

**TRIBUNALE ORDINARIO DI CAGLIARI
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Il giudice dott. Enzo Luchi, a scioglimento della riserva assunta all'udienza OMISSIS, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. OMISSIS del ruolo generale degli affari contenziosi civili per l'anno OMISSIS, promosso da

FIDEIUSSORE

contro

ricorrente

BANCHE

resistenti

e con l'intervento di

CESSIONARIA

intervenuta

1. Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c., depositato in data 13 marzo notificato in data 3 aprile unitamente al decreto OMISSIS, perché, previa dichiarazione di nullità del mutuo fondiario OMISSIS per violazione della norma imperativa di cui all'art 38 T.U.B., venisse dichiarata la nullità ex art 1939 c.c. della fideiussione da egli prestata il in favore delle resistenti relativamente alle obbligazioni nascenti da tale mutuo fondiario, con sua conseguente liberazione da ogni obbligazione comunque riferibile al mutuo e condanna in via generica al risarcimento di tutti i danni patiti in conseguenza della nullità della fideiussione.

Il FIDEIUSSORE ha spiegato che:

- la SOCIETÀ, di cui era legale rappresentate, aveva acceso, con atto OMISSIS un mutuo (qualificato) fondiario dell'importo di euro diviso equamente tra OMISSIS per l'acquisto del complesso immobiliare ubicato tra OMISSIS per l'importo di OMISSIS;
- in data OMISSIS, unitamente ad altri, aveva prestato fideiussione in favore delle due banche relativamente alle obbligazioni nascenti da tale mutuo fondiario;
- con sentenza OMISSIS, l'intestato Tribunale aveva dichiarato il fallimento della SOCIETÀ e per escutere la garanzia le banche avevano promosso una procedura esecutiva immobiliare nei suoi confronti;
- a seguito del fallimento della società, l'esperto incaricato dall'intestato Tribunale aveva valutato il bene entro una forbice compresa tra euro OMISSIS.

Tanto esposto e richiamata l'autorità di un recente orientamento di legittimità che, innovando rispetto al passato, ha indicato nell'art. 38, secondo comma, T.U.B. norma inderogabile, con conseguente nullità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità (Cass., 13 luglio 2017, n. 17352), FIDEIUSSORE ha eccepito la nullità del contratto di mutuo fondiario per violazione appunto della norma citata, la quale stabilisce che la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi e che la Deliberazione C.I.C.R. del 22 aprile 1995 ha stabilito espressamente che: "L'ammontare massimo dei finanziamenti di credito fondiario è pari all'80 per cento del

Ordinanza, Tribunale di Cagliari, Giudice Enzo Luchi, del 7 ottobre 2020

valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi. Tale percentuale può essere elevata fino al 100 per cento, qualora vengano prestate garanzie integrative.

Nel resistere, le banche convenute hanno eccepito l'inammissibilità e/o improcedibilità della domanda per difetto di legittimazione attiva del per la natura di contratto autonomo di garanzia dell'impegno assunto, sul rilievo che:

1. quella sottoscritta – al di là del *nomen iuris* - dovesse intendersi come garanzia a prima richiesta, che impegna a pagare al garantito non appena questi ne faccia richiesta, restando esclusa la possibilità di rifiutare il pagamento in base ad eccezioni relative all'obbligazione garantita;
2. la garanzia preveda che, anche nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite fossero dichiarate invalide, la fideiussione si intenderà comunque estesa a garanzia di restituzione delle somme erogate, evidente segno della funzione meramente cauzionale e del tutto indipendente della garanzia del rispetto all'obbligazione principale, in evidente totale deroga all'art 1939 c.c., e all'accessorietà appunto della fideiussione.

Nel merito, le banche convenute hanno negato la nullità del contratto di mutuo per il presunto- e totalmente indimostrato- superamento del limite di finanziabilità (sic), spiegando come:

1. nell'atto pubblico del OMISSIS, a rogito Notaio con cui era stato stipulato il mutuo - nonché assunta contestuale garanzia dal all'art 6 del contratto era precisato espressamente il valore del finanziamento, in piena e perfetta aderenza alla previsione dell'art. 38, secondo comma, T.U.B. ed alla percentuale di finanziamento, in quanto a fronte dell'erogazione complessiva pari a euro, il valore dell'immobile ipotecato fosse pari a euro OMISSIS, valori corrispondenti a quelli ricavabili dalla perizia tecnica redatta in data contestualmente all'erogazione del mutuo;
2. il valore dell'immobile ai fini dell'art. 38 cit. non debba essere necessariamente quello indicato dal consulente del Tribunale fallimentare, ossia quello cauzionale e come anzi uno dei maggiori problemi in merito alla rilevanza, ai fini della validità del mutuo, della valutazione nasce proprio dall'assoluta incertezza dei limiti ex art 38, secondo comma, T.U.B., data la totale opinabilità dei valori del bene da tenere in considerazione;
3. il criterio usato dal tecnico per il calcolo del valore dell'immobile non sia infatti un valore né un criterio assoluto e come la sua adozione non costituisca un obbligo imposto da qualsivoglia normativa al riguardo, tenuto anche conto che la perizia non riconduceva i valori dell'immobile ipotecato all'anno 2007, con evidente e palese inutilizzabilità della stessa relazione al fine di sindacare la validità del mutuo;
4. debba ritenersi che l'art 38 T.U.B. non sia norma diretta a regolare la validità del contratto bensì ad imporre una condotta la cui effettività è assicurata con rimedi sanzionatori diversi dalla nullità del contratto che è appunto esclusa).

