

rinviene la sua disciplina negli artt. 38 e seguenti del testo unico bancario): - sarebbe affetto da una duplice causa di nullità che travolgerebbe anche il negozio unilaterale collegato con cui l'opponente ha concesso ipoteca a garanzia del debito del mutuatario; - non prevede alcun piano di ammortamento né predetermina i criteri di calcolo delle rate successive alla prima con conseguente indeterminatezza del debito per interessi corrispettivi a carico della parte mutuataria; - è stato erogato nella consapevolezza delle difficili condizioni economiche in cui già all'epoca versava la parte mutuataria e, pertanto, senza una corretta valutazione del merito creditizio.

Passando ad esaminare il primo motivo di opposizione, la prima causa nullità che colpirebbe il contratto di mutuo fondiario atterrebbe alla circostanza che l'oggetto del finanziamento, ovvero il capitale erogato dal mutuante, supererebbe il limite previsto dal combinato disposto dell'art. 38, secondo comma, T.U.B. e della Delibera CICR 22/4/1995 e, cioè, l'80% del valore del bene sul quale venne iscritta l'ipoteca.

Richiamatosi al noto orientamento che si è affermato in una parte giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni, dando vita ad un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale (sottoposto però a rilievi critici da un'altra parte della giurisprudenza di legittimità: cfr. Cassazione civile sez. III, 28/06/2019, n.17439 in motivazione), l'opponente ha affermato che il superamento del limite di finanziabilità (limite individuabile *per relacionem* sulla base del valore del bene concesso in garanzia) costituirebbe violazione di una norma posta a tutela di interessi di ordine pubblico economico ed attinente al contenuto del contratto e, pertanto, la sua violazione comporterebbe la nullità virtuale ex art. 1418, primo comma, cod. civ., trattandosi di



una norma imperativa che attiene alla struttura dell'accordo piuttosto che alla condotta delle parti.

Sul primo motivo di opposizione parte creditrice si è difesa, in via principale, contestando che il capitale erogato supererebbe l'80% del valore dell'immobile concesso in garanzia e, in via subordinata, domandando, per il caso in cui il Giudice adito ritenesse fondata l'eccezione di nullità del mutuo fondiario, la conversione del contratto in mutuo ipotecario ordinario ai sensi dell'art. 1424 cod. civ. Parte opposta, in particolare, ha negato che la banca erogante fosse a conoscenza che il valore dell'immobile ipotecato fosse al di sotto del tetto dell'80% del finanziamento ed ha escluso che i vantaggi processuali (diritto del creditore di promuovere l'esecuzione in costanza di fallimento, esenzione dell'iscrizione ipotecaria dalla revocatoria fallimentare) e sostanziali (pagamento anticipato del ricavato della vendita e delle rendite prodotte dall'immobile in costanza di procedura esecutiva o concorsuale) abbiano rappresentato causa determinante del ricorso alla normativa eccezionale e di favore del mutuo fondiario.

Questo Giudice – aderendo alle perspicue osservazioni mosse dalla pronuncia della Corte di Cassazione civile sez. III, 28/06/2019, n.17439, (est. De Stefano, conclusioni conformi del P.M. Soldi), della migliore dottrina e di una parte della giurisprudenza di merito tra cui quella di questo Tribunale (vedi assai di recente Trib. Verona, Ordinanza del 9/10/2020, G.E. A. Franco) – ritiene che l'erogazione di una somma eccedente l'80% del valore del bene ipotecato possa essere motivo di riqualificazione del mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario, ma non anche motivo di nullità del contratto di mutuo e del conseguente negozio unilaterale collegato di concessione dell'ipoteca.



Si badi che non si vuole mettere in discussione l'assunto della giurisprudenza di legittimità richiamata dall'opponente che, in maniera del tutto condivisibile, ritiene che la norma che àncora l'importo finanziabile al valore del bene concesso in ipoteca sia un precetto posto a tutela di interessi di ordine pubblico generale ed attenga all'oggetto del contratto e, quindi, si indirizza al vincolo negoziale conformandone il contenuto.

