

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE / GIUGNO

2026

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, ANGELA MARIA AROMOLO DE RINALDIS,
SEBASTIANO BELFI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, BENEDETTA
BONFANTI, ALESSANDRA CAMEDDA, ANDREA CARRISI, GABRIELLA
CAZZETTA, EDOARDO CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO
DAVOLA, ANGELA GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, EMANUELA
MIGLIACCIO, GIANPAOLO PANETTA, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
ELEONORA RAJNERI, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA,
DAVIDE TOCCOLI, VERONICA ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Sul rispetto del limite di finanziabilità quale requisito di accesso ai benefici fondiari

SOMMARIO: 1. Ragioni di un rinnovato interesse per il finanziamento eccedentario. – 2. Sforamento del limite di finanziabilità: il dibattito e la decisione delle Sezioni Unite. – 3. Sulla imperatività dell'art. 38 Tub. – 4. Sulla riqualificazione del contratto oltre soglia.

1. Ragioni di un rinnovato interesse per il finanziamento eccedentario.

Il credito fondiario è disciplinato dagli artt. 38 ss. del Testo Unico delle leggi in materia bancaria (d'ora in poi TUB) e integra una operazione di credito definita «particolare»¹. Si tratta di un finanziamento a medio o lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili, il cui massimo ammontare è predeterminato dallo stesso art. 38, Tub, il quale, al secondo comma, prescrive che il limite deve essere individuato in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi. In concreto detto limite è stabilito dalla delibera CICR del 22 aprile 1995, la quale prevede che, per le operazioni di tal genere, l'importo massimo erogabile è pari all'80% del valore dell'immobile o delle opere da eseguire.

La disciplina del credito fondiario è caratterizzata da un regime di favore per il creditore e per il debitore. La qualificazione di un finanziamento quale credito fondiario comporta infatti l'applicazione di specifici vantaggi e benefici per entrambe le parti del rapporto contrattuale.

Dal lato del creditore, assumono particolare rilievo: i) la garanzia costituita da ipoteca di primo grado su beni immobili; ii) il consolidamento dell'ipoteca fondiaria in un termine breve, con conseguente sottrazione dell'iscrizione all'azione revocatoria fallimentare qualora essa sia stata effettuata almeno dieci giorni prima della sentenza dichiarativa di fallimento; iii) la possibilità di procedere all'iscrizione ipotecaria presso la sede della banca mutuante; iv)

¹ Per una analisi sulla evoluzione storica della disciplina del credito fondiario v. E. PESCE, *Alle radici di un'imperatività ingiustamente negata: ancora sulla sorte del mutuo fondiario sovrafinanziato*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 433 ss.

l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore in esecuzione del finanziamento; v) l'esonero dall'obbligo di preventiva notifica del titolo esecutivo; vi) la facoltà di iniziare o proseguire l'azione esecutiva individuale anche in caso di apertura della procedura fallimentare.

Dal lato del debitore, sono accordati parimenti alcuni significativi vantaggi, tra i quali: i) la facoltà di estinguere anticipatamente il finanziamento mediante il pagamento del compenso omnicomprendente eventualmente previsto dal contratto; ii) l'applicazione della disciplina di favore dettata dall'art. 40, secondo comma, Tub, in materia di inadempimento; iii) il diritto alla riduzione proporzionale dell'ipoteca quando sia stato estinto almeno un quinto del debito originario ovvero quando le garanzie residue risultino comunque sufficienti a presidiare il credito.

Nel corso del tempo, la disciplina del credito fondiario ha sollevato numerosi problemi interpretativi, ai quali dottrina e giurisprudenza hanno offerto soluzioni non sempre convergenti. A mo' di esempio possono essere ricordate le discussioni sulla validità del mutuo fondiario c.d. solutorio² e sulla sua natura reale³, sulla riconducibilità

² Di recente sul punto si sono pronunciate le Sezioni unite sostenendo la validità del mutuo fondiario solutorio, cfr. Cass., sez. un., 5 marzo 2025, n. 5841, in *Foro it.*, 2025, 1396, con nota di S. PAGLIANTINI, *Tanto rumor per nulla: la parabola legalizzante del mutuo solutorio e di quello condizionato nel canone nomofilattico della Cassazione*. Sul tema, senza pretese di esaustività v. S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Corr. Giur.*, 2016, 952 ss.; A. PURPURA, *La controversa validità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, in *Giur. it.*, 2023, 532 ss., spec. 537 ss.; P. BONTEMPI, *Valido il mutuo fondiario per estinguere debiti pregressi del mutuatario verso la banca mutuante*, in *Giur. Comm.*, 2015, 752 ss.

³ Sulla conclusione del contratto di mutuo fondiario e sulla effettiva disponibilità giuridica delle somme in favore del mutuatario v. M. SEMERARO, *Rapporti di mutuo. Moneta, credito, tempo*, Milano, 2026, 30 ss.; in argomento v. anche D. MARCELLO, *Mutuo fondiario e consegna di danaro*, in questa *Rivista*, 2022, 197 ss.; T. MAUCERI, *Realità del mutuo e oneri probatori nei confronti del fallimento del mutuatario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 161 ss.; ID., *Sulla controversa natura del mutuo solutorio*, in *Giur. civ. comm.*, 2025, 188 ss.; A.A. DOLMETTA, *Sulle prassi bancarie dei mutui con «dazione» e contestuale «contro dazione» di somme: consegna, distantia temporis e causa concreta*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2024, 693 ss.

del fondiario al mutuo di scopo⁴, sulla natura imperativa dell'art. 38 TUB e sulle conseguenze derivanti dal superamento del limite di finanziabilità in quest'ultimo contenuto.

Da ultimo, la giurisprudenza si è occupata della questione relativa alla applicabilità dei benefici processuali previsti dall'art. 41, comma 2, Tub anche a procedure diverse da quelle espressamente richiamate dalla norma (il fallimento): ossia la liquidazione giudiziale e la liquidazione controllata⁵. La pronuncia riveste particolare interesse poiché, come si vedrà, l'ampliamento della tutela creditoria sembra riportare al centro del dibattito il tema del rispetto dei presupposti necessari affinché gli effetti del fondiario si realizzino.

Procediamo con ordine.

L'art. 41, comma secondo, TUB prevede che «l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore». La disposizione deroga al principio generale del divieto di azioni esecutive individuali, già sancito nell'art. 51 l. fall. e oggi riprodotto nell'art. 150 CCII, secondo il quale, salva diversa disposizione di legge, dall'apertura della liquidazione giudiziale, nessuna azione esecutiva o cautelare individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura.

