

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. DIDONE Antonio - Presidente -  
Dott. FEDERICO Guido - Consigliere -  
Dott. NAZZICONE Loredana - Consigliere -  
Dott. VELLA Paola - Consigliere -  
Dott. FALABELLA Massimo - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso OMISSIS proposto da:

FALLIMENTO DI SOCIETÀ

- ricorrente -

**contro**

BANCA

- controricorrente -

**e contro**

INTERMEDIARIA FINANZIARIA

- interveniente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di SALERNO, depositata il 27/09/2017;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/05/2019 da Dott. FALABELLA MASSIMO;

uditi gli Avvocati OMISSIS;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. SOLDI Anna Maria.

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1. - Il Tribunale di Salerno, con decreto del 27 settembre 2017, accoglieva l'opposizione allo stato passivo del FALLIMENTO DI SOCIETÀ proposta da BANCA con riferimento a un credito, per Euro 3.973.553,39, nascente da un contratto di finanziamento: credito che era ammesso in via ipotecaria.

Osservava il Tribunale, per quanto qui rileva, che veniva in questione un finanziamento a stati di avanzamento, il duale non poteva essere assimilato a un mutuo, giacchè il contratto non prevedeva l'erogazione del prestito in unica soluzione, ma in più stadi successivi; ne ricavava che il rapporto dovesse essere ricondotto a una data categoria delle istruzioni della Banca d'Italia sulla rilevazione dei tassi economici globali e che, rispetto ad essa, il tasso soglia non

*Sentenza, Corte di Cassazione, I sez. civ., Pres. Didone – Rel. Falabella, n. 22380 del 6 settembre 2019*

risultava essere superato: sicchè, ad avviso del giudice dell'opposizione, il credito andava ammesso per l'intero.

2. - Contro tale pronuncia la curatela del FALLIMENTO DI SOCIETÀ ha proposto un ricorso per cassazione basato su tre MOTIVI. Ha notificato controricorso la BANCA. Si è infine costituita in giudizio INTERMEDIARIA FINANZIARIA, in rappresentanza di cessionaria del credito oggetto di lite.

Sono state depositate memorie.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - L'intervento di INTERMEDIARIA FINANZIARIA è inammissibile. Nel giudizio di cassazione non è infatti consentito l'intervento di terzi **che non hanno partecipato alle pregresse fasi di merito** (Cass. 7 agosto 2018, n. 20565): in particolare, il successore a titolo particolare nel diritto controverso **può tempestivamente impugnare per cassazione la sentenza di merito, ma non anche intervenire nel giudizio di legittimità**, mancando una espressa previsione normativa, riguardante la disciplina di quell'autonoma fase processuale, che consenta al terzo la partecipazione a quel giudizio con facoltà di esplicitare difese, assumendo una veste atipica rispetto alle parti necessarie, che sono quelle che hanno partecipato al giudizio di merito (Cass. 23 marzo 2016, n. 5759).

2. - Il PRIMO MOTIVO oppone violazione degli artt. 112 e 115 c.p.c.

Rileva l'istante che la controparte non aveva mai contestato la categoria in cui doveva essere ricondotto il mutuo oggetto del giudizio; in particolare, la banca aveva sempre qualificato il rapporto bancario intercorso come «*mutuo fondiario*». Inoltre, emergeva dagli atti che la Cassa di Risparmio avesse riconosciuto di aver concesso un mutuo fondiario con garanzia reale a tasso variabile, onde ai fini della verifica del superamento del tasso soglia avrebbe dovuto farsi riferimento a tale circostanza, oggetto di specifica ammissione da parte della banca; il Tribunale non avrebbe potuto estendere la propria indagine ad aspetti non dedotti in giudizio.

