1.4 il valore dei beni di cui sopra è stato stimato nel maggio 2008 dal consulente tecnico dell'ufficio nel corso della procedura di concordato preventivo della Casa di Cura M. Ausiliatrice come segue;

1.4.1. complessivamente il valore dei beni concessi a garanzia del 2002 ammontava nel 2008 ad Euro 6.611.822,80, valore addirittura inferiore all'importo del finanziamento e si deve ritenere, considerato il progressivo incremento di valore degli immobili dal 2002 al 2008, che il valore cauzionale dei beni al momento della concessione del finanziamento fosse ulteriormente inferiore e realizzabile per l'importo di circa Euro 5.000.000,00:

1.4.2. emerge quindi, a tutto concedere, e sulla base delle stime disponibili al 2008, ricondotte ad attendibili valori del 2002, che l'importo del finanziamento fondiario non potesse eccedere la somma di Euro 4.000.000,00 (valore degli immobili Euro 5.000.000,00 X 80/00);

1.4.3 considerato che, alla data di ricognizione del debito e di rinegoziazione del mutuo sottoscritto con la Meliorbanca s.p.a. il 1 dicembre 2001 dell'originario importo di Euro 12.500.000,00, risultava pagata la somma di Euro 4.558.308,11, emerge che la quota di finanziamento qualificabile come mutuo fondiario risultava interamente corrisposta a quella data ed il residuo debito di Euro 7.738.058,77, stante la nullità parziale del contratto di mutuo fondiario (Cass 1-09-95 n. 9219) deve ritenersi frutto di un'attribuzione priva di causa e quindi non assistita da alcuna garanzia ipotecaria. Per quanto concerne il residuo credito della Meliorbanca s.p. a., derivante dal mutuo di cui al punto 1 (il cui importo per capitale residuo tenuto conto dell'ultima rata pagata alla data del 1 aprile 2007 è pari ad Euro 738.058,77, oltre gli interessi successivi richiesti per la somma di Euro 996.193,10 e complessivamente Euro 8.734.251,87), esso deve essere respinto atteso che dalla nullità del contratto consegue la carenza della causa petendi posta dal creditore a fondamento della domanda di insinuazione al passivo ed, inoltre, per la stessa ragione, non compete e deve essere respinta la domanda concernente il pegno sulle azioni della controllata RLA La Rosa del Marganai s.p.a. in fallimento del valore nominale di Euro 4.798.647,00.

2. Nell'atto di ricognizione di debito e di rinegoziazione dell'1-2- 04 sopra citato fu compresa la somma di ulteriori Euro 3.478.51 quale debito residuo di un atto di accollo di debito dell'8.07.03 e furono concesse alla Meliorbanca s.p.a. le seguenti ulteriori garanzie

2.1 la concessione di ulteriori gravami ipotecali di cui sopra alla Meliorbanca, essendo avvenuta a titolo gratuito e non contestualmente all'assunzione del debito di cui al punto 1, viola gravemente gli interessi della massa dei creditori, tant'è che i curatori dei due fallimenti hanno convenuto la società mutuante in giudizio di revocatoria ordinaria delle garanzie concesse, fermo restando il fatto che, attesa la carenza di contestualità tra finanziamenti e prestazioni delle garanzie ipotecarie, si esula dalla figura del finanziamento fondiario. Il residuo credito della Meliorbanca s.p.a., derivante dall'accollo di cui al punto 2, tenuto conto dell'ultima rata pagata alla data del 1 maggio 2007 si ammette al passivo del fallimento per il capitale residuo di Euro 3.366.892.72 in chirografo, oltre interessi convenzionali dal 2 maggio 2007 alla data dell'8 gennaio 2008 per Euro 144.453,53; Si respinge la somma di Euro 272.271,41 per interessi non dovuti." In particolare, la ricorrente sosteneva che:

a) con atto pubblico del 9-08-02 aveva accordato alla Casa di Cura M. Ausiliatrice s.p.a., un finanziamento a lungo termine ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1983, art. 38 dell'importo di Euro 12.500.000.00 assistito da garanzia ipotecaria di primo grado sulla (OMISSIS), di proprietà della mutuataria e sul terreno nel Comune di Villasimius, di proprietà della terza datrice Is Mo. s.r.L, ed ancora da pegno su conto corrente e su azioni, da fideiussione solidale della casa di Cura Lay s.p.a. e da cessione di credito futuro verso la A.S.L. (OMISSIS);