A seguito della entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sono stati sollevati dubbi circa la persistente applicabilità del privilegio processuale previsto dall'art. 41 TUB alla liquidazione giudiziale. Le perplessità hanno trovato fondamento principalmente nel fatto che la menzionata disposizione, a seguito della riforma, non è stata oggetto di revisione testuale, continuando perciò a fare espresso riferimento al "fallimento", e che l'art. 349 CCII - il quale ha sostituito nel codice della crisi i riferimenti al fallimento con quelli alla liquidazione giudiziale - ha ommesso di modificarla.

A sostegno della tesi della inapplicabilità del privilegio processuale fondiario alla procedura di liquidazione deporrebbe anche un ulteriore elemento ricavabile dalla lettura dell'art. 7, comma 4, lett. a), della legge delega n. 155 del 2017. Tale disposizione annovera tra i criteri

⁴ In argomento v. M. TATARANO, *Mutuo di scopo e mutuo fondiario tra patologie e rimedi*, Napoli, 2022.

⁵ Cfr. Cass., 19 agosto 2024, n. 22914, in *Onelegale online*

direttivi della riforma il potenziamento della liquidazione giudiziale mediante misure dirette a «escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari», consentendo tuttavia la sopravvivenza temporanea del privilegio fondiario sino al decorso di due anni dall'entrata in vigore della nuova legge. Ciò sarebbe particolarmente significativo al fine di ritenere il beneficio di cui all'art. 41 TUB operante soltanto alle procedure fallimentari ancora pendenti.

La Corte di Cassazione non ha condiviso questa ipotesi ricostruttiva per diverse ragioni⁶.

In primo luogo, i giudici di legittimità escludono che possa attribuirsi rilievo decisivo alla mancata sostituzione esplicita della parola “fallimento” all'interno dell'art. 41 TUB. L'art. 349 CCII, rubricato «Sostituzione dei termini fallimento e fallito», stabilisce infatti che, nelle disposizioni normative vigenti, i termini «fallimento», «procedura fallimentare» e «fallito» devono intendersi sostituiti, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato alla liquidazione giudiziale», «con salvezza della continuità delle fattispecie»⁷. Ne consegue che non vi sarebbero ragioni per escludere l'applicazione di tale disposizione anche all'art. 41 TUB.

Con riferimento invece al criterio direttivo contenuto nella legge delega, rilevano che codesto criterio non sarebbe stato recepito, restando perciò aperta la questione se ciò dipenda dalla non attuazione del medesimo oppure da un possibile conflitto tra normativa delegata e criteri direttivi fissati dalla legge n. 155 del 2017⁸.

Il profilo maggiormente innovativo della decisione non riguarda, tuttavia, l'applicabilità dell'art. 41 TUB alla procedura sostitutiva del fallimento introdotta dal Codice della Crisi. Tale conclusione, infatti, appare in larga misura coerente con la sostanziale affinità, pure a seguito della novella legislativa, tra fallimento e liquidazione

⁶ Cass., 19 agosto 2024, n. 22914, cit.

⁷ Testualmente l'art. 349 Codice della crisi prevede che «Nelle disposizioni normative vigenti i termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito» nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie».

⁸ Cass., 19 agosto 2024, n. 22914, cit.

giudiziale. Riguarda, invece, l'estensione del beneficio fondiario alla liquidazione controllata, procedura destinata ai soggetti sovraindebitati, quali persone fisiche e piccoli imprenditori⁹.

Nel vigore della legge n. 3 del 2012 non sussistevano particolari dubbi circa l'inapplicabilità del privilegio processuale fondiario alla procedura di liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato disciplinata dagli artt. 14 *ter* ss.¹⁰. L'art. 14 *quinqüies*, comma 2, lett. b), prevedeva il divieto assoluto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali a seguito dell'apertura della procedura. Da ciò derivava l'inopponibilità alla liquidazione del privilegio processuale previsto dall'art. 41 Tub.

Il Codice della crisi non ha riprodotto integralmente la disciplina previgente. L'art. 270, comma 5, CCII dispone infatti che alla liquidazione controllata si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 143, 150 e 151 CCII.

L'art. 150 CCII in particolare stabilisce che, «salvo diversa disposizione della legge», dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione esecutiva o cautelare individuale può essere iniziata o seguita sui beni compresi nella procedura, anche se relativa a crediti maturati durante la liquidazione. La norma delinea un meccanismo di regola ed eccezione destinato a operare successivamente alla apertura della procedura di liquidazione. La regola generale consiste nel divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali; l'eccezione, invece, consente la prosecuzione o l'avvio dell'esecuzione quando una disposizione di legge lo preveda espressamente. L'art. 41 TUB funge esattamente da eccezione. La norma infatti autorizza il creditore fondiario a proseguire l'azione esecutiva nonostante l'apertura della procedura concorsuale.

Muovendo da questa premessa, secondo un primo orientamento interpretativo¹¹, il rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCII all'art.

⁹ Sull'accostamento tra le procedure di liquidazione giudiziale e controllata v. F. ACCETTELLA, *La liquidazione controllata del sovraindebitato un primo commento*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, 659 ss.

¹⁰ Di recente sulla non applicabilità dell'art. 41 TUB alle procedure di liquidazione del patrimonio *ex art. 14 ter* ss. l. n. 3 del 2012 v. Trib. Tivoli, 4 giugno 2026, in *Onelegale online*.

¹¹ Per una ricostruzione delle diverse tesi v. R. COLETTA, *Il privilegio fondiario nella liquidazione controllata (o della differenza tra «rinvio» e «interpretazione*

150 CCII comporterebbe l'applicazione alla liquidazione controllata non solo del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, ma anche della clausola di salvezza contenuta nella norma evocata e dunque delle deroghe previste dalla legge a tale divieto. In questa prospettiva, l'art. 41 TUB, quale deroga espressa al divieto di azioni esecutive individuali, dovrebbe ritenersi operante anche nell'ambito della liquidazione controllata.

L'orientamento opposto interpreta in senso restrittivo il rinvio operato dall'art. 270, comma 5, CCII¹². Secondo questa tesi, il richiamo all'art. 150 CCII riguarderebbe esclusivamente la regola generale, dunque il divieto di azioni esecutive individuali, e non anche la relativa eccezione. Ne deriverebbe una sorta di scissione del contenuto della norma evocata, la quale sarebbe applicabile alla liquidazione controllata soltanto nella parte in cui sancisce il divieto.

