

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

www.expartecreditoris.it

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

SENTENZA

sull'appello proposto da

**BANCE CEDENTE
BANCA CESSIONARIA**

- appellanti -

contro

**SOCIETA' CLIENTE
SOCIO**

-appellati -

SOCIETA' ASSICURATRICE

-appellati -

avverso la sentenza N. 1229/2017 pubblicata dal Tribunale di Siena l'11 dicembre 2017;
sulle seguenti

CONCLUSIONI

per le appellanti BANCA CEDENTE e BANCA CESSIONARIA:

*Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Firenze, in totale accoglimento del gravame promosso da **BANCA CESSIONARIA** e **BANCA CEDENTE RIFORMARE** la sentenza del Tribunale di Siena N. 1229/2017 pubblicata l'11 dicembre 2017 e, per l'effetto, accogliere le conclusioni rassegnate da **BANCA CESSIONARIA** (già omissis) e **BANCA CEDENTE** in prime cure, che di seguito si ripropongono: reiezione di tutte le domande attrici, perché improponibili in ordine alle richieste di restituzione di somme attese che l'appellata non le ha corrisposte, e comunque infondate, anche in punto di preteso superamento del tasso soglia ex L. 108/96, per le ragioni esposte negli atti difensivi e nelle osservazioni alla CTU del CTP Dott. C.L. depositate nel giudizio di prime cure che si fanno proprie, ed essendo le somme eventualmente ritenute ripetibili da compensare con l'incontestato maggior credito di cui è ora titolare SPV S.r.l., relativo all'importo mutuato, respingendo anche la domanda di nullità del contratto di mutuo fondiario de quo ed in denegata ipotesi dichiarando la validità del mutuo di cui è causa quale mutuo ipotecario non fondiario e la validità dell'ipoteca, iscritta presso la Conservatoria dei registri immobiliari di XXX (...), a garanzia della somma mutuata alla cui restituzione gli attori sono tenuti con gli interessi convenzionali pattuiti nel contratto di mutuo, o in denegata ipotesi ricondotti entro la soglia ex L. 108/96, o in denegata ipotesi subordinata al tasso legale; nella denegata ipotesi di accoglimento anche solo in parte delle domande attrici, ritenuta l'efficacia della polizza di responsabilità civile N. (...), ora in favore di **BANCA CESSIONARIA** e di **BANCA CEDENTE**, ope legis in virtù e per effetto delle norme e dei provvedimenti attuativi di Bankitalia e dei contratti di cessione di credito menzionati in atti, dichiarare che Assicurazione E. (ora Assicurazione Ltd.), in caso di condanna di **BANCA CESSIONARIA** (già omissis) e di **BANCA CEDENTE** (già omissis), è tenuta a rilevarle indenni, nei limiti e condizioni di polizza e del suo massimale, dal pagamento di capitale, interessi e spese nei confronti di **SOCIETA' CLIENTE** e/o del sig. **SOCIO**, in relazione ai danni da essi lamentati di cui **BANCA CESSIONARIA** e **BANCA CEDENTE** fossero ritenute civilmente responsabili. Voglia conseguentemente condannare in via solidale Società S.r.l. in liquidazione e il Sig. **SOCIO** a restituire a **BANCA CESSIONARIA** gli importi ai primi versati in esecuzione della sentenza del Tribunale di Siena N.1229/2017 pari ad Euro 82.409,48 oltre interessi di legge dal giorno del versamento al saldo; condannare **SOCIETA' ASSICURATRICE** a restituire a **BANCA CEDENTE** gli importi alla prima versati in esecuzione della sentenza del Tribunale di Siena N.1229/2017 pari ad Euro 30.641,52 oltre interessi di legge dal*

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

giorno del versamento al saldo;

in ogni caso, con vittoria di spese diritti ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, come per legge

- per SOCIETA' CLIENTE e SOCIO.:

Voglia la Corte d'Appello:

Rigettare l'appello principale, perché infondato in fatto ed in diritto, quindi confermare in parte qua la sentenza impugnata;

In via di appello incidentale, in parziale riforma della sentenza di primo grado, censurare la parte della sentenza che dispone la compensazione fra la somma stabilita a titolo di risarcimento del danno – euro 1.200.000,00 –, pronuncia di cui si chiede la conferma, con la somma asseritamente dovuta quale restituzione del capitale, pronuncia di cui si chiede la riforma, confermando quindi la sola pronuncia che dispone la condanna della convenuta al risarcimento del danno in favore di parte attrice liquidato in euro 1.200.000,00.

