*[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sezione III, in persona del G.U. Dr.ssa Marta Sodano, ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

Nella causa civile iscritta al **R.G.A.C. N. xxxx/2019** avente ad oggetto contratto di mutuo fondiario pendente

**TRA**

**MUTUATARIO**;

attore

**E**

**BANCA INCORPORANTE**;

convenuta e attrice in riconvenzionale

**CONCLUSIONI**

Le parti costituite hanno concluso riportandosi a tutti i propri atti e scritti difensivi, nonché alle note di trattazione scritta depositate all’udienza di precisazione delle conclusioni del 30.11.2021.

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con atto di citazione ritualmente notificato, il sig. **MUTUATARIO** ha evocato in giudizio la **BANCA INCORPORANTE**, e premettendo di aver sottoscritto il contratto di mutuo fondiario in data 19.4.2005 con **BANCA MUTUANTE** (ora **BANCA INCORPORANTE**.), di importo pari ad € 135.000,00, da restituire in 360 rate mensili da corrispondersi in 30 anni ha dedotto che il mutuo in oggetto –anticipatamente estinto 17/10/2008 - sarebbe nullo per violazione dell’art. 38, comma 2, D. Lgs. n. 385/1993, non essendo stato rispettato il limite di finanziabilità – pari all’80% del valore del bene ipotecato – previsto dalla delibera CICR del 22/4/1995, essendo stato acquistato il bene ipotecato dietro versamento del prezzo di € 67.000,00.

Sulla scorta di tali rilievi, parte attrice ha sollecitato la restituzione delle somme versate a titolo di interessi sino alla data di estinzione del rapporto di mutuo, chiedendo accertarsi e dichiararsi *la nullità del mutuo ex art. 38 e ss. d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 e D.P.R. 29 settembre 1973 n. 601, per l’importo di € 135.000,00 sottoscritto in data 19 aprile 2005, con atto per Notaio* ***OMISSIS****, Rep. xxxxx, racc. xxxxx, dalla* ***BANCA MUTUANTE*** *con il signor* ***MUTUATARIO*** *contratto di mutuo, per tutto quanto ampiamente esposto in atti; - per l’effetto, condannare la* ***BANCA INCORPORANTE****, (incorporante per fusione* ***BANCA MUTUANTE****), alla ripetizione ovvero al rimborso in favore del signor* ***MUTUATARIO*** *delle somme indebitamente corrisposte in virtù del mutuo ex art. 38 e ss. d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 e D.P.R. 29 settembre 1973 n. 601, per l’importo di € 135.000,00 sottoscritto in data 19 aprile 2005, con atto per Notaio* ***OMISSIS****, Rep. xxxxx, racc. xxxxx, a titolo di interessi e quantificate in € 22.657,46 ovvero a quella diversa somma che dovesse essere accertata in corso di causa, per tutto quanto ampiamente esposto in atti”.* Il tutto con vittoria di spese di lite.

In via istruttoria, l’attore ha chiesto disporsi Consulenza Tecnica d’Ufficio volta a determinare il valore della porzione immobiliare facente parte del corpo di fabbrica “B” nel complesso edilizio di nuova costruzione denominato (omissis), avente accesso sia dalla (omissis) e sia dalla via (omissis) all’epoca della concessione in garanzia del mutuo sottoscritto in data 19 aprile 2005.

Con comparsa di costituzione e risposta contenente domanda riconvenzionale depositata il 9/9/2019, si è costituita in giudizio **BANCA INCORPORANTE**, la quale in via preliminare, ha eccepito la prescrizione quinquennale, ex art. 2948, n. 4, c.c., dei diritti azionati da parte attrice, aventi ad oggetto le pretese di restituzione delle somme versate a titolo di interessi in relazione al contratto di mutuo predetto. In particolare, la banca convenuta ha ritenuto che il *dies a quo* del termine di prescrizione dovesse essere individuato nella data in cui sono state corrisposte dalla parte mutuataria le rate mensili di mutuo, comprensive della quota interessi (in particolare, il contratto fissava l’addebito della rata entro il giorno 19 di ciascun mese, a decorrere dal 19.5.2005 ed il mutuo è stato estinto in data 17/10/2008).

In via subordinata, ha eccepito la prescrizione ordinaria decennale, ex art. 2946 c.c., decorrente sempre dalla data di ciascun addebito mensile.

Nel merito, ha eccepito: a) che controparte alcuna prova ha fornito circa i versamenti ritenuti indebiti; b) che non sussiste la violazione del limite di finanziabilità, sostenendo che tale limite va determinato “*in funzione del valore del bene ipotecato”*, che è stato determinato da un tecnico incaricato dalla Banca nell’importo di € 170.000,00 alla data dell’8/4/2005, e non in funzione del prezzo di acquisto dello stesso bene. Con la conseguenza che l’importo concesso a mutuo dalla Banca, pari ad € 135.000,00, rispetta puntualmente il detto limite di finanziabilità essendo pari l’80% di € 170.000,00 ad € 136.000,00.

In subordine, la Banca ha eccepito che, sebbene nella giurisprudenza non esista un orientamento univoco circa la sorta del contratto di mutuo fondiario in caso di superamento del limite sancito nella delibera CICR del 22.4.1995, l’orientamento prevalente è comunque volto a considerare l’art. 38, comma 2 del TUB non una norma di validità, bensì una norma di comportamento, la cui violazione è sanzionata con rimedi diversi dalla nullità del contratto.

Da ultimo, in via riconvenzionale subordinata, la Banca, in ipotesi di accoglimento della domanda di nullità, ha chiesto la conversione del contratto di mutuo fondiario in un ordinario contratto di finanziamento ipotecario. Il tutto con vittoria di spese.

Espletato negativamente il procedimento di mediazione, concessi alle parti i termini ex art. 183, comma 6, c.p.c., ritenuta la superfluità della CTU articolata da parte attrice, il procedimento è stato rinviato per la precisazione delle conclusioni all’udienza del 30/11/2021 tenuta nella forma della trattazione scritta, stante il perdurare dello stato emergenziale derivante dalla diffusione del virus COVID 19 e la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c.

1. ***questioni preliminari***

In via preliminare, si dà atto che la scrivente è subentrata al precedente magistrato titolare del ruolo in data 18.10.2019 come da decreto del Presidente del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, con il quale è stata assegnata al modulo C) terza sezione civile.

Sempre in via preliminare, si dà atto che la sentenza viene redatta ai sensi degli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. che, come modificati dalla legge n. 69/2009, consentono una concisa esposizione delle questioni di fatto rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione.

1. ***Sul merito***

Nel merito, la domanda è infondata e merita pertanto di essere rigettata per le causali di cui in motivazione.

La decisione della presente controversia non può prescindere dall’inquadramento della questione afferente la nullità o meno del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità nel panorama giurisprudenziale.

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 come disciplinata dall’art. 38 d.lgs. n. 385 del 1993, che al comma 2 demanda alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, la definizione delle modalità di determinazione degli importi massimi finanziabili nell'ambito di un'operazione di credito fondiario, da individuare in rapporto al “valore” dei beni ipotecati o al “costo” delle opere da eseguire sugli stessi.

Con deliberazione 22 aprile 1995 del CICR e le conseguenti Istruzioni applicative della Banca d'Italia, l'ammontare massimo dei finanziamenti fondiari è stato fissato nell'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi, ivi compreso il costo dell'area o dell'immobile da ristrutturare.

La questione affrontata dalla giurisprudenza, allora, è se la menzionata delibera del CICR costituisca applicazione diretta dell'art. 38 del TUB o se invece la stessa costituisca primaria applicazione dell'art. 117, comma 8 TUB a norma del quale: "*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*".

Occorre, in sintesi, stabilire se la previsione del limite di finanziabilità prevista dall'art. 38 T.U.B. sia una fattispecie sussumibile nell’ambito applicativo dell’art. 117 comma 8 TUB, oppure se integri una autonoma previsione alla quale, come tale, le disposizioni del testo unico bancario articolo non risultano applicabili.

La questione non è solo teorica, perché ove si accedesse alla prima tesi, dovrebbe ritenersi che la violazione del limite di finanziabilità di cui all’art. 38 TUB rientrerebbe tra quelle ipotesi di nullità relative contemplate dall’art. 117 TUB che possono essere fatte valere soltanto dal cliente.

Diversamente, il primo e più risalente orientamento affermatosi in giurisprudenza ha ritenuto l’art. 38, co. 2 TUB e le relative disposizioni di attuazione non costituiscono norme inderogabili sulla validità del contratto, ma appaiono norme di buona condotta, la cui violazione determina l’irrogazione delle sanzioni previste dall’ordinamento bancario, senza ingenerare una causa di nullità, totale o parziale, del contratto. In particolare, secondo l’indirizzo inaugurato dalla Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 26672/2013 il rispetto del limite del finanziamento disposto dall’art. 38 TUB non costituisce un elemento rilevabile dal contratto in quanto il relativo accertamento può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell'immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto.

Precisa, sul punto la Suprema Corte che *la Banca d'Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell'immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto*.

Ne deriva che la ratio dell’art. 38 del d. lgs n. 385/1993 non è quella di tutelare il contraente debole (che ha tutto l’interesse ad ottenere il finanziamento anche oltre il limite di finanziabilità) ma è posto a tutela degli istituti bancari n quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie.

Se questa è la ratio sottesa alla norma, richiamando la distinzione tra regola di validità e regola di comportamento (cfr. Cass. SS.UU. n. 26724/2007), la giurisprudenza in esame giunge alla conclusione per la quale *il limite di finanziamento dei mutui fondiari come norma volta ad impedire che le banche si espongano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio non incide però sul sinallagma contrattuale ma investe esclusivamente il comportamento della Banca tenuta ad attenersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38, comma 2, del TUB e dalla circolare del Cicr del 1995.*

In sostanza la disposizione in esame non è volta ad inficiare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appare una regola 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 eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo.

A tale indirizzo interpretativo si è contrapposto altro e più recente orientamento, secondo il quale la violazione del limite di finanziabilità, in quanto elemento essenziale del contratto, ne comporta l’intera nullità, salva la conversione in presenza dei relativi presupposti, in un “ordinario” contratto di finanziamento ipotecario ai sensi dell’art. 1424 c.c..

Tale orientamento, affermatosi con la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 17352/2017, per cui il limite di finanziabilità prescritto dall’art. 38 TUB *impone 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 mobilizzazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa".*

Ritenuto dunque che la previsione dell’art. 38 TUB non sia riconducibile alla nullità testuale di cui all’art. 117 del testo unico bancario, tale filone giurisprudenziale ha individuato nella nullità virtuale la sanzione da porre a tutela della natura pubblica dell'interesse (economico nazionale) violato.

Quanto poi all'inquadramento della regola dell'art. 38 nella dicotomia regole di validità e regole di comportamento, è stato evidenziato *come la violazione del limite di finanziabilità non è correlabile né all'area delle condotte in fase pre-negoziale, né in quelle della fase attuativa, venendo in rilievo, piuttosto, una criticità concernente un elemento relativo alla struttura negoziale (il contenuto), quale la determinazione del "quantum" della prestazione creditizia, tale da incidere direttamente sulla fattispecie: la conseguenza della nullità sarebbe, dunque, conforme all'insegnamento di Sez. U n. 26724 e n. 26725 del 2007, secondo cui la violazione di una norma imperativa determina la nullità ogni volta che si ripercuote sulla regola negoziale e dunque sia ravvisabile un contrasto tra la norma violata ed il regolamento d'interessi sotteso al negozio* (cfr. Cass. n. 19016/2017; Cass. n. 11201/2018; Cass. n. 1193/2020).

Infine, si è ritenuto che non sanzionare il superamento del limite di finanziabilità con la nullità del contratto si tradurrebbe "in un'inaccettabile protezione dell'illegalità", finendo, nella materia concorsuale, "*per mantenere intatta una causa di prelazione resa illegittima dalla violazione del precetto normativo*".

In alternativa agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità si è affacciata nella giurisprudenza di merito una “terza via” secondo la quale a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti, il mutuo pur qualificato come “fondiario”, ove non rispettoso del limite di finanziabilità, altro non sarebbe che un ordinario mutuo ipotecario. In altri termini, secondo questa impostazione, superato il limite di finanziabilità, non si avrebbe nullità del sinallagma, con conversione in altro tipo di contratto, ma solo la disapplicazione della speciale disciplina del mutuo fondiario, con conservazione della originaria garanzia ipotecaria (cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.11.2019).

La questione è stata di recente rimessa alle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (cfr. ordinanza n. 4117 del 9.02.2022) che ha osservato come nonostante in diverse pronunce si propenda per la sanzione della nullità occorre rilevare che: a) la prescrizione violata non è costituita da una fonte normativa primaria, quale è certamente l’art. 38 TUB, ma da una fonte subordinata (o, se si vuole, di *soft law*), da ravvisarsi nel provvedimento della Banca d’Italia; b) il rispetto del limite del finanziamento non è una circostanza rilevabile dal contratto: in concreto, la verifica del reale valore del cespite può avvenire solamente attraverso valutazioni estimatorie che presentano indubbi margini di opinabilità ed incertezza valutativa, come tali non rilevabili dal testo del contratto ma spesso ricavabili, solo in corso di causa, all’esito dell’espletamento di una consulenza tecnica; c) dalla nullità deriva un vantaggio obiettivamente sproporzionato per il mutuatario che, anche considerando il difficile utilizzo dell’istituto della conversione del contratto nullo, per il sol fatto di aver ricevuto dall’istituto di credito una somma superiore a quella consentita dal c.d. scarto di garanzia, realizzerebbe la completa liberazione dell’immobile dall’ipoteca; con effetti che ben potrebbero definirsi paradossali nel caso di esecuzione individuale promossa dall’istituto di credito mutuante (atteso che la nullità darebbe luogo all’estinzione della procedura per il venir meno del titolo esecutivo, anche in danno degli eventuali creditori intervenuti non muniti di titolo), e che appaiono connotati da anomalie anche nel caso di apertura di una procedura concorsuale, in cui l’interesse dei creditori al rispetto della *par condicio* anziché essere tutelato con lo strumento della revocatoria (ossia con il rimedio tipico previsto per il contratto in danno dei creditori), verrebbe ad essere protetto attraverso una sanzione di nullità dell’intero contratto derivante unicamente dall’illegittima costituzione della garanzia fondiaria. Preso atto, dunque, del dibattito suddetto e delle perplessità manifestate dalla più recente giurisprudenza di legittimità, questo Giudice ritiene che la violazione dell’art. 38 TUB non dia luogo ad una nullità né testuale né virtuale del contratto, ma soltanto si traduca nella violazione di una regola di comportamento da parte dell’istituto bancario, che consente la mera disapplicazione delle speciali norme di favore previste per il creditore fondiario e la conservazione tanto del mutuo quanto della garanzia ipotecaria.

Nel caso di specie, la domanda non può che essere respinta.

Non pare, infatti, che il limite di finanziabilità sia stato superato, posto che lo stesso va verificato non assumendo come parametro il prezzo corrisposto dall’attore, ma il valore cauzionale effettivo dell’immobile, inteso come netto realizzo in asta giudiziaria secondo prudente apprezzamento della futura negoziabilità, tenuto conto degli aspetti durevoli a lungo termine e delle condizioni di mercato, dell’uso corrente e dei suoi appropriati usi alternativi, senza riferimento né al valore di mercato in un determinato momento né a considerazioni speculative.

Anche la Corte di Cassazione ha affermato a chiare lettere che “*ai fini dell’apprezzamento circa il rispetto del limite di finanziabilità prescritto per il mutuo fondiario dalla normativa legale e regolamentare, il giudice deve tenere in considerazione il c.d. valore cauzionale del bene ipotecato, vale a dire la concreta e attuale prospettiva di negoziabilità dell’immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, sì che, se non è possibile fare riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudenziale”*(cfr. Cass. n. 11201/2018).

Orbene, nella fattispecie in esame, tale valore è stato determinato da un tecnico incaricato dalla Banca nell’importo di € 170.000,00, con la conseguenza che l’importo concesso a mutuo dalla Banca, pari ad €135.000,00, rispetta evidentemente il predetto limite di finanziabilità.

Il rigetto della domanda principale comporta l’assorbimento della domanda riconvenzionale proposta dalla banca convenuta.

***3. Sulle spese di lite.***

In applicazione del principio di causalità, le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, facendo applicazione dei valori medi di cui al D.M. n. 55/2014 come aggiornati al D.M. n. 37/2018, con decurtazione del 50% della fase istruttoria non espletata a seguito del deposito delle memorie ex art. 183 c. 6 c.p.c.

**P.Q.M.**

Il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in persona del Giudice Dott.ssa Marta Sodano, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al R.G.A.C. n. **xxxx/2019** avente ad oggetto contratto di mutuo fondiario pendente tra **MUTUATARIO**- parte attrice- e **BANCA INCORPORANTE** in persona del legale rappresentante p.t. - parte convenuta- ogni contraria istanza disattesa, così provvede:

Rigetta la domanda principale per le causali di cui in motivazione;

Dichiara assorbita la domanda riconvenzionale;

Condanna l’attore **MUTUATARIO** al pagamento, in favore della convenuta **BANCA INCORPORANTE,** in persona del legale rappresentante p.t., delle spese di lite, che si liquidano, ex D.M. n. 55/2014 come aggiornato dal D.M. n. 37/2018, in complessivi € 4.035,00 per compenso professionale (di cui € 875,00 per la fase di studio, € 740,00 per la fase introduttiva, € 800,00 per la trattazione, € 1.620,00 per la fase decisoria), oltre il 15% rimborso spese generali, IVA e C.P.A. se dovute come per legge.

Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, 2.04. 2022

**Il Giudice**

Marta Sodano

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