Ad avallare tale ultima posizione ci sarebbe poi la circostanza che l'art. 150 CCII, in quanto norma in bianco, non individua le singole deroghe al divieto, rimandando alle singole norme eccezionali che si trovano collocate nei diversi settori dell'ordinamento. Di conseguenza, per derogare all'improcedibilità delle esecuzioni individuali nella liquidazione controllata sarebbe necessario individuare una norma espressamente riferita a tale procedura, non essendo possibile estendere in via analogica quanto stabilito dall'art. 41 TUB soltanto in relazione al fallimento e alla liquidazione giudiziale.

È noto che la Corte di Cassazione ha dato seguito all'orientamento estensivo.

Di là dalle ragioni di merito e di metodo¹³, la pronuncia assume un rilievo sistematico indubbiamente significativo. Essa, infatti, amplia

analogica», in *Esecuzione forzata*, 2024, 91 ss.. Per posizioni contrarie alla estensione dell'art. 41 Tub alla liquidazione controllata vedi tra le tante: Trib. Treviso, 19 gennaio 2023, in *ilcaso.it*; M. ATTANASIO, *Il privilegio fondiario ed il Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 2023, 1 ss.

¹² Trib. Verona, 20 dicembre 2022, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.inexecutivis.it/giurisprudenza/tribunale/verona/2022~2/trib.-verona-20122022/>; Trib. Modena, 3 marzo 2023, in *Fallimento*, 2023, 961 ss., con nota di G.B. NARDECCHIA, *Liquidazione controllata, procedure esecutive e privilegio processuale fondiario*.

¹³ Non condivisibile appare il metodo interpretativo utilizzato al fine di dirimere la questione sottoposta alla Corte. Esso infatti sembra focalizzato sul dato letterale delle disposizioni e sulla tecnica legislativa del rinvio, piuttosto che sull'analisi degli

sensibilmente l'ambito di operatività del privilegio processuale fondiario, rafforzando ulteriormente la posizione del creditore, al quale viene riconosciuta la possibilità di conservare i benefici processuali previsti dall'art. 41 TUB anche nell'ambito di una procedura diversa dalla liquidazione giudiziale.

Proprio tale ampliamento rende nuovamente centrale il tema relativo alla individuazione dei requisiti richiesti dall'art. 38 TUB per l'accesso alla disciplina speciale del credito fondiario. Quanto più, infatti, la giurisprudenza estende il perimetro applicativo dei benefici accordati al creditore fondiario, tanto più appare necessario verificare con rigore la sussistenza dei menzionati requisiti. In questa prospettiva, se il ricorso al credito fondiario continua a determinare una significativa deroga alle ordinarie regole che presidiano le procedure concorsuali, il rispetto del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 TUB pare destinato ad assumere un ruolo sempre più determinante quale criterio selettivo per l'accesso al regime privilegiato.

2. Sforamento del limite di finanziabilità: il dibattito e la decisione delle Sezioni Unite.

Nella direzione tracciata, la progressiva espansione delle prerogative del creditore fondiario sembra rafforzare le critiche formulate in dottrina nei confronti della lettura del limite di finanziabilità quale regola avente funzione meramente prudenziale, di rilievo esclusivo nell'ambito della relazione tra Banca e Autorità di vigilanza.

Per comprendere la portata del problema è opportuno ripercorrere, sia pure sinteticamente, le tappe giurisprudenziali che hanno preceduto l'intervento delle Sezioni unite sulle conseguenze in punto di validità dell'atto derivanti dal superamento del limite di finanziabilità.

I principali orientamenti erano due.

Il primo, più risalente, escludeva anzitutto la riconducibilità della ipotesi *de qua* all'ambito di applicazione dell'art. 117, comma 8, Tub¹⁴,

interessi protetti e sulla *ratio* sottesa alla norma. Sul metodo di interpretazione della legge v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, III ed., Napoli, 2006, 564; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990 (ristampa).

¹⁴ Cfr. Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, cit., nonché Cass. 6 dicembre 2013, n. 27380, v. in *DeJure online*; nello stesso senso v. anche Cass. 4 novembre 2015, n. 22446, *ivi*. Sulla questione attinente al superamento del limite di finanziabilità e

nella parte in cui dà alla Banca d'Italia la facoltà di imporre per determinati contratti, individuati secondo una denominazione particolare o sulla base di specifici criteri qualificativi, un contenuto determinato¹⁵. Ciò considerando, per un verso, che l'art. 117 Tub «attribuisce alla Banca d'Italia un potere conformativo o tipizzatorio del contenuto del contratto, prevedendo clausole - tipo da inserire nel regolamento negoziale a tutela del contraente debole»¹⁶ e, per altro verso, che l'art. 38 TUB si limita a delegare all'Autorità la determinazione dell'ammontare massimo dei finanziamenti, senza perciò conferirle alcun potere sul piano esattamente della determinazione della clausola del contratto di mutuo fondiario.

Tanto premesso, questo orientamento riconosceva nel limite di finanziabilità anzitutto un presidio dell'interesse alla stabilità finanziaria dei singoli istituti di credito e soltanto indirettamente del sistema bancario nel suo complesso¹⁷. Scopo della previsione sarebbe stato evitare che gli enti creditizi assumessero esposizioni elevate senza al contempo godere di adeguate contropartite e garanzie. In questa prospettiva, il limite di finanziabilità avrebbe integrato esclusivamente

all'applicabilità dell'art. 117 Tub, v. M. TATARANO, *op. cit.*, 69, il quale ritiene che il rilievo decisivo per escludere l'operatività dell'art. 117, comma ottavo, Tub, nel caso di superamento del limite sia la legittimazione attiva attribuita al solo cliente.

¹⁵ Cfr. Cass. 1° settembre 1995, n. 9219, in *OneLegale*; v. anche Trib. Cagliari, 4 aprile 2013, in *Dejure online*.