Vinte le spese anche di questo grado di giudizio, da liquidarsi in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

- per SOCIETA' ASSICURATRICE:

Piaccia a codesta Ecc.ma Corte di Appello, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, ove l'impugnazione non fosse dichiarata inammissibile ai sensi dell'articolo 348bis cpc e previa conferma della appellata sentenza, così giudicare

*IN VIA PRELIMINARE Accertare per le ragioni esposte in narrativa la intervenuta cessazione della materia del contendere tra la appellata **BANCA CESSIONARIA** e la esponente compagnia e, per l'effetto, assumere ogni più opportuno provvedimento di legge. **NEL MERITO IN PRINCIPALITÀ** Accertare e dichiarare infondate in fatto ed in diritto tutte le domande formulate da **SOCIETA' CESSIONARIA** in liquidazione e dal signor*

*Socio nei confronti di **BANCA CESSIONARIA**; per l'effetto, Assolvere **SOCIETA' ASSICURATRICE** dalle domande di garanzia impropria svolte nei suoi confronti da **BANCA CESSIONARIA**;*

*IN VIA SUBORDINATA Nella assurda, denegata e non creduta ipotesi in cui si dovessero ritenere fondate e provate, anche solo parzialmente, le domande formulate da **SOCIETA' CLIENTE in liquidazione** e dal signor **SOCIO**., Dichiarare per i motivi dedotti in lite la inoperatività della garanzia assicurativa prestata e, per*

*l'effetto, Assolvere **SOCIETA' ASSICURATRICE** dalle domande di garanzia impropria svolte nei suoi confronti da Banca S.p.A.;*

*IN VIA DI ULTERIORE SUBORDINE Nella assurda, denegata e non creduta ipotesi in cui si dovessero ritenere fondate e provate, anche solo parzialmente, le domande formulate da Società Srl in liquidazione e dal signor **SOCIO**, Accertare e dichiarare la misura dell'indennizzo effettivamente dovuto da **SOCIETA' CLIENTE** a **BANCA CESSIONARIA** in forza della polizza di assicurazione per la responsabilità professionale bancaria*

*n. (...), tenuto conto dei termini, delle condizioni, delle esclusioni, dei massimali e delle franchigie tutti contrattualmente previsti e, per conseguenza, Limitare la condanna di **SOCIETA' ASSICURATRICE** al pagamento dell'indennizzo nella sola misura effettivamente accertata e dovuta in favore di **BANCA CESSIONARIA** in forza del contratto di assicurazione sottoscritto.*

IN OGNI CASO Con vittoria di spese e competenze di lite, oltre IVA e CPA sulla parte imponibile, rimborso forfetario, sentenza e successive occorrende.

FATTI DI CAUSA

Con atto di citazione notificato il 12 settembre 2013, **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO** convenivano davanti al Tribunale di Siena la **BANCA CESSIONARIA** deducendo la nullità del mutuo fondiario stipulato il 27 dicembre 2006 per l'importo di € 1.200.000,00 con piano di ammortamento decennale al tasso Euribor 6M + spread 1% assistito da garanzia ipotecaria iscritta per € 2.400.000,00 anche su beni dei terzi detentori di ipoteca XXX e **SOCIO** Gli attori riferivano che, a seguito di mancati pagamenti, **BANCA CESSIONARIA** aveva promosso azione esecutiva sugli immobili ipotecati, mentre **SOCIETA' CLIENTE**, nel frattempo messa in liquidazione, aveva presentato in data 3 novembre 2013 domanda di concordato preventivo. Nel merito, gli attori lamentavano anzitutto la nullità del mutuo, sia per il

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

superamento del limite finanziabile ex art. 38 TUB, sia perché avente natura simulata, in quanto destinato in realtà alla società, sempre riconducibile a **SOCIO.**, in ogni caso contestavano la natura usuraria delle penali e delle spese applicate sul conto corrente di appoggio del mutuo e sul mutuo stesso, l'illegittima capitalizzazione degli interessi sul mutuo, la violazione del principio di trasparenza e dell'art. 1375 c.c. rispetto alla clausola che determinava il saggio degli interessi convenzionali, nonché l'illegittima segnalazione a sofferenza operata da **BANCA CESSIONARIA** nei confronti di Società.

Costituendosi in giudizio, **BANCA CESSIONARIA** contestava sotto ogni profilo la fondatezza delle domande avverse, di cui chiedeva il rigetto integrale con vittoria di spese e, in subordine, eccepiva comunque la compensazione tra le eventuali somme da riconoscere agli attori ed il maggior credito derivante dalla erogazione del mutuo, inoltre chiamava in causa per manleva la **SOCIETA' ASSICURATRICE** con la quale aveva stipulato una polizza per la copertura assicurativa di azioni/omissioni dannose compiute nell'ambito dell'attività bancaria.

Assicurazione si costituiva nel giudizio, da un lato aderendo alla prospettazione di **BANCA CESSIONARIA** rispetto alle domande formulate da **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO**, d'altro lato eccependo l'inoperatività della polizza nel caso in esame, relativo a condotte fraudolente o comunque a violazioni intenzionali di legge escluse dalla copertura assicurativa.