#### Il MOTIVO è infondato.

Il giudice ben può conferire al rapporto in contestazione una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dalle parti, avendo egli il potere-dovere di inquadrare nell'esatta disciplina giuridica gli atti e i fatti che formano oggetto della controversia, anche in mancanza di una specifica impugnazione e indipendentemente dalle argomentazioni delle parti, purché nell'ambito delle questioni riproposte col gravame e con il limite di lasciare inalterati il *petitum* e la *causa petendi* e di non introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto (Cass. 3 aprile 2009, n. 8142; Cass. 11 settembre 2007, n. 19090).

In tal senso, vanno disattese sia la censura di ultrapetizione, sia quella fondata sulla violazione del principio di non contestazione: a quest'ultimo proposito è infatti appena il caso di rilevare che l'art. 115 c.p.c. opera sul piano delle allegazioni, e non priva di certo il giudice del potere-dovere di qualificare il rapporto controverso ai fini della decisione della lite.

3. - Col SECONDO MEZZO vengono denunciate violazione e falsa applicazione degli artt. 2 l. n. 108/1996, 644 c.p. e 1815 c.c..

La censura investe la riconduzione dell'operazione di finanziamento a categoria che il ricorrente reputa incongrua. Rileva l'istante che ai fini del corretto inquadramento della categoria di riferimento non assuma rilievo il dato dell'effettiva erogazione della somma di denaro; **andava invece considerato che la garanzia reale nei contratti a stato di**

*Sentenza, Corte di Cassazione, I sez. civ., Pres. Didone – Rel. Falabella, n. 22380 del 6 settembre 2019*

**avanzamento dei lavori veniva regolarmente acquisita sin da subito e che l'erogazione frazionata del finanziamento era prevista proprio per ridurre il rischio dell'ente erogante.** Aggiunge il fallimento ricorrente che la banca non aveva mai contestato la natura del finanziamento oggetto del giudizio e che la BANCA aveva inteso erogare un mutuo fondiario con garanzia reale a tasso variabile.

**Nei termini che si vengono ad esporre la doglianza è fondata.**

Come è noto, l'art. 2, comma 2, l. n. 108/1996 prevede che la classificazione delle operazioni per categorie omogenee (con riferimento alle quali debba poi rilevarsi trimestralmente il tasso effettivo globale medio), sia effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie. Il d.m. 18 settembre 2003 - anteriore alla stipula del contratto che qui interessa, il quale data 29 luglio 2004 - enucleava, come distinte categorie, quella dei «*mutui*» e quella degli «*altri finanziamenti a breve e medio/lungo termine*», al pari dei decreti successivi.

A sua volta, la Banca d'Italia, nelle proprie istruzioni aggiornate a dicembre 2002, precisava che la categoria dei detti finanziamenti aveva carattere residuale e che vi rientravano tutte le forme di finanziamento che non fossero da ricondurre a una delle categorie precedenti, tra cui erano indicati, per l'appunto, i mutui (categoria 7), identificati come finanziamenti oltre il breve termine assistiti anche parzialmente da garanzie reali, non aventi la forma del conto corrente o del prestito personale e che prevedano il rimborso di rate comprensive di capitale e interessi; nella versione dell'agosto 2009 le dette istruzioni espressamente precisavano, poi, che le operazioni aventi ad oggetto l'erogazione «*a stato avanzamento lavori*» andassero segnalate nella nominata categoria «*altri finanziamenti*» (categoria 10).

L'art. 2, comma 1 della stessa legge prevede, inoltre, la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio degli interessi praticati dalle banche e degli intermediari finanziari nel periodo, per le operazioni come sopra accorpate per categorie omogenee.

La conclusione del contratto di finanziamento a stati di avanzamento che risulti essere assistito, come nel caso in esame, da garanzia ipotecaria, pone il problema, posto dalla curatela ricorrente, circa la riconducibilità dell'operazione in questione alla categoria dei mutui (che ricomprende, come si è visto, i finanziamenti muniti di tale garanzia) o alla categoria in cui confluiscono i diversi finanziamenti non ricompresi nelle altre classi di operazioni. La questione assume importanza, come è evidente, per il diverso limite, riferibile alle dette operazioni, «*oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*» (art. 2, comma 4, l. n. 108/1996), giacché i decreti ministeriali di rilevazione del tasso effettivo globale medio hanno ovviamente indicato soglie diverse per i mutui con garanzia ipotecaria e per gli «*altri finanziamenti*» di cui si è sopra detto.

