

Civile Ord. Sez. 1 Num. 27006 Anno 2023

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: DI MARZIO MAURO

Data pubblicazione: 21/09/2023

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n.

R.G. proposto da:

, elettivamente domiciliato in

, presso lo studio dell'avvocato

che lo rappresenta e

difende unitamente agli avvocati

-ricorrente-

contro

FALLIMENTO

domiciliato in

dell'avvocato

, elettivamente

presso lo studio

che lo

rappresenta e difende unitamente all'avvocato

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

-controricorrente-

avverso DECRETO di TRIBUNALE VICENZA n. _____ depositata
il 21/11/2016.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 12/06/2023
dal Consigliere MAURO DI MARZIO.

RILEVATO CHE

1. — La Banca _____, ricorre per sei mezzi,
nei confronti del Fallimento _____, contro il
decreto del 21 novembre 2016 con cui il Tribunale di Vicenza ha
respinto l'opposizione proposta dall'odierna ricorrente avverso
l'esclusione dal passivo di propri crediti di € 223.916,71 e di €
2.632.920,41 per interessi sui conti correnti rispettivamente
7003438 e 7002206, in quanto non muniti di data certa, nonché di
€ 1.901.195,80 per il carattere illecito del finanziamento.

2. — Il Fallimento _____ in liquidazione resiste con
controricorso, contenente l'istanza di correzione della motivazione
ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 384 c.p.c., controricorso
resistito dalla ricorrente la quale *«ritiene di avere il diritto e l'onere
di replicare a quanto dedotto, al riguardo, dal fallimento»* avendo la
menzionata istanza *«il contenuto (ma non la forma) di un motivo di
ricorso incidentale condizionato»*.

3. — Entrambe le parti hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE

4. — Il ricorso contiene i seguenti motivi.

i) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1815,
1825, 1284, 1224, 1375 e 2704 c.c., 117 TUB nonché 45 e 55 l.
fall. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.;

- ii) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1421 c.c., 101, co. 2, c.p.c. e 11 Cost. in relazione all'art. 360, n. 4, c.p.c.;
- iii) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1809, 1813, 1814, 1816, 1817, 1822, 1321, 1325 e 1418 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.;
- iv) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1813 e 1782 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.;
- v) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1813, 1814, 1816, 1817, 1822, 1321, 1325, 1362, 1370 e 1418 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., nonché omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti in relazione all'art. 360, n. 5, c.p.c.;
- vi) violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 2821 e 2852 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

RITENUTO CHEDiritto del
Risparmio

5. — Il controricorso al controricorso del Fallimento, che è appunto un controricorso, e non un ricorso incidentale, per la ragione che non contiene una domanda di cassazione del decreto impugnato, è come tale inammissibile.

6. — Il ricorso va accolto nei limiti che seguono.

6.1. — Il primo mezzo lamenta in breve che il giudice di merito abbia ammesso di credito per capitale derivante dal saldo passivo di due contratti di conto corrente, già in precedenza indicati, ma non il credito per interessi ultralegali pattuiti con i medesimi contratti, redatti per iscritto, in quanto mancanti del requisito della data certa: si osserva, in particolare, che l'articolo 2704 c.c. fissa il requisito dell'opponibilità per i documenti e non già per le singole clausole in esse contenute, tanto più che la condotta consistente

nel far valere il difetto di data certa in relazione agli interessi e non al capitale costituirebbe violazione del *venire contra factum proprium*.

La censura è però inammissibile ai sensi dell'articolo 360 *bis*, numero 1, c.p.c..

Questa Corte ha difatti già avuto modo di chiarire, in situazione sostanzialmente sovrapponibile a quella oggi in esame, che: «*In sede di accertamento dello stato passivo, la mancanza di data certa del contratto prodotto quale prova del credito comporta l'inopponibilità al fallimento delle clausole riportate sulla relativa documentazione, ma ciò non esclude che possa risultare provata la corresponsione di una o più somme da parte del creditore e, quindi, sia la sussistenza di un suo corrispondente credito di restituzione in linea capitale, sia la stessa natura contrattuale del credito; ne deriva che detta inopponibilità esclude soltanto che le clausole riportate nella documentazione priva di data certa possano essere considerate ai fini della effettiva regolamentazione del rapporto. (In applicazione del detto principio, la S.C. ha escluso che l'ammissione al passivo di un credito vantato da una banca in linea capitale e fondato su due linee di credito derivanti da scoperto di conto corrente e mutuo chirografario - entrambe documentate da contratti privi di data certa - implicasse l'implicito riconoscimento della piena opponibilità dei contratti stessi, ed ha quindi respinto il ricorso della banca opponente, che lamentava l'erroneità del decreto con cui il giudice delegato aveva escluso gli interessi ultralegali, ammettendoli invece al tasso legale)*» (Cass. 12 aprile 2018, n. 9074; Cass. 23 ottobre 2019, n. 27203).

Il ricorso non offre argomenti tali da rimettere in discussione l'orientamento ora menzionato.