b) con separato, ma contestuale contratto, aveva accordato al sig. P.S. un finanziamento di Euro 4.000.000.00, assistito da pegno sulle stesse azioni e sul conto corrente di cui al punto che precede e da analoga fideiussione:

c) con atto del 8-07-03 il P. aveva ceduto la sua partecipazione al capitale della società Rosa del Marganai alla Casa di Cura M. Ausiliatrice per il prezzo di Euro 4.000.000.00, che l'acquirente aveva corrisposto mediante accollo del debito derivante dal finanziamento di cui al punto b:

d) con atto pubblico del 1.12.04 mutuante e mutuataria avevano rimodulato il piano di ammortamento, già oggetto di modifiche intervenute nel 2003, ed avevano previsto l'aggiunta di due garanzie integrative e precisamente l'ipoteca sull'immobile di proprietà della M. Ausiliatrice s.p.a. sito in (OMISSIS), e sugli immobili di proprietà della Casa di Cura Lay, siti nel (OMISSIS);

e) il valore di stima concretamente accertato a norma del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 38 per gli immobili gravati dalle garanzie reali rientrava nel c.d. limite di finanziabilità, con riferimento all'epoca in cui il contratto 9-08-02 era stato concluso, mentre la valutazione indicata nel decreto del g.d. era ancorata a valori posteriormente accertati, che potevano aver subito gli effetti di un negativo andamento del mercato o di altri fattori;

f) in ogni caso, premesso che il finanziamento fondiario non era un mutuo di scopo, le conseguenze del mancato rispetto del limite di finanziabilità non sarebbero state la nullità del contratto pronunciata nella sentenza della cassazione n. 9219/95 che si riferiva al diverso caso del mutuo edilizio, ma, al più la configurazione di un ordinario contratto

di mutuo garantito da ipoteca privo delle speciali disposizioni dettate per il fondiario;

g) in subordine, nel caso di nullità parziale del contratto di mutuo, la quota nulla del mutuo non avrebbe costituito una attribuzione patrimoniale priva di causa poichè non era condivisibile l'affermazione secondo la quale i pagamenti parziali eseguiti dalla mutuataria si sarebbero dovuti imputare alla quota valida e non alla parte eccedente il limite di finanziabilità, valendo invece il principio fissato dall'art. 1193 c.c. secondo il quale i pagamenti parziali vanno imputati prima al credito meno garantito quale appunto sarebbe nella specie il credito chirografario;

h) inoltre tale residua parte di credito non poteva comunque essere respinta, dovendo nell'ipotesi peggiore essere collocata in chirografo;

i) quanto al finanziamento originario di Euro 4.000.000,00 in favore di P.S., la proposizione di un'azione revocatoria ordinaria da parte della curatela contro le garanzie ulteriori rilasciate di cui al punto d) non avrebbe consentito, stante l'effetto costitutivo della sentenza, di escludere allo stato la prelazione richiesta, con gli interessi fino alla data del fallimento e non fino alla domanda di concordato, come deciso in sede di verifica. Tanto premesso, la ricorrente concludeva chiedendo:

1) ammettere la Meliorbanca come richiesto nella domanda di insinuazione e, cioè, per il suo credito di complessivi Euro 12.517.869,53 al 13-03-09 in via ipotecaria e pignorataria per le garanzie reali indicate nell'istanza, oltre interessi fino alla vendita dei beni vincolati in garanzia ai sensi degli artt. 2855 e 2788 c.c.;

2) in subordine e salvo gravame, ove il Tribunale intendesse confermare il valore dei beni ricevuti in garanzia come stimato in corso di procedura, accertato che la somma pagata in favore della Meliorbanca dalla società in bonis per Euro 4.558.308,11 andava imputata quale pagamento del credito meno garantito e che la Meliorbanca poteva concedere un mutuo fondiario per l'importo massimo di Euro 4.000.000,00: (1) ammettersi con le prelazioni di cui in narrativa il credito della Meliorbanca per l'importo di Euro 4.000.000,00 oltre interessi fino alla vendita dei beni vincolati in garanzia ai sensi degli artt. 2855 e 2788 c.c.; (2) ammettere in via chirografaria il residuo importo derivante dal finanziamento di Euro 12.500.000,00, pari ad Euro 4.481.236,40: (3) ammettere la opponente in via ipotecaria per il residuo credito derivante dal finanziamento concesso al sig. P.S. ed in seguito assunto dalla Casa di Cura M. Ausiliatrice, pari ad Euro 3.673.607,55;

