



BANCHE E POTERI

www.bancheepoteri.it

La nullità del mutuo ad estinzione di debiti pregressi di conto corrente

Autore: Avv. Vincenzo Cancrini

La Prima Sezione civile Corte Suprema di Cassazione, con la recentissima Ordinanza del 10 febbraio 2020 n. 3024, seguendo il solco già tracciato con la precedente pronuncia del 5 agosto 2019 n. 20896 (v. <https://www.bancheepoteri.it/2019/09/03/ancora-sul-mutuo-stipulato-per-ripiantare-unprecedente-passivo-di-conto-corrente/>), seguita poi dalla Terza Sezione con la pronuncia del 30 agosto 2019 n. 21850, ha nuovamente rigettato il ricorso della Banca che, in un'ipotesi di mutuo fondiario stipulato per estinguere precedenti passività di conto corrente, si era vista negare dal Tribunale fallimentare il privilegio ipotecario.

Per la precisione, la Suprema Corte di Cassazione nella Ordinanza n. 3024/2020 in commento, ha testualmente affermato che *“in questa prospettiva, dunque, la stipulazione del “mutuo fondiario” viene propriamente assunta come **mera forma**, strutturalmente idonea a realizzare la **funzione “fraudolenta” dell’operazione**, quale quella di “rendere” contestuale un’ipoteca per un credito che era preesistente”* (Cfr. Cass. civ. Ord. n. 3024/2020).

Risulta decisiva la constatazione che la disposizione dell’art. 38 TUB, comma 2 stabilisce la regola per cui l’ammontare del finanziamento è **“determinato... in rapporto al valore dei beni ipotecati”**(Cfr. Cass. Civ. sez. I, Ord. n. 3024 del 10 febbraio 2020). Ciò significa, all’evidenza, che nel mutuo fondiario l’ammontare del credito dipende – e non può che dipendere – dal valore che possiede l’immobile dato in ipoteca. Proprio sulla base di questa disposizione (come poi completata dalle Istruzioni della Banca d’Italia), la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha rilevato che il *“mutuo fondiario è operazione che si connota per concentrare la copertura del rischio di rientro dell’erogato sul solo immobile “mobilizzato” e contestualmente iscritto in ipoteca di primo grado”*(cfr. Cass., 18 maggio 2018, n. 11201; v. pure sulla scia di questa, tra le altre, Cass., 28 maggio 2018, n. 13285; Cass. 28 maggio 13286; Cass., 24 settembre 2018, n. 22459). Perciò, **il mutuo fondiario possiede requisiti identificativi diversi da quelli dell’ordinario mutuo ipotecario** ed è inteso a porre in essere un’operazione diversa e con effetti (anche) distinti da quelli propri dell’ordinario mutuo (cfr. ancora Cass., n. 11201/2018). In altri termini, *“nel mutuo*



BANCHE E POTERI

www.bancheepoteri.it

fondario è proprio la garanzia costituita dall'ipoteca a conformare il credito (merito e quantità): così dando vita a una speciale tipologia di operazione, che il sistema vigente ha inteso proteggere in modo peculiare (con l'assegnazione di forti vantaggi disciplinari), in ragione della rischiosità sua intrinseca. Ne segue che un mutuo non può, nel corso di svolgimento del relativo rapporto, diventare fondario. Nel caso di ipoteca posta a servizio di un preesistente mutuo, quest'ultimo rimane semplicemente un ordinario mutuo”(Cfr. Cass. Ord. n. 3024/2020 cit.).

Da ciò discende la conferma della sentenza della Corte territoriale, il rigetto del ricorso della Banca e l'affermazione del principio secondo cui in siffatte ipotesi va – quanto meno – escluso dal privilegio ipotecario il mutuo fondario destinato ad estinguere debiti pregressi.

Per la precisione, secondo la Suprema Corte di Cassazione è lo stesso testo dell'art. 38, comma 1, TUB a legare in modo diretto la concessione del credito alla costituzione della garanzia stabilendo proprio che *“il credito fondario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”*. Sussiste, infatti, un'intima connessione strutturale nell'operazione di credito fondario tra erogazione del mutuo e garanzia ipotecaria, che necessariamente implica che la garanzia ipotecaria non possa essere costituita in un momento successivo a garanzia di debiti preesistenti.

Il secondo comma del medesimo articolo 38 TUB, peraltro, stabilisce che la regola per cui l'ammontare del finanziamento è *“determinato... in rapporto al valore dei beni ipotecati”* e ciò implica, dunque, che nel mutuo fondario lo stesso ammontare del credito dipende dal valore che possiede l'immobile dato in ipoteca. Conseguentemente, la garanzia ipotecaria non può essere costituita successivamente all'erogazione del finanziamento, altrimenti sarebbe impossibile determinare lo stesso ammontare del finanziamento.