All'udienza del 7 luglio 2016, la causa veniva interrotta a seguito della sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa. Previa rituale riassunzione, si costituiva in giudizio la **BANCA MUTUANTE**, sia in proprio, quale avente causa di **BANCA MUTUANTE** ex art. 43 D. Lgs. 180/2015, sia quale *servicer* incaricato da **BANCA CEDENTE** (d'ora in poi solo **REV**), la quale per effetto del provvedimento della Banca d'Italia del 26 gennaio 2016 era divenuta cessionaria ex artt. 46 e 47 D. Lgs. 180/2015 di tutti i crediti in sofferenza risultanti dalla situazione patrimoniale di **BANCA CEDENTE** al 30 settembre 2015 (ivi compreso il rapporto controverso). Nel merito, i soggetti subentrati facevano integralmente proprie le difese e domande di **BANCA CESSIONARIA**.

Si costituiva nuovamente anche Assicurazione, che, eccettiva in via preliminare l'intervenuta cessazione della materia del contendere rispetto alla domanda di manleva svolta da BDC, faceva proprie nel merito le difese e le domande pregresse.

All'esito dell'istruttoria, espletata una CTU contabile (affidata al dott. **omissis.**), con sentenza pubblicata l'11 dicembre 2017, il giudice adito così decideva: *“accoglie la domanda / dichiara la nullità del mutuo fondiario stipulato tra SOCIETA' CLIENTE e BANCA CESSIONARIA il 27.12.2006 / revoca l'iscrizione ipotecaria sui beni di SOCIETA' CLIENTE / ordina al Conservatore dei Registri immobiliari di cancellare l'ipoteca iscritta sugli immobili del Comune di (...). Con esonero da ogni responsabilità / condanna parte convenuta BANCA CESSIONARIA, in persona del legale rappresentante pro tempore / Alla restituzione in favore di parte attrice della somma di euro 48.300,00 / Al risarcimento del danno in favore di parte attrice che si liquida complessivamente in euro 1.200.000,00, somma interamente compensata con la sorte capitale del mutuo”*. Senza menzionare Assicurazione in dispositivo, il giudice affermava in motivazione che *“parte terza non è tenuta a manlevare parte convenuta perché l'art. 4B della polizza esclude espressamente danni che siano conseguenza diretta o indiretta conseguente violazioni di legge”*. **BANCA CESSIONARIA** veniva infine condannata al pagamento integrale delle spese di CTU e delle spese legali, liquidate in € 27.803,00 oltre accessori a favore di Società e Socio, nonché in € 21.000,00 oltre accessori a favore di Assicurazione.

Con atto di citazione in appello notificato il 31 maggio 2018, **BANCA CEDENTE** (quale mandataria di **OMISSIS** cessionaria del credito derivante dal mutuo) e **BANCA CESSIONARIA**. (quale incorporante **OMISSIS**, d'ora in poi solo Banca) si dolevano congiuntamente della decisione e ne chiedevano la integrale riforma, sulla base di quattro motivi, così riassunti dalla difesa stessa: *“i primi tre motivi, dedotti in via principale, inerivano rispettivamente i capi della sentenza aventi ad oggetto l'accertamento della natura usuraria degli interessi moratori pattuiti nel mutuo e la conseguente dichiarazione di nullità, l'ulteriore declaratoria di nullità del mutuo per violazione dei limiti di finanziabilità del credito fondiario ex art. art. 38 t.u.b. e l'accoglimento della domanda risarcitoria degli attori. Con il quarto motivo, dedotto in via subordinata per il caso di rigetto dei precedenti, veniva censurata la statuizione di rigetto della domanda di manleva spiegata in prime cure nei confronti della*

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

Compagnia Assicurativa" (pag. 9 comparsa conclusionale).

SOCIETA' CLIENTE e **SOCIO** si costituivano, non soltanto per resistere al gravame avverso, giudicato totalmente infondato in fatto ed in diritto, ma anche per chiedere a propriavolta una parziale riforma della sentenza di primo grado, segnatamente nella parte in cui aveva disposto la compensazione fra la somma di € 1.200.000,00 accordata a

titolo di risarcimento del danno e la somma equivalente "asseritamente" dovuta a titolo di restituzione del capitale mutuato, dal cui obbligo di pagamento chiedevanodi essere assolti, "confermando quindi la sola pronuncia che dispone la condanna della convenuta al risarcimento del danno in favore di parte attrice liquidato in euro 1.200.000,00".

Anche **SOCIETA' ASSICURAZIONE** si costituiva in giudizio, insistendo in via preliminare sull'intervenuta cessazione della materia del contendere nel rapporto con l'assicurato, in quanto "il trasferimento del diritto controverso nel presente giudizio in data antecedente alla spiegata riassunzione determinava la cessazione della materia del contendere tra - quale unico soggetto che nei termini ha evocato in giudizio l'Assicuratore al fine di essere garantita - e la esponente compagnia" (pag.15 comparsa). Nel merito, la terza chiamata chiedeva in via principale di accertare edichiarare infondate tutte le domande formulate da Società e da Socio contro Banca e SPV, assolvendo per l'effetto Assicurazione dalle domande di garanzia, mentre soltanto in via subordinata ribadiva la inoperatività della copertura assicurativa.