3) in ulteriore subordine, e salvo gravame, ammettere la Meliorbanca in via chirografaria per il residuo credito derivante dal finanziamento in data 9-08-02 alla Casa di Cura M. Ausiliatrice s.p.a. anche eventualmente ex art. 2033 c.c., ferma restando la collocazione in via ipotecaria per il residuo credito derivante dal finanziamento in pari data al sig. P.S. poi assunto dalla casa di Cura M. Ausiliatrice.

Si costituiva il Fallimento Casa di Cura M. Ausiliatrice s.p.a. contestando le argomentazioni avversarie e chiedendo il rigetto del gravame.

Il Tribunale di Cagliari, con decreto depositato il 15.3.12, rigettava l'opposizione.

Avverso la detta decisione ricorre per cassazione la Meliorbanca spa sulla base di sedici motivi, illustrati con memoria, cui resiste con controricorso il fallimento della Casa di cura M. Ausiliatrice spa che a sua volta propone ricorso incidentale condizionato sulla base di un motivo cui resiste con controricorso la Meliorbanca spa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con i primi cinque motivi la banca ricorrente censura la decisione impugnata laddove il Tribunale ha ritenuto che, nel finanziamento fondiario concesso dalla Meliorbanca alla Casa di Cura Maria Ausiliatrice in data 9.8.2002, per il complessivo importo di Euro 12.500.000,00, ed (anche) in relazione al cui riscadenzamento la Casa di Cura Lay aveva prestato le ipoteche, non fosse stato rispettato il c.d. "limite di finanziabilità" previsto dal D.Lgs. n. 385 del 2003, art. 38 e dai relativi provvedimenti attuativi (deliberazione CICR in data 22.4.1995 e circolare in data 26.6.1995 della Banca d'Italia).

In particolare:

Con il primo motivo di ricorso lamenta la ritenuta mancanza di data certa delle quattro perizie da essa prodotte in giudizio estimative degli immobili.

Con il secondo motivo contesta sotto il profilo della carenza di motivazione la valutazione del tribunale di ritenere, in relazione al rispetto del limite di finanziabilità, che le perizie prodotte non avevano fornito stime aderenti ai valori degli immobili.

Con il terzo motivo contesta invece il decreto impugnato laddove lo stesso ha ritenuto attendibile la perizia effettuata nel 2008 redatta nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

Con il quarto ed il quinto motivo deduce, sotto il profilo del vizio motivazionale e della violazione dell'art. 2729 c.c., che, partendo da una valutazione del 2008, il Giudice dell'opposizione avrebbe erroneamente presunto, anche in violazione dell'art. 2729 c.c., senza alcun indizio che i valori degli immobili nel 2002 fossero inferiori, dopodichè presunto, sempre senza basi indiziarie, che quei valori fossero da ridurre addirittura da Euro 6.611.822,80 (2008) ad Euro 5 milioni "tondi" (2002).

Con il sesto ed il settimo motivo la Meliorbanca lamenta la violazione del D.Lgs. n. 385 del 2003, art. 38 e il vizio di motivazione in relazione alla mancata considerazione, ai fini della valutazione del rispetto del limite di finanziabilità, delle garanzie aggiuntive.

Il decreto del Tribunale di Cagliari avrebbe considerato, solamente le garanzie ipotecarie e non anche la cospicue garanzie aggiuntive che la Banca si era fatta concedere all'atto della concessione del finanziamento.

Con l'ottavo motivo la banca ricorrente deduce l'erroneità della decisione laddove dalla ritenuta violazione del limite di finanziabilità pari all'80% del valore dell'immobile il Tribunale ha desunto la nullità del contratto.

Con il nono motivo la banca ricorrente si duole della mancata conversione ex art. 1424 c.c. del contratto di mutuo fondiario in quello di mutuo ordinario.