Quello che, invece, è controvertibile e non si condivide è l'assunto che, dalla violazione di ogni norma imperativa che attiene al contenuto del contratto, debba necessariamente derivare, quale effetto automatico, la nullità del negozio giuridico.

Questa conclusione oblitera l'ultima parte della previsione di cui all'art. 1418, primo comma, cod. civ., la quale, nel disporre "*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*", ammette la possibilità che la norma imperativa preveda, nel caso della sua violazione, altre sanzioni (penali, amministrative) e che queste siano proporzionate ed idonee a proteggere gli interessi protetti dalla norma, oppure che dalla stessa funzione della norma imperativa violata deve escludersi che la nullità, cioè la radicale inidoneità del contratto a produrre effetti nel mondo giuridico rendendo indebite (v. art. 2033 cod. civ.) le prestazioni eseguite dalle parti, sia il risultato applicativo meglio in grado di tutelare gli interessi di ordine pubblico generali sottesi all'emanazione della norma imperativa.

È, quindi, possibile che la norma imperativa preveda espressamente (interpretazione testuale) o, comunque, sulla base di un'interpretazione sistematica o teleologicamente orientata, che dalla sua violazione non consegua la nullità del contratto.



Orbene, nel caso di specie è senz'altro condivisibile che gli interessi protetti dall'art. 38, secondo comma, T.U.B. e dal regolamento governativo di attuazione siano quelli della stabilità generale del sistema creditizio e, conseguentemente, della solidità dell'economia nazionale. È chiaro, infatti, che tali interessi si raggiungono solo se i finanziamenti vengano concessi con garanzie di valore proporzionato al capitale erogato, così da evitare che l'insolvenza dei debitori comporti anche l'impossibilità per la banca finanziatrice di recuperare forzatamente il capitale prestato sottoponendo fruttuosamente ad espropriazione il bene oggetto della garanzia ipotecaria.

Se così è, tuttavia, il preteso effetto della nullità del mutuo erogato in violazione della previsione di cui all'art. 38, secondo comma, t.u.b. rischia di frustrare proprio l'interesse della collettività nazionale alla stabilità bancaria in quanto: - il finanziamento diviene improduttivo d'interessi corrispettivi di talché la banca potrebbe chiedere la restituzione del solo capitale erogato a titolo di indebito oggettivo ex art. 2033 cod. civ.; - l'iscrizione ipotecaria perderebbe d'efficacia, di talché il soddisfacimento, peraltro sul solo capitale prestato, dell'istituto di credito avverrebbe in condizioni paritetiche con gli altri creditori chirografari e dopo gli eventuali privilegiati e, quindi, in via del tutto eventuale ed in misura quasi sempre inferiore al valore nominale del credito vantato.

La nullità dei mutui fondiari in cui il capitale erogato supera il limite massimo di finanziabilità sarebbe, quindi, una conseguenza del tutto irrazionale rispetto all'interesse pubblico presidiato dalla norma imperativa violata: la nullità, allora, non sarebbe solo un mezzo eccedente rispetto al fine protetto dalla norma e, dunque, sproporzionato, ma



addirittura una conseguenza distonica rispetto al fine e, dunque, irragionevole.

Né si potrebbe sostenere che, essendo la nullità una conseguenza che sanziona l'incompatibilità del negozio giuridico con una norma imperativa, essa avrebbe finalità deterrenti (o, se si vuole general preventive) rispetto alla futura conclusione di altri contratti di mutuo fondiario che violano il limite di finanziabilità dell'80% del valore del bene ipotecato da parte delle banche. Diversamente dalle sanzioni penali, civili o dai danni punitivi ove espressamente tipizzati dall'ordinamento civile interno, la nullità del contratto per violazione di una norma imperativa non è una pena (che persegue anche finalità general preventive), ma è un rimedio che mira a rimuovere gli effetti giuridici di un contratto incompatibili con l'interesse protetto dal precetto e, dunque, ha una finalità strettamente ripristinatoria dell'interesse pubblico violato da quell'assetto negoziale in quello specifico caso concreto. Alla nullità del contratto sarebbe, invece, improprio ricollegare effetti general preventivi sulle future condotte dei consociati in quanto l'effetto della nullità si riverbera sul negozio giuridico e sulle prestazioni che sono state eseguite in forza di esso e, solo in via mediata (per effetto cioè dell'azione di cui all'art. 2033 cod. civ.), sulla sfera patrimoniale delle parti.