6.2. — Il secondo mezzo va invece accolto.

Il giudice delegato aveva negato l'ammissione in via privilegiata ipotecaria di un credito di € 1.901.195,80 *«per il possibile carattere illecito dell'operazione, come dimostrato dal procedimento penale in corso»*. La banca, in sede di opposizione, aveva ovviamente replicato che l'ipotetica illiceità non poteva costituire ostacolo all'ammissione. Di qui il Tribunale, nel decreto impugnato, nel condividere la doglianza, ha però aggiunto: *«Come si legge nel contratto alla clausola 2 del contratto, la prima tranches del finanziamento, pari ad euro 1.300.000,00, veniva bensì erogata contestualmente alla stipula del contratto, ma immediatamente trattenuta dalla banca a titolo di deposito cauzionale, a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, ivi comprese una serie di obbligazioni accessorie, pure indicate dalla clausola 2 co. 2 del contratto. Ora se è pacifico che la mancanza di una reale traditio di somme non determina la nullità del contratto di mutuo, poiché la consegna del denaro di cui all'art. 1809 c.c. deve intendersi come messa a disposizione ... deve però rilevarsi come, nella specie, il deposito cauzionale non risulti costituito a garanzia di alcune obbligazioni accessorie, quali il rilascio di garanzie ... ma, in forza della clausola 2 co. 1, tutte le obbligazioni nascenti dal contratto stesso, ivi compreso quindi anche l'obbligo di restituzione e altre obbligazioni principali ... Tutto quanto sopra per dire che, se è vero che, di regola, la valida costituzione del mutuo può aversi anche con la messa a disposizione delle somme, che può a sua volta essere integrata anche con la costituzione delle stesse in deposito cauzionale, ciò vale se ed in quanto detto deposito cauzionale abbia carattere temporaneo e sia collegato all'adempimento di obbligazioni accessorie, mentre altrettanto non può dirsi quanto il deposito sia costituito, come nella specie, a garanzia di tutte le obbligazioni, anche quelle principali, nascenti dal contratto stesso, e ciò perché tanto equivale a non mettere a disposizione la somma, in violazione dell'art. 1809 e ss. c.c.. Ne*

consegue che il finanziamento è nullo e nulla pure la garanzia ipotecaria accessoria».

Così motivando, secondo la ricorrente, il giudice di merito avrebbe rilevato d'ufficio una questione da sottoporre al dibattito processuale.

In proposito, è cosa nota che questa Corte circoscrive l'ambito di applicazione del principio fissato dalla seconda parte del secondo comma dell'articolo 101 c.p.c. attraverso la distinzione tra mezzi di puro diritto e mezzi di fatto o misti di fatto e diritto: *«L'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, stabilito dall'art. 101, comma 2, c.p.c., non riguarda le questioni di solo diritto, ma quelle di fatto ovvero quelle miste di fatto e di diritto, che richiedono non una diversa valutazione del materiale probatorio, bensì prove dal contenuto diverso rispetto a quelle chieste dalle parti ovvero una attività assertiva in punto di fatto e non già mere difese»* (Cass. 5 maggio 2021, n. 11724, tra le altre), con la precisazione che la nullità della decisione ricorre quante volte la parte che lamenta la violazione del principio abbia prospettato in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere — e non abbia invece potuto far valere — qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato (Cass. 6 febbraio 2023, n. 3543).

Nel caso in esame, in effetti, il rilievo ha certamente riguardato una questione mista di fatto e diritto, in cui l'aspetto fattuale preponderante era costituito dal rilievo della sostanziale assenza, secondo il giudice di merito, di *traditio*, rilievo che avrebbe consentito alla banca una pluralità di repliche, le quali essa ha svolto in questa sede anche in alcuni degli ulteriori motivi di cassazione.

Sicché il decreto impugnato deve essere cassato e rimesso al Tribunale di Vicenza perché sottoponga la questione rilevata d'ufficio al dibattito processuale.

6.3. — Gli altri motivi (come pure l'istanza di correzione della motivazione formulata dal Fallimento) sono tutti assorbiti, ivi compreso, evidentemente, l'ultimo volto a censurare il decreto impugnato laddove ha ritenuto la nullità dell'ipoteca iscritta in ragione del vincolo di accessorietà, dal momento che anche tale statuizione rimane travolta dall'esigenza di rimettere in discussione dinanzi alle parti la questione rilevata d'ufficio.

7. Il decreto impugnato è cassato in relazione al motivo accolto e rinviato al Tribunale di Vicenza in diversa composizione, che si atterrà a quanto dianzi indicato, sottoponendo al dibattito processuale la questione di cui si è detto, e provvederà anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

rigetta il primo motivo, accoglie il secondo, assorbiti gli altri, cassa il decreto impugnato in relazione al motivo accolto e rinvia anche per le spese al Tribunale di Vicenza in diversa composizione. Così deciso in Roma, il 12 giugno 2023.