Partendo da tali presupposti, la Suprema Corte nella pronuncia in esame stabilisce che *“nel mutuo fondario è proprio la garanzia dell'ipoteca a conformare il credito (merito e quantità): così dando vita a una speciale tipologia di operazione, che il sistema vigente ha inteso proteggere in modo peculiare (con l'assegnazione di forti vantaggi disciplinari), in ragione della rischiosità sua intrinseca”*.

“Ne segue che un mutuo non può, nel corso di svolgimento del relativo rapporto, diventare fondario. Nel caso di ipoteca posta a servizio di un preesistente mutuo, quest'ultimo rimane semplicemente un ordinario mutuo”.

La Corte, invero, afferma che lo scopo dell'operazione di costituzione della garanzia ipotecaria, ovvero la trasformazione di un debito preesistente da chirografario a privilegiato attraverso l'apparente estinzione della passività preesistente e la contestuale creazione di una “nuova” passività privilegiata, deve essere revocata.



BANCHE E POTERI

www.bancheepoteri.it

In questa prospettiva, infatti, *“la stipulazione del “mutuo fondiario” viene propriamente assunta come mera forma, strutturalmente idonea a realizzare la funzione “fraudolenta” dell’operazione, quale quella di “rendere” contestuale un’ipoteca per un credito che era preesistente”*. E che, conseguentemente, l’ipoteca deve essere revocata *“in relazione alla norma della L. Fall., art. 67, comma 1, n. 4”*.

Tale principio, peraltro, era già stato stabilito in un’importante pronuncia della scorsa estate, la n. 20896 del 5 agosto 2019, in cui la stessa Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione aveva sottolineato l’importanza della *traditio* quale elemento strutturale del contratto di mutuo. È stato, infatti, asserito che *“il “ripianamento” di un debito a mezzo di un nuovo “credito”, che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente al fine di conseguire un’ipoteca contestuale, non dà vita a nuovo contratto di mutuo, perché la struttura contrattuale del mutuo implica la consegna delle somme di denaro che ne costituiscono oggetto e, per essere tale, la consegna deve realizzare il passaggio delle somme dal patrimonio del mutuante a quello del mutuatario, con conseguente trasferimento della proprietà delle somme e connessa acquisizione della loro disponibilità da parte del mutuatario. L’accordo tra banca e cliente esclude la stessa eventualità di consegna e trasferimento di proprietà delle somme, giusta la compiuta posta “in dare” sul conto corrente, che in via automatica ed immediata modifica il saldo ex art. 1852 cod. civ.”*

(v. <https://www.bancheepoteri.it/2019/09/03/ancora-sul-mutuo-stipulato-per-ripianare-un-precedente-passivo-di-conto-corrente/>).

La questione concernente la validità dei mutui concessi dalle Banche a copertura di precedenti passivi di conto corrente, aventi lo scopo precipuo di attribuire natura di credito ipotecario al precedente credito chirografario alterando in tal modo la *par condicio creditorum* era stata, peraltro, già affrontata nell’Ordinanza del 14 giugno 2019 n. 16081 di rimessione alla pubblica udienza (v. <https://www.bancheepoteri.it/2019/06/24/il-mutuo-stipulato-per-coprire-un-precedente-passivo-di-conto-corrente-tra-nullita-e-revocatoria/>) nell’ambito della quale la stessa Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione si è posta il quesito se il mutuo stipulato per ripianare il passivo possa essere dichiarato nullo oppure se gli altri creditori chirografari possano tutelarsi soltanto mediante azione revocatoria.

In conclusione, si può affermare che la garanzia ipotecaria non può essere validamente costituita in un momento successivo rispetto all’erogazione del mutuo in quanto, ai sensi della normativa bancaria oggi vigente, il mutuo fondiario è tale proprio perché garantito da ipoteca e le somme erogate dalla banca non possono che essere proporzionali al valore dell’immobile concesso a garanzia. Laddove venga, invece, stipulato un nuovo mutuo con il privilegio della garanzia ipotecaria volto a ripianare un sussistente passivo di conto corrente, anche quest’ultimo contratto di mutuo risulta intrinsecamente viziato in quanto manca l’elemento strutturale della *traditio*.

Scarica>> [Cass. Civ. sez. I, Ord. n. 3024 del 10 febbraio 2020](#)



BANCHE E POTERI

www.bancheepoteri.it