Peraltro, l'eventuale nullità del contratto di mutuo fondiario per violazione del limite di finanziabilità avrebbe l'ulteriore ed intollerabile conseguenza di consentire, in via generale, anche agli istituti di credito di domandare la nullità del contratto (v. art. 1421 cod. civ.) e di chiedere immediatamente al mutuatario la restituzione dell'intero capitale erogato senza il rispetto del piano di ammortamento che, per effetto della nullità, deve considerarsi *tamquam non esset*. Analoga situazione potrebbe verificarsi anche laddove



fosse il terzo datore d'ipoteca (nel mutuo fondiario, infatti, la garanzia può essere anche prestata da un terzo) a far valere la nullità del contratto di mutuo, pur in presenza di un mutuo in regolare ammortamento adempiendo il debitore al piano rateale di pagamento.

Queste possibili domande della banca o del terzo datore d'ipoteca – astrattamente ammissibili non trattandosi per quanto innanzi detto di una nullità di protezione con limitazione della legittimazione ad agire, ma di ordine generale – sarebbero anch'esse, da un lato, idonee a pregiudicare la stabilità del sistema creditizio (ossia dell'interesse di ordine generale tutelato dalla norma imperativa) e, dall'altro, suscettibili di pregiudicare la parte del debole del contratto di mutuo ipotecario laddove essa sia *in bonis*, mettendo, così, a repentaglio non solo la singola operazione di finanziamento, ma la stessa stabilità economica e patrimoniale del debitore.

Pertanto, l'unica conseguenza del dedotto superamento del limite di finanziamento deve essere, ragionevolmente, quella di dover escludere l'applicabilità alla fattispecie *de qua* dei privilegi collegati alla natura fondiaria dell'operazione, senza arrivare alla conclusione della radicale inidoneità del contratto a produrre effetti.

Tuttavia, la società esecutata non ha proposto opposizione agli atti esecutivi dolendosi dell'omessa notifica del titolo esecutivo e, quindi, della violazione dell'art. 603 c.p.c., in considerazione della deroga prevista dall'art. 41, primo comma, T.U.B a favore del creditore fondiario. La contestazione della società opponente è rimasta, invero, soltanto nella narrativa dell'atto, nell'assoluta consapevolezza del suo difensore che un'eventuale opposizione agli atti esecutivi, ove proposta per questo profilo, sarebbe stata irrimediabilmente tardiva.



Alla luce di tutto ciò, non è necessario verificare se il mutuo fondiario vada o meno riqualificato come mutuo ipotecario.

È chiaro che un'eventuale richiesta del precedente di avvalersi in sede di vendita del privilegio fondiario oppure un eventuale fallimento della società esecutata (che, tuttavia, è costituita nelle forme della società semplice e non consta che oggi svolga un'attività d'imprenditore commerciale) sposterebbero – ma in una sede diversa dalla presente – i termini della questione.

In ogni caso, come ulteriore *ratio decidendi* a sostegno del rigetto dell'istanza sospensiva, si rappresenta che, anche volendo aderire all'orientamento della giurisprudenza di legittimità richiamato dalle difese dell'opponente, non v'è dubbio che nel caso di specie sussisterebbero tutti i presupposti di sostanza e di forma per la conversione del mutuo fondiario in mutuo ipotecario (e ciò sulla base dell'ulteriore controvertibile premessa dell'orientamento innanzi citato che si tratti di due tipi negoziali distinti, piuttosto che del medesimo schema negoziale con una sotto-fattispecie che presenta elementi specializzanti rispetto a quella generale, senza alcuna deviazione dal modello causale che rimane il medesimo).