Con il decimo e l'undicesimo motivo si deduce il vizio di motivazione circa l'insussistenza dei requisiti per dar luogo alla conversione e circa l'imputabilità dei pagamenti.

Con il dodicesimo ed il tredicesimo motivo la banca ricorrente contesta rispettivamente la contraddittorietà della motivazione del decreto impugnato laddove ha escluso l'applicabilità dell'art. 1193 c.c. circa l'imputazione dei pagamenti al credito meno garantito, negando che la società fallita aveva una pluralità di debiti verso la banca, essendo il debito solo quello derivante dal contratto di mutuo, e, per altro verso, ritenendo che il debito di Euro 7.941.691,89 fosse originato da indebitato e non già dal contratto di mutuo. Contesta poi (tredicesimo motivo) la motivazione del decreto laddove questo afferma che la banca sulla base del contratto di mutuo aveva dichiarato di avere ricevuto gli acconti a decurtazione del debito originario dal mutuo, poichè, non essendo stata ancora dichiarata la nullità parziale del contratto di mutuo, non avrebbe potuto fornire imputazione diversa ai detti pagamenti.

Con i motivi da quattordici a sedici la Meliorbanca spa contesta la revocatoria delle ipoteche concesse nel 2004 all'atto della rinegoziazione del mutuo dalla Casa di cura poi fallita, in particolare deducendo l'inesistenza del presupposto della gratuità della garanzia e la mancanza di pregiudizio per i creditori.

Con il motivo di ricorso incidentale la curatela fallimentare lamenta l'omessa motivazione in ordine all'eccezione di nullità del contratto 1.12.2004 per violazione dell'art. 117 TUB perchè in violazione del contenuto tipico prescritto ed in particolare per violazione del diritto d'informazione.

Ritiene la Corte che carattere preliminare rivesta l'esame dell'ottavo motivo con cui la banca ricorrente deduce l'erroneità della decisione laddove dalla ritenuta violazione del limite di finanziabilità pari all'80% del valore dell'immobile il Tribunale ha desunto la nullità del contratto.

Il motivo appare fondato.

La concessione ed erogazione del credito fondiario, con particolare riferimento ai limiti di finanziabilità è espressamente disciplinata dall'art. 38, comma 2 del T.U.B. (D.Lgs. n. 385 del 1993) che prevede quanto segue.

"1. 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.

2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cicer, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonchè le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti".

In osservanza del comma secondo dell'art. 38 TUB, il Cicer, con Delib. 22 aprile 1995, ha sancito 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; e che tale percentuale può essere elevata fino al 100% solo qualora vengano prestate garanzie integrative." Le garanzie che, per l'elevato livello di affidabilità, sono state ritenute idonee per poter perfezionare operazioni dimensionate anche al 100% del valore/costo sopra indicato, nelle suddette Istruzioni di Vigilanza sono: fideiussioni bancarie; polizze fideiussorie di compagnie di assicurazione; garanzie rilasciate da fondi pubblici di garanzia, consorzi, cooperative di garanzie fidi; cessioni di crediti verso lo Stato nonchè di annualità e contributi a carico dello Stato e di enti pubblici; pegno su titoli di Stato.

La questione che in primo luogo si pone è se la delibera del Cior in esame sia applicazione diretta dell'art. 38 del TUB o se invece la stessa costituisca primaria applicazione dell'art. 117, comma 8 TUB che prescrive che:

"La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia".

Ovvero, detto in altri termini, se la previsione del limite di finanziabilità prevista dall'art. 38 del Tub costituisca una ipotesi rientrante tra quelle previste dall'art. 117 Tub o se, invece, sia una autonoma previsione alla quale, come tale, le disposizioni di tale ultimo articolo non risultano applicabili. La seconda opzione appare quella corretta.

Invero, l'art. 117 TUB, comma 8 risulta attribuire alla Banca d'Italia un potere, definito dalla migliore dottrina conformativo o tipizzatorio, in ragione del quale essa può stabilire il contenuto di certi contratti (così come di determinati titoli) prevedendo clausole tipo da inserire nelle categorie di contratti previsti.

L'art. 38 Tub, invece, conferisce alla Banca d'Italia non già il potere di stabilire una certa clausola del contratto di mutuo fondiario bensì solo quello di determinare la percentuale massima del finanziamento che costituisce l'oggetto del contratto e che è quindi un elemento di per sé già tipizzato e costituente una clausola necessaria.