¹⁶ Cfr. Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, cit.; in argomento v. F. ONNIS CUGIA, *La regola dell'art. 117, comma 8°, t.u.b., e il credito fondiario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2014, 145 ss.; A supporto dell'esclusione dall'alveo di operatività dell'art. 117, ottavo comma, Tub, nelle ipotesi di superamento del limite di finanziabilità, si aggiunge altresì un dato di carattere funzionale. L'art. 117 Tub sarebbe posto a tutela della corretta e rigorosa informazione del cliente e ciò emergerebbe anche dalla collocazione della norma citata, la quale è inclusa nel titolo del Testo Unico dedicato alla «trasparenza delle condizioni contrattuali».

¹⁷ Cfr. Cass. 28 novembre 2013, n. 26672, in *Dejure online*. Per i commenti alla sentenza, senza pretese di esaustività, v. A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2014, 127 ss.; U. MALVAGNA, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*, *ivi*, 139 ss.; U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*, *ivi*, 134 ss.; M. PIAZZA, *Sul superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario*, in *Corr. giur.*, 2014, 926 ss.; M. MARTINO, *Sulla sorte del mutuo fondiario che viola i limiti di finanziabilità: un recente, criticabile arresto della Cassazione*, *ivi*, 936 ss.

una regola di buona condotta, volta a disciplinare il comportamento della banca a vantaggio della sua stabilità patrimoniale.

Sul piano dell'individuazione del rimedio in ipotesi di sua violazione, seguiva il riferimento alle sanzioni amministrative e al risarcimento del danno¹⁸. Ciò sul presupposto della nota distinzione tra regole di fattispecie e regole di comportamento¹⁹.

Il secondo orientamento, inaugurato nel 2017²⁰, pur escludendo l'applicabilità dell'art. 117 Tub, giungeva a conclusioni opposte rispetto alla natura dell'art. 38 Tub e alle conseguenze della sua violazione²¹. Riconosciuto che il limite di finanziabilità sarebbe stato posto a presidio di interessi pubblici generali, in particolare di quello alla tutela della stabilità economica nazionale, individuava in detto limite uno strumento diretto a «regolare il *quantum* della prestazione creditizia»²². La sua previsione avrebbe perciò risposto a una «necessità di analitica regolamentazione dettata da obiettivi economici generali»²³ in ragione della ripercussione che le operazioni di questo genere

¹⁸ In questa ottica, il limite di finanziabilità avrebbe lo scopo di impedire che le banche, nell'erogare credito, si esponessero oltre un limite di ragionevolezza, rischiando, in ipotesi di mancato adempimento del debitore, di generare delle perdite di esercizio. In tal guisa, la violazione da parte della banca del limite prudenziale, attenendo al comportamento dell'istituto stesso, comporterebbe soltanto l'irrogazione delle sanzioni amministrative e potrebbe eventualmente essere fonte di responsabilità. In definitiva, la violazione del limite non avrebbe alcuna ricaduta sulla validità del contratto.

¹⁹ Il riferimento è assai noto, cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Onelegale*.

²⁰ Cfr. Cass. 13 luglio 2017, n. 17352, in *Dejure Online*. Senza pretese di esaustività, per i commenti alla sentenza, v. G. MIGLIORATI, *Mutuo fondiario: la rilevanza costituzionale del limite di finanziabilità*, in *Notariato*, 1, 2018, 193 ss.; M. FARINA, *Attività creditizia e violazione dell'art. 38, comma 2, TUB*, in *Contratti*, 2, 2018, 169 ss.; M. PIAZZA, *Ancora sul superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario*, in *Corr. Giur.*, 2018, 161 ss.

²¹ Nella giurisprudenza di merito, ancor prima della rimessione della questione alle Sezioni unite, non sono mancate pronunce che hanno disatteso l'orientamento maggioritario, che predicava la nullità del finanziamento eccedentario, e hanno aderito ad una diversa soluzione, la quale si fondava sulla valutazione del limite di finanziabilità quale presupposto necessario al fine dell'applicazione della disciplina speciale, tra le tante v. Trib. Napoli, 5 giugno 2019, in *Il caso.it*; Trib. Livorno, 16 dicembre 2021, in *OneLegale*; Trib. Torre Annunziata, 10 febbraio 2021, *ivi*.

²² Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.

²³ Cass., 13 luglio 2017, n. 17352, cit.

potrebbero avere sull'economia nazionale. Da ciò la scelta di ricorrere alla nullità per contrarietà a norma imperativa nell'ipotesi di mutuo eccedentario²⁴, salva la possibilità, ove ne ricorressero i presupposti, di conversione in ordinario mutuo ipotecario²⁵.

La posizione, definitiva, delle Sezioni Unite è nota²⁶.

Il Collegio ha negato che il limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 TUB abbia natura imperativa, escludendo così che il suo superamento determini la nullità del contratto²⁷. Al tempo stesso, ha escluso che il mutuo fondiario eccedentario possa essere riqualificato come ordinario mutuo ipotecario²⁸. Nella direzione tracciata dalle

²⁴ L'ordinanza di rimessione 9 febbraio 2022, n. 4117, in *DeJure Online*, ha rilevato che la decisione alla quale è pervenuta la Corte nel 2017 è conforme all'insegnamento racchiuso in Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, *ivi*, ove è sostenuto che la violazione di una norma imperativa determina la nullità del contratto tutte le volte che si ripercuote sulla regola negoziale e sia dunque ravvisabile un contrasto tra regolamento negoziale e norma violata.

²⁵ L'orientamento inaugurato da Cass. 13 luglio 2017, n. 17352, *cit.*, è stato seguito dalle pronunce successive di legittimità, senza pretese di esaustività v. Cass. 6 marzo 2018, n. 6586; Cass. 28 giugno 2019 n. 17439, Cass. 14 giugno 2021, n. 16776, in *DeJure Online*, non sempre, invece, da quelle di merito, in proposito v. Trib. Avezano, 1 settembre 2022, n. 241; Corte di Appello di Catania, 5 maggio 2022, n. 915, in *DeJure Online*.

²⁶ Cass., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Dejure Online*.

²⁷ Testualmente «in tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità di cui all'articolo 38, secondo comma, del d.lgs. n. 385 del 1993, non è elemento essenziale del contenuto del contratto, non trattandosi di norma determinativa del contenuto del contratto o posta a presidio della validità dello stesso, ma di un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto del contratto; non integra norma imperativa la disposizione – qual è quella con la quale il legislatore ha demandato all'Autorità di vigilanza sul sistema bancario di fissare il limite di finanziabilità nell'ambito della «vigilanza prudenziale» (cfr. articoli 51 ss. e 53 t.u.b.) – la cui violazione, se posta a fondamento della nullità (e del travolgimento) del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), condurrebbe al risultato di pregiudicare proprio l'interesse che la norma intendeva proteggere, che è quello alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito», cfr. Cass., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, *cit.*

²⁸ Testualmente: «qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualificare d'ufficio il contratto, al

Sezioni unite, la rilevanza della violazione del limite resta pertanto confinata al piano dei rapporti tra la banca e l'autorità di vigilanza, senza produrre conseguenze sul rapporto contrattuale.

