ILCASO.it

PROCURA GENERALE

della Corte di Cassazione

SEZIONI UNITE CIVILI

Pubblica udienza del 27/09/2022

Ricorso RG n. 3791/2015

Rel. Cons. LAMORGESE ANTONIO PIETRO

Ricorrente:

,

(solo difensore - , difensore domiciliatario - solo difensore -)

Intimato:

(difensore domiciliatario)

Controricorrente:

ILCASO.it

(solo domiciliatario , solo difensore , difensore domiciliatario - , solo difensore -)

Memoria recante le conclusioni del P.M.

IL PUBBLICO MINISTERO

Visto il ricorso relativo al procedimento iscritto al R.G. n. 3791/2015
letti gli atti,
formula le seguenti osservazioni:

La Prima Sezione civile di Codesta Corte, con ordinanza interlocutoria n. 411 del 9.2.2022, rimetteva il presente procedimento davanti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione a Codeste Sezioni Unite, ravvisando un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sulle conseguenze derivanti dalla erogazione di un mutuo fondiario eccedente l'ammontare massimo - stabilito con la delibera del Comitato Interministeriale per il credito e il risparmio (C.I.C.R.) 22.4.1995 nella misura dell'80% del valore dei beni ipotecati (o del costo delle opere da eseguire sugli stessi) - e, in sostanza, sulla interpretazione dell'art. 38, comma 2, d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (t.u.l.b.).

Secondo un primo orientamento di legittimità, infatti, il *mutuo esondante* o *eccedente* non incorre in alcuna nullità negoziale [Cass. Sez. I, 26672/2013; 27380/2013, 4471/2016; 13164/2016; 31186/2017 (queste ultime quattro non massimate). Sez. VI-1, 22446/2015], dovendosi attribuire alla normativa, primaria e secondaria, sopra menzionata, la natura di precetti di buona condotta bancaria, dalla cui violazione possono discendere unicamente conseguenze di carattere amministrativo (sanzioni previste dall'ordinamento bancario), essendo il limite di erogabilità stabilito esclusivamente a tutela della stabilità patrimoniale della banca erogante.

Secondo altro indirizzo, invece, il limite di finanziabilità è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto ne determina la nullità, salva la possibilità di conversione in ordinario finanziamento ipotecario, e costituisce un

ILCASO.it

limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilizzazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa [Cass. Sez. I, 17352/2017; 19016/2017; 6586/2018 (non massimata); 11201/2018; 13286/2018; 22466/2018; 29745/2018; 1193/2020 (non massimata); 10788/2022. Sez. III, 17439/2019].

Ritiene questo Ufficio che il primo indirizzo meriti adesione, non potendosi trarre dalla disciplina positiva argomenti favorevoli alla natura di norma imperativa dell'art. 38, comma 2, t.u.l.b., tale da comportare la c.d. nullità virtuale del finanziamento fondiario che si ponga con questa in contrasto.

Ciò, in ragione di vari argomenti, di natura testuale ed extratestuale.

Va osservato, *in primis*, che la norma in esame non prevede alcuna sanzione di invalidità del mutuo esondante. Ciò non è ancora decisivo ai nostri fini, posto che nessuna norma stabilisce che la nullità negoziale debba essere necessariamente prevista dalla legge, ben potendo essa derivare dalla ricorrenza di una delle ipotesi generali previste dall'art. 1418, commi 1 e 2, c.c., fra cui la violazione di norma imperativa (*nullità virtuale*).

Va però considerato che solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto può determinarne la nullità; non anche la violazione di norme disciplinanti la condotta dei contraenti, dalla quale può scaturire la loro responsabilità contrattuale o precontrattuale (Cass. Sez. un., 26724/2007. Sez. I, 8462/2014. Sez. III, 15099/2021; in tema di intermediazione finanziaria). La nullità non può essere dichiarata neppure quando la legge prevede conseguenze specifiche, diverse dalla sanzione di invalidità massima, per la violazione di norme imperative (es. l'annullabilità: Cass. Sez. III, 525/2020. Sez. VI-3, 25222/2010).

Il silenzio del legislatore sulle conseguenze della esondazione del finanziamento rispetto alla garanzia prestata non può, pertanto, essere considerato irrilevante o neutro.

Soprattutto con riferimento alle ipotesi di nullità negoziale introdotte più di recente, e non sempre inquadrabili nella previsione della nullità virtuale per contrasto con norme imperative, il legislatore ha sempre preferito prevedere espressamente tale conseguenza, in omaggio al principio stabilito dal comma 3 dell'art. 1418 c.c.