Nel caso che qui occupa, infatti, non emerge che l'intento pratico perseguito dalle parti con il finanziamento *sub iudice* fosse quello di avvalersi dei vantaggi della fondiarietà e che tali vantaggi possano considerarsi *condicio sine qua* non dell'operazione negoziale. Non emerge, infatti, che la società datrice d'ipoteca, costituita nelle forme della società semplice, svolgesse attività commerciale diversa ed ulteriore da quella agricola (la sola che potrebbe svolgere in forza dell'art. 2249 cod. civ.). L'attività di mera gestione immobiliare indicata nell'atto costitutivo, per quanto è



risultato *ex actis*, deve considerarsi accessoria e servente rispetto a quella agricola, non essendo emerso che la società semplice abbia tenuto le scritture contabili obbligatorie per l'imprenditore commerciale (v. art. 2214 cod. civ.) o abbia compiuto operazioni immobiliari, ad eccezione che dell'acquisto di macchinari per l'edilizia nel lontano 1995 dalla curatela del fallimento di una società di capitali e del conferimento, nel lontano 1998, di un incarico ad un professionista di presentare la pratica di condono edilizio di un immobile di sua proprietà. Deve, quindi, presumersi che la società semplice si sia attenuta alle previsioni del codice civile ed abbia esercitato – o perlomeno lo abbia fatto al momento della stipula del mutuo fondiario (avvenuta nel 2008 e, quindi, tredici anni dopo le presunte operazioni immobiliari di natura commerciale allegate dall'opponente) – esclusivamente l'attività dell'imprenditore agricolo. In questo senso depongono tanto la forma societaria, quanto l'assenza, a quanto consta in questa fase del giudizio, dei libri e delle scritture contabili proprie dell'imprenditore commerciale (libro giornale e libro inventario ex art. 2214 cod. civ.)¹.

Pertanto, deve ritenersi affatto indifferente sia per la banca finanziatrice che per la mutuataria il ricorso allo schema negoziale del mutuo fondiario piuttosto che del mutuo ipotecario ordinario.

Tanto premesso sul primo motivo di opposizione, si può passare all'esame del secondo con cui l'esecutata deduce la nullità del mutuo fondiario in considerazione del fatto che la somma prestata sarebbe stata destinata ad estinguere un debito pregresso ed immediatamente esigibile.

¹ Peraltro ove dovesse risultare che la società esecutata svolga l'attività dell'imprenditore commerciale, questo Giudice non potrebbe esimersi dal compiere, se del caso, la valutazione di cui all'art. 7, comma 2, l.f. emergendo l'insolvenza della società esecutata dalla circostanza che il valore del bene espropriato è pari ad un terzo dell'importo del credito precettato.



Sulla questione giova anzitutto premettere che, come è noto, nella sua attuale configurazione, il mutuo fondiario non è anche un mutuo di scopo e cioè un contratto di finanziamento in cui la destinazione della somma erogata penetra nella causa del contratto e concorre ad individuare la giustificazione causale per entrambe le parti dell'operazione economica (cfr. Cassazione civile sez. III, 12/09/2014, n.19282).

È, quindi, ben possibile che la somma mutuata venga impiegata dalla parte finanziata per estinguere precedenti debiti o per trasformare un debito immediatamente esigibile (avente il proprio titolo, ad esempio, in un saldo scoperto di conto corrente cui accedeva un'apertura di credito poi revocata o in anticipazioni bancarie su fatture commerciali rimaste insolute) ad un certo saggio d'interesse, in un debito restituibile nel tempo sulla base di un nuovo contratto cui accede un piano d'ammortamento, il quale prevede la restituzione rateale di una quota del capitale mutuato e di una quota interessi calcolata, ad ogni singola scadenza, sul debito in linea capitale che, di volta in volta, residua.