Del resto, che il limite di finanziabilità di cui all'art. 38 non rientri in una delle ipotesi indeterminate di cui all'art. 117 Tub è dimostrato dal fatto che in questo caso il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto su cui la Banca d'Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare a quest'ultima ogni valutazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire.

Sotto un ulteriore profilo non può non rilevarsi che il rispetto del limite del finanziamento non risulta essere una circostanza rilevabile dal contratto in quanto l'accertamento in proposito può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e f come tali, non rilevabili dal testo del contratto. A tale proposito va osservato che la Banca d'Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell'immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto. Per quanto concerne poi gli interessi tutelati dalle due diverse norme, va osservato che l'art. 117 TUB è inserito nel Titolo 6^o relativo alla "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti".

E' quindi una norma volta alla tutela dei contraenti più deboli apparendo volta a prevenire, tramite l'inserimento di clausole standard, l'utilizzazione da parte delle banche di schemi contrattuali di difficile lettura od interpretazione da parte del cliente ovvero recanti clausole onerose o eccessivamente vessatorie.

In tal senso le violazioni delle disposizioni della Banca d'Italia attuative dell'art. 117 TUB, sono state ritenute dal legislatore fonti di nullità relative, come prescritto dallo stesso art. 117 nonché dall'art. 127 TUB, che espressamente prevede che le dette nullità possono essere fatte valere solo dal cliente della banca.

Non altrettanto può dirsi nel caso della violazione dell'art. 38 TUB. E' infatti agevole osservare che in tal caso il cliente ha tutto l'interesse ad ottenere il finanziamento nel massimo importo possibile anche a prescindere dal limite di finanziabilità. In tal senso la nullità relativa di cui agli artt. 117 e 127 Tub non risulta applicabile al caso di specie proprio perchè il cliente non avrebbe interesse a farla valere e perchè comunque avrebbe applicazione l'art. 127 TUB, comma 2, n. 1, secondo cui le disposizioni del titolo 6^o e quindi dell'art. 117 comma 8 sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente, ed un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità è di regola più favorevole al cliente. La disposizione dell'art. 38, comma 2 TUB non appare quindi, essere a tutela del contraente più debole ma invece a tutela delle stesse banche e indirettamente del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie.

Esaminando ora la violazione del limite di finanziamento in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), questa Corte si è attestata sulla tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere eventualmente fonte di responsabilità, ovvero quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi. (Cass sez un 26724/07; Cass 25222/10).

La Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità dell'art. 38 Tub ha già rilevato con la sentenza n. 175/04 che il Testo unico bancario, nella parte riferentesi al credito fondiario, ha perseguito lo scopo di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ampliando la possibilità di far ricorso a finanziamenti potenzialmente idonei a assicurare il superamento di situazioni di crisi. Sulla base di questa argomentazione è agevole osservare che la ratio della nuova normativa sul credito fondiario per un verso tende a favorire il ricorso al mutuo fondiario nell'interesse degli imprenditori e, dall'altro, si propone di meglio garantire e tenere indenni le banche che effettuano siffatte operazioni finanziarie con una serie di norme quali, ad esempio, quella sulla revocabilità in sede fallimentare delle ipoteche sottoposta ad un brevissimo termine di dieci giorni.

In tale contesto si inserisce il limite di finanziamento dei mutui fondiari come norma volta ad impedire che le banche si esponano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio.

Tale disposizione imperativa non incide però sul sinallagma contrattuale ma investe esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad

attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38 TUB, comma 2, e dalla circolare del Cicer del 1995.

Le disposizioni in questione non appaiono quindi volte ad inficiare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d'Italia, nonchè eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo.

Come ultima notazione a tale proposito non può non osservarsi che essendo il limite di erogabilità del mutuo ipotecario stabilito anche e soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato ed il venire meno della connessa garanzia ipotecaria condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere.