Senza svolgimento di alcuna attività istruttoria, disposta per l'udienza del 10 novembre 2020 la trattazione scritta a norma dell'art. 83 comma 7 lett. H del D.L. N.18/2020 convertito in legge N.27/2020 e successive modificazioni, la causa venivatrattenuta in decisione sulle conclusioni riportate in epigrafe e discussa all'odierna camera di consiglio dopo la decorrenza dei termini concessi per il deposito delle difese conclusionali.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Tribunale di Siena ha giudicato nullo il mutuo controverso per due ragioni: I) l'illegittima applicazione di interessi usurari e II) il superamento del limite di finanziamento fondiario.

Quanto alla prima questione, il giudice ha travisato le valutazioni del CTU, il qualenon è mai pervenuto ad un'affermazione del genere, essendosi limitato ad affacciarel'ipotesi, sotto postulati interpretativi opinabili e sotto condizioni fattuali dichiaratamente non verificabili, che il giudice avrebbe dovuto sviscerare ed invece ha lasciato neglette. In ordine ai postulati interpretativi, non v'è motivo di discostarsi dai raggiungimenti della più aggiornata ed autorevole giurisprudenza di legittimità, a mente della quale: "la disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del tasso effettivo globale medio (TEGM) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2 comma 1 della l. N.108 del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, ne consegue che, in quest'ultimo caso, il tasso-soglia sarà dato dal TEGM incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dal quarto comma dell'art. 2 sopra citato, mentre invece, laddove i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il Tasso effettivo globale (TEG) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il TEGM così come rilevato nei suddetti decreti. Dall'accertamento dell'usurarietà discende l'applicazione dell'art. 1815 comma 2 c.c., di modo che gli interessi moratori non sono dovuti nella misura (usura) pattuita, bensì in quella dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224 comma 1 c.c." (massima tratta da Cass. S.U. N.19597/2020).

Nella specie, il tasso di mora pattuito era del 7,75% (cfr. pag. 15 rel. CTU), il tassosoglia di usura semplice era del 7,155% (cfr. pag. 9 rel. CTU) ed il coefficiente in aumento ai fini moratori calcolato nella prospettiva della L. N.108/1996 dalla Bancad'Italia con nota 3 luglio 2013 era del 2,1%, sicché in definitiva il tasso contrattualmente previsto (7,75%) risulta inferiore al tasso soglia composto applicabile (9,255%).

Del resto, come si desume dall'ultima parte della massima giurisprudenziale sopra citata, l'eventuale superamento non avrebbe comunque provocato la nullità radicale del rapporto di mutuo, ma soltanto della pattuizione relativa alla mora, con la conseguente applicazione degli interessi corrispettivi

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

lecitamente convenuti dalle parti, pacificamente in misura inferiore alla soglia usuraria.

È il caso di notare, infine, che le controparti appellate costituendosi in questo grado di giudizio non hanno minimamente contestato i motivi di doglianza sviluppati sul punto dalle controparti appellanti, concentrando le difese sui limiti del finanziamento fondiario, il che offre la miglior riprova della erroneità della decisione in commento.

Passando all'esame della seconda questione, occorre ricordare che l'art. 38 TUB pone un limite al finanziamento fondiario, rimettendone la determinazione al CICR, il quale, con delibera del 22 aprile 1995, lo ha stabilito nell'80% del valore dell'immobile dato in garanzia ipotecaria.

In linea di fatto, bisogna ritenere che detto limite sia stato nella specie oltrepassato. Parte attrice-appellata ha prodotto la relazione di stima redatta dal CTU arch. E. M. nell'ambito della procedura immobiliare promossa davanti al Tribunale di Siena (ex Montepulciano), dalla quale perizia emergono i seguenti valori degli immobili oggetto dell'ipoteca:

- lotto A € 237.661,27

- lotto B1 € 205.126,78

- lotto B2 € 13.639,05 - lotto B3 € 40.028,63 per la somma totale di € 496.509,73 di gran lunga inferiore a quella di € 1.200.000,00 mutuata, in percentuale quindi ampiamente eccedente la soglia di finanziabilità fondiaria.

