

Civile Ord. Sez. 1 Num. 6586 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: IOFRIDA GIULIA

Data pubblicazione: 16/03/2018

sul ricorso 2127/2013 proposto da:

Banca Popolare di Ancona S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Donatello n.23, presso lo studio dell'avvocato Villa Piergiorgio, rappresentata e difesa dall'avvocato Bertola Massimo, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

Fallimento della ditta Foglia Giampaolo, in persona del curatore fall.re avv. Marangoni Filippo, domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso dall'avvocato Strinati Carlo, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

ORD.
24
2018

avverso il provvedimento del TRIBUNALE di MACERATA, depositato il 20/12/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 11/01/2018 dal cons. IOFRIDA GIULIA;

lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale SALVATO LUIGI che ha chiesto che la Corte voglia disporre la rimessione degli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'eventuale assegnazione del ricorso alle S.U., ai sensi dell'art. 374, secondo comma, c.p.c.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Macerata, con decreto del 20/12/2012, ha respinto l'opposizione avverso il decreto del G.D di formazione dello stato passivo del Fallimento della Ditta individuale Foglia Giampaolo, promossa dalla Banca Popolare di Ancona, relativamente alla ammissione *"in via meramente chirografaria per complessivi € 1.260.698,80"*, quanto al credito relativo a due mutui fondiari, erogati nel 2004 e nel 2007, nonché alle relative procedure esecutive attivate prima del fallimento, con esclusione del *"richiesto privilegio fondiario"*, per il *"difetto genetico"* rappresentato dal mancato rispetto del limite massimo di finanziabilità (pari all'80% del valore dei beni ipotecati), previsto dal comma 2° dell'art.38 del T.U.B. in relazione alla deliberazione del CICR del 22/4/1995, vigente all'epoca.

In particolare, il Tribunale ha confermato anche il mancato accoglimento della domanda subordinata, di *"conversione del mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario"*, con perdita dei soli privilegi peculiari concernenti il primo, considerati l'esistenza, *"davanti"* ai due mutui, di altri mutui fondiari, *"il valore assolutamente esorbitante, oltre due milioni e mezzo di euro"* dei suddetti mutui fondiari e la *"volontà chiara delle parti di volere"* un mutuo ipotecario, con l'ovvia motivazione di trasformare

illegittimamente una esposizione chirografaria in esposizione ultragarantita e sottratta per quanto più possibile a concorso e falcidia".

Avverso tale decreto, la Banca Popolare di Ancona propone ricorso per cassazione, affidato a cinque motivi, nei confronti del Fallimento Foglia Giampaolo (che resiste con controricorso). Il P.G. ha depositato conclusioni scritte. Il controricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente lamenta: 1) con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.112 seconda parte c.p.c., 25, comma 1°, e 95, comma 3°, L.F., per avere il Tribunale di Macerata ritenuto corretta la degradazione, operata, d'ufficio (in difformità delle conclusioni del Curatore del Fallimento), dal G.D. in sede di verifica dei crediti, da ipotecario a chirografario del credito vantato dalla Banca; 2) con il secondo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., degli artt.113 c.p.c., 38, comma 2°, e 39 del d.lgs. 385/1993, T.U.B., per avere il Tribunale ritenuto che il mancato rispetto del limite massimo di finanziabilità avesse fatto perdere ai due contratti di mutuo non solo la natura fondiaria del rapporto e gli speciali privilegi ad esso connessi, ma anche l'efficacia della accesa garanzia ipotecaria; 3) con il terzo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., dell'art.112, prima parte, c.p.c., per avere il Tribunale, d'ufficio, respinto la sopra descritta richiesta subordinata della creditrice, di riconoscimento, quantomeno, della efficacia della garanzia ipotecaria, sul presupposto di un vizio di deviazione dei contratti di mutuo dalla causa tipica, mai dedotto dalle parti, né emergente dagli atti; 4) con il quarto motivo, l'omesso esame, ex art.360 n. 5 c.p.c., circa un fatto decisivo, oggetto di discussione tra le parti, rappresentato, in relazione ad uno dei mutui, dall'utilizzo parziale della somma mutuata per estinguere il residuo distinto mutuo, concesso da altro Istituto di credito, gravante sullo stesso immobile ed, in relazione al secondo mutuo, dall'esistenza di un ridotto debito parziale derivante da un anteriore mutuo concesso da altra Banca; 5) con il quinto motivo, l'omesso esame, ex art.360 n. 5 c.p.c., circa un fatto decisivo, oggetto di

discussione tra le parti, rappresentato dall'aver, in relazione al primo dei due mutui fondiari, computato anche il valore di un precedente mutuo ipotecario concesso dalla B.N.L., in realtà estinto. La ricorrente solleva, al riguardo, questione di legittimità costituzionale del novellato art.360 n. 5 c.p.c., per violazione degli artt.3 e 24 Cost..