Resta appena da dire che al caso di specie non risulta correttamente applicabile il riferimento alla sentenza n. 9219/95 di questa Corte emessa in riferimento al mutuo edilizio (oggi non più previsto dal testo unico bancario in quanto sostanzialmente unificato con il mutuo fondiario), ove la L. n. 474 del 1949, art. 3 stabiliva che l'ammontare di ciascun mutuo non poteva eccedere la metà del valore cauzionale dell'immobile. In tal caso infatti il mutuo era certamente di scopo in quanto finalizzato ad agevolare la disponibilità di immobili non di lusso e quindi collegato ad un interesse pubblico generale onde la norma rivestiva carattere imperativo cogente mentre nel caso di specie, come rilevato, ha solo lo scopo di impedire alle banche di effettuare finanziamenti non adeguatamente garantiti. Il motivo va in conclusione accolto.

Restano conseguentemente assorbiti i motivi da uno a sette e da nove a tredici.

Per quanto concerne il quattordicesimo motivo, il Tribunale ha ritenuto la gratuità del conferimento delle ipoteche aggiuntive in ragione del fatto che le stesse vennero concesse all'atto di rinegoziazione del mutuo senza che a fronte di esse vi fosse il riconoscimento a tale titolo di alcun corrispettivo. L'unica possibile controprestazione essendo semmai da individuarsi nella dilazione dei pagamenti concessi, a fronte della quale peraltro il corrispettivo andava individuato nei maggiori interessi corrisposti a seguito di rideterminazione degli stessi.

La banca ricorrente contesta tale argomentazione sostenendo che in realtà la lunghissima dilazione concessa comportava vantaggi pecuniari per la debitrice non compensati dagli interessi.

Trattasi invero di censura inammissibile in quanto investe il merito della decisione proponendo una diversa interpretazione delle risultanze processuali.

Il Tribunale ha successivamente accertato la consapevolezza della banca circa il pregiudizio arrecato ai creditori; ma tale pronuncia non è stata oggetto di ricorso.

Il motivo va quindi respinto.

Con il quindicesimo e sedicesimo motivo di ricorso, si contesta l'esistenza del pregiudizio per il ceto creditorio.

Il decreto impugnato ha ritenuto che il curatore del fallimento avesse fornito la prova del pregiudizio ai creditori in ragione della variazione

quantitativa del patrimonio conseguente alla concessione delle ipoteche che comportava un maggior grado di rischio per la soddisfazione dei creditori e, in particolare per quelli chirografari, mentre, a sua volta, la banca non aveva provato l'insussistenza del rischio di una più difficile soddisfazione per i creditori in considerazione della capienza del bene ipotecato rispetto alle altre iscrizioni ipotecarie.

Sostiene il ricorrente che detta pronuncia avrebbe dato luogo ad una inversione dell'onere della prova non prevista dalle legge. I motivi sono inammissibili.

Invero la sentenza impugnata ha dato atto che in ordine alla questione dell'eventus damni nessuna deduzione era stata svolta dalla banca ("quanto all'esistenza del pregiudizio deve prendersi atto del fatto che sul punto l'opponente nulla ha dedotto" v. pag 21 sent - "nel silenzio dell'opponente sul punto " v. pag 22 sent.). Deve quindi ritenersi che, in assenza di contestazione, la circostanza fosse pacifica tra le parti e, comunque, la banca ricorrente avrebbe dovuto contestare espressamente siffatta argomentazione e riportare i brani dell'atto di opposizione ove aveva avanzato doglianze sul punto.

Resta conseguentemente assorbito il ricorso incidentale con cui la curatela fallimentare, in riferimento agli ultimi motivi del ricorso principale testè esaminati, lamenta l'omessa motivazione in ordine all'eccezione di nullità del contratto 1.12.2004 per violazione dell'art. 117 TUB perchè in violazione del contenuto tipico prescritto ed in particolare per violazione del diritto d'informazione.

Va, in conclusione, accolto l'ottavo motivo del ricorso principale, assorbiti i motivi da uno a sette e da nove a tredici, e rigettati gli altri con assorbimento del ricorso incidentale. Il decreto impugnato va conseguentemente cassato in relazione al motivo accolto con rinvio al tribunale di Cagliari in diversa composizione che provvederà anche alle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Accoglie l'ottavo motivo del ricorso principale, dichiara assorbiti i motivi da uno a sette e da nove a tredici, e rigettati gli altri con assorbimento del ricorso incidentale; cassa il decreto impugnato e rinvia anche per le spese del presente giudizio al Tribunale di Cagliari in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 17 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 6 dicembre 2013.