L'entità macroscopica del superamento fa ritenere superflui ulteriori accertamenti sul punto, tanto più che i beni erano gravati da altre iscrizioni pregresse e la Banca non ha sollevato sul tema contestazioni meritevoli di approfondimento, essendosi limitata a segnalare che l'accennata perizia, concepita nel 2013 in ottica di svendita liquidatoria, risente della nota crisi del mercato immobiliare scoppiata nel 2008, mentre l'erogazione del mutuo risaliva al 2006, quando i valori degli immobili si trovavano ai massimi storici. Le obiezioni non convincono, in primo luogo perché quel che si chiede al CTU nell'ambito di un'esecuzione immobiliare è proprio una stima di mercato, non una stima vile per facilitare la vendita, anzi semmai l'esperienza insegna che nelle esecuzioni immobiliari le aste vanno spesso deserte a causa dell'eccessività delle stime, costringendo ad applicare ribassi; in secondo luogo, non v'è dubbio che dal 2006 al 2013 i valori immobiliari abbiano subito una flessione, ma non in misura così accentuata da riassorbire il notevolissimo scarto di valore rilevato (circa 500 contro 1.200) rispetto alla percentuale di finanziabilità (80 contro 100), tanto più che ai fini in discussione è d'uopo mantenere un atteggiamento estimativo prudenziale, rifacendosi al c.d. "valore cauzionale" del bene.

Assodato lo sfioramento del limite, occorre trarne le conseguenze giuridiche. Sul tema la Suprema Corte s'era orientata in un primo tempo a ritenere che l'erogazione di un mutuo fondiario oltre il limite di finanziabilità non pregiudicasse la validità e l'efficacia del rapporto, bensì comportasse soltanto l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla disciplina di settore (così Cass. N.26672/2013, Cass. N.9132/2016, Cass. N.447/2016 e Cass. N.13164/2016), ma la giurisprudenza di legittimità più recente è andata in contrario avviso: *"in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38 comma 2 del d.lgs. N.385 del 1993 è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti), e costituisce un 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 mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa"* (massima da Cass. N.17352/2017, conformi Cass. N.19016/2017 e Cass. N.13286/2018).

Una volta ammessa, per le ragioni condensate nella massima (che sarebbe qui superfluo ripercorrere), la nullità del mutuo fondiario sotto garantito, resta da stabilire se ne derivi la vanificazione totale del rapporto, oppure sia possibile e sotto quale profilo la sua *reductio ad legitimitatem*. Il giudice di primo grado si è attenuto alla prima soluzione, quella della nullità radicale del rapporto, ma la decisione non convince, anzi desta perplessità, in quanto appare disarmonica al sistema e, nelle conseguenze che ne sono state tratte, addirittura contraria al più elementare buon senso.

La *ratio* della supergaranzia che a norma dell'art. 38 TUB deve assistere il mutuo fondiario sta nell'esigenza di salvaguardare la solidità patrimoniale della singola banca erogante e, con essa, del sistema bancario in generale: *"la norma in esame è in prima battuta finalizzata per impedire lo squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito e quindi prevenire per quanto possibile il rischio di*

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

*sovraesposizione, rappresente comunque il mezzo per raggiungere l'obiettivo di una sana e prudente gestione dell'attività del singolo operatore professionale del mercato creditizio in generale e bancario in particolare, significativamente sottoposto ad un sistema pubblicistico di vigilanza assai sofisticato: principio, questo della sana e prudente gestione, infine positivamente recepito già dall'art. 5 del medesimo t.u.b.. A sua volta, la sana e prudente gestione del singolo operatore è certo lo strumento primario per il raggiungimento dello scopo generale di stabilità, correttezza, efficienza e competitività di quel mercato: tanto non soltanto corrisponde ad elementari nozioni di economia (in base alle quali la stabilità dei singoli operatori è comunque preconditione, ovvero condizione necessaria benché non sufficiente, della stabilità del mercato che quelli compongono), ma è del resto reso evidente, se non in base alla prova controfattuale data dalla serie di devastanti conseguenze negative per l'economia a livello nazionale e mondiale delle crisi degli operatori creditizi già dal primo decennio di questo secolo, anche dal rilievo dei sempre più frequenti interventi di salvataggio di singoli operatori di quel mercato posti a carico dell'erario per una pubblicistica valutazione di intollerabilità del negativo impatto degli effetti cumulativi delle crisi di quelli, in ultima analisi, sull'economia nazionale" (Cass. N.17439/2019). È evidente che nell'economia della dialettica negoziale in commento l'interesse del mutuuario si pone tendenzialmente sul fronte antitetico a quello tutelato, in quanto egli mira ad ottenere il massimo finanziamento con la prestazione della minima garanzia. Tale osservazione svela la sconcertante incongruità della decisione impugnata, che, dopo avere dichiarato nulla l'erogazione del mutuo fondiario sottogarantito, finisce per risarcire paradossalmente il mutuuario, assicurandogli a titolo "risarcitorio" la disponibilità definitiva del *tantumdem*, espunto dal patrimonio della banca e di conseguenza dalla solidità del sistema bancario. In parole povere, nel rapporto banca-cliente il Tribunale dice a quest'ultimo: siccome il finanziamento era poco garantito, puoi tenerlo; mentre dice alla banca: siccome non ti sei procurata sufficienti garanzie, perdi tutto il capitale. Ora, se i fondi erogati in maniera troppo allegra finissero in un fondo di garanzia per la stabilità del sistema creditizio la cosa potrebbe anche avere un senso, mentre diventa assolutamente illogica se impoverisce la banca per arricchire il cliente favorito dalla violazione, realizzando dal punto di vista normativo una perfetta eterogenesi dei fini. È appena il caso di aggiungere che la nullità in discussione non costituisce evento risarcibile imputabile alla banca, ma semmai è prodotta dalla comune volontà delle parti, tenute ugualmente a rispettare le norme imperative nel regolare l'assetto dei propri interessi negoziali.*