Quest'operazione non è simulata o priva di una sua causa giustificatrice come taluno pretende. Non è simulata, perché realmente il mutuatario prende in prestito una somma di denaro per estinguere un debito immediatamente esigibile – che diversamente non potrebbe pagare – che trova il proprio titolo giuridico in un preesistente rapporto obbligatorio e realmente comincia a pagare, sulla base di un diverso e nuovo rapporto obbligatorio, il debito contratto con l'istituto di credito sulla base di un nuovo tasso d'interesse debitore e con nuove scadenze periodiche (scadenze che, come è noto, incidono anch'esse sul montante complessivo degli interessi da pagare e, dunque, sul costo economico dell'operazione), prestando una nuova



garanzia prima inesistente. Gli effetti del negozio giuridico, detto altrimenti, sono dalle parti realmente voluti – tant'è vero che esse innegabilmente si realizzano nella realtà giuridica – e non meramente apparenti: essi rispondono ad un'effettiva esigenza economica del finanziatore (ottenere la restituzione del capitale originariamente prestato senza promuovere azioni esecutive e doverne scontare la relativa alea) e del finanziato (estinguere il proprio debito nel tempo sopportandone i maggiori costi).

Questo contratto non è nullo – salvo che non sia dimostrato che la pregressa obbligazione oggetto d'estinzione e, cioè, il presupposto della nuova operazione finanziaria, fosse anch'essa nulla – perché è sicuramente meritevole di tutela il consolidamento in termini economicamente sostenibili di una pregressa esposizione debitoria e, segnatamente, la trasformazione di un debito immediatamente esigibile (sul quale corrono interessi moratori ad un saggio presumibilmente assai elevato) in un debito esigibile nel tempo, previa ovviamente modifica delle condizioni economiche del finanziamento e la prestazione di nuove garanzie da parte del debitore o di un terzo.

L'unico possibile profilo di censura di questo contratto – del tutto irrilevante in questa sede – è l'eventuale violazione della *par condicio creditorum* nella parte in cui questo negozio indiretto (in cui vi è, cioè, un fine pratico che non si esaurisce nello strumento negoziale ma lo supera) finisce per consentire ad un creditore, sino a quel momento chirografario, di essere assistito da una causa di prelazione che prima non aveva e, così, essere preferito rispetto agli altri creditori in caso di futura insolvenza del debitore. Tale profilo non costituisce però causa di nullità dell'operazione, ma semmai, sussistendone i presupposti, motivo di revoca



dell'ipoteca ex art. 67 l.f. (cfr., *ex multis*, Cassazione civile sez. I, 13/03/2018, n.6094) o, al di fuori della procedura concorsuale, ex art. 2901 cod. civ.

È infondato anche il terzo motivo d'opposizione con cui l'opponente deduce che la banca non avrebbe allegato al contratto di mutuo il piano di ammortamento né indicato i criteri di calcolo delle rate successive alla prima. All'art. 4 del contratto di mutuo redatto nelle forme dell'atto pubblico notarile le parti hanno dichiarato (banca, debitore, società terza datrice d'ipoteca) hanno dichiarato che viene consegnato alla mutuataria il piano di ammortamento. Detta dichiarazione, nella misura in cui attesta l'avvenimento di un fatto storico rappresentato da una parte alla presenza dell'altra, costituisce confessione stragiudiziale e fa prova legale del fatto dichiarato (vedi combinato disposto degli artt. 2733 e 2735 cod. civ.).

Inoltre, nel contratto viene indicato sia il debito in linea capitale, che il numero di rate, che la data di scadenza che gli indici cui ancorare l'individuazione del tasso d'interesse (variabile). Pertanto, sussistono tutti gli elementi per determinare il piano di ammortamento del mutuo (che inevitabilmente varia al mutare del saggio d'interessi su cui si calcola la quota interessi alla scadenza di ogni rata), il quale, in mancanza di una diversa pattuizione, si intende applicato col metodo alla francese che prevede, a parità di tasso d'interesse, una rata costante. È questo, infatti, il metodo di calcolo da molti anni pressoché universalmente applicato nei mutui fondiari e nei mutui ipotecari ordinari nel nostro paese.