3. Sulla imperatività dell'art. 38 Tub

L'opzione interpretativa prescelta dalle Sezioni unite sulla natura non imperativa della norma contenuta nell'art. 38 TUB è condivisibile²⁹. Non lo sono, invece, alcuni passaggi argomentativi presenti a sostegno di questa soluzione nel corpo della decisione.

Segnatamente, secondo i giudici di legittimità il primo comma dell'art. 38 individuerrebbe gli elementi essenziali del credito fondiario, mentre il secondo comma si limiterebbe a demandare all'Autorità di vigilanza la determinazione dell'ammontare massimo finanziabile. Proprio la tecnica legislativa utilizzata nel secondo comma costituirebbe, in questa direzione, un indice della natura non imperativa della disposizione: la violazione del limite di finanziabilità avrebbe rilevanza sul piano della relazione tra banca e Autorità di vigilanza.

A sostegno di tale conclusione, la Corte richiama inoltre la circostanza che il limite ordinario dell'80% possa essere elevato sino al

fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario». Cass., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit.

²⁹ La giurisprudenza successiva si è uniformata al principio di diritto delle Sezioni unite, tra le tante v. Cass. civ., 22 gennaio 2025, n. 1515; Cass. civ., 5 gennaio 2025, n. 139, entrambe in *Dejure online*. La dottrina invece, pur apprezzando per larga parte l'esclusione della imperatività della norma e del rimedio demolitorio (v. tuttavia E. PESCE, *Alle radici di un'imperatività ingiustamente negata: ancora sulla sorte del mutuo fondiario sovrafinanziato*, cit., 433 ss.; U. SALANITRO, *Dopo le Sezioni Unite, quale disciplina per il credito fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 338 ss.), è stata critica con riferimento alla negazione della riqualificazione del contratto sovrafinanziato, in argomento v. S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giur. it.*, 2023, 530 ss.; F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, in *Contratti*, 2023, 154 ss., spec. 163 ss. Da ultimo R. NATOLI, *Problema e sistema nel diritto dell'economia*, in questa *Rivista*, 2025, 67 ss., spec. 75 s.

100% in presenza di garanzie integrative³⁰, elemento che deporrebbe contro la configurabilità di un limite rigido e inderogabile.

Il rilievo secondo il quale la determinazione quantitativa del limite è rimessa all'Autorità di vigilanza non sembra tuttavia di per sé incompatibile con la natura imperativa della norma. Il limite, infatti, è stabilito direttamente dal legislatore, mentre all'Autorità amministrativa è demandato soltanto il compito di specificarne tecnicamente la misura concreta³¹. La fonte secondaria non conforma, dunque, il potere di autonomia negoziale, ma si limita a rendere oggettivamente determinabile un parametro già previsto dalla legge. È infatti l'art. 38 TUB a prescrivere un limite quantitativo al finanziamento, rinviando alla Banca d'Italia esclusivamente la sua precisa quantificazione in ragione dell'elevato contenuto tecnico della materia³².

Ne consegue che non è la Banca d'Italia a imporre un determinato contenuto del contratto, ma il legislatore stesso, attraverso una norma primaria che demanda all'Autorità una funzione integrativa di carattere tecnico³³. Per tale ragione, il rinvio contenuto nel secondo comma

³⁰ In generale sulle garanzie integrative richieste per elevare l'importo finanziato v. F. ONNIS CUGIA, *Le operazioni «particolari» di finanziamento con garanzia immobiliare*, Napoli, 2022, 178 ss.

³¹ Per alcune considerazioni sul potere attribuito alla Banca d'Italia v. G. GAROFALO, *Finanziamento fondiario: superamento del limite di finanziabilità e «giusto rimedio»*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 55, il quale sostiene che la Banca d'Italia è vincolata sia con riferimento all'*an*, sia al *quomodo*, perché non ha alcuna libertà valutativa con riferimento alla scelta del tipo contrattuale sul quale intervenire e neppure sulla clausola da inserire. Per una diversa prospettiva v. A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario. I poteri di condizionamento delle autorità di vigilanza*, Bari, 2025, 195.

³² Le ragioni per le quali è demandato all'Autorità di vigilanza questo compito sono facilmente intuibili. Oltre al carattere tecnico della individuazione della misura della soglia, una tale metodologia consente un tempestivo intervento sulla quantificazione della soglia nell'eventualità entro la quale cambino le condizioni del mercato di riferimento. Sull'ultimo aspetto v. F. ONNIS CUGIA, *op. ult. cit.*, 166. In generale sulla possibilità che i regolamenti delle autorità indipendenti possano contenere norme imperative come tali idonee ad incidere sulla validità del contratto v. G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, 123 ss.

³³ Si tratta di una tecnica peraltro largamente utilizzata dal legislatore. Si pensi alla legislazione in materia di usura, laddove la legge individua quale limite oggettivo oltre il quale il contratto si qualifica usurario il tasso soglia, ma la rilevazione di

dell'art. 38 Tub non sembra dirimente al fine di escludere la natura imperativa della disposizione.

Parimenti, non appare decisivo il rilievo secondo cui il limite possa essere elevato sino al 100% in presenza di garanzie integrative. Tale possibilità, infatti, non elimina il rapporto di proporzionalità tra credito erogato e garanzie prestate, ma presuppone, al contrario, un rafforzamento del sistema delle garanzie. Non si è dunque in presenza di una deroga al limite di finanziabilità, bensì della conferma della sua funzione: all'aumento dell'importo finanziato deve corrispondere un incremento delle garanzie, così da mantenere invariato il rapporto proporzionale tra credito e valore della garanzia.