2. La prima censura è infondata.

Questa Corte ha affermato (Cass. 16554/2015; Cass. 19734/2017), con riguardo all'operatività del principio di non contestazione nel giudizio fallimentare, che *"in tema di verifica del passivo, il principio di non contestazione, che pure ha rilievo rispetto alla disciplina previgente quale tecnica di semplificazione della prova dei fatti dedotti, non comporta affatto l'automatica ammissione del credito allo stato passivo solo perché non sia stato contestato dal curatore (o dai creditori eventualmente presenti in sede di verifica), competendo al giudice delegato (e al tribunale fallimentare) il potere di sollevare, in via officiosa, ogni sorta di eccezioni in tema di verifica dei fatti e delle prove"*. In successiva pronuncia (Cass. 535/2016), questa Corte ha poi chiarito, in motivazione, che *"il parere favorevole del curatore all'ammissione di un credito allo stato passivo fallimentare può (e deve) essere disatteso in presenza di fatti che impongono di formulare eccezioni officiose agli elementi di prova comunque acquisiti, ma tale disattenzione non può essere affermata ... in via astratta e generalizzata, a dispetto dei concreti elementi (i documenti e le prove) che risultino già in possesso del curatore, senza che li si verifichino specificamente o si enuncino le ragioni della critica a tali fonti dimostrative, se del caso imponendo il loro esame nel contraddittorio delle parti"*.

Deve pertanto affermarsi che il G.D. (e quindi correttamente è stata respinta opposizione allo stato passivo, sulla questione) poteva non condividere l'asserito parere favorevole espresso dal Curatore sulla domanda di insinuazione al passivo, sempre, tuttavia, sulla base di quanto emergeva dagli atti processuali. Peraltro, il Fallimento controricorrente ha dedotto, sul punto, che il Curatore fallimentare si era rimesso alla

valutazione del giudice delegato, quanto alla questione del valore degli immobili.

3. Il secondo ed il terzo motivo sono fondati, nei sensi di cui in motivazione.

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 Cibr, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in 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*". In osservanza del comma secondo dell'art. 38 TUB, il Cibr, 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.

La correlata questione se la previsione del limite di finanziabilità prevista dall'art. 38 del T.U.B. implicasse o meno applicazione dell'art. 117, comma 8, del TUB (ove si legge: "*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 applicazione del generale disposto di cui all'art. 1418 c.c. è stata risolta da questo giudice di legittimità.

Questa Corte (Cass. nn. 26672 e 27380 del 2013; Cass. 22446/2015; Cass. 4471/2016) ha, in un primo orientamento, affermato (confutando un precedente indirizzo contrario, Cass. 9129/1995, in materia di mutuo di

credito edilizio ed in riferimento al limite di finanziabilità previsto dalla l.474/1949, art.3) che l'art. 38, 2° comma, del d.lgs. n. 385/93, che, a tutela del sistema bancario, attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, il potere di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, attiene a un elemento necessario del contratto (l'oggetto del contratto), concordato fra le parti, e, pertanto, *"non rientra nell'ambito della previsione di cui all'art. 117 n.8 del medesimo decreto, il quale attribuisce invece all'istituto di vigilanza un potere conformativo o tipizzatorio del contenuto del contratto, prevedendo clausole-tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole"*, cosicché *"il superamento del limite di finanziabilità stabilito dalla Banca d'Italia non cagiona alcuna nullità, neppure relativa, del contratto di mutuo fondiario"* (anche perché il cliente non avrebbe interesse a farla valere, essendo un mutuo concesso oltre il limite di finanziabilità di regola più favorevole al cliente). Secondo questa Corte, le disposizioni in questione non sono 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 l'eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo (Cfr.Cass.27380/2013).

Ne conseguiva che il superamento del tetto massimo di finanziabilità, pari all'80% dei cespiti immobiliari, non poteva determinare, secondo tale orientamento, la nullità dei contratti di mutuo fondiari.

Tale indirizzo è stato, di recente, rimeditato da questa Corte (Cass. 17352 e 19015 de 2017), essendosi affermato il seguente principio di diritto, cui questo Collegio intende dare continuità: *"il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, "fondiario"*,

secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti".