*Ma, al di là di questo, *quod nullum est nullum producit effectum*, come recita l'antico brocardo, e pertanto, se davvero la nullità in commento fosse integrale, il capitale dovrebbe tornare alla banca piuttosto che rimanere al cliente. Trascurando l'abnorme decisione "risarcitoria" qui impugnata, anche il presupposto basilare da cui discende, ovvero quello dell'annientamento totale della validità del rapporto, sembra comunque molto discutibile. In linea generale, il sistema è infatti prudente, se non addirittura riluttante, nell'eliminare completamente gli effetti di un regolamento negoziale voluto dalle parti quando la lesione dell'interesse tutelato da cui deriva la nullità riguarda un aspetto particolare che può essere congruamente rimediato; basti pensare ai principi della conservazione (art. 1367 c.c.) e della integrazione secondo buona fede del contratto (art. 1374 c.c.), nonché della sostituzione automatica di clausole illecite (art. 1339 c.c.) e, soprattutto, della nullità parziale (art. 1419 c.c.), che tende a salvare sempre il salvabile nel rapporto contrattuale: "la nullità della singola clausola contrattuale comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio utile per inutile non vitiatur, la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito" (massima da Cass. N.23950/2014).*

Nella stessa ottica, quella del salvare il salvabile, opera il meccanismo della conversione del contratto nullo (art. 1424 c.c.), richiamando il quale la giurisprudenza di legittimità ha sempre ammesso l'opportunità di trasformare il mutuo fondiario sottogarantito in un mutuo ipotecario comune: "in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. N.385 del 1993, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità di quest'ultimo; rimane, peraltro, salva la possibilità della sua conversione in ordinario finanziamento ipotecario qualora, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto e all'intento pratico perseguito dalle parti, emerga che il conseguimento dei peculiari vantaggi fondiari non ha costituito la ragione unica o

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

determinante dell'operazione" (massima da Cass. N.11201/2018); seppure con l'importante precisazione che il meccanismo non può operare d'ufficio, bensì postula una rituale istanza di parte: *"in tema di richiesta di conversione del contratto nullo di mutuo fondiario in contratto di mutuo ipotecario ordinario, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità non può estendersi alla conversione del contratto nullo, ostandovi la previsione di cui all'art. 1424 c.c.; è tuttavia ammissibile l'istanza in tal senso avanzata dalla parte nel primo momento utile successivo alla rilevazione suddetta, poiché è consequenziale alla rilevata nullità dell'unico titolo posto a fondamento dell'originaria domanda"* (massima da Cass. N.13286/2018).

Nel quadro delineato, il rimedio della conversione, per quanto indubbiamente pertinente, sembra tuttavia superfluo allo scopo di degradare il mutuo fondiario in mutuo ipotecario comune, avendo a che fare con figure riconducibili allo stesso tipo, legate da un rapporto di *genus a species*, mentre l'istituto in commento opera per definizione tra uno schema contrattuale e l'altro. Restando all'interno della stessa tipologia, una volta esclusa la validità delle clausole specializzanti, l'accordo è destinato per sua natura a rientrare nella categoria di base, a meno che la volontà delle parti non fosse esclusivamente orientata alla configurazione speciale. Davanti alla constatazione del superamento del limite di finanziabilità, la sanzione coerente allo spirito dell'ordinamento consiste insomma semplicemente nell'eliminare il peculiare regime fondiario, riconducendo l'accordo di finanziamento alla disciplina della figura basilare, sempreché il risultato non si ponga in contrasto con la contingente volontà delle parti. In fondo, il mutuo fondiario è soltanto un mutuo ipotecario assistito da particolari privilegi (essenzialmente in ordine al consolidamento e alle modalità del procedimento esecutivo), subordinati tra l'altro alla rassicurante capienza della garanzia patrimoniale. Venuto meno il crisma prudenziale che caratterizza lo schema peculiare, si ricade naturalmente nell'ipotesi comune, sicché sembra illogico propagare la nullità che affligge l'assetto speciale alla disciplina ordinaria di base, a meno che il perseguimento dei privilegi fondiari non sia la ragione determinante della stipulazione.