Venendo poi al rilievo della natura dell'interesse veicolato, sembra avere valore assorbente la seguente considerazione. Se l'imperatività della disciplina evocata dipendesse dalla necessità di proteggere la stabilità dell'intero sistema bancario, non ci sarebbe ragione per imporre una determinata proporzionalità soltanto in una delle svariate forme di concessione del credito. All'interno dell'ordinamento non vi sono norme che impongono agli operatori economici di prestare credito soltanto se si ottengono in contropartita adeguate garanzie. Ci sono norme invece che impongono di selezionare prudentemente i soggetti meritevoli della fiducia creditizia, valutandone adeguatamente e attentamente la solvibilità prima di concedere il credito. In questo solco si inseriscono le regole sulla valutazione del merito creditizio.

La normativa sul credito fondiario non è indirizzata a vietare ai privati di concedere prestiti non assistiti da garanzie proporzionate rispetto all'importo erogato³⁴. La circostanza che i contraenti siano liberi di concludere la medesima operazione di finanziamento anche senza avvalersi della disciplina speciale rafforza il convincimento che non si tratti di una disciplina imperativa. La presenza dello scarto di garanzia, infatti, è soltanto ciò che consente di godere dei privilegi della disciplina fondiaria.

Neppure può sostenersi l'imperatività della norma contenuta nell'art. 38 Tub in ragione della tutela della concorrenza nel mercato

quest'ultimo è demandata al Ministero dell'Economia e delle Finanze che a sua volta delega all'operazione la Banca d'Italia.

³⁴ A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, cit., 129

creditizio o degli interessi del debitore³⁵. Invero, per un verso, la tutela della concorrenzialità del mercato si realizza offrendo alla platea maggiori possibilità di accesso al credito e un'ampia gamma di alternative nella scelta dei prodotti. E, per altro verso, la prospettiva che ritiene che il limite di finanziabilità tuteli il debitore dall'eventuale esproprio della parte restante del suo patrimonio manca di considerare che ad esporre il debitore al rischio di espoliazione è l'inadempimento³⁶.

In ultimo, ma non per importanza, la qualificazione in termini di imperatività della norma non sembra potere trovare il suo presupposto nell'esigenza di tutelare gli altri creditori, considerato l'eventuale pregiudizio che potrebbe derivargli dalla conclusione di un contratto fondiario sovrafinanziato. La validità o invalidità del contratto, infatti, non dipende dalle conseguenze sfavorevoli che possono ripercuotersi sugli altri creditori nel caso di apertura di una procedura concorsuale. La tutela della parità di trattamento dei creditori non è affidata al rimedio dell'invalidità contrattuale, ma a forme di protezione differenti. È pacifico che gli atti lesivi della posizione dei terzi, per abusiva erogazione del credito o in frode ai creditori, non sono illeciti o nulli. Laddove, in ipotesi di colpevole concorso dell'istituto di credito nel dissesto del debitore, resta ferma la tutela risarcitoria³⁷.

4. Sulla riqualificazione del contratto oltre soglia

Assodata la validità del contratto oltre soglia, l'indagine può spostarsi sul piano degli effetti del negozio, al fine di verificare se il contratto sovrafinanziato, dunque irrispettoso del limite prescritto dall'art. 38 TUB, possa comunque produrre gli effetti del fondiario. Vengono così in rilievo i temi della difformità dell'operazione negoziale dal tipo e della possibile riqualificazione del credito fondiario oltre soglia in ordinario mutuo ipotecario³⁸.

³⁵ Per una prospettiva che ritiene che il superamento del limite di finanziabilità pregiudichi la posizione debitoria v. F. ONNIS CUGIA, *Le operazioni «particolari» di finanziamento con garanzia immobiliare*, cit., 168 ss.

³⁶ Cfr. Cass. sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit.

³⁷ Cfr. Cass., sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit.

³⁸ Sembra opportuno chiarire che la questione relativa agli effetti prodotti dal contratto e alla sua riqualificazione si colloca su di un piano logicamente successivo

È noto che, già prima dell'intervento delle Sezioni unite, alcune costruzioni sostennero che il contratto eccedentario dovesse essere riqualificato, poiché il mancato rispetto del limite di finanziabilità non avrebbe consentito di ricollegare la fattispecie concreta allo schema legale, impedendo così la produzione dei relativi effetti tipici³⁹. Il contratto, seppur sterilizzato dalla peculiare disciplina di favore, si sarebbe nondimeno conservato come ordinario prestito ipotecario.

È altresì noto che le Sezioni unite hanno disatteso detto orientamento osservando che: i) qualora vi sia difformità dello schema utilizzato dalle parti rispetto al tipo descritto nell'art. 38 TUB, potrebbero ravvisarsi i caratteri di un contratto misto, specificamente mutuo fondiario e mutuo ordinario ipotecario; sicché la disciplina dovrebbe individuarsi in base al criterio della prevalenza e, dunque, a trovare applicazione dovrebbero essere le regole del fondiario poiché le parti, pur non essendosi attenute al criterio di proporzionalità prescritto dall'art. 38 TUB, ne avrebbero richiamato gli effetti; ii) in ogni caso, il giudice non potrebbe riqualificare il contratto poiché non sarebbe a lui permesso intervenire d'ufficio applicando un diverso modello negoziale, non voluto dalle parti, al fine di neutralizzare gli effetti del contratto fondiario. All'interprete infatti non sarebbe consentito correggere o integrare il regolamento «volutamente e validamente assunto dai contraenti secondo un determinato tipo o sottotipo negoziale per

a quello della valutazione di validità del medesimo. Occorre infatti evitare l'equivoco di considerare la riqualificazione quale strumento alternativo alla conversione del contratto nullo³⁸. La riqualificazione ha quale presupposto la validità del negozio e rappresenta il procedimento attraverso il quale si individua la funzione dell'operazione negoziale e, conseguentemente, il regime normativo a essa applicabile. Cfr. S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, cit., 530 ss., il quale esattamente a proposito delle tesi inerenti alle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità nel credito fondiario chiarisce che «diversamente dalla conversione del contratto, la riqualificazione non è uno strumento di recupero del contratto nullo, il giudice che la disponga, accertata la validità del contratto, si limita a sussumere il finanziamento nella fattispecie legale che gli compete».

³⁹ In giurisprudenza v. Cass. 28 giugno 2019, n. 17439; nonché l'ordinanza di rimessione alle Sez. un. 9 febbraio 2022, n. 4117; in dottrina v. G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, in *Contratti*, 2014, 439 ss.

adeguarlo d'autorità ad un diverso tipo o sottotipo legale non corrispondente alla loro volontà comune»⁴⁰.