Sotto altro profilo, le banche hanno eccepito che la contestata violazione dell'art 38 cit. avrebbe comportato al più l'invalidità parziale del finanziamento, per la parte eventualmente erogata in eccesso rispetto al valore accertato superiore al limite prescritto dalla normativa in questione e pertanto per il resto il contratto mutuo fondiario permarrrebbe pienamente valido ed efficace, così come sarebbe valida ed efficace anche la garanzia prestata.

In ulteriore subordine, le resistenti hanno eccepito come la stessa giurisprudenza di legittimità invocata dal ricorrente abbia spiegato che il mutuo dichiarato fondiario che non presenti le relative caratteristiche, per l'eventuale mancato rispetto della percentuale ex art 38 T.U.B., possa essere certamente oggetto di conversione e riuscire certamente sussumibile ed identificabile nella fattispecie negoziale di mutuo ordinario ipotecario.

Infine, le banche hanno denunciato come FIDEIUSSORE avesse di fatto ottenuto l'erogazione di una somma ingentissima in favore della società da lui stesso amministrata,

Ordinanza, Tribunale di Cagliari, Giudice Enzo Luchi, del 7 ottobre 2020

assicurando, con il proprio patrimonio ex art 2740 c.c., una ulteriore garanzia di restituzione del capitale erogato, sicché il tentativo di sottrarsi ai gravosi obblighi di adempimento che su di lui incombono con delle eccezioni strumentali e meramente pretestuose integra violazione degli obblighi di buona fede ex artt 1175 e 1375 c.c., tenuto conto che l'impegno assunto il e riconfermato dallo stesso il era sicuramente valido ed efficace ed esteso alla garanzia di indennità tesa alla restituzione delle somme erogate e, a questo punto, secondo le avverse tesi, indebitamente percepite perché sine titolo.

Tanto esposto, le banche hanno chiesto, in via gradata:

- 1) la dichiarazione di inammissibilità e/o l'improcedibilità delle avverse domande per difetto di legittimazione attiva e/o carenza d'interesse ad agire di FIDEIUSSORE
- 2) il rigetto delle domande;
- 3) la dichiarazione di invalidità solo parziale della parte di finanziamento fondiario eccedente il limite ex art 38, secondo comma, T.U.B.;
- 4) la dichiarazione della validità ed efficacia del contratto di mutuo quale contratto di mutuo ordinario e la dichiarazione della validità ed efficace della garanzia prestata e confermata dal in favore delle banche convenute;
- 5) di dichiarare il ricorrente comunque obbligato a tenerle indenni delle attribuzioni patrimoniali effettuate in favore della società, per la somma complessivamente erogata pari a euro trattandosi di somme erogate e non restituite, a titolo di ripetizione di indebito oggettivo e/o a titolo di ingiustificato arricchimento.

All'udienza OMISSIS il ricorrente ha eccepito come la qualificazione in termini di fideiussione della garanzia prestata fosse coperta dal giudicato esterno derivante dalla sentenza n. OMISSIS, pronunciata dall'intestato Tribunale tra le stesse parti, sentenza che, nel revocare alcune donazioni da egli eseguite, l'aveva espressamente qualificato in termini di fideiussore, così come aveva qualificato il rapporto come contratto di mutuo fondiario. Diffusamente confutati gli argomenti spesi dalle banche nella comparsa di risposta, il ricorrente ha così precisato le domande:

- a) in via preliminare, sulla base dell'eccepito giudicato esterno dato dalla sentenza passata in giudicato del Tribunale di Cagliari n., dichiarare che con riferimento al mutuo fondiario per cui è causa, era fideiussore della società e che, per lo stesso giudicato esterno, il mutuo per cui è causa era un mutuo fondiario;
- b) previa dichiarazione della nullità del mutuo fondiario per cui è causa [per violazione della norma imperativa di cui all' art. 38 T.U.B., dichiarare la nullità ex art. 1939 c.c. della fideiussione prestata da FIDEIUSSORE in favore delle banche resistenti relativamente alle obbligazioni nascenti da tale mutuo fondiario, con liberazione piena ed assoluta ab origine di da ogni obbligazione comunque riferibile al mutuo de quo nei confronti delle due Banche resistenti, nonché condannare, in via generica, e, al risarcimento di tutti i danni, nessuno escluso, subiti da FIDEIUSSORE in conseguenza della dichiaranda nullità della fideiussione de qua.
- c) con vittoria di compensi e spese, anche della procedura di media conciliazione.