Basti considerare le c.d. nullità di protezione nei confronti del consumatore, per violazioni di norme specifiche del settore interessato, sempre oggetto di testuale ed esplicita previsione legislativa, proprio a cagione della difficoltà di considerare imperative e inderogabili, altrimenti, le singole norme protettive. O, quantomeno, della possibile incertezza al riguardo.

Vedi, ad esempio, il divieto di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo e degli oneri dovuti dal cliente all'intermediario (art. 23, comma 2, t.u.f.). L'obbligo del costruttore di rilasciare fideiussione al promissario acquirente dell'immobile costruendo (art. 2, comma 1, d.lgs. 20.6.2005, n. 122). I c.d. contratti agrari in deroga, in mancanza di assistenza sindacale (artt. 45 e 58, l. 3.5.1982, n. 203). Vedi l'art. 36, Codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 203) e le varie ipotesi di nullità previste dal precedente art. 33, non tutte riconducibili alla violazione di precetti generali di carattere imperativo. E gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Ma anche il codice civile prevede ipotesi tipizzate ed espresse di nullità negoziale, stante la difficoltà di considerare imperativa la norma che impone od esclude un determinato contenuto contrattuale; o, comunque, l'incertezza che potrebbe sorgere nell'interprete sul punto del carattere imperativo e inderogabile. Si pensi all'art. 458 c.c., sul divieto dei patti successori (l'introduzione degli artt. 768-bis e ss. ha posto in crisi la sacralità del divieto del *pactum corvinum*). All'art. 778 c.c. sulla nullità del mandato a donare. All'art. 1472, comma 2, c.c. sulla vendita non aleatoria di cosa futura. Agli artt. 1963 e 2744 c.c., sul divieto del patto commissorio (l'inserimento degli artt. 48-*bis* e 120-*quinquies* e seguenti nel t.u.l.b. ha anch'esso posto in crisi la sacralità di tale divieto).

L'assenza di una esplicita previsione legislativa di invalidità del mutuo esondante, pertanto, costituisce un elemento che, unitamente a quelli di cui si dirà *infra*, milita a favore dell'esclusione di una *voluntas legis* tendente a sanzionare con l'invalidità un finanziamento bancario con garanzia insufficiente.

Si consideri, per contrasto, che l'art. 117, comma 8, t.u.l.b. prevede, espressamente, la nullità dei contratti bancari di contenuto difforme da quello predeterminato dalla Banca d'Italia. Trattasi di norma non conferente al caso che ci concerne. Un conto è la predeterminazione, totale o parziale, del contenuto di determinati contratti da parte dell'Autorità di vigilanza; predeterminazione avente lo scopo di proteggere il contraente più debole da prassi bancarie altrimenti per questi svantaggiose. Altro è la percentuale massima di finanziabilità, in relazione alla

ILCASO.it

garanzia prestata (sull'estraneità della previsione dell'art. 117, comma 8, t.u.l.b. alla problematica in esame concorda anche Cass. Sez. I, 17352/2017, in motivazione, § 4, pur concludendo per la nullità del mutuo esondante). Il primo elemento è predeterminabile da parte dell'Autorità di vigilanza e la nullità per contrasto con il contenuto predeterminato è ravvisabile *ictu oculi*. Il secondo elemento è il frutto di una valutazione tecnica, spesso non certa e comunque passibile di oscillazioni e valutazioni discordanti, e non è paragonabile, pertanto, alla violazione del contenuto contrattuale predeterminato, rilevabile dal testo stesso del negozio. Inoltre, la predeterminazione di cui all'art. 117, comma 8, t.u.l.b. è concepita in funzione dell'interesse del cliente; unico soggetto legittimato ad eccepire la nullità per contrasto. Per contro, non si vede come potrebbe considerarsi l'art. 38, comma 2, t.u.l.b., quale norma posta a tutela del cliente, posto che il mutuatario nessun pregiudizio risente dalla stipulazione di un mutuo esondante, essendo l'adeguatezza della garanzia reale posta ad esclusiva tutela del finanziatore. Non si vede, pertanto, quale interesse, non meramente strumentale, avrebbe il mutuatario ad invocare l'esondazione dal limite di finanziabilità; esondazione che, caso mai, gli giova anziché nuocergli.

Il silenzio serbato dal legislatore nell'art. 38, comma 2, in raffronto all'art. 117, comma 8, t.u.l.b., non può, in sostanza, essere considerato casuale.

Per affermare che la violazione dell'art. 38, comma 2, t.u.l.b. conduce alla nullità del mutuo esondante, in mancanza di una espressa previsione, occorre, pertanto, attribuire a tale norma un carattere imperativo, tale da incidere sulla validità stessa del negozio; ovvero ritenere l'illiceità dell'oggetto o della causa di tal fatta di finanziamento.