Il tema, è subito da avvertire, non va riguardato nella prospettiva di una possibile disapplicazione dei decreti ministeriali con cui, rispettivamente, è stata operata la classificazione delle operazioni per categorie omogenee (art. 2, comma 2, l. cit.) e con cui è stato rilevato, con riferimento alle classi di operazioni che interessano, il tasso effettivo globale medio (art. 2, comma 1, cit.). Se è vero, infatti, in linea di principio che i decreti ministeriali possono essere disapplicati in caso di riscontrata loro difformità rispetto alla legge (cfr. quanto osservato, seppure in via di proclamazione astratta, da Cass. Sez. U. 20 giugno 2018, n. 16303, con riferimento ai decreti ministeriali recanti i tassi globali medi, a proposito di una ipotetica mancata inclusione della commissione di massimo scoperto nel calcolo dei detti tassi), nella fattispecie si tratta piuttosto di verificare se l'operazione posta in essere sia da ricondurre all'una o all'altra delle categorie che qui vengono in esame (si ripete: «*mutui*» o «*altri finanziamenti*»).

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

Ciò posto, è da ritenere che, in caso di dubbio circa la riconducibilità dell'operazione all'una o all'altra delle categorie, identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi globali medi, l'interprete debba procedere a individuare i profili di omogeneità che l'operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie ivi contemplate, attribuendo rilievo, a tal fine, ai richiamati parametri normativi individuati dall'art. 2, comma 2, l. n. 108/1996 (natura, oggetto, importo, durata, rischi e garanzie) e apprezzando, in particolare, quelli, tra essi, che, sul piano logico, meglio giustifichino l'inclusione del finanziamento preso in esame in questa o in quella classe di operazioni.

Ora, il Tribunale ha escluso che il negozio concluso potesse essere ricondotto a mutuo giacché nel contratto di finanziamento a stati di avanzamento la stipula non importerebbe affatto la consegna del denaro alla parte mutuataria, se non in una minima parte iniziale: il detto finanziamento presenterebbe, dunque, uno schema contrattuale completamente differente da quello del mutuo, che è un contratto reale.

Il rilievo evoca una distinzione nota.

È risalente, infatti, l'insegnamento di questa S.C. secondo cui, mentre il contratto di mutuo in senso proprio è un contratto essenzialmente reale ed unilaterale, con obbligazioni da una sola parte, il quale si perfeziona soltanto con la consegna, da parte del mutuante al mutuatario, di determinate quantità di danaro o di altre cose fungibili - sorgendo da quel momento, a carico del solo mutuatario, l'obbligazione fondamentale di restituire, nei termini e nei modi previsti, altrettante cose della stessa specie e qualità, con l'aggiunta eventuale dell'obbligazione parallela di prestare gli interessi -, il contratto di finanziamento risulta caratterizzato dall'obbligo di un soggetto di fornire capitali a ripetizione, in base ad un rapporto fondamentale di carattere consensuale ed obbligatorio (Cass. 27 novembre 1967, n. 2845): in conseguenza, il momento perfezionativo del negozio di mutuo, contratto reale ad efficacia obbligatoria, coincide, di regola, con la *traditio*, con la consegna, cioè, del denaro (o di altra cosa fungibile) al mutuatario che ne acquista la proprietà, ovvero con il conseguimento della disponibilità giuridica della res da parte di quest'ultimo, per effetto della creazione, da parte del mutuante, di un autonomo titolo di disponibilità, tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio della controparte, a prescindere da ogni successiva manifestazione di volontà del mutuante; il contratto di finanziamento, o mutuo di scopo, è, per converso, fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve essenzialmente una funzione creditizia, con la conseguenza che la consegna della somma da corrispondere, normalmente per stati di avanzamento, e con contestuale controllo della progressiva realizzazione dello scopo, rappresenta l'esecuzione dell'obbligazione principale, anziché (come nel mutuo) l'elemento costitutivo del contratto (Cass. 21 luglio 1998, n. 7116).