In sostanza, ai fini di discussione, il discrimine tra mutuo ordinario e mutuo fondiario sta nella soglia prudenziale della garanzia patrimoniale, ma non tocca gli estremi strutturali della fattispecie, sicché il superamento del limite di finanziabilità fondiaria non urta alcun elemento imperativo dello schema contrattuale fondamentale, che resta valido, se voluto dalle parti. Del resto, quando la legge, a determinati fini di tutela, sottopone la volontà negoziale a limitazioni inderogabili di carattere economico, l'eventuale violazione comporta il tramonto della tutela particolare, ma giammai esclude l'operatività della disciplina ordinaria applicabile fuori da quei limiti. Sovviene, tra le tante, l'ipotesi della locazione agevolata sotto il profilo fiscale laddove il canone venga calmierato entro un certo limite. È chiaro che la violazione del limite comporterebbe la perdita dei vantaggi fiscali, ma non certo il venir meno della locazione. Se la "locazione calmierata" fosse un tipo autonomo, allora il superamento del calmiere ne comporterebbe la nullità, ma, appartenendo essa alla grande famiglia della locazione, non si vede perché l'eventuale superamento dovrebbe annientare gli effetti della volontà contrattuale tranquillamente riferibile alla famiglia. Tanto nel caso della locazione calmierata, quanto nel caso del mutuo fondiario, si tratta di situazioni in cui la violazione di una soglia economica protetta (al fine di mitigare il mercato degli affitti, oppure di salvaguardare l'equilibrio del sistema creditizio) comporta ugualmente l'invalidità della disciplina specifica, ma non la vanificazione integrale del rapporto obbligatorio, senza nemmeno bisogno di convertirlo, bensì semplicemente riducendolo alla valida struttura basilare.

Sebbene non chiamata a decidere sul punto, bensì in funzione per così dire di *obiter dictum*, la Suprema Corte ha avuto modo di considerare l'ipotesi della riqualificazione del mutuo fondiario in mutuo ordinario, mostrando aperture possibilistiche: *"la speciale disciplina del credito fondiario presuppone il rispetto (...) di quei requisiti minimi dettati dalla legge per la qualificazione di un mutuo ipotecario come fondiario, come previsti già dal richiamato art. 38 t.u.b.; ciò che non necessariamente deve condurre alla drastica conclusione della nullità del contratto di mutuo e della correlata stipulazione della relativa garanzia ipotecaria in caso di violazione di quella norma (...) Ora, la fondamentale pronuncia di Cass.17352/17 cit., confermata dalla prevalente giurisprudenza successiva, ricostruisce la violazione della norma sui limiti di finanziabilità fondiaria come causa di nullità del contratto di mutuo e di concessione della relativa garanzia sul presupposto evidente che si tratti di un tipo negoziale diverso o comunque di un contratto differente rispetto al mutuo ipotecario ordinario: tale è la premessa della conclusione della ammissibilità esclusivamente di una conversione ai sensi dell'art.1424 cod. civ.,*

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

a mente del quale, come è noto, il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità. Una tale conclusione è però stata oggetto di vivace critica ad opera di avvertita dottrina e di una parte della giurisprudenza di merito, tra l'altro sotto il profilo: dell'eccesso della misura applicata rispetto alla finalità della norma violata, esigendosi dall'interprete il rispetto di un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità tra interesse lesa e rimedio prescelto; dei dubbi sulla ricorrenza stessa dei presupposti di quell'istituto, per la perplessità sulla configurazione di diversità dei tipi negoziali coinvolti, anziché di un rapporto di specie a genus tra mutuo fondiario e mutuo ipotecario, vista la preponderanza di elementi in comune e la presenza, nel primo, soltanto di elementi accidentali caratterizzanti; della complessità della ricostruzione di una consapevolezza e volontà delle parti in relazione al carattere aleatorio della stima cui ancorare la convertibilità; della conseguenza di notevoli limitazioni alla proposizione dell'istanza di conversione; delle cospicue conseguenze sulla stabilità patrimoniale delle stesse banche inosservanti delle condizioni per il riconoscimento del carattere fondiario del mutuo. E non è mancata un'opinione intermedia, la quale - fermo il presupposto che il limite di finanziabilità posto dall'art. 38 non sia mera regola di condotta della banca - risolve la questione sul piano della qualificazione giuridica del contratto, ritenendo che, al di là del nomen iuris utilizzato dalle parti, il mutuo pur qualificato come fondiario, ove non in regola con le disposizioni dell'art. 38 t.u.b. per intervenuto superamento dei limiti di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo ipotecario: con la conseguenza che il superamento del limite di finanziabilità non comporterebbe, in quanto ad esso estrinseco, la nullità del sinallagma né la verifica della possibilità di dar luogo alla conversione in altro tipo di contratto, ma semplicemente la disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione del contratto di mutuo ipotecario originario e della garanzia ipotecaria" (Cass. N.17439/2019).