Al riguardo, si consideri che nulla esclude che un Istituto bancario eroghi un mutuo ordinario esondante dalla garanzia ipotecaria collaterale o, addirittura, privo di qualsivoglia garanzia reale.

Ora, non si comprende come il carattere fondiario del mutuo, elemento specializzante rispetto alla previsione generale di cui all'art. 1813 c.c. (ma va rammentato che l'art. 38 t.u.l.b. si riferisce ad ogni forma di finanziamento) potrebbe condurre ad una valutazione di illiceità dell'erogazione eccedente la garanzia; sol perché assistita dai noti vantaggi [sottrazione al divieto di esecuzione individuale in caso di fallimento del mutuatario (art. 41, comma 2, t.u.l.b.);

consolidamento breve dell'ipoteca (art. 39, comma 4, t.u.l.b.) etc.] che la normativa sul credito fondiario riconosce al finanziatore.

La comminatoria di nullità per il mutuo fondiario esondante si porrebbe, pertanto, come del tutto distonica rispetto alla libertà contrattuale del mutuante, anche appartenente al circuito bancario, di erogare finanziamenti a proprio esclusivo rischio ed esclude che al divieto in esame possa essere attribuito carattere imperativo o che possa essere riconosciuta l'illiceità dell'oggetto o della causa del mutuo fondiario esondante.

Diversamente argomentando, non si vede come potrebbe sfuggire ad una censura di violazione dell'interesse pubblico alla regolarità di funzionamento del sistema bancario la concessione di un mutuo ordinario senza garanzia o con garanzia insufficiente. Violazione che rimarrebbe, peraltro, priva di sanzione (a meno di azzardate operazione di estensione analogica del divieto di cui all'art. 38, comma 2, t.u.l.b.).

Logica vorrebbe, piuttosto, che la violazione di tale divieto inibisse al finanziatore di godere di tali vantaggi, subordinati al rispetto della speciale normativa in materia. Per contro, attribuire al carattere fondiario del mutuo l'effetto di tramutare un negozio del tutto valido, quale sarebbe un mutuo ordinario senza garanzia di sorta, in un contratto nullo per violazione di norma imperativa, costituisce conclusione certamente sovrabbondante e sproporzionata rispetto alla *ratio* del divieto in esame.

Ratio che deve ravvisarsi nell'esigenza di garantire la prevedibile recuperabilità del credito fondiario rimasto insoddisfatto e, in ultima analisi, quale obiettivo ultimo di politica legislativa, di tutelare la stabilità del sistema di finanziamento bancario.

Pur assumendo tale obiettivo un connotato pubblicistico, si ritiene che l'apparato sanzionatorio e risarcitorio sia sufficiente a preservarlo, mentre, per contro, una sanzione di nullità comporterebbe unicamente degli effetti distorsivi, di certo non voluti dal legislatore del t.u.l.b.

Diversamente argomentando, infatti, e sanzionando con la nullità il mutuo fondiario esondante, si giungerebbe all'effetto-paradosso di pregiudicare la recuperabilità del credito, posto che verrebbe meno la garanzia reale che agevola il recupero dell'esposizione debitoria, e si conseguirebbe l'effetto esattamente opposto a quello perseguito dalla norma. Il credito restitutorio del capitale già erogato al mutuatario, discendente dalla declaratoria di nullità e dal venir meno della causa dell'erogazione, sarebbe, pertanto, di ben incerta soddisfazione mentre, per

contro, rimarrebbe intatto e presumibilmente satisfattibile il credito del mutuatario di restituzione degli interessi versati all'istituto mutuante.

Logico appare, pertanto, considerare la previsione di cui all'art. 38, comma 2, t.u.l.b., quale presidio della buona condotta bancaria (*best practice*) e non quale norma concernente la validità negoziale.

L'esclusione della nullità contrattuale quale conseguenza della violazione dell'art. 38, comma 2, t.u.l.b. assorbe ogni problematica relativa alla ipotizzabilità di una *nullità parziale* (art. 1419 c.c.) del mutuo fondiario esondante, riferita alla sola erogazione eccedente la garanzia reale prestata.

Parimenti, la conclusione qui sostenuta assorbe ogni questione relativa alla possibile *conversione del negozio nullo* (art. 1424 c.c.), posto che la ritenuta validità del mutuo fondiario esondante esclude l'applicabilità di tale istituto.