Tali tratti sono senz'altro utili per spiegare la diversificazione, nei decreti ministeriali di rilevamento dei tassi globali medi, tra le operazioni di finanziamento a stati di avanzamento e quelle di mutuo: ma non sono decisive ai fini che qui interessano. Al di là della morfologia delle singole operazioni, occorre infatti considerare che da due dei parametri menzionati dal cit. art. 2, comma 1, l. n. 108/1996 - quello dei rischi e quello delle garanzie prestate - può senz'altro desumersi l'omogeneità tra i contratti di finanziamento ipotecario a stato di avanzamenti e quelli di mutuo (contratti di mutuo che, secondo quanto previsto dai decreti trimestrali sui tassi effettivi globali medi, sono, a partire dal d.m. 22 giugno 2004, quelli con garanzia reale: le istruzioni della Banca d'Italia chiarivano peraltro già da prima - come si è visto - che per mutui dovessero intendersi i soli finanziamenti muniti di siffatta garanzia).

Vero è che nei finanziamenti a stato di avanzamento l'interesse più elevato, solitamente praticato dagli intermediari (e risultante, del resto, dal livello dei tassi effettivi globali medi

*Sentenza, Corte di Cassazione, I sez. civ., Pres. Didone – Rel. Falabella, n. 22380 del 6 settembre 2019*

che trova comunemente riscontro nei decreti ministeriali emanati trimestralmente) parrebbe compensare il maggior rischio che l'operatore bancario o finanziario assume con l'erogazione del finanziamento, il quale avviene in assenza di una garanzia reale. Un tale argomento non è, tuttavia, evidentemente spendibile nel caso in cui il finanziamento erogato a stato di avanzamento dei lavori sia assistito da ipoteca, giacché in tale ipotesi l'intermediario — che, rispetto al mutuo, già gode del vantaggio di non erogare l'intera somma in un'unica soluzione, al momento della conclusione del contratto, ma gradualmente, in ragione del progredire dei lavori — è coperto, rispetto a eventuali inadempimenti del finanziato, dalla garanzia reale da questi prestata. Né, a ben vedere, potrebbe opporsi che tale garanzia inerisca a un bene sprovvisto, prima del completamento dell'opera, di un valore di mercato particolarmente significativo (e che, pertanto, la garanzia non abbia, sul piano economico, la consistenza propria dell'ipoteca accesa su di un fabbricato ultimato, come tale commerciabile): in termini generali, infatti, tale condizione è bilanciata dall'erogazione frazionata delle somme mutate, che segue la puntuale verifica dell'esecuzione dei lavori; in conseguenza, l'incremento degli importi mutuatati si coniuga con l'accrescimento progressivo del valore del bene oggetto della garanzia.

**Con particolare riferimento al grado di rischio dell'operazione e alla garanzia ad esso correlata, il finanziamento a stato di avanzamento dei lavori assistito da ipoteca presenta, dunque, evidenti elementi di omogeneità col mutuo con garanzia reale e ad esso va perciò assimilato.**

Tale conclusione non è inibita dal principio, affermato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. Sez. U. 20 giugno 2018, n. 16303, cit.) secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente a norma dell'art. 1, comma 1, l. n. 108 del 1996 e il tasso effettivo globale della singola operazione.

Per un verso, infatti, resta indimostrato che la rilevazione, da parte della Banca d'Italia, del tasso effettivo globale medio concernente i mutui con garanzia reale non abbia riguardato anche i finanziamenti a stati di avanzamento assistiti da ipoteca; per altro verso, e comunque, l'indicato principio non può esimere il giudice dal compito di identificare la categoria di operazioni, tra quelle cui si riferiscono le soglie, che presenti maggiori elementi di omogeneità con la singola operazione della cui usurarietà si controverta: ciò che è implicato nella valutazione che lo stesso giudice è chiamato a compiere a norma dell'art. 2, comma 4, l. n. 108 cit..