Nella convinzione, per le ragioni accennate, che quest'ultima sia la strada interpretativa corretta e praticabile, **va nella specie operata la riqualificazione del rapporto obbligatorio inter partes alla stregua di ordinario mutuo ipotecario**, col conseguente rigetto di tutte le domande proposte da parte attrice. In fatto, risulta invero evidente, da un lato, che la banca ritiene sufficientemente garantito il finanziamento erogato, tanto che paradossalmente considera esigua la stima della garanzia immobiliare indicata dalla controparte, d'altro lato quest'ultima, avendo beneficiato di un finanziamento assai più generoso della garanzia offerta, non ha evidenziato in giudizio la benché minima ragione per rifiutarlo, anzi ha manifestato tutta l'intenzione di trattenerlo col pretesto della violazione del limite di finanziabilità fondiaria.

Ogni altra questione appare pleonastica, ove non assorbita o superata. In particolare: l'appello incidentale di Società e Socio, volto ad elidere addirittura l'obbligo di restituzione dei fondi erogati da BDC, si pone in stridente contrasto con le argomentazioni svolte, mentre il rapporto di garanzia assicurativa tra gli appellanti e la terza chiamata Assicurazione deve ritenersi tuttora in vita per effetto del subentro generale verificatosi nei rapporti pendenti della vecchia **BANCA CESSIONARIA**, tuttavia non ha ragione di operare in assenza del "sinistro".

Quanto alla regolazione delle spese processuali, alla sostanziale soccombenza di Società e Socio nell'ambito del rapporto litigioso principale, segue la condanna solidale dei medesimi al rimborso delle spese relative ai due gradi, che, tenuto conto della natura e del valore della causa, si liquidano a favore delle appellanti in € 27.803,00 per quanto concerne il primo grado, nonché in € 22.917,00 per quanto concerne il presente grado (di cui € 7.064,00 per fase di studio, € 4.107,00 per fase introduttiva, nulla per inesistente fase istruttoria ed € 11.746,00 per fase decisoria), il tutto oltre al 15% per spese forfettarie, oltre al trattamento fiscale e previdenziale di legge, a cui si aggiunge l'importo di € 2.556,00 per esborsi (contributo unificato ebollo). Anche l'onere della CTU di primo grado, va traslato interamente a carico di Società e Socio.

I medesimi vanno altresì condannati, secondo il principio di causalità, al pagamento in solido delle spese processuali a favore del terzo chiamato Assicurazione, che, in considerazione del ruolo più defilato, si liquidano in € 21.000,00 per quanto concerne il primo grado, nonché in € 18.000,00 per quanto concerne il presente grado (di cui € 6.000,00 per fase di studio, € 3.000,00 per fase introduttiva, nulla per inesistente fase istruttoria ed € 9.000,00 per fase decisoria), il tutto oltre al 15% per spese forfettarie, oltre al

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

Sentenza, Corte d'Appello di Firenze, Sez. II, Pres.Rel. Monti del 30 giugno 2021 n.1327

trattamento fiscale e previdenziale di legge.

La riforma della sentenza impugnata, comporta infine la condanna solidale di Società e Socio, nonché di Assicurazione, alla restituzione alle appellanti degli importi ingiustamente versati in forza della provvisoria esecutività della pronuncia, nella misura documentata di € 82.409,48 a favore dei primi e di € 30.641,52 a favore

della seconda, in ambedue i casi oltre agli interessi legali dal giorno del versamento al saldo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa, in

RIFORMA

della sentenza N.1229/2017 pubblicata dal Tribunale di Siena l'11 dicembre 2017:

1) operata la riqualificazione del rapporto di finanziamento controverso alla stregua di comune mutuo ipotecario, respinge tutte le domande proposte da **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO** contro **BANCA CEDENTE** e **BANCA CESSIONARIA**.;

2) condanna in via solidale **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO** al pagamento delle spese di CTU di primo grado, come ivi liquidate;

3) condanna in via solidale **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO**. al pagamento delle spese processuali dei due gradi, liquidate in complessivi € 50.720,00 oltre agli accessori indicati in motivazione a favore di **BANCA CEDENTE** e **BANCA CESSIONARIA**.;

4) condanna in via solidale **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO** al pagamento delle spese processuali dei due gradi, liquidate in complessivi € 39.000,00 oltre agli accessori indicati in motivazione a favore di **SOCIETA' ASSICURAZIONE**. ;

5) condanna in via solidale **SOCIETA' CLIENTE** e **SOCIO** alla restituzione a favore di **BANCA CEDENTE** e **BANCA CESSIONARIA** della somma di € 82.409,48 incassata in forza della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, oltre agli interessi legali dal versamento al saldo; condanna Assicurazione E. alla restituzione a favore di **BANCA CEDENTE** e **BANCA CESSIONARIA**. della somma di € 30.641,52 incassata in forza della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, oltre agli interessi legali dal versamento al saldo;

dispone che in caso di divulgazione della presente sentenza fuori dell'ambito strettamente processuale siano eliminati i dati identificati delle parti ai sensi dell'art.52 del D. Lgs N.196/2003

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