Con comparsa CESSIONARIA, è intervenuta in giudizio, in qualità di cessionaria in blocco di crediti di tra i quali anche quello per cui è causa, la quale, precisato di avere incaricato a. della riscossione dei crediti e dei servizi di cassa e pagamento, ha fatto proprie le domande già formulate dalla cedente. Con note autorizzate, CESSIONARIA ha lamentato che controparte non avesse dato atto che la Corte di Cassazione avesse accolto -in continuità con l'orientamento da egli stesso più volte richiamato e originato dalla sentenza n. omissis - il ricorso del Fallimento della SOCIETÀ e avesse annullato il decreto con cui il Tribunale aveva ammesso fra i creditori privilegiati le banche odierne resistenti e ciò in forza del contratto di mutuo fondiario per cui è causa, nonostante tale mutuo sia nullo per violazione della norma imperativa dettata dall'art. 38 T.U.B., ossia eccesso di finanziabilità del mutuo fondiario.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sul rilievo che, a seguito della decisione della S.C., il Tribunale Fallimentare di Cagliari non avrebbe potuto che prendere atto della nullità del contratto di mutuo fondiario, il FIDEIUSSORE ha concluso che, conseguentemente, è nulla, ex art. 1939 c.c., la fideiussione rilasciata, siccome accedente a un mutuo nullo.

2. In applicazione del principio della ragione più liquida, che impone un approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica (Cass., 28 maggio 2014, n. 12002), deve valutarsi la fondatezza dell'eccezione delle banche secondo cui, anche nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite fossero dichiarate invalide, la fideiussione dovrebbe intendersi comunque estesa a garanzia della restituzione delle somme erogate.

Impregiudicata, dunque, la qualificazione della garanzia prestata dal FIDEIUSSORE in termini di garanzia fideiussoria, accessoria rispetto all'obbligazione del debitore principale, o in termini di contratto autonomo di garanzia, che obbliga il garante a tenere indenne il creditore dalla mancata prestazione del garantito, deve ritenersi che, in sede di accensione del mutuo a favore della società mutuataria garantita, il FIDEIUSSORE si sia impegnato a garantire comunque la restituzione di quanto erogato a titolo di mutuo.

In particolare, l'art. XIV del Capitolato (all. B al contratto di mutuo, doc. 2 del ricorrente) detta le clausole contrattuali regolanti la garanzia prestata, stabilendo al n. 7 che nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione s'intende [...] estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate, evidente segno della funzione (sic).

Non è revocabile in dubbio che ove anche l'intestato Tribunale, in sede di rinvio, dovesse ritenere la nullità del contratto di mutuo, non verrebbe meno, comunque, l'obbligo in capo alla società mutuataria di restituzione quantomeno del capitale ricevuto e, conseguente, i fideiussori, tra cui sarebbero tenuti alla restituzione del relativo importo.

A questo proposito, va precisato –per scrupolo di motivazione– che il FIDEIUSSORE non ha lamentato alcun circa la validità della clausola che vincoli il garante per l'ipotesi di invalidità dell'obbligazione garantita né, soprattutto, ha allegato fatti e prodotto documenti da cui possano trarsi elementi per ritenere la nullità della clausola.

In questa prospettiva, deve essere rigettata la domanda del ricorrente, dovendosi escludere che l'eventuale nullità del contratto fondiario acceso dalla società garantita dal FIDEIUSSORE escluda che il garante sia sottratto in toto dall'obbligo di rispondere almeno della restituzione del capitale mutuato.

In questa prospettiva, il FIDEIUSSORE non ha un interesse giuridicamente rilevante a una pronuncia espressa sulla validità o non del rapporto garantito, in quanto l'eventuale qualificazione da parte di questo giudice in termini di nullità del contratto non comporterebbe la sua liberazione dagli obblighi restitutori.

Conseguentemente, deve essere rigettata la domanda del FIDEIUSSORE volta a ottenere la dichiarazione di liberazione piena ed assoluta da ogni obbligazione comunque riferibile al mutuo.

Il rigetto di questa assorbe la domanda di danni proposta dall'attore.

Ordinanza, Tribunale di Cagliari, Giudice Enzo Luchi, del 7 ottobre 2020

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate ai valori minimi per le fasi studio, introduttiva e di decisione, con maggiorazione del 30% per presenza di più parti aventi stessa posizione processuale (art. 4, secondo comma, d.m. 55/2014).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente decidendo ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c.,

a. rigetta la domanda del FIDEIUSSORE volta a ottenere la dichiarazione di liberazione piena ed assoluta da ogni obbligazione comunque riferibile al mutuo;

b. condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di lite, che liquida in euro **OMISSIS**, di cui euro **OMISSIS** per compensi (di cui euro **OMISSIS** per maggiorazione per presenza di più parti aventi stessa posizione processuale, comprese spese generali oltre c.p.a. e i.v.a.)

Cagliari, 7 ottobre 2020

Il giudice
Dott. Enzo Luchi

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS