

Paolo Bontempi

**VALIDO IL MUTUO FONDIARIO
PER ESTINGUERE DEBITI
PREGRESSI DEL MUTUATARIO
VERSO LA BANCA MUTUANTE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Conferma Trib. Latina, Sez. Distaccata di Terracina, 25 maggio 2007.

**Contratti - Mutuo fondiario - Causa - Destinazione della somma - Scopo del finanziamento -
Non sussiste.**

(D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 38).

Lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto, che è data dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di garanzia ipotecaria immobiliare, con restituzione della somme oltre il breve termine (nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa secondaria di settore), laddove, invece, nel mutuo di scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto. Pertanto è lecito il contratto di mutuo fondiario stipulato dal mutuatario, ai sensi dell'art. 38 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, per sanare debiti pregressi verso la banca mutuante (1).

(*Omissis*)

1. Con la decisione ora impugnata, pubblicata il 25 maggio 2007, il Tribunale di Latina - sezione distaccata di Terracina ha rigettato l'opposizione all'esecuzione proposta da (*Omissis*) nei confronti della Banca (*Omissis*) soc. coop. a r.l., avverso l'atto di precetto a lui notificato da parte di quest'ultima, quale garante dell'obbligato in via principale, in forza del contratto di finanziamento a lungo termine a rogito del notaio (*Omissis*) di Fondi del (*Omissis*) rep. n. (*Omissis*), racc. n. (*Omissis*). Le spese di lite sono state compensate.

2. Avverso la sentenza il (*Omissis*) ha proposto ricorso straordinario affidato a tre motivi, illustrati da memoria.

La Banca (*Omissis*) soc. coop. si è difesa con controricorso; ha altresì proposto ricorso incidentale condizionato con un motivo; ha depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Si ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità del primo motivo del ricorso principale, sollevata col controricorso in riferimento all'articolo 366 *bis* cod. proc. civ..

Il ricorso è, infatti, soggetto, quanto alla formulazione dei motivi, al regime dell'articolo 366-*bis* cod. proc. civ. (inserito dal Decreto Legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, articolo 6, ed abrogato dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69, articolo 47, comma 1, lettera *d*), applicabile in considerazione della data di pubblicazione della sentenza impugnata (25 maggio 2007).

Col motivo in esame si denuncia "radicale carenza di motivazione su questioni di fatto e conseguente nullità della sentenza per difetto di un requisito di forma indispensabile prescritto dall'articolo 132 c.p.c., comma 1, n. 4 e articolo 118 disp. att. c.p.c., comma 2, in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 4".

Il motivo è svolto con la riproposizione, sotto le lettere da A) a G), dalla pagina 5 alla pagina 16, dei sette motivi di opposizione all'esecuzione già proposti dinanzi al primo giudice, illustrati uno per uno mediante l'indicazione della rubrica e l'esposizione degli argomenti di fatto e di diritto a ciascuno riferibili, col richiamo al contenuto dell'atto di citazione in primo grado.

Né nel corpo dell'illustrazione, né all'inizio od in calce a ciascuno dei detti sottomotivi, risulta formulato il corrispondente quesito di diritto ai sensi del menzionato articolo 366 *bis* cod. proc. civ.; invece, alle pagine 16-17, vi è un'affermazione conclusiva dell'esposizione dell'intera censura, formulata nei seguenti termini: "Pertanto, è evidente che la sentenza impugnata è affetta da nullità a causa della radicale carenza di motivazione su questioni di fatto,

la quale si traduce nel difetto di un requisito di forma indispensabile prescritto dal combinato disposto dell'articolo 132 c.p.c., comma 1, n. 4 e articolo 118 disp. att. c.p.c., comma 2".

1.1. Il Collegio reputa che, anche a voler ritenere che il ricorrente abbia in tal modo inteso formulare il quesito di diritto, in riferimento al vizio di violazione di legge dedotto ai sensi dell'articolo 360 cod. proc. civ., n. 4, non abbia comunque rispettato il disposto dell'articolo 366 *bis* cod. proc. civ., così come interpretato da giurisprudenza univoca di questa Corte.

In particolare, il quesito sopra riportato prescinde da qualsivoglia riferimento, in concreto, alle "questioni di fatto" sulle quali, nella sentenza impugnata, vi sarebbe stata la "radicale carenza di motivazione", tradottasi nel difetto del requisito di forma previsto a pena di nullità della sentenza.

Parte ricorrente replica all'eccezione di inammissibilità sollevata dalla resistente, osservando, nella memoria depositata ai sensi dell'articolo 378 cod. proc. civ., che "tutti i motivi d'impugnazione contenuti nel ricorso, conformemente alla disposizione contenuta nell'articolo 366-*bis* c.p.c., abrogato a datare dal 04.07.2009, consentono l'individuazione delle regole di diritto che codesto Ecc.mo Supremo Collegio dovrà enunciare". La questione è evidentemente mal posta. La norma ivi richiamata impone che, non per il tramite del motivo (o sottomotivo), ma tramite la sola lettura del quesito di diritto debba essere consentito alla Corte di individuare l'errore di diritto nel quale, a giudizio del ricorrente, sarebbe incorso il giudice *a quo*, ovvero che si enunci nel quesito di diritto una regola *iuris* applicabile anche in casi ulteriori rispetto a quello da decidere, del quale il quesito (e non il motivo) deve esprimere una valida sintesi logico-giuridica (cfr., per la funzione riservata ai quesiti di diritto, tra le altre Cass. S.U. n. 26020/08 [in *Foro it.*, 2009, 2, 423] e n. 28536/08 [in *Mass. giust. civ.*, 2008, 12, 1721]).

L'affermazione posta dal ricorrente a conclusione dell'illustrazione dei sette sottomotivi di cui si compone il primo motivo si limita a parafrasare le norme ivi richiamate onde enunciare la regola della necessità della motivazione della sentenza, a pena di nullità, evidentemente desumibile dalla lettera degli articoli di legge, senza tuttavia specificare come questa regola risulti essere stata violata dal Tribunale con la sentenza impugnata, e specificamente in riferimento a quali "questioni" (o, meglio, motivi di opposizione) sarebbe mancata la motivazione. In conclusione, il primo motivo di ricorso è inammissibile.

2. Col secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione dell'articolo 1414 cod. civ., L.F., articolo 67, articolo 1345 cod. civ., in relazione all'articolo 360 cod. proc. civ., n. 3, al fine di censurare l'affermazione della sentenza impugnata per la quale una delle possibili finalità di un'operazione di credito fondiario è quella dell'utilizzazione delle somme ottenute per estinguere un debito precedente verso la stessa banca concedente il finanziamento, senza che in tale ipotesi si possa ravvisare un uso distorto dello strumento del mutuo fondiario.

Il quesito di diritto formulato in calce al motivo chiede a questa Corte se sia conforme all'ordinamento questa affermazione.

Nell'illustrare il motivo, il ricorrente prospetta diverse ragioni di non conformità all'ordinamento, riferendosi, indifferentemente, alla simulazione relativa del mutuo fondiario con dissimulazione di garanzia ipotecaria per un debito preesistente scaduto, alla revocabilità del contratto perché finalizzato all'adempimento di debiti preesistenti con mezzi anomali, alla nullità del contratto per motivo illecito comune.

2.1. Il motivo presenta un profilo di inammissibilità consistente nella prospettazione di diverse ipotesi di invalidità del contratto di finanziamento a lungo termine in oggetto, senza specificare quale di dette ipotesi ricorrerebbe nel caso di specie ovvero in quale ordine di priorità si porrebbero, secondo il ricorrente, le differenti fattispecie invalidanti; queste sono trattate unitariamente e con unitario riferimento alle norme che si assumono violate. Non risulta perciò rispettato il principio di specificità dei motivi del ricorso per cassazione di cui all'articolo 366 cod. proc. civ., n. 6.

Pertanto, il Tribunale ha qualificato il contratto in contestazione come contratto di mutuo fondiario, ai sensi dell'art. 38 del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, con esclusione della natura di mutuo di scopo, ampiamente motivando in ragione delle singole clausole

contrattuali, senza che risulti dedotto, da parte ricorrente, il vizio di motivazione. A questo accertamento in fatto, il primo giudice ha fatto seguire, in diritto, l'affermazione della liceità del mutuo fondiario ove la somma mutuata sia, in tutto o in parte, utilizzata dal mutuatario per sanare passività pregresse, anche nei confronti dell'istituto di credito mutuante.

Il Tribunale si è così uniformato alla giurisprudenza di legittimità, che esclude che il mutuo fondiario sia mutuo di scopo.

Già nel vigore della norma di cui al Regio Decreto n. 646 del 1905, articolo 18, si è affermato che questa non postulasse affatto che, per la concessione e la validità di un contratto di mutuo fondiario, della somma erogata dall'istituto mutuante dovesse venir necessariamente pattuita la destinazione a scopo di miglioramento dei fondi sui quali era costituita l'ipoteca, con la conseguenza che, non essendo il contratto intercorso tra il proprietario del fondo e la banca legittimamente qualificabile in termini di "mutuo di scopo", la mancata utilizzazione del finanziamento a scopo di miglioramento fondiario non autorizzava, di per sé, il giudice di merito, in assenza di ulteriori pattuizioni di tipo convenzionale idonee a modificare la natura del negozio, a dichiararne ipso facto la nullità ex articolo 1418 c.c. (così Cass. n. 317/01 [in *Giur. it.*, 2002, 783]).

L'affermazione va qui ribadita con riferimento alla disciplina prevista dall'articolo 38 del T.U.B. di cui al Decreto Legislativo n. 385 del 1993, nel senso che, come già affermato in altri precedenti, il mutuo fondiario non è mutuo di scopo, non risultando per la relativa validità previsto che la somma erogata dall'istituto mutuante debba essere necessariamente destinata ad una specifica finalità che il mutuatario sia tenuto a perseguire, né l'istituto mutuante deve controllare l'utilizzazione che viene fatta della somma erogata, risultando piuttosto connotato dalla possibilità di prestazione da parte del proprietario di immobili, rustici o urbani, a garanzia ipotecaria (Cass. n. 9511/07 [in *Giust. civ.*, 2008, 5, 1239] e Cass. n. 4792/12 [in *Guida dir.*, 2012, 21, 60]).

Ed invero, essendo il contratto di credito fondiario connotato dalla concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili (arg. ex articolo 38 cit.), lo scopo del finanziamento non entra nella causa del contratto, che è data dall'immediata disponibilità di denaro a fronte della concessione di garanzia ipotecaria immobiliare, con restituzione della somma oltre il breve termine (nei limiti ed alle condizioni previste dalla normativa secondaria di settore); laddove, invece, nel mutuo di scopo, legale o convenzionale, la destinazione delle somme mutate è parte inscindibile del regolamento di interessi e l'impegno assunto dal mutuatario ha rilevanza corrispettiva nell'attribuzione della somma, quindi rilievo causale nell'economia del contratto (cfr. Cass. n. 945/12 [in *Mass. giust. civ.*, 2012, 1, 67]).

Pertanto, è lecito il contratto di mutuo fondiario stipulato dal mutuatario, ai sensi del Decreto Legislativo 1 settembre 1993, n. 385, articolo 38, per sanare debiti pregressi verso la banca mutuante (cfr. Cass. n. 28663/13 [cit. in nota]).

In conclusione, non essendo contestata l'erogazione della somma mutuata in favore del soggetto del quale l'attuale ricorrente si era reso garante, il secondo motivo va rigettato.

3. Col terzo motivo del ricorso principale è dedotta violazione e falsa applicazione dell'articolo 644 cod. pen., comma 3 e articolo 1815 cod. civ., comma 2, al fine di censurare la sentenza impugnata per avere disatteso il motivo di opposizione concernente il carattere usurario dei tassi di interesse.

Vi si afferma che, pur essendo il tasso degli interessi contenuto entro i limiti del c.d. tasso soglia determinato ai sensi della Legge n. 108 del 1996, esso si sarebbe dovuto comunque ritenere usurario, ai sensi dell'articolo 644 cod. pen., comma 3, in quanto promesso da mutuatario che si trovava in condizioni di difficoltà economica, note all'istituto di credito mutuante, in ragione del saldo passivo del rapporto di conto corrente intrattenuto presso la banca e dell'esposizione debitoria estinta con la stipulazione del finanziamento per cui è controversia. Pertanto, non sarebbe dovuto alcun importo a titolo di interessi, in applicazione dell'articolo 1815 cod. civ., comma 2, come modificato dalla Legge n. 108 del 1996.

3.1. Il motivo non merita di essere accolto.

È incontestata l'inoperatività, nel caso di specie, della presunzione della natura usuraria degli interessi di cui all'articolo 644 cod. pen., comma 3, prima parte ed al Decreto Legge 29 dicembre 2000, n. 394, articolo 1, convertito nella Legge 28 febbraio 2001, n. 24, poiché determinati in contratto in misura non superiore al c.d. tasso soglia individuato con apposito decreto del Ministro del Tesoro, emanato ai sensi della Legge n. 108 del 1996, articolo 1.

Pertanto, sarebbe stato onere del mutuatario, ovvero del suo garante, odierno ricorrente, che intende far valere la nullità della clausola contrattuale di previsione degli interessi, ai sensi dell'articolo 1815 cod. civ., comma 2, dimostrarne il carattere usurario ai sensi dell'articolo 644 cod. pen., comma 3, seconda parte.

Questa norma, così come modificata dalla Legge n. 108 del 1996, prevede che si considerano "usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria".

Perché risulti integrata la fattispecie penale sono perciò necessari — e vanno dimostrati da chi sostiene il carattere usurario degli interessi — entrambi i requisiti: la sproporzione degli interessi convenuti e la condizione di difficoltà economica o finanziaria del mutuatario.

Il primo requisito presuppone uno squilibrio tra le prestazioni contrattuali determinato dalla misura dei vantaggi unilateralmente conferiti ad una sola delle parti (cfr. Cass. n. 17882/11 [in *Mass. giust. civ.*, 2011, 9, 1261]) tale da alterare significativamente il sinallagma contrattuale. Il parametro di riferimento di detta misura è dato, in considerazione delle "concrete modalità del fatto", dal "tasso medio praticato per operazioni similari"; vale a dire dal tasso mediamente praticato dal sistema bancario e creditizio per il tipo di operazione. Pertanto, s'impone che questo valore medio risulti comunque superato e che il tasso pattuito, pur entro il limite del c.d. tasso soglia (cioè del tasso massimo consentito), determini, in relazione al contratto preso in considerazione, l'anzidetto squilibrio finanziario.

La condizione di difficoltà economica di colui che ha promesso gli interessi non si desume dall'esistenza soltanto di debiti pregressi, ma presuppone che il mutuatario, pur senza versare in stato di bisogno (quindi senza necessariamente trovarsi in crisi economica irreversibile), non sia tuttavia in grado di ottenere altrove ed a condizioni migliori la prestazione di denaro a lui occorrente. In sintesi, la situazione economica in cui si trova deve essere tale da comportare una notevole limitazione della sua libertà di scelta (cfr. già Cass. n. 19698/08 [in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2008, 7-8, 1165]), per una nozione non riduttiva dello "stato di bisogno" nel vigore del testo originario dell'articolo 644 cod. pen.), tanto da indurlo ad accettare la sproporzione contrattuale nei termini su esposti.

È da escludere che, qualora il soggetto versi in condizioni di difficoltà economica, la sproporzione delle prestazioni debba ritenersi "in re ipsa", non trovando tale assunto di parte ricorrente alcun riscontro nella previsione normativa in commento, essendosi al contrario affermato — e con riguardo al requisito dello stato di bisogno, il cui approfittamento, nel testo attuale della norma, configura un'aggravante — che lo stato di bisogno della persona offesa del delitto di usura può essere provato anche in base alla sola misura degli interessi, qualora siano di entità tale da far ragionevolmente presumere che soltanto un soggetto in quello stato possa contrarre il prestito a condizioni tanto inique e onerose (così da ultimo, Cass. pen. n. 12791 del 13 dicembre 2012 [in *CED Cass. pen.*, 2012, rv 255357]).

3.2. Il Tribunale ha rigettato il corrispondente motivo di opposizione affermando che l'opponente non avesse fornito prova alcuna "circa l'approfittamento da parte della Banca convenuta dello stato di bisogno e di un vantaggio usurario".

Sebbene il richiamo fatto all'approfittamento dello stato di bisogno non sia corretto, poiché trattasi di requisito non più richiesto per configurare il reato di usura ai sensi dell'articolo 644 cod. pen., nel testo riformato dalla Legge n. 108 del 1996, è tuttavia sufficiente a sostenere la decisione di rigetto il contestuale riscontro fattuale della mancanza della prova di vantaggi usurari.

L'apprezzamento in punto di fatto così effettuato dal giudice di merito non è adeguatamente censurato da parte del ricorrente.

Questi non deduce nemmeno di aver allegato e provato dinanzi al Tribunale la sussistenza del requisito della sproporzione degli interessi pattuiti, mediante qualsivoglia riferimento alla misura convenuta in raffronto a quella mediamente corrisposta all'epoca alle banche per operazioni di credito a lungo termine a condizioni simili. Piuttosto, si limita a riproporre in sede di legittimità l'argomentazione basata sulla sussistenza di una situazione di difficoltà economica del mutuatario, che si sarebbe dovuta desumere dalla pregressa esposizione debitoria nei confronti dell'istituto di credito mutuante.

Così argomentata, la censura di violazione e falsa applicazione dell'articolo 1815 cod. civ., comma 2, laddove presuppone la sussistenza del reato di usura ai sensi dell'articolo 644 cod. pen., è priva di giuridico fondamento, dal momento che la situazione soggettiva del mutuatario, in sé sola considerata, contrariamente a quanto pare affermato dalla giurisprudenza di merito riportata in ricorso, non è mai sufficiente ad integrare l'usura, in mancanza del requisito oggettivo della sproporzione tra gli interessi pattuiti e la prestazione di denaro a date condizioni.

In conclusione, il ricorso principale va rigettato.

Resta assorbito il ricorso incidentale condizionato.

Le spese seguono la soccombenza sul ricorso principale e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, decidendo sui ricorsi, rigetta il ricorso principale, assorbito l'incidentale condizionato. Condanna il ricorrente principale al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida, in favore di Banca (*Omissis*) soc. coop., nell'importo complessivo di euro 8.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre rimborso spese generali ed accessori, come per legge.

(1) Valido il mutuo fondiario per estinguere debiti pregressi del mutuatario verso la banca mutuante.

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il mutuo fondiario nell'attuale disciplina di diritto bancario. — 3. L'uso distorto del mutuo fondiario. — 4. Mutuo fondiario e mutuo di scopo. — 5. La destinazione della somma mutuata per estinguere debiti pregressi: tra validità ed efficacia. — 6. Mutuo fondiario e patto commissorio. — 7. La nullità del contratto di mutuo destinato ad estinguere debiti preesistenti illegali o illeciti.

1. *Il caso.* — La controversia decisa dalla sentenza qui annotata si riferisce ad un'opposizione all'esecuzione proposta nei confronti di una banca da un fideiussore raggiunto dalla notifica di un atto di precetto che traeva titolo da un contratto di mutuo fondiario garantito dall'opponente.

L'opposizione viene rigettata in primo grado.

Da qui il ricorso straordinario in Cassazione *ex art.* 111 Cost., tenuto conto della non appellabilità delle sentenze pronunciate in sede di opposizione all'esecuzione (art. 616 c.p.c., come modificato dall'art. 14 della legge 24 febbraio 2006, n. 52, in vigore al tempo della proposta impugnazione di legittimità).

Tralasciando le questioni processuali discusse nella sentenza pronunciata dalla Suprema Corte, le contestazioni di legittimità sostanziale si incentrano sul problema della libera destinabilità delle somme erogate in forza di un mutuo fondiario e precisamente intorno alla questione se sia o meno legittimo contrarre un mutuo fondiario la cui provvista venga

destinata *ab origine* all'estinzione di preesistenti debiti del mutuatario verso la stessa banca mutuante.

Il fideiussore ricorrente prospettava, in buona sostanza, la simulazione relativa del contratto di mutuo fondiario in esame per dissimulazione di una garanzia ipotecaria per un debito preesistente scaduto ovvero la revocabilità dello stesso perché finalizzato all'adempimento di debiti preesistenti scaduti con mezzi anomali ovvero ancora la sua nullità per motivo illecito comune.

Nessuna delle censure proposte veniva condivisa dalla Corte di Cassazione, la quale giungeva alla conclusione della perfetta validità, liceità ed efficacia del contratto di mutuo fondiario negoziato al fine di impiegare la somma erogata per estinguere debiti pregressi gravanti sullo stesso mutuatario, anche se verso la banca mutuante.

Alla perfetta validità ed efficacia del contratto costituente la fonte del debito principale garantito conseguiva la validità ed efficacia dell'accessorio contratto di fideiussione.

Per meglio comprendere la condivisibile soluzione adottata dalla sentenza annotata, giova richiamare brevemente i tratti essenziali della disciplina del credito fondiario, per poi giungere a comprenderne le possibili forme di utilizzo.

2. *Il mutuo fondiario nell'attuale disciplina di diritto bancario.* — Il T.U. bancario (d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche) prevede, agli artt. 38 e ss., una serie di operazioni caratterizzate da particolari deroghe al sistema di diritto comune ed in particolare alla disciplina del contratto di mutuo contenuta nel codice civile (¹).

Tra queste, il mutuo fondiario costituisce una forma speciale di mutuo ipotecario (ossia garantito da ipoteca), oggi prevista e disciplinata dagli artt. 38-41 del T.U. bancario e, in via di prima approssimazione, ricomprendente qualsiasi finanziamento a medio o lungo termine (quindi con scadenza superiore ai 18 mesi (²) erogato da una banca e garantito da ipoteca di primo grado su immobili ed il cui ammontare non superi una certa percentuale del valore dell'immobile ipotecato o del costo delle opere da eseguire sullo stesso.

La caratteristica più innovativa dell'attuale regime del credito fondiario consiste nel fatto che il T.U. bancario ha ricompreso in tale nozione sia le operazioni un tempo definite di credito fondiario vero e proprio (finanziamenti concessi su beni esistenti e non aventi una destinazione

(¹) COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino, 2012, Cap.VII; GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2005, 408 ss.; ci sia permesso anche il rimando a BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2014, 317 ss.

(²) Che debba trattarsi di finanziamenti con scadenza superiore ai 18 mesi è confermato dalle seguenti argomentazioni: a) anzitutto ragioni storiche, considerato che la precedente nozione di credito fondiario (contenuta nell'art. 4 della legge 6 giugno 1991, n. 175) prevedeva l'erogazione del credito fondiario mediante mutui (che erano previsti come di durata non inferiore a 5 anni) o mediante anticipazioni (che erano previsto come di durata superiore ai 18 mesi) e pertanto le operazioni di finanziamento fondiario erano caratterizzate da una durata superiore ai 18 mesi; b) l'identificazione del medio termine col periodo che va dai 18 mesi (compresi) in avanti era espressamente prevista solo per le operazioni di raccolta del risparmio tra il pubblico (si veda la delibera CICR del 28 gennaio 1963, pubblicata nel Boll. della Banca d'Italia - Vigilanza sulle aziende di credito n. 3, pag. 9, in attuazione del titolo VI della legge bancaria 7 marzo 1938, n. 141 che menzionava appunto la raccolta a medio e lungo termine) e quindi tale nozione non è automaticamente estensibile alle operazioni di erogazione del credito; c) l'art. 15 del D.P.R. 29 settembre 1975, n. 601, nel disciplinare le agevolazioni tributarie per il settore del credito, riconosce l'esenzione dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle tasse sulle concessioni governative solo alle operazioni di finanziamento a medio e lungo termine, per tali intendendosi quelle con durata contrattuale superiore ai 18 mesi; d) le istruzioni della Banca d'Italia (circolare 21 aprile 1999, n. 229 in G.U. n. 119 del 24 maggio 1999 - serie generale) al Titolo IV, Capitolo 7, Sezione I, trattando dei finanziamenti alle imprese e dei limiti alla trasformazione delle scadenze, definiscono le attività a medio termine come quelle con vita residua superiore ai 18 mesi e pari o inferiore a 5 anni e le attività a lungo termine come quelle con vita residua superiore a 5 anni.

particolare ⁽³⁾) sia le operazioni di credito edilizio (finanziamenti finalizzati invece alla costruzione, ristrutturazione ed al recupero di beni immobili e dunque caratterizzati da una precisa destinazione ed erogati in base a stati di avanzamento lavori ⁽⁴⁾).

Come accennato, l'importo del finanziamento erogato non può eccedere una percentuale del valore del bene ipotecato o del costo delle opere da eseguire sullo stesso: secondo quanto dispone la delibera CICR 22 aprile 1995 (*Norme in materia di credito fondiario in attuazione dell'art. 38, comma 2 del T.U. bancario* ⁽⁵⁾) tale percentuale non può essere superiore all'80% (ossia l'importo del finanziamento non può superare l'80% del valore dei beni che vengono gravati da ipoteca di I grado).

La medesima delibera ha però precisato che la banca può elevare il limite del finanziamento fino al 100% del valore dell'immobile ipotecato, purché vengano prestate garanzie integrative (consistenti in fidejussioni bancarie o assicurative, in cessioni di crediti verso lo Stato o verso Enti pubblici o altre forme di garanzia espressamente previste dall'Autorità di vigilanza, come, ad esempio, il pegno di titoli di Stato).

Se di regola l'ipoteca a garanzia della restituzione del finanziamento deve essere di I grado, può qualificarsi credito fondiario anche quello garantito da ipoteca di grado ulteriore se l'importo erogato, sommato a quello precedentemente mutuato ancora da restituire e garantito da ipoteca di I grado, resti nei limiti di erogabilità appena visti (80% del valore dell'immobile elevabile al 100% in presenza di garanzie integrative) ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Anche prima dell'entrata in vigore del T.U. bancario il mutuo fondiario si caratterizzava per l'assenza di una particolare destinazione delle somme erogate e ciò lo differenziava appunto dal mutuo edilizio o da altri «mutui di scopo» che tale destinazione richiedevano quale elemento essenziale per la validità del negozio (Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Fallimento*, 2001, n. 11, 1214 ss., con specifico riferimento alla disciplina di cui al R.D. 646/1905, che però si afferma ripresa anche dal T.U. bancario).

⁽⁴⁾ Le caratteristiche di queste operazioni hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza a definirle come «mutui di scopo» (sulla natura di mutuo di scopo del credito edilizio si veda Trib. Milano, 28 marzo 1991, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, 215; Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, 1688 ed in *Giur. it.*, 1981, I, 1242; Cass., sez. trib., 26 marzo 2002, n. 4327, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2182).

⁽⁵⁾ In G.U. 15 maggio 1995, n. 111

⁽⁶⁾ È stato sostenuto che, in mancanza dei requisiti tipici del contratto di mutuo fondiario, il finanziamento deve essere considerato un normale contratto di mutuo garantito da ipoteca e sottoposto alle norme del codice civile anziché a quelle speciali in tema di credito fondiario (Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temì romana*, 1989, 80; Trib. Padova, 5 giugno 2003, in *Giur. merito*, 2004, 925), con la conseguenza che l'ipoteca si consoliderà nei tempi ordinariamente previsti dall'art. 67 l. fall. Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 243 (accogliendo il medesimo ragionamento fatto dalla citata Trib. Roma, 2 febbraio 1989 ed annullando la sentenza della Corte di Appello di Roma che aveva invece riformato quest'ultima sentenza asserendo che non vi fosse nullità, ma solo applicazione di sanzioni amministrative) ha precisato che la conversione del contratto di mutuo fondiario (nullo per il mancato rispetto dei limiti di finanziabilità) in mutuo ordinario può dar luogo ad una nullità parziale, limitata alla parte di finanziamento eccedente la soglia di finanziabilità prevista dalla legge, ma comunque la conversione sarebbe possibile solo previa superamento del giudizio di cui all'art. 1424 c.c., ove risulti che le parti avrebbero in ogni caso posto in essere il contenuto ridotto del contratto. I privilegi processuali e sostanziali riconosciuti dalla disciplina sul finanziamento fondiario varrebbero quindi per la parte di mutuo rientrante nei limiti di finanziabilità previsti dalla legge. Da ultimo, Cass., 28 novembre 2013, n. 26672, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 123 ha precisato che la violazione dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario si risolve nella violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti però non la validità del contratto, bensì il comportamento dei contraenti e la loro responsabilità. Inoltre, essendo il limite di erogabilità del mutuo ipotecario stabilito soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato ed il venir meno della connessa garanzia ipotecaria condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere. Quest'ultima soluzione è in linea con un precedente orientamento che riteneva la sopravvivenza del mutuo fondiario nella sua interezza, tenuto conto che la violazione del limite di finanziabilità non darebbe luogo a nullità neppure parziale, ma solo a responsabilità degli amministratori, riguardando norme a tutela di un interesse di settore e non già

Si noti che la verifica della natura fondiaria o semplicemente ipotecaria del mutuo garantito da ipoteca assume notevole rilevanza perché, se si tratta di mutuo fondiario, l'operazione beneficia del trattamento privilegiato che stiamo per esaminare, anche sotto il profilo della revocatoria fallimentare; se invece il mutuo va considerato solo ordinario, allora la disciplina è quella ordinaria, anche ai fini della revocabilità (7).

Soffermandoci sulle caratteristiche del mutuo fondiario, una prima peculiarità è riferita all'iscrizione ipotecaria relativa ad un'operazione di credito fondiario: essa è costituita dal fatto che l'ipoteca non è necessariamente iscritta per un importo predeterminato fisso (così come prevederebbe l'art. 2809 c.c.), potendo iscriversi per un credito indicizzato, cioè per una somma destinata ad adeguarsi automaticamente in corrispondenza delle periodiche variazioni e maturazioni degli interessi convenzionali (il cui ammontare va indicato nella nota di iscrizione).

La variazione della somma originariamente iscritta è altresì possibile laddove l'erogazione del denaro avvenga in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto. In questo caso l'art. 39, comma 2 T.U. bancario prevede che l'intervenuta erogazione della somma mutuata vada annotata a margine dell'iscrizione eseguita sulla base del contratto di finanziamento e che tale annotazione possa prevedere una variazione del tasso di interesse originariamente pattuito, facendo collocare nello stesso grado dell'ipoteca originaria gli interessi così come modificati.

Oltre a quelle di cui già si è detto, altre rilevanti novità introdotte dal T.U. bancario rispetto alla precedente disciplina in tema di mutui fondiari (oggi abrogata dall'art. 161 del T.U. bancario) sono:

a) l'ampliamento del novero degli strumenti contrattuali utilizzabili per l'erogazione dei finanziamenti, prima limitati ai mutui (di durata pari o superiore ai 5 anni) ed alle anticipazioni (di durata ricompresa tra i 18 mesi ed 1 giorno ed i 5 anni) ed oggi estesi alle più svariate forme tecniche, ivi comprese aperture di credito (anche se, si afferma, non in conto corrente (8)), leasing ecc.;

b) l'erogabilità da parte di tutte le banche in forza del principio della banca universale che consente a tutti gli enti creditizi di erogare crediti fondiari (sempre che siano in possesso di un adeguato patrimonio);

c) l'eliminazione di qualsiasi collegamento tra provvista ed impieghi, caratterizzante invece il vecchio sistema delle cartelle fondiarie.

di un interesse pubblico (App. Roma, 11 novembre 1991, riferita da PETRAGLIA, *Riflessioni in materia di credito fondiario*, in *Il risparmio*, 1996, 1023; Trib. Roma, 9 aprile 2000, in *Dir. fall.*, 2003, I, 116; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *La disciplina del credito fondiario nel nuovo T.U.*, studio n. 778/3 del 14 dicembre 1994 che si legge in www.notariato.it).

(7) Non condivisibile si ritiene l'orientamento secondo cui sarebbe nullo il contratto di mutuo fondiario per violazione delle norme regolamentari che prevedono i limiti di finanziabilità ed in particolare della delibera CICR del 22 aprile 1995 richiamati dal T.U. bancario (Trib. Firenze, ordinanza, 30 ottobre 2014, n. 15335, in www.ilcaso.it, 2014, I, 11670; Trib. Venezia, 26 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2013, 548 ss.; Trib. Cagliari, decreto, 4 aprile 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2052 e ss. ed in www.ilcaso.it, 2013, I, 8806). Deve infatti considerarsi che le norme in materia di limiti all'erogazione di un mutuo fondiario sono poste a tutela della solvibilità delle banche e quindi la ritenuta nullità del contratto di finanziamento con conseguente inefficacia dell'ipoteca iscritta a garanzia della sua restituzione si porrebbe in contrasto con tale finalità, tutelata dall'art. 5 del T.U. bancario. Per giunta il mutuo fondiario non può considerarsi un tipo legale a se stante rispetto al mutuo ipotecario ordinario (come ben rilevato da QUAGLIERI, *Sulla nullità del mutuo fondiario per superamento dei limiti di finanziabilità*, in nota a Trib. Venezia, 26 luglio 2012 cit.). Più corretta appare quindi la conclusione che il mancato rispetto dei limiti di finanziabilità comporta la *conversione* del mutuo fondiario in mutuo ipotecario ordinario (SETTANNI-RUGGI, *Contratto di mutuo fondiario, superamento dei limiti di finanziabilità e nullità del negozio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 399) o la *disapplicazione* della disciplina speciale, restando salvo il riconoscimento del privilegio ipotecario (Trib. Udine, decreto, 29 maggio 2014, in www.unijuris.it).

(8) SEPE, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, Cedam, 1994, sub art. 38, 205.

La qualificazione di una determinata operazione di finanziamento come mutuo fondiario comporta una serie di vantaggi sia per l'ente finanziatore che per il mutuatario.

Riguardo al primo si prevede anzitutto l'esenzione dalla revocatoria fallimentare dell'iscrizione ipotecaria, laddove essa sia avvenuta 10 o più giorni prima che la sentenza dichiarativa di fallimento sia pubblicata, cioè depositata (art. 39, comma 4 T.U. bancario)⁽⁹⁾; si prevede inoltre l'esenzione dall'azione revocatoria dei pagamenti effettuati dal mutuatario che sia poi fallito.

Ancora, anche dopo la dichiarazione di fallimento, la banca può iniziare o proseguire l'azione esecutiva (per la quale non è mai richiesta la notifica del titolo esecutivo) sui beni ipotecati per la riscossione di crediti fondiari (art. 41, comma 2 T.U. bancario) e ciò a differenza degli altri creditori per i quali vige il divieto di cui all'art. 51 l. fall.⁽¹⁰⁾.

La banca mutuante potrebbe cedere il proprio credito fondiario anche dopo la dichiarazione di fallimento del mutuatario (a ciò non ostando l'art. 45 l. fall., applicabile solo all'ipotesi di fallimento del creditore) e, laddove ciò avvenisse nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione, la società cessionaria (la cosiddetta società-veicolo) si surrogerebbe nell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario per effetto della semplice iscrizione dell'avvenuta cessione nel registro delle imprese e della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale ex art. 58 T.U. bancario, senza necessità dell'annotazione nei registri immobiliari⁽¹¹⁾.

Al soggetto finanziato è invece riconosciuta la possibilità di estinguere anticipatamente il mutuo pagando un compenso omnicomprensivo che deve essere pattuito contrattualmente fin dall'inizio del rapporto (art. 40 T.U. bancario). La delibera CICR 9 febbraio 2000 prevede la libera determinabilità della penale per l'estinzione anticipata, purché essa sia prevista in maniera omnicomprensiva e chiaramente espressa in contratto, anche mediante uno o più esempi di applicazione della formula di calcolo.

Inoltre, una volta che il mutuatario abbia pagato 1/5 del debito, ha diritto ad esigere la

⁽⁹⁾ Si è ritenuto che l'art. 67, ult. comma l. fall. (come modificato dal D.L. 35/2005, convertito nella legge 80/2005), nel prevedere l'inapplicabilità della norma alle operazioni di credito fondiario, avrebbe tacitamente abrogato l'art. 39, comma 4 T.U. bancario (BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2009, 262), ma in realtà un coordinamento tra le due norme pare possibile, sia perché l'art. 67, ult. comma l. fall. fa comunque salve le disposizioni delle leggi speciali, tra le quali rientra anche l'art. 39 T.U. bancario, sia perché oggetto della revocatoria fallimentare richiamata dall'art. 39, comma 4 T.U. bancario non è l'operazione di credito fondiario in quanto tale, bensì solo l'atto costitutivo dell'ipoteca a garanzia di un finanziamento fondiario che è pur sempre un atto distinto (ancorché accessorio) rispetto al finanziamento fondiario e ben potrebbe concepirsi un'azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto la sola costituzione della garanzia ipotecaria, ad esempio perché concessa da un terzo datore di ipoteca poi fallito (sull'ammissibilità di un'operazione di credito fondiario con la partecipazione di un terzo datore di ipoteca si veda Cass., 19 maggio 1977, n. 2068).

⁽¹⁰⁾ La facoltà dell'ente che abbia concesso un finanziamento fondiario di iniziare o proseguire la procedura esecutiva immobiliare anche in caso di fallimento del debitore costituisce un privilegio di carattere meramente processuale, previsto da una disposizione eccezionale che concerne solo la fase di liquidazione e non anche quella di accertamento del passivo. Conseguentemente l'istituto di credito fondiario ha l'onere di presentare domanda di ammissione allo stato passivo ex art. 52 l. fall., non potendosi ritenere sufficiente a sostituire la verifica fallimentare il potere del curatore di intervenire nella procedura esecutiva (Cass., 4 settembre 2009, n. 19217, in *Fallimento*, 2009, 1264; Cass., 17 dicembre 2004, n. 23572, in *Fallimento*, 2005, n.10, 1143 ss.). Nello stesso senso anche la più recente giurisprudenza di merito (App. Torino, 5 settembre 2007, in *Fallimento*, 2008, 186 che però esclude la necessità della verifica del credito della banca laddove il curatore intervenga della procedura esecutiva promossa dalla banca stessa e chieda l'accertamento della collocazione dei rispettivi privilegi; Trib. Torino, 10 ottobre 2008, *ivi*, 2009, 1229; Trib. Mantova, 27 marzo 2006, n. 273, in *www.ilcaso.it*). Oggi una testuale conferma in tal senso è desumibile dall'art. 52, comma 3 l. fall. (introdotto dal d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169), il quale chiarisce espressamente che anche i crediti esentati dal divieto di azioni esecutive e cautelari sono assoggettati al concorso formale e quindi debbono essere previamente accertati dal giudice delegato.

⁽¹¹⁾ Cass., 12 febbraio 2013, n. 3402, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 1; Trib. Rimini, decreto, 11 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*, 2014, I, 11662.

riduzione della somma per la quale è stata iscritta l'ipoteca, in misura proporzionalmente corrispondente alla parte di mutuo estinta.

Ancora, il mutuatario ha diritto alla cancellazione dell'ipoteca da uno o più immobili (liberazione o restrizione dell'ipoteca) quando il debito residuo è sufficientemente garantito dalle ipoteche iscritte sugli altri immobili, secondo quanto risulta da documenti o da apposita perizia.

Se l'ipoteca è stata iscritta su un edificio condominiale e vengono vendute singole frazioni dell'immobile, sia il debitore sia il terzo acquirente sia il promissario acquirente sia l'assegnatario di una porzione di detto edificio che sia suscettibile di accatastamento hanno diritto di ottenere il frazionamento del mutuo e dell'ipoteca, ottenendo così che la frazione di immobile venduta sia gravata da un'ipoteca non per l'intero importo del mutuo originario, ma solo per la parte di sua competenza.

Questo diritto al frazionamento è stato particolarmente tutelato dal D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 il quale ha aggiunto all'art. 39 del T.U. bancario i commi 6-bis, 6-ter e 6-quater che prevedono che il richiedente ha diritto al frazionamento del mutuo fondiario con ipoteca iscritta su tutto l'immobile, laddove la porzione del bene sia stata regolarmente accatastata. La banca deve provvedere al frazionamento dell'ipoteca entro 90 giorni dalla richiesta ed in caso di inadempienza il richiedente può rivolgersi al Presidente del tribunale nella cui circoscrizione è ubicato l'immobile al fine di ottenere, mediante un apposito procedimento in camera di consiglio, la nomina di un notaio che provvederà all'atto di frazionamento senza bisogno della sottoscrizione delle parti. Il frazionamento viene quindi annotato a margine dell'iscrizione ipotecaria.

Il mutuatario è agevolato anche se inadempiente, considerato che, in caso di ritardato pagamento delle rate del mutuo, la banca può chiedere la risoluzione del contratto e la restituzione del finanziamento in unica soluzione solo se il tardivo pagamento si è verificato per almeno 7 volte anche non consecutive. Il pagamento si considera tardivo se avviene tra il 30° ed il 180° giorno dalla scadenza della rata.

Pertanto:

a) il pagamento intervenuto entro 30 gg. dalla scadenza non si considera neppure tardivo e non può mai legittimare la risoluzione del contratto, ma tutt'al più l'applicazione di un interesse moratorio superiore a quello convenzionale;

b) il pagamento intervenuto tra il 30° ed il 180° giorno legittima la banca a risolvere il contratto solo se si verifica per almeno 7 volte;

c) decorsi 180 gg. dalla scadenza anche di un'unica rata, il pagamento si considera omesso e la banca è legittimata a risolvere il contratto e a chiedere la restituzione dell'intero importo residuo del mutuo, anche se l'omissione si sia verificata per la 1ª volta;

d) se il pagamento perviene dopo il decorso dei 180 gg. dalla scadenza, la banca può rifiutarlo se abbia già fatto valere l'inadempimento facendo pervenire al mutuatario una comunicazione con la quale abbia dichiarato di avvalersi delle clausole risolutive, se sia già decorso il termine assegnato al mutuatario in una diffida ad adempiere o se abbia promosso azione in giudizio per la risoluzione del contratto. In caso contrario riteniamo debba accettare il pagamento, da considerarsi tardivo, ma pervenuto nella persistente efficacia del contratto.

3. *L'uso distorto del mutuo fondiario.* — Se gli aspetti appena delineati comportano innegabili vantaggi sia per il mutuante sia per il mutuatario, occorre però fare attenzione agli abusi cui nella pratica può prestarsi la figura contrattuale in esame.

Ci riferiamo in particolare al problema del cosiddetto *uso distorto* del credito fondiario, vale a dire della stipulazione di un finanziamento così qualificato al solo fine di beneficiare dei particolari vantaggi che esso comporta soprattutto per la banca mutuante.

Può ad esempio accadere che la banca eroghi un finanziamento ad un cliente qualificandolo come fondiario al solo fine di trasformare un proprio preesistente credito non garantito (chirografario) in un credito ipotecario, così da ottenerne la piena soddisfazione nell'ambito della procedura fallimentare cui il debitore stia per essere sottoposto. In questo caso il

consolidamento dell'ipoteca col decorso di soli 10 giorni consente di ottenere un privilegio sottratto ad ogni rischio di revocatoria fallimentare.

Ora, se astrattamente l'utilizzazione del credito fondiario per soddisfare esigenze di questo tipo appare possibile, considerato che la destinazione dei fondi mutuati non entra nel sinallagma contrattuale, la giurisprudenza e la dottrina hanno alle volte censurato operazioni poste in essere solo per consentire al mutuante di ottenere particolari benefici a danno di terzi che risultino titolari di interessi meritevoli di tutela, ritenendo di trovarsi di fronte ad una forma di *abuso* dei diritti del mutuante.

Si sono così elaborate diverse teorie per porre rimedio all'uso distorto del mutuo fondiario.

Secondo un primo indirizzo il contratto di credito fondiario sarebbe simulato e dissimulerebbe una garanzia ipotecaria per debito preesistente, in quanto le parti non vorrebbero creare una nuova disponibilità finanziaria a favore del debitore, ma vorrebbero più semplicemente creare una garanzia a cautela del debito pregresso ⁽¹²⁾. Le conseguenze di una simile ricostruzione, secondo la Suprema Corte, sono che:

- il negozio di credito fondiario è nullo (*rectius* inefficace, in quanto simulato);
- l'iscrizione di ipoteca, costituente negozio dissimulato, è valida, ma soggetta a revocatoria fallimentare in caso di fallimento del debitore mutuatario in quanto garanzia non contestuale *ex art. 67, comma 1, nn. 3 e 4 l. fall.* ⁽¹³⁾;
- il pagamento del debito preesistente eseguito coi fondi erogati mediante l'operazione di credito fondiario è valido, ma assoggettabile a revocatoria fallimentare in quanto pagamento con mezzi anormali *ex art. 67, comma 1, n. 2 l. fall.* ⁽¹⁴⁾.

Un diverso orientamento qualifica l'operazione di mutuo fondiario destinato a coprire pregresse passività come negozio indiretto, nel senso che il contratto di mutuo si considera effettivamente voluto (e dunque non simulato), ma per conseguire il fine ulteriore di munire di prelazione ipotecaria lo scoperto di conto corrente nei limiti della somma mutuata, con il risultato di costituire la garanzia ipotecaria per un debito preesistente. La conseguenza di siffatta ulteriore ricostruzione è che il contratto di mutuo è valido, ma deve essere revocato unitamente alla costituzione di ipoteca quale *operazione unitaria* diretta ad estinguere in modo

⁽¹²⁾ Cass., 24 ottobre 1967, n. 2621, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1968, II, 55; Cass., 5 febbraio 1982, n.652, *ivi*, 1982, II, 145; Cass., 25 febbraio 1993, n. 2530 e Cass., 22 marzo 1994, n.2742, *ivi*, 1994, II, 618.

⁽¹³⁾ App. Bologna, 27 febbraio 1976, in *Giur. merito*, 1978, I, 845; Trib. Brescia, 20 settembre 1991 in causa Tecnoedil c/Cariplo, inedita; Cass., 18 novembre 1992, n. 12342, in *Fallimento*, 1993, 509, sia pure in riferimento ad un mutuo ipotecario, ma non fondiario o edilizio. Si veda però nel senso della nullità anche dell'iscrizione ipotecaria diretta a garantire un mutuo edilizio di ammontare superiore al limite di concedibilità Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, *cit.* (nt. 6). Va ricordato che oggi il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80, ha notevolmente modificato la disciplina in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente. Una particolare riflessione merita il problema della revocabilità della rimessa confluita sul c/c, a copertura parziale o totale del pregresso debito chirografario derivante dal saldo passivo o scoperto del conto. La giurisprudenza pare propendere per la revocabilità fallimentare di questa rimessa. In effetti, ferma restando la revocabilità dell'intera operazione di mutuo fondiario (contratto di mutuo, erogazione ed ipoteca), la rimessa bancaria confluita sul c/c ordinario resterebbe a ridurre il passivo o lo scoperto di conto corrente. Essa potrebbe quindi essere revocata come qualsiasi altra rimessa bancaria. Occorre tuttavia considerare che quella rimessa non comporta alcun danno per la massa, in quanto proviene dall'erogazione del mutuo fondiario di cui però la banca non deve rientrare, essendo l'intera operazione di mutuo fondiario, come già detto, da considerarsi inefficace, con conseguente storno dell'accredito della somma mutuata. Mi pare allora che, più correttamente, l'accredito dell'importo del mutuo fondiario debba essere considerato unitariamente rispetto all'intera operazione, nel senso che la revoca della stessa determinerà anche l'inefficacia dell'atto di erogazione accreditato sul c/c, con conseguente rinascita del credito chirografario originario, risultante dal saldo del predetto c/c.

⁽¹⁴⁾ Trib. Treviso, 8 aprile 1999, in *Dir. fall.*, 2000, 994 ss.; Trib. Catania, 29 febbraio 1992, in questa *Rivista*, 1993, II, 277; Trib. Catania, 5 febbraio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, 640.

anomalo pregresse passività (art. 67, comma 1, n. 2 l. fall.) ovvero quale semplice garanzia per debito preesistente (art. 67, comma 1, n. 3 o n. 4 l. fall.) e va revocato unitamente al conseguente pagamento del debito preesistente ⁽¹⁵⁾.

La dottrina preferisce parlare di contratto di credito fondiario nullo per frode alla legge (art. 1344 c.c.), ritenendo che le parti non abbiano inteso porre in essere un negozio simulato (volendo effettivamente dar vita ad un finanziamento garantito da ipoteca), ma abbiano inteso conseguire un risultato vietato dalla legge ⁽¹⁶⁾.

Tale impostazione ha trovato seguito in alcune sentenze sia della Suprema Corte che di Giudici di merito ⁽¹⁷⁾.

La critica che si vuole fare a questa opinione è che non si comprenderebbe quale sarebbe la norma imperativa o il principio di ordine pubblico che il contratto di credito fondiario (diretto ad estinguere precedenti passività chirografarie) andrebbe a violare. Non può infatti ritenersi espressione di una norma imperativa né principio di ordine pubblico la regola della *par condicio creditorum* ⁽¹⁸⁾, come meglio spiegheremo in seguito.

Vi è ancora chi ha sostenuto la tesi secondo cui il mutuo fondiario diretto a coprire pregresse passività sarebbe revocabile quale *novazione* costituente atto anomalo di pagamento *ex art. 67, comma 1, n. 2) l. fall.* e, conseguentemente, sarebbe inopponibile al Fallimento l'ipoteca una volta venuta meno l'efficacia del suo atto costitutivo ⁽¹⁹⁾.

Da ultimo, esiste una teoria che preferisce parlare di semplice revocabilità *ex art. 67, comma 2 l. fall.* del contratto di erogazione del credito fondiario ovvero del pagamento del debito pregresso nel periodo sospetto, purché il curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ Cass., 9 giugno 2011, n. 12644, in *Mass. giust. civ.*, 2011, 6, 877; Cass., 1° ottobre 2007, n. 20622, in *Dir. fall.*, 2009, II, 181; Cass. 19 novembre 1997, n. 11495, in *Fallimento*, 1998, 801 ss.; Cass., 22 novembre 1996, n. 10347, in *Dir. fall.*, 1997, II, 242 ss.; App. Bologna, 1° dicembre 1999, in questa *Rivista*, 2001, II, 603 ss. la quale evidenzia giustamente il fatto che il mutuatario concretamente non acquisisca alcuna disponibilità delle somme mutate che vengono destinate direttamente a coprire le passività pregresse. In dottrina si veda BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo T.U. bancario*, Padova, 1996, 86 e ss. che aderisce alla tesi del mutuo fondiario come pagamento con mezzi anormali di pregresse passività. Altri autori ritengono che il contratto di credito fondiario sia assoggettabile a revocatoria ordinaria, in quanto l'art. 39, comma 4 del T.U. bancario escluderebbe solo l'esperibilità della revocatoria fallimentare (TARDIVO, *Revocatoria ordinaria, simulazione*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 1995, II, 86 e ss.).

⁽¹⁶⁾ PRESTI, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 624 ss.; TRABATTONI, *Azione revocatoria fallimentare di ipoteca iscritta per debiti preesistenti e nuova disciplina del credito fondiario*, in *Informazioni legali ASSBANK*, 1994, 9, il quale sostiene che l'uso distorto del mutuo fondiario per coprire passività pregresse potrebbe integrare gli estremi del reato di bancarotta preferenziale previsto dall'art. 216, comma 3 l. fall.; TARDIVO, *Revocatoria ordinaria, simulazione, frode alla legge e ai creditori in un contratto di finanziamento fondiario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 205. Esclude che possa parlarsi di frode alla legge per la mancanza di un obbligo di destinazione delle somme mutate con un'operazione di mutuo fondiario: BOZZA, *Il credito fondiario nel nuovo testo unico bancario*, Padova, Cedam, 1996, 61 ss. ed in particolare 73 ss. In termini analoghi TERRANOVA, *Pagamenti anomali e garanzie. Profili del sistema revocatorio fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, 12, secondo cui: «l'autopagamento attuato dall'azienda di credito si espone alla revoca come procedimento solutorio anomalo, in quanto, pur avendo ad oggetto una somma di denaro, è stato ottenuto per vie traverse, che fanno supporre un'indebita ingerenza del creditore sulle scelte del debitore». Gli altri profili dell'operazione si sottraggono, invece, all'impugnativa. Altri riferimenti in COSTA, *Operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 314.

⁽¹⁷⁾ Cass., 1° settembre 1995, n. 9219, (nt. 6); App. Milano, 25 maggio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 618.

⁽¹⁸⁾ Così Cass., Sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Corr. giur.*, 1994, 181; Cass. 29 maggio 2003 n. 8600, in *Foro it.*, 2003, I, 3373; Cass., 24 ottobre 1983, n. 6239, in *Mass. giust. civ.*, 1983, 9; recente conferma nello stesso senso si ha con Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576, in *Giust. civ.*, 2011, 2, 379.

⁽¹⁹⁾ PATTI, *Revocabilità dell'uso distorto del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2006, n. 1, 75 ss..

⁽²⁰⁾ App. Milano, 25 maggio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 618; App. Brescia, 9 febbraio 1994, *ivi*, 1995, II, 198.

In ogni caso, la Suprema Corte ha chiarito che oggetto di censura (intesa come revocatoria, nullità o inefficacia) non può essere la sola garanzia ipotecaria, ma deve essere anche il contratto di mutuo fondiario: alla declaratoria d'inefficacia del negozio di finanziamento consegue infatti la caducazione della relativa, accessoria, garanzia ipotecaria e quindi la reviviscenza dell'originario credito chirografario estinto mediante l'utilizzo delle somme mutuate. In altre parole, a nulla servirebbe revocare la sola ipoteca e non anche il contratto di mutuo fondiario perché, una volta ammesso al passivo il credito derivante dal contratto di finanziamento, dovrebbe necessariamente riconoscersi la relativa ipoteca che del mutuo costituisce elemento essenziale ed unitario ⁽²¹⁾.

La censurabilità dell'uso distorto del mutuo fondiario è stata portata alla sua estreme conseguenze, ritenendo che la sua concessione a favore di un imprenditore in stato di insolvenza possa integrare gli estremi del reato di bancarotta preferenziale per simulazione di un titolo di prelazione *ex art.* 216, comma 3 l. fall. e di esso debba rispondere a titolo di concorso il funzionario della banca erogante ⁽²²⁾.

Questo orientamento potrebbe aggiungere un argomento a favore della tesi della nullità per frode alla legge del mutuo fondiario concluso in modo distorto, ma solo in caso di fallimento del mutuatario, in mancanza del quale non è configurabile alcun reato fallimentare per mancanza di un suo elemento costitutivo ⁽²³⁾ o di un suo presupposto ⁽²⁴⁾ o di una condizione obiettiva di punibilità ⁽²⁵⁾, a seconda della qualificazione che si voglia attribuire alla sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura del reato.

Non mancano recenti prese di posizioni della giurisprudenza di merito contrarie alla revocabilità del contratto di mutuo fondiario concluso da una banca al fine di estinguere pregressi debiti non garantiti ⁽²⁶⁾.

Va da ultimo precisato che il problema dell'uso distorto del mutuo fondiario non si pone laddove l'ipoteca vada a garantire crediti che già erano muniti di precedente ipoteca: è il caso della banca che acconsenta all'estinzione di un mutuo fondiario o ipotecario gravato di interessi onerosi per stipularne un altro ad un saggio di interesse inferiore.

In questo caso è evidente che il nuovo mutuo e la connessa garanzia ipotecaria non trasformano un precedente credito chirografario in credito garantito, perché il pregresso credito era già tutelato da ipoteca e dunque la banca creditrice non si avvantaggia di nulla a danno della massa.

Mancherebbe peraltro anche l'interesse del creditore ad agire in revocatoria fallimentare, considerato che comunque il credito della banca sarebbe stato pagato in privilegio.

Ciò salvo ovviamente che la banca in qualche modo non ottenga un miglioramento della propria posizione creditoria, ad esempio ottenendo ipoteca su di un diverso immobile di

⁽²¹⁾ Cass., 19 novembre 1997, n. 11495, (nt. 15); conforme anche Cass., 6 novembre 2006, n. 23669, in *Fallimento*, 2007, 651 ss., secondo cui, una volta ammesso allo stato passivo il credito portato dal mutuo, non può essere revocata né dichiarata simulata l'ipoteca iscritta a garanzia di detto contratto, stante l'inscindibile rapporto di accessorietà tra mutuo e ipoteca e pertanto la revoca dovrebbe estendersi all'intera operazione costituita dal mutuo, dall'ipoteca e dall'accredito della provvista del mutuo sul c/c del mutuatario ad estinzione di un pregresso debito chirografario.

⁽²²⁾ Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2004, n. 16688, in *Fallimento*, 2005, n. 4, 465 e n. 7, 781; Cass. pen., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 2126, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 91 ss.; Trib. Ferrara, 9 gennaio 2002, in *Fallimento*, 2002, n. 12, 1347 ss..

⁽²³⁾ Fra le tante Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 1, 174; Cass. pen., 9 dicembre 1999, in *Giur. pen.*, 2000, II, 638; Cass. pen., 2 luglio 1991, in *Foro it.*, Rep., 1992, 294, m. 15.

⁽²⁴⁾ Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in *Dir. giust.*, 2014.

⁽²⁵⁾ MARZADURI, voce "Questioni pregiudiziali (dir. proc. pen.)", in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1988, 81 ss..

⁽²⁶⁾ Trib. Napoli, 12 maggio 2005, in *Fallimento*, 2006, n. 1, 72 ss., secondo cui il mutuo sarebbe effettivamente voluto e la deviazione del mutuo dalla sua causa tipica non comporta l'anormalità dell'intera operazione, ma darebbe semmai luogo alla revocabilità del pagamento effettuato con i fondi acquisiti dal fallito tramite il mutuo.

maggior valore rispetto a quello precedentemente ipotecato (il cui valore magari neppure copre l'intero credito).

4. *Mutuo fondiario e mutuo di scopo.* — Abbiamo già accennato nel paragrafo che precede (in particolare a nt. 3) che il mutuo fondiario si caratterizza per l'assenza di una particolare destinazione delle somme erogate e tale connotazione ha sempre costituito un importante elemento distintivo rispetto a quello che un tempo era definito come “mutuo edilizio” e rispetto ad altri “mutui di scopo” che una specifica destinazione richiedevano quale elemento essenziale per la validità del negozio.

Questa precisazione costituisce ormai *ius receptum* tanto nella giurisprudenza di legittimità⁽²⁷⁾ quanto nella più recente giurisprudenza di merito⁽²⁸⁾.

Per meglio comprendere l'estraneità del mutuo fondiario rispetto allo schema del “mutuo di scopo”, va a questo punto meglio descritta quest'ultima figura contrattuale e occorre precisare quale ruolo svolga lo scopo nella struttura e nell'economia del contratto.

In via di prima approssimazione, nel cosiddetto mutuo di scopo, il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con i relativi interessi, ma anche a realizzare l'attività programmata in fase di conclusione del contratto, cosicché siffatto impegno assume rilievo causale nell'economia del contratto.

Non è quindi mutuo di scopo il contratto in cui la destinazione del finanziamento rimane estranea alla struttura del negozio perché resta a livello di meri motivi (di regola irrilevanti), senza modificare le obbligazioni fondamentali delle parti.

Ancora, non rientra nello schema del mutuo di scopo, il contratto di finanziamento a cui si applica una disciplina particolare in considerazione della destinazione della provvista e della qualifica soggettiva del mutuatario (come accade nel credito al consumatore che si caratterizza per la sua erogazione a favore di un mutuatario qualificabile quale consumatore ed è finalizzato a soddisfare esigenze non connesse all'esercizio di un'attività professionale): in questo caso la disciplina particolare a cui è soggetto il contratto, lo trasforma in un “credito speciale”, vale a dire in una forma di finanziamento sottoposto ad una regolamentazione diversa da quella di diritto comune, ma non necessariamente in un mutuo di scopo, in quanto la particolare destinazione del finanziamento non arricchisce il contratto di nuovi obblighi a carico delle parti, ma si limita a ricondurlo ad un particolare schema negoziale a cui si applica appunto una disciplina speciale⁽²⁹⁾.

Altro caso in cui la destinazione delle somme mutate non entra nello schema causale del contratto è quello del mutuo gratuito contenente però una clausola modale, che introduce un'obbligazione di *facere* a carico del mutuatario, la quale ha carattere accessorio.

In tutti i casi appena individuati (in cui la destinazione della somma mutuata resta a livello

⁽²⁷⁾ Si vedano, da ultimo: Cass., 27 dicembre 2013, n. 28662, in *Corr. giur.*, 2014, n. 5, 439 e Cass., 13 settembre 2013, n. 21020, in *Dir. giust.*, 2013; Cass., 26 marzo 2012, n. 4792, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 3, 401.

⁽²⁸⁾ Trib. Ravenna, decreto, 21 gennaio 2014, in *www.ilcaso.it*, 2014, I, 9971.

⁽²⁹⁾ Prima della riforma della disciplina del credito al consumo, introdotta dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, si era chiarito che tale tipologia di finanziamento speciale non fosse di per sé qualificabile come mutuo di scopo (Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Giur. it.*, 2005, 1406). Oggi, a seguito della riforma del credito ai consumatori introdotta col citato d. lgs. 141/2010, si potrebbe ritenere che quantomeno la categoria del “contratto di credito collegato” (individuata dall'art. 1, lett. c) del d. lgs. 141/2010 come «contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici se ricorre almeno una delle seguenti condizioni: 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito») abbia introdotto una finalizzazione della provvista messa a disposizione del consumatore, secondo lo schema del mutuo di scopo e certamente un collegamento negoziale che legittima l'azione di risoluzione prevista dall'art. 125-*quinquies* T.U. bancario (in questo senso pare la conclusione raggiunta recentemente da App. Torino, 7 febbraio 2014, n. 426, in *www.dirittobancario.it*).

di meri motivi o riveste carattere condizionale ovvero modale) gli scopi per i quali il credito è concesso non assumono una diretta rilevanza causale, in quanto manca un interesse del mutuante a vincolare la somma prestata al raggiungimento della finalità pattuita.

Nel mutuo di scopo invece la destinazione della somma mutuata corrisponde ad un comune interesse tanto del mutuatario quanto del mutuante e quindi entra nel sinallagma contrattuale, perché fa sorgere in capo al mutuatario una precisa obbligazione al cui adempimento corrisponde un interesse (patrimoniale o non patrimoniale *ex art. 1174 c.c.*, pubblico o privato) del mutuante.

In sostanza, un mutuo è “di scopo” quando la parte mutuante si impegna a provvedere temporaneamente di mezzi finanziari la parte mutuataria, la quale si obbliga a sua volta alla realizzazione delle attività e dei risultati convenuti, alla eventuale corresponsione degli interessi ed alla restituzione del capitale, impegnandosi così a raggiungere una finalità che risponde anche ad un interesse del mutuante, ma che tipicamente ricade nella sfera economica dell’altra parte ⁽³⁰⁾.

La figura, sconosciuta alla disciplina codicistica del mutuo che considera irrilevante sotto il profilo causale la destinazione della provvista, si è sviluppata nella prassi degli affari laddove lo scopo sia previsto dall’autonomia privata mediante l’inserimento di una cosiddetta “clausola di destinazione” (mutuo di scopo *volontario*) o si è presentata spesso nella legislazione settoriale che ha previsto l’erogazione di crediti speciali o agevolati, da destinare alla realizzazione di finalità di interesse pubblico (mutui di scopo *legale*).

I tratti essenziali della figura contrattuale in esame sono stati delineati da un’ormai risalente pronuncia della Cassazione ⁽³¹⁾, la quale ebbe a precisare che: «Il mutuo cosiddetto di scopo o di destinazione, cioè preordinato al perseguimento di determinate finalità, [...] è caratterizzato dal fatto che il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con la corresponsione dei relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto, compiendo l’attività in concreto programmata, sì che un tale impegno interviene nel sinallagma contrattuale, con rilevanza corrispettiva dell’attribuzione della somma. Detto contratto, pertanto, è affetto da nullità, deducibile da qualunque interessato (art. 1418 c.c.), quando sia stato stipulato con l’accordo, “ab initio”, di un’utilizzazione del finanziamento per finalità diverse (ad esempio, estinzione di debiti in precedenza assunti verso lo stesso istituto mutuante), e sempreché tale difforme utilizzazione sia stata poi concretamente attuata, ma non anche per l’eventuale riscontro della impossibilità del mutuo di conseguire quello scopo (pure se percepita o percepibile dalla parte), la quale può rilevare soltanto sulla legittimità degli atti del procedimento pubblicistico, anteriore alla stipulazione del contratto e rivolto all’istruttoria ed alla deliberazione della domanda di concessione del mutuo, né per l’eventuale accertamento di una pattuita diversa utilizzazione della somma mutuata, non contemplata nel contratto, ma sopravvenuta in data posteriore, la quale può giustificare esclusivamente una domanda di risoluzione per inadempimento, ad istanza dell’istituto mutuante».

Anzitutto il mutuo di scopo si diversifica dallo schema tipico del mutuo ordinario per il modo di perfezionamento, avendo natura consensuale e non reale.

Poi il mutuo di scopo assume una particolare struttura, in quanto, a fronte della conclusione del contratto, sorgono in capo al sovvenuto non una, ma due obbligazioni: la restituzione della somma mutuata (con aggiunta di interessi se ed in quanto convenuti) e la realizzazione di una determinata finalità, prevista *ab origine* dai contraenti o stabilita dalla legge. Nel sinallagma contrattuale, gli atti o le attività in concreto programmate, ancor più della prestazione degli interessi, assumono rilievo corrispettivo dell’attribuzione della somma.

Ulteriore elemento di differenziazione tra lo schema negoziale del mutuo ordinario e quello del mutuo di scopo consiste nella individuazione della causa, intesa come funzione

⁽³⁰⁾ MAZZAMUTO, voce “Mutuo di scopo”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, Treccani, 1988.

⁽³¹⁾ Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, (nt. 4).

economico-sociale del contratto, in quanto nella seconda figura negoziale l'obbligo di realizzare il fine concordato o imposto *ex lege* assume rilievo nell'ambito del sinallagma contrattuale.

Le connotazioni di cui si è appena detto sono state poi riprese dalla quasi unanime giurisprudenza successiva e dalla prevalente dottrina ⁽³²⁾.

In sintesi, può ritenersi che il mutuo di scopo sia un contratto oneroso (in cui il rapporto di corrispettività esiste tra la dazione della somma mutuata da un lato ed il pagamento degli interessi, nonché la realizzazione della finalità dall'altro), atipico (per le sue connotazioni particolari rispetto al mutuo ordinario disciplinato dal codice civile), consensuale (in quanto destinato a perfezionarsi mediante il semplice consenso e non mediante la consegna della somma mutuata), strutturalmente diverso ed autonomo rispetto al mutuo codicistico ⁽³³⁾.

L'aspetto più rilevante, anche ai fini del problema che stiamo affrontando, è che, secondo l'interpretazione oggi prevalente già accennata, poiché lo scopo rientra nella causa del contratto di mutuo, la sua mancanza originaria darebbe luogo ad una nullità ⁽³⁴⁾.

Ciò significa che l'accertamento di un eventuale difetto di causa non può prescindere dalla verifica dell'attuazione o meno di tale risultato.

Se la mancata attuazione della finalità dedotta in contratto o imposta dalla legge sia dipesa da un accordo tra le parti in forza del quale, fin dall'inizio, era stato convenuto, anche non formalmente, che quel risultato non si sarebbe realizzato e dunque le somme erogate sarebbero state distratte per realizzare interessi diversi, allora il contratto di mutuo deve considerarsi nullo *ex art. 1418 c.c.*, sempre che tale difforme utilizzazione sia stata poi concretamente attuata ⁽³⁵⁾.

Se invece la mancata attuazione della finalità sia dipesa da impossibilità sopravvenuta o da un inadempimento del mutuatario, allora si porrà un problema di risoluzione del contratto di mutuo per alterazione del suo sinallagma funzionale o di responsabilità contrattuale del mutuatario ⁽³⁶⁾.

5. *La destinazione della somma mutuata per estinguere debiti pregressi: tra validità ed efficacia.* — Una volta chiarito che il mutuo fondiario non è un mutuo di scopo, anche alla luce delle appena viste connotazioni di quest'ultima figura negoziale, siamo in grado di affermare non solo che la somma erogata mediante un mutuo fondiario non deve avere una destinazione particolare, ma anche che essa, proprio perché liberamente utilizzabile dal mutuatario, potrebbe essere impiegata per pagare suoi debiti pregressi verso lo stesso mutuante.

Lo aveva recentemente chiarito la Suprema Corte, escludendo la nullità del mutuo fondiario contratto per estinguere pregresse passività ⁽³⁷⁾ ed oggi lo ribadisce con la sentenza che si annota.

L'opinione non era così pacifica nella giurisprudenza di merito, la quale aveva avuto occasione di affermare che rientrasse nella nozione di mutuo fondiario un finanziamento a sostegno di un progetto di ristrutturazione finanziaria del mutuatario ovvero finalizzato a reintegrarne la liquidità, ma che fosse estraneo all'istituto, per carenza di causa, un mutuo

⁽³²⁾ Per una sintetica ma esaustiva disamina dei principali orientamenti in tema di mutuo di scopo si veda MASSIMO, nota a Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 681 ss.. Per ulteriori approfondimenti sul mutuo di scopo si vedano: LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, Giuffrè, 1995, 741 ss.; CLARIZIA, voce "Finanziamenti (diritto privato)", in *Novissimo digesto italiano*, App., III, Torino, Utet, 1980; FAUCEGLIA, *Il mutuo di scopo*, in AA.VV., *Contratti d'impresa* a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, Giuffrè, 1993, 1415 ss.; RISPOLI FARINA, *Il mutuo di scopo*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, 12, Torino, Utet, 1985, 691 ss.

⁽³³⁾ Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Riv. not.*, 2009, 2, 442.

⁽³⁴⁾ Cass., 24 gennaio 2012, n. 943, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 1, 67; Cass., 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. civ.*, 2009, 9, 1867 ed in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 6, 672.

⁽³⁵⁾ Cass., 11 gennaio 2001, n. 317, in *Contr.*, 2001, 466 ed in *Giur. it.*, 2002, 783; Cass. 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1970, I, 1367; Cass., 2 ottobre 1972, n. 2796, in *Foro pad.*, 1973, I, 201.

⁽³⁶⁾ Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, (nt. 4 e 31).

⁽³⁷⁾ Cass., 27 dicembre 2013, n. 28662, (nt. 27).

finalizzato esclusivamente ad estinguere pregresse posizioni debitorie nei confronti degli stessi istituti mutuanti ed a realizzare la sostituzione di un credito solo parzialmente garantito con un altro garantito interamente. A quest'ultima operazione non era stata riconosciuta natura di mutuo fondiario e pertanto era stata esclusa l'applicazione delle norme speciali previste dagli artt. 38 e ss. del T.U. bancario ed in particolare la disposizione dell'art. 39, che prevede il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria, decorso il termine di dieci giorni dall'iscrizione ⁽³⁸⁾.

Preferibile risulta però l'orientamento che esclude la nullità di un mutuo fondiario destinato a coprire pregressi debiti del mutuatario verso la stessa banca mutuante.

Una nullità non può infatti derivare da un vincolo di destinazione che abbiamo visto non caratterizzare il mutuo fondiario.

L'invalidità non può neppure derivare dall'esigenza di impedire al mutuante di avvantaggiare la propria posizione creditoria rispetto a quella degli altri creditori del mutuatario, per almeno due ragioni.

La prima è che il mutuante resta comunque creditore, dato che sostituisce un credito progressivo con un nuovo credito, avente una scadenza diversa.

L'operazione è spesso finalizzata a ristrutturare la situazione finanziaria del mutuatario, trasformando un indebitamento a breve termine in un indebitamento a medio o lungo termine, con conseguente riduzione di oneri finanziari (in corrispondenza della maggiore dilazione ottenuta e delle maggiori garanzie concesse, a cui si ricollega di regola una riduzione delle rate e degli interessi corrispettivi applicati in conseguenza dell'attenuazione del rischio di credito).

Inoltre il mutuatario allontana il rischio di una richiesta di rientro da parte della banca (insito nell'esistenza di un indebitamento a breve termine) e conseguentemente allontana il rischio di una segnalazione pregiudizievole in Centrale Rischi (come sconfinamento ⁽³⁹⁾ o, peggio, come sofferenza).

Tale ristrutturazione potrebbe quindi giovare anche agli altri creditori che vedranno allontanare il rischio di insolvenza del mutuatario e, nel caso di creditori bancari, la necessità di valutare la revoca delle linee di affidamento, con l'inevitabile effetto di far precipitare la situazione di difficoltà o di crisi in cui il cliente possa temporaneamente trovarsi.

La seconda ragione che porta ad escludere l'invalidità è che, comunque, la violazione della regola della *par condicio creditorum* non può considerarsi motivo di nullità.

È certamente vero che, a fronte della ristrutturazione e del prolungamento delle scadenze di cui si è detto, il mutuante pretenderà maggiori garanzie rispetto a quelle preesistenti e questo potrebbe essere ritenuto lesivo della *par condicio creditorum*, non beneficiando invece gli altri creditori di alcun miglioramento della loro posizione in termini di garanzie del credito, ma anzi vedendo consolidata la precedenza del creditore mutuante.

Questo inconveniente non appare però infrangere alcuna norma imperativa, ma tutt'al più potrebbe giustificare, ricorrendone i presupposti, un'azione revocatoria fallimentare (in caso di fallimento del mutuatario), come abbiamo visto al precedente paragrafo 3 o un'azione revocatoria ordinaria *ex art. 2901 c.c.* da parte di quei creditori che lamentassero di avere ricevuto

⁽³⁸⁾ App. Milano, 17 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2246, confermata da Cass., 18 giugno 2013, n. 9482, in *Riv. not.*, 2013, 3, 720, in conseguenza della ritenuta inammissibilità dei motivi di ricorso e non per aver condiviso il principio di diritto enunciato dal Giudice di II grado sull'utilizzabilità del mutuo fondiario.

⁽³⁹⁾ Dal 1° gennaio 2012 è entrata in vigore la nuova regola in tema di segnalazione in Centrale Rischi degli sconfinamenti: la banche debbono segnalare i crediti scaduti o sconfinati da più di 90 giorni, anziché da più di 180 giorni (c.d. *past due*), secondo quanto stabilito da Basilea 2, accordo tra le banche centrali dei Paesi del G10 relativo ai requisiti patrimoniali delle banche. La regola ha l'obiettivo di migliorare i processi creditizi, in modo da orientare le scelte di merito nell'erogazione di credito e nel *pricing* dei finanziamenti, il tutto per ragioni legate all'interesse generale attinente alla solidità patrimoniale dei diversi attori operanti sul mercato.

un pregiudizio dall'operazione di ristrutturazione e dimostrassero che la banca mutuante era consapevole di questo pregiudizio ⁽⁴⁰⁾.

In altre parole, la regola della *par condicio creditorum* non può ritenersi espressione di una norma imperativa né principio di ordine pubblico, “*non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale, come per il contratto in frode alla legge, l'invalidità del contratto in frode dei terzi, ai quali, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale*” (Cass., Sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603) ⁽⁴¹⁾.

Hanno ben chiarito le Sezioni Unite nel corpo della motivazione della sentenza appena citata che: “*In particolare, questa Corte ha più volte chiarito che non danno luogo a nullità del contratto l'intento di frodare i creditori (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie), né l'intento di vanificare un'aspettativa giuridica (tutelata, ad es. ex art. 1359 c.c.), né, infine, lo scopo di impedire l'esercizio di un diritto (ad es., di prelazione nella vendita di fondo rustico, tutelato mediante il diritto di riscatto: v. sent. n. 6239 del 1983; n. 3905 del 1981; n. 4116 del 1986). In questi casi l'illiceità del motivo non è riscontrabile neppure sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, con la quale espressione si fa riferimento, com'è noto, a principi di diritto che riflettono valori fondamentali dell'ordinamento e che si ricavano, essendone il presupposto comune, da sistemi di norme cogenti, per modo che essi operano, accanto alle norme imperative, come ulteriore limite negativo dell'agire negoziale. Infatti, non si rinviene nell'ordinamento un principio generale di questo tipo che imponga di ritenere illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune delle parti di un contratto (di per sé lecito) di prevalere con questo mezzo su diritti di privati di origine negoziale*”.

Si potrebbe tutt'al più sollevare il problema se il mutuo possa considerarsi perfezionato laddove la somma oggetto del prestito, anziché al mutuatario, venga consegnata alla banca mutuante che sia ad altro titolo creditrice verso lo stesso mutuatario.

In questo caso la banca mutuante trattiene la somma mutuata, col consenso del mutuatario, attuando una sorta di *traditio brevi manu* impropria, realizzando una novazione (mediante estinzione della pregressa obbligazione del mutuatario, sostituendola con la nuova obbligazione nascente dal mutuo) o una compensazione (tra il credito del mutuatario alla consegna della somma mutuata ed il suo corrispondente debito preesistente).

Solitamente la banca mutuante provvederà ad accreditare o a girocontare la somma mutuata su di un conto passivo intestato al mutuatario, generando così la compensazione contabile tra opposte partite in dare ed in avere.

Non si dubita che, anche in questi casi, il mutuo possa considerarsi validamente perfezionato, in quanto la somma mutuata viene pur sempre messa a disposizione del mutuatario, sia pure per estinguere una sua pregressa esposizione debitoria.

Dubbi possono semmai sorgere in ordine all'effettiva natura reale del contratto di mutuo, in quanto pare che, nella fattispecie appena esaminata, si debba escludere il fatto di una trasmissione anche soltanto simbolica del possesso o della proprietà delle somme mutate al

⁽⁴⁰⁾ Va precisato che la costituzione di garanzie a favore della banca mutuante, essendo contestuale all'erogazione del mutuo fondiario (ed anzi rappresentandone il presupposto per la sua esatta qualificazione, appunto, come mutuo fondiario) non potrebbe che considerarsi quale atto a titolo oneroso ex art. 2901, comma 3 c.c., con conseguente assoggettabilità a revocatoria ordinaria solo in presenza della prova richiesta dall'art. 2901, comma 1°, n. 2) c.c.. Tale prova deve consistere nella dimostrazione, da parte del creditore che promuovesse l'azione pauliana, che la banca mutuante abbia acquisito garanzie pregiudizievoli per gli altri creditori, nella consapevolezza di tale pregiudizio. Si tratta di una prova che potrebbe risultare non agevole in quanto presuppone un *eventus damni* effettivo o anche solo potenziale, ma di cui il terzo deve essere *effettivamente* a conoscenza (*scientia damni*), ancorché tale stato soggettivo possa essere provato mediante presunzioni (Cass., 9 marzo 2006, n. 5105, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 3; Trib. Salerno, 18 febbraio 2014, n. 555, in *Juris Data*, Giuffrè, 2014).

⁽⁴¹⁾ Cit. a nt. 18, ove altri riferimenti sul punto.

mutuatario ed alcuni autori ritengono di poter ravvisare in tali ipotesi un elemento a conforto della natura consensuale del mutuo ⁽⁴²⁾.

La giurisprudenza ravvisa però anche in questi casi la presenza di una vera e propria *traditio rei*, da configurarsi secondo una nozione “estesa” di consegna, basata non più sul trapasso della disponibilità materiale del denaro, ma sulla semplice “attribuzione al mutuatario della disponibilità giuridica” delle somme ⁽⁴³⁾.

Anche la dottrina prevalente ha accolto la tesi secondo cui tanto la consegna quanto il trasferimento delle cose mutate costituisce una componente normale del mutuo, non un dato essenziale e costante, il che è spiegabile alla luce del ruolo puramente strumentale di tali componenti, il quale permette che essi possano rimanere surrogati da effetti giuridici di natura diversa ma funzionalmente equivalenti ⁽⁴⁴⁾.

Da ultimo, occorre interrogarsi sulla validità del mutuo fondiario la cui provvista venga, in tutto o in parte, destinata dal mutuatario ad estinguere debiti gravanti su soggetti terzi.

È il caso della società appartenente ad un gruppo, la quale consegue un finanziamento fondiario al fine di pagare debiti di altre società controllate o collegate verso lo stesso mutuante.

È ancora il caso di un soggetto che richieda un finanziamento fondiario in quanto provvisto di un sufficiente merito creditizio, al fine di fornire sostegno economico ad un terzo a cui sia precluso l'accesso al credito bancario.

In entrambi questi casi il mutuatario non beneficia effettivamente della provvista che gli viene erogata solo al fine di devolverla ad un altro soggetto sovvenuto, a favore del quale potrebbe anche essere effettuato l'accredito diretto della provvista, su disposizione dello stesso mutuatario.

Tuttavia, questo è vero solo dal punto di vista economico, perché, in realtà, il finanziamento fondiario viene perfezionato regolarmente tra banca mutuante e mutuatario, il quale sceglie liberamente di utilizzare la somma erogatagli per devolverla (anche mediante accredito diretto appunto) a favore di un terzo.

Il contratto di mutuo fondiario è provvisto di una sua causa concreta e lecita; semplicemente il motivo per cui il mutuatario lo contrae è soddisfare non un'esigenza propria, ma esigenze altrui, potendo peraltro avere legittimi motivi per dare alla provvista una simile destinazione (si pensi ai vantaggi compensativi che possono concretamente configurarsi nei finanziamenti infragruppo i quali, altrimenti, potrebbero costituire ingiustificati atti a titolo gratuito o atti esorbitanti dall'oggetto sociale o, peggio ancora, distrazioni penalmente rilevanti in caso di fallimento della società finanziatrice ⁽⁴⁵⁾).

Problema diverso è verificare se esista effettivamente una causa meritevole di tutela nell'operazione di attribuzione della provvista dal mutuatario al terzo (configurandosi, in caso

⁽⁴²⁾ SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, 549.

⁽⁴³⁾ Cass., 9 maggio 1991, n. 5193, in *Foro it.*, 1992, I, 151, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 534, in *Fallimento*, 1991, 1061 ed in *Dir. fall.*, 1991, II, 900.

⁽⁴⁴⁾ LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, (nt. 32); GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, Giuffrè, 1972, 51 ss.; GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La costituzione del rapporto*, Milano, Giuffrè, 1968, 181 ss.

⁽⁴⁵⁾ Un espresso riferimento normativo alla rilevanza dei cosiddetti vantaggi compensativi si trova nell'art. 2634, comma 3 c.c.. Sulla rilevanza civilistica dei vantaggi compensativi nei finanziamenti infragruppo, soprattutto sotto il profilo della estraneità o meno dell'atto di gestione all'oggetto sociale, si vedano: Cass., 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Vita not.*, 2013, I, 36; Cass., 11 dicembre 2006, n. 26325, in questa *Rivista*, 2008, 4, 811 ed in *Fallimento*, 2007, 11, 1301; Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in questa *Rivista*, 2005, II, 246 che chiarisce come non sia sufficiente la mera appartenenza ad un gruppo societario per configurare l'esistenza di un vantaggio compensativo.

Sulla rilevanza penale dei finanziamenti infragruppo, si vedano: Cass. pen., Sez. V, 21 febbraio 2013, n. 20039, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 1060; Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 2012, n. 48327, in *Dir. giust. on line*, 2012; Cass. pen., Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38995, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 5, 1562 che esclude che costituisca distrazione rilevante l'operazione di finanziamento tra due società di un medesimo gruppo laddove sia ravvisabile un interesse del gruppo nel suo complesso.

contrario, un indebito oggettivo conseguente alla nullità del contratto per mancanza di causa ovvero un arricchimento senza causa o, ancora, una responsabilità degli amministratori e dei sindaci della società mutuataria per aver posto in essere un atto esorbitante dall'oggetto sociale o a titolo gratuito o addirittura integrante gli estremi del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione o di infedeltà patrimoniale *ex art. 2634 c.c.*), ma questo problema esula dal tema della presente nota.

6. *Mutuo fondiario e patto commissorio.* — Accade spesso che la banca mutuante, nel concedere un mutuo fondiario per ristrutturare una pregressa posizione debitoria a breve termine del mutuatario, richieda l'impegno, da parte del mutuatario, a mettere in vendita propri beni mobili o immobili al fine di reperire la liquidità necessaria per pagare le rate del mutuo concesso o ridurre comunque la sua esposizione debitoria complessiva.

Anzi, per assicurare che il mutuatario tenga fede all'impegno assunto di dismissione del suo patrimonio immobiliare, si prevede alle volte il rilascio, da parte del debitore-mutuatario, di un mandato a vendere, accompagnato dal conferimento al mandatario di una procura con la quale gli si attribuisce il potere di rappresentanza del mandante-venditore.

Il problema che frequentemente viene sollevato e di cui la giurisprudenza ha quindi avuto occasione di occuparsi è se un simile collegamento negoziale (tra il mutuo concesso e la più o meno contestuale previsione di alienazione di beni del mutuatario, con conferimento di procura a vendere ad un terzo) possa integrare la violazione dell'art. 2744 c.c..

È noto infatti che la giurisprudenza, a partire da Cass., 3 giugno 1983, n. 3800 ⁽⁴⁶⁾, ritiene che l'art. 2744 c.c. possa essere violato non soltanto direttamente, ma anche in maniera indiretta, mediante una vendita con patto di retrovendita o sottoposta alla condizione risolutiva dell'integrale pagamento del debito da parte del venditore-debitore o, ancora, mediante conferimento allo stesso creditore di un mandato a vendere, giungendo in questi casi a ravvisare la conclusione di un contratto o di più contratti tra loro collegati ritenuti in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.* ⁽⁴⁷⁾.

Una simile conclusione deve reputarsi però esclusa laddove la procura o il semplice mandato a vendere siano conferiti non già allo stesso creditore mutuante, bensì ad un terzo, affinché ponga in vendita sul mercato i beni, anche se il pagamento del prezzo dovesse venire canalizzato verso la stessa banca creditrice.

In questo caso infatti viene meno la *ratio* stessa del divieto di cui all'art. 2744 c.c. che è quella di prevenire un approfittamento del creditore che potrebbe lucrare la differenza tra l'ammontare del proprio credito ed il valore del bene del debitore di cui divenisse proprietario per effetto del patto commissorio. L'esistenza di un mandato conferito ad un terzo al fine di vendere sul mercato (e quindi a terzi) il bene o i beni del debitore esclude che sia il creditore a rendersene acquirente in conseguenza del semplice inadempimento del debitore e senza pagarne il prezzo.

La violazione del divieto di patto commissorio deve poi ritenersi assente tutte le volte in cui la messa in vendita di beni del debitore avvenga non già a scopo di garanzia del debito restitutorio del mutuo fondiario, bensì allo scopo di reperire la liquidità necessaria per far fronte a quella o ad altre obbligazioni.

In questo caso, come ben precisato da Cass. 5 giugno 2001, n. 7585 ⁽⁴⁸⁾: "*Gli art. 1963*

⁽⁴⁶⁾ Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1899 ed in *Foro it.*, 1984, I, 212.

⁽⁴⁷⁾ Fra le tante Cass., 10 marzo 2011, n. 5740, in *Giust. civ.*, 2011, 6, 1449 e Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 135 con specifico riferimento al collegamento tra mutuo e procura o mandato a vendere conferito allo stesso creditore mutuante. In generale, sulla violazione indiretta del divieto di patto commissorio, si vedano: Cass., Sez. un., 21 aprile 1989, n. 1907, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1821; Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, *ivi*, 1569 e 2423; Cass., 27 febbraio 1991, n. 2126, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 136 ss.; Cass., 19 settembre 1992, n. 10749, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3055; Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, in *Mass. giust. civ.*, 1993, 968.

⁽⁴⁸⁾ Cass., 5 giugno 2001, n. 7585, in *Mass. giust. civ.*, 2001, 1135.

e 2744 c.c., che sanciscono il divieto del patto commissorio, postulano che il trasferimento — ovvero il procedimento indiretto della promessa di trasferimento al creditore, cui l'indicato divieto è estensibile per identità di "ratio" — della proprietà della cosa che ha formato oggetto di ipoteca, di pegno o di anticresi, sia condizionato sospensivamente al verificarsi dell'evento futuro ed incerto del mancato pagamento del debito, sicché, qualora il trasferimento o la promessa di trasferimento vengano, invece, pattuiti puramente e semplicemente allo scopo non già di garantire l'adempimento di un'altra obbligazione con riguardo all'eventualità, non ancora verificatasi, che essa rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto e di liberare, quindi, il debitore dalle conseguenze connesse alla sua pregressa inadempienza, non sono configurabili le condizioni richieste dalle citate norme per l'operatività del divieto da esse previsto".

Non basta allora un collegamento tra un contratto di finanziamento ed una procura a vendere beni del mutuatario conferita ad un professionista indipendente per vendere a terzi (non al creditore) sul libero mercato per dimostrare l'esistenza di una causa di garanzia e di un approfittamento del creditore.

Infatti ed anzitutto, la procura a vendere può costituire un'indiretta violazione del divieto di patto commissorio quando è rilasciata dal mutuatario al mutuante o quando, comunque, mira al trasferimento della proprietà del bene concesso in garanzia a favore del creditore medesimo, ma non quando essa è rilasciata ad un terzo, ancor più se ad un prezzo minimo predeterminato ed è diretta ad attuare una vendita a terzi di detto bene.

Va a questo proposito precisato che « il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato vietato dall'ordinamento. Anche una procura o un mandato a vendere un immobile possono, dunque, concretare la fattispecie vietata, sempre che l'esecuzione di siffatto incarico, affidata al creditore di un preesistente rapporto obbligatorio, sia funzionalmente collegata all'inadempimento della suddetta obbligazione gravante sul mandante nei confronti del mandatario » (Cass., 1° giugno 1993, n. 6112) ⁽⁴⁹⁾.

È allora evidente che, in mancanza dei due presupposti che si sono appena detti (funzione di garanzia e destinazione al creditore di beni del debitore), non è possibile configurare quel collegamento tra rapporto obbligatorio ed accordo di garanzia posto in essere tra debitore e creditore e quell'approfittamento del creditore che struttura l'operazione in modo tale da potersi appropriare di beni del debitore aventi un valore di gran lunga superiore all'ammontare del proprio credito, i quali presupposti debbono necessariamente sussistere per poter configurare la violazione dell'art. 2744 c.c.

Né può allora affermarsi che *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. sarebbe anche la tutela della *par condicio creditorum*.

A parte la considerazione che una simile impostazione condurrebbe all'inaccettabile conclusione di escludere la legittimità di qualsiasi piano finanziario di ristrutturazione che miri a trasformare il più oneroso indebitamento bancario a breve termine (più oneroso anzitutto perché spesso non garantito) nel ben meno oneroso indebitamento bancario a medio o lungo termine (meno oneroso anche perché invece garantito, spesso da ipoteche), è evidente che piani di ristrutturazione di quel tipo non possono essere ritenuti illegittimi solo perché trasformano un credito chirografario della banca in un credito privilegiato.

Come già abbiamo visto al paragrafo precedente, la regola della *par condicio creditorum* non può ritenersi espressione di una norma imperativa né principio di ordine pubblico e pertanto la sua violazione non può dar luogo a problemi di nullità.

Se la *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. fosse quella di salvaguardare la *par condicio creditorum*, semmai la sanzione per la violazione di quel divieto dovrebbe essere quella

⁽⁴⁹⁾ Cass., 1° giugno 1993, n. 6112, (nt. 47).

ordinariamente prevista per gli atti in frode ai creditori, vale a dire l'inefficacia e quindi la revocabilità dell'atto e non certo la nullità⁽⁵⁰⁾.

Quindi è escluso che possa ravvisarsi nullità di un accordo contenente un piano di ristrutturazione finanziaria tra creditore e debitore, anche se diretto a trasformare pregressi crediti chirografari in crediti privilegiati, perché direttamente (in pretesa violazione dell'art. 2744 c.c.) o indirettamente (*ex art. 1344 c.c.*) lesivo della *par condicio creditorum*, la quale verrà in considerazione solo in caso di fallimento del debitore.

Come già detto, va esclusa la violazione del divieto del patto commissorio "*qualora la vendita sia pattuita allo scopo, non già di garantire l'adempimento di un'obbligazione con riguardo all'eventualità non ancora verificatasi che rimanga inadempita, ma di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto*"⁽⁵¹⁾.

7. *La nullità del contratto di mutuo destinato ad estinguere debiti preesistenti illegali o illeciti.* — Abbiamo escluso che possa ritenersi nullo un contratto di mutuo fondiario stipulato per estinguere pregressi debiti del mutuatario verso terzi o verso lo stesso mutuante (anche se la somma mutuata sia posta direttamente nella disponibilità di quest'ultimo), così come ne abbiamo esclusa la nullità anche laddove il mutuatario destini la somma erogata per estinguere debiti di terzi (anche se verso il medesimo mutuante).

L'assenza di un vincolo di destinazione nella somma erogata in forza di un mutuo fondiario, che costituisce la ragione principale delle conclusioni che si sono raggiunte, non significa però che qualsiasi destinazione della somma mutuata possa considerarsi lecita.

Da parte di una certa giurisprudenza di merito si è precisato che possa configurarsi la nullità del contratto di mutuo fondiario laddove la somma erogata sia destinata ad estinguere debiti pregressi che debbano considerarsi illegali perché inesistenti o perché frutto della violazione di norme imperative. È stato in particolare ritenuto che deve ritenersi nullo il contratto di mutuo stipulato con la sola finalità di azzeramento del saldo negativo di un conto corrente bancario, derivante dalla illegittima applicazione di interessi ultralegali, spese o commissioni non dovute e capitalizzazione trimestrale di interessi a debito⁽⁵²⁾.

Nel caso esaminato da quella giurisprudenza era stata ritenuta provata l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di mutuo ed il contratto di conto corrente bancario, ravvisando non solo un nesso teleologico tra i due negozi (requisito oggettivo), ma anche il comune intento pratico delle parti di stipulare il mutuo al solo scopo di consentire il pagamento di oneri indebiti (requisito soggettivo)⁽⁵³⁾.

Quest'ultimo requisito — che nel mutuo coincide con la previsione di un vincolo volontario di destinazione (proprio del mutuo di scopo, come abbiamo visto) — era stato desunto (per la verità in maniera molto discutibile) facendo ricorso all'istituto della presupposizione. Si era cioè ritenuto che il mutuo fosse stato contratto subordinatamente al ripianamento della pregressa esposizione debitoria in conto corrente, non sulla base di un'espressa

⁽⁵⁰⁾ Già in tal senso BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, Milano, Giuffrè, 1957, 214 ss.; LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952, 32 ss..

⁽⁵¹⁾ Da ultimo: Cass., 17 marzo 2014, n. 6175, in *Juris Data*, Giuffrè, 2014.

⁽⁵²⁾ Trib. Brindisi, 4 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1947.

⁽⁵³⁾ È consolidato il principio secondo cui: «Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale» (Cass., 11 settembre 2014, n. 19161, in *Dir. e giust.*, 2014; in senso conforme, tra le tante, Cass., 28 luglio 2004, n. 14244, in *Giur. it.*, 2005, 1825).

volontà delle parti (che mancava e che era stata ritenuta non necessaria), bensì sulla scorta del concreto atteggiarsi dell'operazione economica.

Punto debole del ragionamento era però, oltre alla ritenuta possibilità di provare per presunzioni patti aggiunti al contenuto di un contratto bancario per il quale la legge prevede la forma scritta *ad substantiam*, l'aver desunto il requisito soggettivo del collegamento negoziale dalla semplice esistenza del requisito oggettivo, senza considerare che il primo presupposto deve esistere autonomamente rispetto al secondo e fondarsi quindi su elementi fattuali diversi rispetto all'oggettivo collegamento economico-funzionale tra i due contratti.

In mancanza allora di un comprovato collegamento negoziale che dimostri un vincolo di destinazione convenzionalmente impresso dalle parti alla somma mutuata al fine di pagare oneri illegittimamente addebitati al mutuatario, la nullità di un mutuo fondiario (o anche di un mutuo ordinario) non può derivare semplicemente dall'impiego, in concreto, della relativa provvista per estinguere debiti originati dall'applicazione di clausole o dall'esecuzione di contratti nulli per violazione di norme inderogabili.

In questi casi potrà ritenersi esperibile un'azione di ripetizione di indebito *ex art. 2033 c.c.* da parte del *solvens* nei confronti dell'*accipiens*, ma non un'azione di nullità che finirebbe col trarre il suo fondamento su di un fatto (l'impiego della somma mutuata) che attiene non alla fase genetica del rapporto, ma alla sua fase funzionale o, in altre parole, che non attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto.

Per lo stesso motivo non potrà ritenersi nullo neppure un contratto di mutuo fondiario nel caso in cui la provvista venisse concretamente destinata al pagamento di interessi usurari precedentemente applicati ed addebitati dalla banca mutuante, nel caso in cui non si ravvisasse, fin dalla genesi del rapporto, un accordo sull'erogazione di un prestito finalizzato ad adempiere un contratto concluso in violazione della legge 7 marzo 1996, n. 108.

Infatti, solo laddove il contratto di mutuo trovasse la propria causa (non il semplice motivo) nel rapporto bancario a cui fossero stati applicati interessi usurari e l'intento specifico delle parti si fosse obbiettivato nel contenuto del contratto di mutuo, allora la nullità per illiceità del contratto usurario si ripercuoterebbe sul mutuo.

Diversamente, tenuto conto che la violazione della normativa in tema di usura si perfeziona nel momento in cui gli interessi usurari "*sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*" (art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con modificazioni nella legge 28 febbraio 2001, n. 24), il contratto di mutuo non finalizzato al loro pagamento fin dall'inizio, ancorché la relativa provvista, una volta erogata, venisse in concreto impiegata a tal fine, non aggiungerebbe nulla alla fattispecie penale e neppure a quella della illiceità civile.

Non a caso è stata ritenuta illecita l'operazione di *datio in solutum* consistente nell'aver tratto un assegno bancario per coprire interessi usurari su una somma oggetto di mutuo, ma solo perché era risultato provato il collegamento tra il mutuo a condizioni usurarie e l'emissione dell'assegno. Era quindi risultato evidente che l'assegno bancario era destinato, fin dall'inizio, ad adempiere le obbligazioni contratte nell'ambito di un rapporto sottostante ritenuto nullo per illiceità della causa, in ragione del combinato disposto degli artt. 1321 e 1343 cod. civ. ⁽⁵⁴⁾.

Chiarito che non può ritenersi nullo un contratto di mutuo fondiario in mancanza di un suo (comprovato) collegamento negoziale con un precedente contratto bancario nullo, le cui passività siano destinate ad essere coperte con la provvista messa a disposizione del mutuatario, occorre compiere un ulteriore approfondimento.

Dobbiamo cioè chiederci se, nel caso in cui questo collegamento negoziale fosse comprovato, la nullità del mutuo fondiario derivi inevitabilmente dalla nullità del contratto presupposto (o di sue singole clausole) da cui traggano origine gli addebiti coperti dalla provvista concessa in prestito.

(54) È il caso deciso da Cass., 16 settembre 2013, n. 21098, in *Mass. giust. civ.*, 2013, 628900.

Una risposta a questa domanda non può scaturire applicando puramente e semplicemente l'art. 1418, comma 1 c.c. e ritenendo che violi norme imperative il mutuo contratto per pagare addebiti nulli.

Infatti, la semplice violazione di norme inderogabili non è necessariamente causa di nullità. Essa presuppone infatti la violazione di una norma che preveda un comando o un divieto qualificabile come assoluto, siccome posto a tutela di un interesse generale.

Occorre allora procedere caso per caso, distinguendo tra contratto illegale (nullo solo nei casi in cui la legge non prevede una conseguenza diversa) e contratto illecito (sempre nullo) ⁽⁵⁵⁾.

La semplice illegalità non dà luogo a nullità quando non si ravvisi la violazione di un comando o di un divieto assoluto, ad esempio perché la norma violata (sia pure inderogabile) prevede già una sanzione diversa dalla nullità stessa, come nel caso esaminato (nt. 6) di decadenza dai benefici previsti dalla normativa sul mutuo fondiario in caso di un suo utilizzo al di fuori dei presupposti di legge ⁽⁵⁶⁾.

Nel caso del mutuo fondiario contratto per estinguere debiti pregressi derivanti da un rapporto di conto corrente bancario in cui siano state applicate clausole illegali (che prevedano, ad esempio, l'anatocismo bancario in violazione dei casi e dei modi consentiti dalle norme di vigilanza o interessi ultralegali e spese in mancanza di un'adeguata pattuizione per iscritto o commissioni di massimo scoperto), l'ordinamento prevede il rimedio della rideterminazione del saldo, depurato degli oneri non dovuti che vanno sostituiti con oneri legali (interessi non capitalizzati al posto di interessi anatocistici, addebito di interessi legali in sostituzione di interessi ultralegali *ex art. 1284, ult. comma c.c.*, storno di addebiti per costi o commissioni di massimo scoperto non dovuti).

Applicato quel rimedio, non resta spazio per una dichiarazione di nullità del mutuo, la cui provvista potrebbe essere correttamente destinata a copertura anche di oneri legittimi, non derivanti dall'applicazione di clausole nulle.

Diverso il caso della illiceità del contratto, la quale trae fondamento nelle disposizioni di cui all'art. 1418, comma 2, 1343 e 1345 c.c., la cui violazione sarà ravvisabile quando la destinazione illecita della provvista derivante da un mutuo fondiario sia prevista da entrambe le parti, fin dal momento delle conclusioni del contratto (e, nel caso di illiceità dei motivi comuni, ne rappresenti la ragione esclusiva).

Com'è noto la illiceità del contratto presuppone la violazione di norme imperative o di ordine pubblico o di buon costume (art. 1343 c.c.).

Quando ci si riferisce alla violazione di norme imperative però, ancor più che nel caso di nullità virtuale *ex art. 1418, comma 1 c.c.*, ciò che rileva al fine di configurare una illiceità del contratto è solo la violazione di norme di carattere proibitivo e non semplicemente inderogabili.

Più precisamente si è chiarito in dottrina che danno luogo a nullità *ex art. 1343 c.c.* solo le norme imperative più strettamente proibitive (cioè che vietano un determinato comportamento) e poste a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento, in modo tale che la trasgressione della norma si traduce direttamente in una violazione degli interessi protetti dalla medesima ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, 742 ss., il quale distingue tra "contratto illecito", quando in contrasto con norme imperative sono gli elementi essenziali del contratto come la causa, l'accordo, l'oggetto, i motivi comuni o anche la condizione e "contratto illegale" se la violazione della norma imperativa avviene sotto profili diversi da quelli indicati.

⁽⁵⁶⁾ Cass., 5 aprile 2003, n. 5372, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1759, la quale ha precisato che la nullità va esclusa quando la legge assicura l'effettività della norma imperativa con la previsione di rimedi diversi, quali la decadenza da benefici fiscali o creditizi.

⁽⁵⁷⁾ GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, III, Milano, Giuffrè, 1988, 244 ss.; PETTI, *La simulazione e l'invalidità del contratto*, art. 1414-1469, in *Comm. teorico-pratico al codice civile*, diretto da De Martino, Roma, 1984, 136, il quale rileva che il riferimento alla norma imperativa violata è sempre diretto alla norma costituzionale attributiva di un diritto soggettivo o protettiva di un interesse

Anche in giurisprudenza è costante l'insegnamento secondo il quale, se la norma violata si limita a prevedere una sanzione per il comportamento trasgressivo, senza specificare niente in tema di nullità, occorrerà accertare, caso per caso, se la norma violata intendeva tutelare un interesse pubblico e generale e se, con tale proibizione, il legislatore intendeva vietare la stipulazione del contratto (58). Le norme la cui violazione comportano la illiceità del contratto si collocano al vertice della gerarchia di valori protetti dall'ordinamento giuridico: non sono solo norme poste a tutela di interessi generali, quali le norme imperative richiamate dall'art. 1418, comma 1 c.c., ma costituiscono i "principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento" (59).

Solo in quest'ultima ipotesi, precisa la giurisprudenza, il contratto dovrebbe ritenersi nullo per illiceità della causa.

Si è così escluso che possa considerarsi nullo per illiceità della causa o per violazione di norme imperative il contratto contenente disposizioni in contrasto con la normativa fiscale, tenuto conto che le norme fiscali sono sì inderogabili, ma non proibitive.

A conferma di tale conclusione, si evidenzia anche in questo caso che l'illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1345 c.c., è determinata dalla contrarietà all'ordine pubblico, al buon costume e, ancora una volta, alle norme imperative, ma, rilevanti a tal fine, sono solo le disposizioni poste a tutela di interessi pubblici generali e non meramente settoriali (60).

La stessa conclusione può certamente valere anche per la violazione di disposizioni settoriali diverse da quelle tributarie, quali sono quelle in materia creditizia.

Illuminante a questo proposito è un recente precedente della Cassazione penale pronunciato in materia di nullità per illiceità di un contratto di lavoro subordinato.

L'art. 2126 c.c. infatti esclude il pagamento della retribuzione derivante dall'esecuzione di un contratto di lavoro nullo se la nullità deriva da illiceità dell'oggetto o della causa.

Anche in quel caso si trattava di stabilire se la illiceità della causa derivasse dalla semplice violazione di una norma imperativa o fosse necessaria una condotta in violazione di precetti di particolare rilevanza.

Orbene, la Suprema Corte ha precisato che «l'illiceità della causa che, ai sensi dell'art. 2126 c.c. (applicabile ex art. 2129 c.c. anche al rapporto di pubblico impiego per i dipendenti da enti pubblici), priva il lavoro prestato della tutela accordata al rapporto di lavoro nullo non può ravvisarsi nella violazione della mera ristretta legalità, ma nel contrasto con norme fondamentali e generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento: deve trattarsi, cioè, dell'ipotesi di contrarietà della causa a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ex art. 1345 c.c., dell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge ex art. 1344 c.c., dell'ipotesi di motivo illecito, comune alle parti e determinante, ex art. 1345 c.c.; non rientrandovi, quindi, la semplice illegalità che invalida il negozio o l'atto costitutivo del rapporto a norma dell'art. 1418 del codice civile» (61).

Questo orientamento è coerente col principio secondo cui neppure la violazione di norme penali comporta necessariamente la nullità di un contratto: perché la violazione di una norma penale comporti nullità per contrarietà a norme imperative, occorre che il contratto sia vietato direttamente dalla norma penale, nel senso che la sua stipulazione integri reato, mentre non

giuridico collettivo o individuale o eventualmente alla legge ordinaria attuativa di principi costituzionali; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2006 rileva come non ci sarebbe nullità quando l'effettività della norma è assicurata con metodi differenti, come ad esempio la decadenza di benefici fiscali o creditizi.

(58) Cass., 4 dicembre 1982 n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172; Cass., 7 marzo 2001 n. 3272, *ivi*, 2001, I, 2109; Cass., 11 dicembre 1991, n. 13395, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1748.

(59) Cass., 23 maggio 1987, 4681, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 60; conforme Cass., 28 gennaio 1983, n. 808 in *Mass. Foro it.*, 1983; più di recente Cass., 15 ottobre 2001, n. 12510, in *Foro pad.*, 2002, I, 20.

(60) Si v. l'ampia rassegna dottrinale e giurisprudenziale riportata da PAGANINI, *Nullità di clausole contrattuali per violazione di norme tributarie*, in *Giust. civ.*, 2013, 7-8, 1455B.

(61) Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2013, n. 35320, in *Guida dir.*, 2013, 43, 80.

rileva il divieto che colpisca soltanto il comportamento materiale delle parti ⁽⁶²⁾, così come non rileva che il contratto sia stato concluso in violazione di norme penali da parte di uno dei contraenti ⁽⁶³⁾.

Conferma ulteriore del fatto che non è sufficiente la violazione di una norma imperativa per ravvisare una nullità contrattuale (soprattutto per illiceità della causa) si può riscontrare nella distinzione tra norme (imperative) di comportamento e norme concernenti la validità dei contratti: la violazione delle prime, pur imperative, non comporta la nullità del contratto, ma solo la responsabilità contrattuale del contraente che le abbia violate ⁽⁶⁴⁾.

Ciò significa che l'illiceità della causa sussiste ogni qual volta vi sia la violazione di norme imperative che fondano il divieto di compiere determinati atti, norme queste dettate in ragione di un'esigenza di tutela dell'interesse collettivo, trascendenti quelle di mera salvaguardia dell'integrità patrimoniale dei singoli contraenti ⁽⁶⁵⁾.

Possiamo allora concludere che, stante la mancanza di un vincolo di destinazione imposto dalla legge, le ipotesi di nullità di un mutuo fondiario derivanti da un particolare impiego della provvista appaiono assolutamente eccezionali e confinate ai casi in cui sia comprovato un collegamento negoziale tra il finanziamento ed un rapporto recante un'esposizione debitoria illecita, destinata espressamente, fin dall'origine dell'operazione, ad essere estinta impiegando la provvista erogata o da erogare.

In questo caso sul contratto di mutuo fondiario si ripercuote il medesimo vizio proprio del contratto presupposto, che, come abbiamo visto, può essere la nullità solo se esista una norma proibitiva che ne vieti la stipulazione e non anche se sia semplicemente il frutto del comportamento illecito di una delle parti (nel quale caso si porrà semmai un problema di trasmissione, da un negozio all'altro, di un'ipotesi di annullabilità per vizio del consenso, ma non di nullità).

PAOLO BONTEMPI

⁽⁶²⁾ Cass., 10 luglio 2008, n. 19030, in *Guida dir.*, 2008, 47, 77; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, 145.

⁽⁶³⁾ PIRRUCCIO, *La nullità del contratto tra causa illecita e motivo illecito*, in *Giur. merito*, 2005, 1, 203 ss.

⁽⁶⁴⁾ L'orientamento è stato definitivamente chiarito da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in questa *Rivista*, 2008, 2, 344, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 2, 133 ed in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775; conforme, da ultimo, Cass., 10 aprile 2014, n. 8462, in *Mass. giust. civ.*, 2014.

⁽⁶⁵⁾ Cass., 7 luglio 2008, n. 2860, in *Il civilista*, 2009, 6, 73.