In questa prospettiva, la riqualificazione d'ufficio del mutuo fondiario in ordinario mutuo ipotecario si risolverebbe in una «manipolazione» del regolamento contrattuale finalizzata a spogliarlo degli effetti legali. Riqualificare il fondiario in un ordinario finanziamento ipotecario significherebbe in definitiva profanare, comprimere ingiustificatamente, il voluto delle parti con una ingerenza sul potere di autonomia che al giudice non sarebbe consentita⁴¹.

La soluzione adottata dalle Sezioni unite ha suscitato diffuse critiche in dottrina⁴². L'obiezione principale riguarda la scelta di riconoscere la permanenza dei benefici fondiari anche quando il finanziamento non presenta i requisiti richiesti dall'art. 38 TUB. Sembra infatti che l'eccessiva valorizzazione della volontà dei contraenti abbia indotto la

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit., 38.

⁴¹ L'interprete, in definitiva, non potrebbe intervenire sulla qualificazione del contratto al fine di neutralizzare gli effetti voluti facendo applicazione di un diverso modello negoziale, in argomento v. anche Cass., 5 gennaio 2025, n. 139, cit., la quale, aderendo al principio di diritto emesso dalle Sezioni unite ha sostenuto che «se i contraenti hanno inteso stipulare un mutuo fondiario e la loro volontà in tal senso è chiara, il giudice non può riqualificare d'ufficio il contratto per neutralizzarne gli effetti legali, anche in presenza di contestazioni sulla validità del contratto». Con riferimento alla soluzione adottata dalle Sezioni unite in materia di superamento del limite di finanziabilità v. U. SALANITRO, *Dopo le Sezioni Unite, quale disciplina per il credito fondiario eccedente il limite di finanziabilità*, cit., 338 ss. il quale condivisibilmente rileva che le argomentazioni utilizzate dalle sezioni unite per negare la riqualificazione del contratto non sono insuperabili «[...] a fronte di una fattispecie legale, quella del credito fondiario, caratterizzata soltanto dalla concessione di un credito a medio lungo termine, garantito da un'ipoteca per la quale, in forza della delibera CICR, non è più caratterizzante il grado di iscrizione: in presenza di requisiti così generici, la volontà delle parti, nel caso di superamento del limite di finanziabilità, andrebbe desunta principalmente dalla formalizzazione del nomen, ossia proprio da quell'elemento al quale tradizionalmente si nega una specifica rilevanza in sede di qualificazione».

⁴² Moltissime le note critiche alla sentenza, senza pretese di esaustività v. F. MACARIO, *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità*, in *Contratti*, 2023, 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, cit., 530 ss.; F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, cit., 154 ss.; R. NATOLI, *Problema e sistema nel diritto dell'economia*, cit., 67 ss., spec. 75 s.

Corte a trascurare che gli effetti che il contratto può realizzare non dipendono soltanto da ciò che le parti desiderano, ma anche dalla disciplina applicabile alla fattispecie concretamente realizzata⁴³.

Il nodo centrale della questione risiede dunque nello stabilire quale regime giuridico debba applicarsi a un contratto che richiama gli effetti del fondiario ma è privo dei requisiti necessari per accedere allo statuto premiale. Su questo punto, le principali ricostruzioni dottrinali convergono sulla soluzione che esclude la tenuta dei benefici fondiari in assenza della prescritta proporzionalità tra credito e garanzie e optano per l'applicazione dello statuto negoziale relativo al mutuo ipotecario ordinario.

Le opzioni interpretative sono legate da un filo conduttore comune. A monte vi è la presa d'atto della disomogeneità tra schema negoziale adoperato ed effetti evocati dalle parti. Assumendo che l'art. 38 configuri una norma di fattispecie, il cui rispetto garantisce l'accesso a uno statuto negoziale di favore, si osserva che se è vero che le parti sono libere di determinare il contenuto del regolamento negoziale e dunque sistemare, specificare, il loro assetto di interessi secondo la via che ritengono più conveniente, è vero anche che lo spazio di questa libertà si snoda all'interno dei limiti imposti dall'ordinamento. Ciò significa che tra più soluzioni eventuali, le parti possono scegliere quale sia la più acconcia alla soddisfazione dei loro interessi, ma nei margini delle alternative possibili⁴⁴. La precisazione vale a ribadire che gli effetti del contratto non dipendono soltanto dalla volontà dei contraenti e, soprattutto, che taluni di detti effetti possono prodursi soltanto in presenza dei presupposti cui l'ordinamento ne ricollega il relativo dispiegamento.

⁴³ Sembra questa la base dalla quale muovono le critiche alla soluzione proposta dalle sezioni unite. Ciò in ragione del fatto che l'operatività dei privilegi fondiari sembra essere ricollegata alla ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 38 Tub piuttosto che al voluto delle parti. In questa prospettiva, l'assenza dei richiamati presupposti non consentirebbe la produzione degli effetti di favore.

⁴⁴ v. S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, cit., 530 s., il quale, nel richiamare V. PUGLIATTI, A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, 43 ss., evidenzia che «se l'autonomia è libertà di programmare tra scelta di schemi e potere di specificazione, tanto lo schema che gli effetti specificati sono tuttavia pur sempre creature offerte dalla legge». Sulla consequenzialità tra fatto ed effetti e sul potere delle parti di specificare i secondi v. A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, 244.

A valle vi è la seguente constatazione: se non tutti gli effetti del mutuo fondiario – in particolare quelli che irrobustiscono, tramite significative deroghe al diritto comune, la posizione creditoria – possono costituirsi in via convenzionale, allora il difetto di un requisito necessario a integrare la fattispecie impedirebbe l'applicazione dello statuto speciale, anche ove questo sia stato espressamente richiamato dai contraenti. In tal caso, il contratto, pur restando valido, verrebbe sterilizzato degli effetti premiali non producibili dall'operazione diversa e resterebbe nondimeno assoggettato alla disciplina dettata per il mutuo ordinario⁴⁵.

Nella prospettiva indicata, la riqualificazione del contratto, essendo limitata alla corretta individuazione della disciplina cui soggiace l'operazione negoziale, non integrerebbe un intervento autoritativo sul voluto delle parti e non comprimerebbe la loro autonomia negoziale, ma garantirebbe soltanto l'applicazione del corretto regime giuridico a un contratto che non presenta tutti gli elementi richiesti per accedere ai benefici propri della disciplina del fondiario.

L'opzione è pienamente condivisibile sia nella premessa dalla quale muove, sia nella soluzione cui giunge.