Rimane la considerazione della non conformità del mutuo fondiario esondante rispetto al modello tipizzato dall'art. 38 t.u.l.b. Modello che prevede un limite di erogabilità ancorato al valore della garanzia reale prestata. Da tale non conformità e dalla violazione di tale limite appare logico far discendere, *per li rami*, la non applicabilità di tutte quelle disposizioni speciali ispirate al *favor* verso il mutuante, cui solamente è ascrivibile la violazione rilevata. Il che conduce alla qualificazione del mutuo fondiario esondante quale mutuo ordinario ipotecario, in mancanza di quegli elementi specializzanti del contratto che consentono a questo di godere della natura fondiaria, e con la conseguente esclusione di ogni privilegio, sostanziale e processuale, altrimenti riconosciuto al mutuante. La premialità riconosciuta al mutuante dal rispetto dei limiti che l'art. 38 t.u.l.b. esige per il riconoscimento della natura fondiaria del finanziamento viene meno proprio a cagione della violazione in parola e il mutuo rientra, a pieno titolo, nella figura ordinaria codicistica. A non diversa conclusione dovrebbe giungersi, ad esempio, qualora l'ipoteca concessa al mutuante non fosse di primo grado (Cass. Sez. I, 219/2020).

Non può affermarsi che il riconoscimento della validità del mutuo, così riqualificato, comporterebbe una violazione dell'ordine dei privilegi e, in sostanza, una violazione dell'art. 2741 c.c. Argomento, quest'ultimo addotto da Cass. Sez. I, 9219/1995, in tema di mutuo edilizio esondante il limite di cui all'art. 3, comma 2, l. 29.7.1949, n. 474 (legge abrogata dal t.u.l.b.), qualificato quale norma imperativa. Arresto citato anche da Cass. Sez. I, 17352/2017 quale precedente significativo a sostegno della tesi della nullità del mutuo fondiario esondante.

ILCASO.it

Infatti, l'erogazione di un credito assistito da garanzia reale inadeguata, non altera l'ordine dei privilegi. Il creditore fondiario che ha erogato un credito eccessivo rispetto alla garanzia prestatagli non gode di un trattamento di favore nei confronti degli altri creditori, privilegiati o chirografari che siano. Il soddisfacimento del suo credito assume caratteristiche di privilegio pur sempre nei soli limiti del prezzo ottenuto dalla liquidazione coattiva del bene ipotecato, esattamente come accadrebbe nel caso fosse stato rispettato il limite di cui all'art. 38, comma 2, t.u.l.b. Per cui l'eventuale eccedenza del credito erogato rispetto al valore del bene ipotecato, e al suo presumibile valore di realizzo, in concreto, non comporta alcuna alterazione dell'ordine dei privilegi. Il soddisfacimento privilegiato cui il mutuante avrà diritto sarà comunque limitato dal prezzo di liquidazione del bene ipotecato - come sarebbe avvenuto ove rispettato il limite di finanziabilità - e, per la parte eccedente la garanzia, godrà del trattamento dei crediti chirografari. In altre parole, per i creditori concorrenti muniti di causa di prelazione, appare indifferente l'ammontare del finanziamento concesso, posto che il privilegio opera pur sempre nei limiti del prezzo di liquidazione del bene immobile oggetto di ipoteca.

Gli unici vantaggi, sostanziali e processuali, di cui avrebbe potuto godere il creditore fondiario, invece, verranno meno, come già detto, riqualificando il mutuo fondiario esondante in termini di mutuo ordinario ipotecario.

Ciò posto, si conclude per il parziale accoglimento dell'unico motivo di ricorso de de nel senso che, pur dovendosi respingere l'invocazione della nullità del mutuo fondiario esondante, va, invece, accolta la richiesta di esclusione del carattere fondiario del mutuo 8.10.2003, con le relative conseguenze in tema di applicabilità dell'art. 67, comma 2, l. fall.

Si chiede, pertanto, venga affermato il seguente principio di diritto:

La violazione del limite di finanziamento di cui all'art. 38, comma 2, d.lgs. 1.9.1993, n. 385, non cagiona nullità del contratto di mutuo fondiario e dell'ipoteca che a questo accede. Tale violazione comporta unicamente l'esclusione del carattere fondiario del mutuo ipotecario e dei privilegi, sostanziali e processuali, che da tale carattere discendono a favore del mutuante.

ILCASO.it

PER QUESTI MOTIVI

Il Pubblico Ministero chiede l'accoglimento del ricorso, nei limiti di cui in motivazione, e la formulazione del sopraesteso principio di diritto.

Roma, 22 agosto 2022

Per il Procuratore Generale
Alberto Cardino

L'AVVOCATO GENERALE
Dott. Renato Finocchi Ghersi

Procura Generale c/o Corte Cassazione
Depositato in Segreteria Civile
oggi, lì 23-08-22