Il giudizio formulato dal Tribunale risulta quindi, per quanto detto, non condivisibile.

Ogni altra questione, quale quella relativa alla possibile incidenza, nel superamento del tasso soglia, del livello degli interessi moratori (che il giudice di merito ha ritenuto essere influenti nella verifica, da lui compiuta, circa l'osservanza delle prescrizioni contenute nella l. n. 108/1996), rimane assorbita.

4. - Col TERZO MOTIVO viene dedotta l'omessa motivazione circa un fatto decisivo della controversia. La curatela ricorrente lamenta, in sintesi, che alcune delle eccezioni da essa sollevate non fossero state esaminate dal Tribunale. Rileva, in proposito, che a fronte di tali eccezioni il giudice dell'opposizione aveva il dovere di verificare la completezza o meno della documentazione posta a base della domanda di insinuazione e di rigettare comunque l'avversa pretesa, ovvero di dichiarare la nullità degli interessi pattuiti per l'erroneità dell'indicatore sintetico di costo indicato in contratto.

Il MOTIVO è da disattendere.

*Sentenza, Corte di Cassazione, I sez. civ., Pres. Didone – Rel. Falabella, n. 22380 del 6 settembre 2019*

Poiché il credito era stato ammesso dal giudice delegato, salvo che per la parte ritenuta eccedente il tasso soglia, le contestazioni vertenti sulla radicale contestazione del fatto costitutivo di esso avrebbero dovuto essere proposte con l'impugnazione di cui all'art. 98, comma 3, I. fall.: non si vede, in tal senso, come potesse trovare ingresso, nel giudizio di opposizione introdotto dalla banca, la contestazione della curatela secondo cui l'intero credito fatto valere da questa non era certo, liquido ed esigibile. Con specifico riferimento agli interessi, poi, è articolata una censura, riferita all'indice sintetico di costo (ritenuto superiore di mezzo decimale circa, a quello indicato in contratto) di cui il fallimento, nel quadro della censura svolta, che inquadra nell'art. 360, n. 5, non chiarisce la decisività. E' ben noto, difatti, che ai fini dell'accoglimento della censura di omesso esame di un fatto decisivo occorre postulare che l'esame di tale fatto avrebbe determinato un esito diverso della controversia (Cass. Sez. U. 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. Sez. U. 7 aprile 2014, n. 8054): ma sul punto l'istante non precisa come tale dato avrebbe inciso sulla statuizione di accoglimento dell'opposizione, basata sul denegato superamento del tasso soglia.

5. - La sentenza impugnata va dunque cassata in relazione al SECONDO MOTIVO.

Il Tribunale di Salerno, cui la causa è rinviata anche per la statuizione sulle spese del giudizio di legittimità, dovrà fare applicazione del seguente principio di diritto: *«In tema di interessi usurari, in caso di dubbio circa la riconducibilità dell'operazione all'una o all'altra delle categorie, identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, si devono individuare i profili di omogeneità che l'operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie prese in considerazione dai detti decreti, attribuendo rilievo ai parametri normativi individuati dall'art. 2, comma 2, L. n. 108/1996 e apprezzando, in particolare, quelli, tra essi, che, sul piano logico, meglio connotino il finanziamento preso in esame ai fini della sua inclusione nell'una o nell'altra classe di operazioni; in conseguenza, tenuto conto dei rischi e della garanzia prestata, deve ritenersi che il tasso soglia fissato per il finanziamento a stato di avanzamento assistito da ipoteca sia quello previsto ratione temporis per i mutui con garanzia reale».*

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il SECONDO MOTIVO e respinge i restanti; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa al Tribunale di Salerno, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della la Sezione Civile, in data 23 maggio 2019.

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