In particolare, convince la lettura dell'art. 38 TUB quale norma non solo prudenziale, ma anche qualificatoria: essa descrive nient'altro che uno schema contrattuale che le parti possono utilizzare al fine di ottenere la disciplina premiale a esso connessa⁴⁶. Ai contraenti è dunque

⁴⁵ Rileva R. NATOLI, *Problema e sistema nel diritto dell'economia*, cit., 76, che qualora non sia rispettato il limite di finanziabilità, «il mutuo perde quell'elemento tipologico che consente di qualificarlo come “fondiario”: resta un nudo mutuo, certamente non nullo, ma privo di ormai ingiustificati privilegi fondiari».

⁴⁶ Ciò che caratterizza l'operazione di credito fondiario e che la distingue, sotto il profilo strutturale, dal contratto di mutuo ordinario è esattamente il rapporto di proporzionalità tra l'importo finanziato e il valore delle garanzie prestate. Su tale aspetto sembrano esservi pochi dubbi. È stato osservato, infatti, che i *Chiarimenti sul Testo unico bancario* del febbraio 1994 evidenziano che le operazioni di finanziamento possono beneficiare della disciplina dettata dagli artt. 39 ss. TUB soltanto ove risultino conformi ai requisiti previsti dall'art. 38 TUB, tra i quali rientra il rispetto del limite di finanziabilità. Nella medesima direzione depone anche il dato letterale dell'art. 38 TUB, significativamente rubricato «Nozione di credito fondiario». Tale elemento induce a ritenere che la nozione di credito fondiario debba essere ricostruita attraverso una lettura unitaria dell'intera disposizione e non sulla base del solo primo comma. Ne consegue che anche il limite di finanziabilità concorre a delineare la fattispecie tipica del credito fondiario, costituendone un elemento

lasciata la facoltà di avvalersi di uno strumento il cui utilizzo comporta dei benefici, ma per ottenerli l'operazione deve possedere i requisiti previsti dalla legge. È vero infatti che l'ordinamento offre diversi schemi contrattuali idonei a realizzare la medesima funzione - il finanziamento -, ma è vero anche che soltanto ad alcuni di essi lo stesso ordinamento riserva una disciplina particolarmente favorevole⁴⁷.

In questa direzione, il rispetto del limite di finanziabilità costituirebbe la condizione cui l'ordinamento subordina l'accesso agli effetti premiali collegati al tipo. Di conseguenza, il superamento dell'evocato limite opererebbe quale fatto impeditivo della (o rinuncia alla)⁴⁸ applicazione dello statuto speciale previsto dagli artt. 39 ss. TUB⁴⁹.

Da queste premesse discende coerentemente la soluzione, vale a dire l'applicazione della disciplina del mutuo ordinario. Se il legislatore riserva determinati privilegi processuali e sostanziali esclusivamente ai finanziamenti che presentano i requisiti della fondiarietà, sarebbe contraddittorio consentirne l'applicazione quando uno dei relativi requisiti difetti⁵⁰. Il regime premiale infatti non pare poter essere esteso a operazioni che, pur perseguendo la medesima funzione di finanziamento, non integrano la fattispecie legale alla quale quei benefici sono espressamente collegati.

qualificante. Cfr. Banca d'Italia *Chiarimenti sul Testo unico bancario del febbraio 1994*. Sul punto v. anche A.M. BENEDETTI, E. PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, 1528 ss., spec. 1530.

⁴⁷ In questa prospettiva, la disciplina del fondiario tende a promuovere la (e a incentivare gli operatori economici alla) erogazione di finanziamenti supportati da adeguate garanzie, compensandoli tramite una disciplina di favore. In proposito v. M. TATARANO, *op. cit.*, 67, il quale ritiene che all'art. 38 Tub non può essere riconosciuto altro significato se non quello di compensare con un regime di favore le banche che abbiano deciso di cautelarsi con garanzie adeguate.

⁴⁸ F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, cit., 163.

⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, cit., 530. In questo senso v. anche G. D'AMICO, *Sull'ambito di applicazione della disciplina del credito fondiario*, cit., 439 ss.

⁵⁰ Osserva E. PESCE, *Alle radici di un'imperatività ingiustamente negata: ancora sulla sorte del mutuo fondiario sovrafinanziato*, cit., 469 ss. che finché il limite di finanziabilità permane nell'ordinamento, esso continua a svolgere, come in passato, la medesima funzione delimitativa. Ne consegue che un eventuale mutamento di tale assetto non può che essere rimesso all'intervento del legislatore.

L'opposta conclusione, secondo cui il superamento del limite di finanziabilità sarebbe privo di incidenza sul piano del rapporto negoziale, condurrebbe a un risultato difficilmente accettabile sistematicamente. Essa finirebbe, infatti, per attribuire alle banche la disponibilità della fattispecie fondiaria, consentendo loro di conseguire e conservare il regime privilegiato anche in assenza dei presupposti stabiliti dalla legge. In tal modo, le dichiarazioni dei contraenti diverrebbero da sole sufficienti a giustificare l'applicazione di una disciplina eccezionale, con la conseguenza di legittimare, di fatto, una deroga convenzionale al sistema di preclusioni e divieti che caratterizza le procedure di liquidazione giudiziale e controllata⁵¹.

È proprio per evitare tale esito che la riqualificazione del contratto rappresenta la soluzione più convincente in chiave sistematica. Essa si limita a ristabilire la necessaria corrispondenza tra fatto ed effetti, assicurando che cause di prelazione e altri benefici eccezionali trovino applicazione soltanto in presenza delle condizioni e delle ragioni che l'ordinamento individua come presupposto della loro attribuzione.

⁵¹ Gli effetti del credito fondiario che pongono il creditore in una posizione di sicuro privilegio nei confronti degli altri possono giustificarsi fintanto che esista, al momento costitutivo, il rapporto di proporzionalità tra capitale dato in prestito e garanzie ricevute, altrimenti difficilmente potrebbero continuare ad essere giustificati i vantaggi spettanti al creditore e le deroghe alla *par condicio*. Seppure seguendo un percorso argomentativo differente che alla base ritiene l'art. 38 Tub norma imperativa, interessanti sono le osservazioni di A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, cit., 127 ss., il quale sostiene che lasciare i privilegi fondiari, nonostante il mancato rispetto del limite di finanziabilità, porrebbe la disciplina del fondiario a serio rischio di incostituzionalità.