Ad ogni buon conto, l'eventuale indeterminatezza del montante degli interessi complessivamente dovuto dalla parte mutuataria e l'applicazione, in luogo del tasso convenzionale, del tasso B.O.T. come preteso



dall'opponente (vedi pagg. 10-12 dell'opposizione) darebbe vita ad una nullità soltanto parziale del contratto con sostituzione automatica delle clausole nulle con quelle previste imperativamente dalla legge ai sensi del combinato disposto degli artt. 1419, 1339 cod. civ. e 117 T.U.B.

Conseguentemente, la prospettazione della difesa di parte ricorrente, anche ove fosse ritenuta fondata, non consentirebbe di sospendere la prosecuzione del processo esecutivo trattandosi di un'eccezione che incide – per espressa ammissione dell'opponente – soltanto sul *quantum* credito e non anche sull'*an* del diritto a procedere esecutivamente.

È, infatti, la stessa difesa di parte ricorrente ad ammettere che, per effetto della rideterminazione del debito applicando il saggio d'interessi dei B.O.T. annuali in luogo del tasso convenzionale, alla data di decadenza del beneficio del termine ex art. 1186 cod. civ., il debito della mutuataria è, comunque, pari ad euro 134.472,13 euro. Se a ciò si aggiunge che l'immobile oggetto della garanzia ipotecaria sul quale è stata promossa l'esecuzione è stato valutato in appena 68.000,00 euro in sede di perizia di stima, si comprende immediatamente non solo l'irrilevanza della questione ai fini della sospensiva dell'opposizione esecutiva, ma anche ai fini di un'eventuale controversia distributiva promossa dall'esecutata in sede di approvazione del progetto di distribuzione. È, infatti, quasi certo che il ricavato della vendita esecutiva consentirà soltanto in misura parziale di estinguere il debito per il capitale erogato.

Quanto all'ultimo motivo di opposizione all'esecuzione, per espressa ammissione dell'opponente, esso mira a far valere l'eventuale violazione di una regola di condotta prodromica alla stipula del contratto (i.e. la corretta valutazione del merito creditizio) e non già di una



regola che attiene al contenuto strutturale del negozio giuridico e, quindi, che incide sulla validità dello stesso.

Esso, quindi, quand'anche fondato, non è suscettibile ad incidere sull'esistenza di un valido titolo esecutivo in quanto deve essere ribadito che *“unicamente la violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l'inosservanza di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti; inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni.”* (cfr. Cassazione civile sez. un., 06/05/2016, n.9140).

Conclusivamente l'istanza sospensiva deve essere rigettata apparendo in parte infondati e in altra parte ininfluenti ai fini della decisione sulla domanda cautelare i motivi di opposizione sollevati dall'opponente.

Quanto alle spese legali, statuizione sulla quale il Giudice della cautela deve provvedere avendo la sua ordinanza capacità di definire l'intero giudizio (v. art. 91 c.p.c.) ove il merito oppositivo non venga proposto nel termine perentorio assegnato alle parti (arg. ex art. 624 c.p.c.), si ritiene sussistano i presupposti di una loro integrale compensazione, attesa l'esistenza di un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità sul primo motivo di opposizione, contrasto che permane anche a seguito del *revirement* della Corte di Cassazione del 2017.

P.Q.M.

- rigetta l'istanza sospensiva;
- compensa integralmente le spese di lite;
- assegna termine perentorio di giorni trenta decorrenti dalla comunicazione della presente ordinanza per introdurre il merito oppositivo.

Si comunichi.



Verona, 15 aprile 2021

Il Giudice dell'esecuzione

Attilio Burti