In tali ultime pronunce, questa Corte, pur condividendo il pregresso orientamento in ordine alla non riconducibilità della fattispecie di cui all'art.38 comma 2° del T.U.B. alla nullità prevista dall'art.117 comma 8° del T.U.B., ha ricondotto il superamento del limite di finanziabilità nella generale nullità ex art.1418 c.c., considerato che la suddetta prescrizione dettata dall'art.38 citato si inserisce tra gli elementi essenziali di un contratto di mutuo fondiario, *"intrinseci del negozio, relativi alla sua struttura (il contenuto)"* e deriva da una norma di natura imperativa, che incide direttamente sulla prestazione creditizia, regolandone il *quantum*, a tutela di *"interessi economici nazionali (pubblici)"*.

Ora, ferma, alla luce del suddetto nuovo indirizzo, la nullità del contratto di mutuo fondiario, in caso di superamento del limite di finanziabilità prescritto dall'art.38 T.U.B., doveva essere esaminata, nella fattispecie, la richiesta subordinata, formulata dalla Banca opponente, di conversione dei contratti di mutuo fondiario in finanziamenti aventi integrale natura di mutui ordinari, ai sensi dell'art.1424 c.c..

Detta istanza, consequenziale alla rilevata nullità del titolo negoziale posto a fondamento della domanda originaria, ben poteva essere formulata per la prima volta col ricorso in opposizione allo stato passivo, una volta appurato che il credito non era stato ammesso a cagione della nullità del contratto di mutuo fondiario e dell'annessa ipoteca (Cass. 17352/2017).

Il Tribunale di Macerata ha respinto la suddetta richiesta subordinata per asserito difetto del requisito soggettivo richiesto per la conversione del negozio nullo, essendo necessario, oltre l'identità dei requisiti di sostanza e di forma tra negozio nullo e quello nel quale lo si voglia convertire, anche che risulti la manifestazione di volontà delle parti propria del negozio diverso. In merito, il Tribunale ha rilevato la *"volontà chiara delle parti di volere"* un mutuo ipotecario, con l'ovvia motivazione di trasformare

illegittimamente una esposizione chirografaria in esposizione ultragarantita e sottratta per quanto più possibile a concorso e falcidia".

Tuttavia, come già chiarito da questa Corte (Cass. 2912/2002) non è necessario l'accertamento della volontà concreta delle parti di accettare il contratto trasformato per effetto della conversione, poiché ciò comporterebbe la coscienza della nullità dell'atto compiuto, esclusa per definizione dall'art. 1424 cod. civ., occorrendo, invece, *"la considerazione dell'intento pratico perseguito, cosicché il contratto nullo può convertirsi in un altro contratto i cui effetti realizzino in tutto o in parte quell'intento"*. Nella specie, contratto di finanziamento fondiario e contratto ordinario di mutuo bancario potrebbero presentare accostabili requisiti di sostanza e di forma. Occorrerà pertanto un nuovo esame sulla questione.

4.I residui motivi, implicanti vizi motivazionali, alla luce del novellato art.360 n. 5 c.p.c., rivolti a contestare la stessa valutazione operata dal Tribunale in ordine al superamento del limite di finanziabilità, in quanto effettuata tenendo anche conto della preesistenza di altri mutui fondiari, in realtà estinti integralmente (il preesistente mutuo concesso da BNL gravante sull'immobile in Macerata) o sussistenti, ma in misura ridotta (soli residui "€ 144.758,86", quanto al mutuo concesso da Banca delle Marche, gravante sull'immobile in Corridonia), vanno, del pari, accolti.

Invero, a fronte delle allegazioni documentate dalla opponente, il Tribunale di Macerata si limita ad affermare, del tutto genericamente, il fatto contrario (*"davanti vi sono anche altri mutui fondiari"*).

6. Per tutto quanto sopra esposto, in accoglimento del secondo, terzo, quarto e quinto motivo del ricorso, respinto il primo, va cassato il decreto impugnato, con rinvio al Tribunale di Macerata in diversa composizione. Il giudice del rinvio provvederà alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, quanto ai motivi secondo, terzo, quarto e quinto, respinto il primo motivo, cassa il decreto impugnato, con rinvio,

anche in ordine alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità, al Tribunale di Macerata in diversa composizione.

Così deciso, in Roma, l'11/01/2018

Il Presidente



Corte di Cassazione - copia non ufficiale