

[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. CRISTIANO MAGDA - Presidente -  
Dott. DOLMETTA ALDO ANGELO - rel. Consigliere -  
ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso xxxx/2014 proposto da:  
**BANCA** quale incorporante della **BANCA S.P.A.**,

-ricorrente -

contro  
**FALLIMENTO**

-controricorrente e ricorrente incidentale -

contro  
**BANCA** quale incorporante della **BANCA S.p.A.**;

-controricorrente al ricorso incidentale -

avverso il decreto del TRIBUNALE di NAPOLI, depositato il 21/11/2013;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 16/12/2020 dal cons. **(OMISSIS)**,  
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale **(OMISSIS)**, che conclude per  
l'accoglimento del ricorso principale e rigetto del ricorso incidentale condizionato, in subordine  
rimessione alle Sezioni Unite sulla questione relativa il perfezionamento della fattispecie del mutuo,  
ove posto a ripiano di passività pregresse a mezzo di accredito della somma su conto corrente debitore  
(rapporto tra Cass., n. 3955/2016 e Cass., n. 20896/2019);  
udito, per il ricorrente principale, l'avv. **(OMISSIS)**, con delega scritta, che chiede accoglimento, in  
subordine rimessione alle Sezioni Unite;  
udito, per il controricorrente e ricorrente incidentale, l'avv. **(OMISSIS)**, che chiede rigetto del ricorso  
principale e accoglimento dell'incidentale, in subordine rimessione alle Sezioni Unite.

**FATTI DI CAUSA**

1.- La **BANCA** (come allora diversamente denominata) ha presentato domanda di insinuazione in privilegio ipotecario nel **FALLIMENTO**. A fondamento della propria domanda ha posto un credito da restituzione derivante da un finanziamento stipulato con la società poi fallita in data 12 febbraio 2010.

Il giudice delegato ha respinto la domanda, «condividendo le conclusioni del curatore». Questi, in particolare, ha osservato, che «dalla lettura dell'art. 2 del contratto si evince che l'erogazione» della somma «è avvenuta in maniera che la Banca trattenesse le somme a estinzione compensativa di un precedente finanziamento, ottenendo al contempo garanzia ipotecaria», onde la «garanzia ipotecaria è stata acquisita determinando una condizione di nocumento agli altri creditori».

2.- La Banca ha presentato opposizione ex art. 98 s. legge fall. avanti al Tribunale di Napoli, che, con decreto depositato in data 21 novembre 2013, la ha rigettata.

3.- La pronuncia ha rilevato, in avvio di motivazione, che l'effettiva conclusione di un contratto di mutuo suppone che il mutuatario consegua almeno la «disponibilità giuridica» della somma, oggetto dell'erogazione, nei termini di «autonomo ed esclusivo titolo di disponibilità»: «nel caso specifico»,

invece, «non è stata fornita alcuna prova dell'erogazione» nei termini così descritti, sì che «il contratto non può ritenersi perfezionato».

Nel prosieguo, il Tribunale ha dichiarato che «vanno poi esaminate le eccezioni sollevate dalla curatela in merito alla invalidità del negozio de quo». Per rilevare, in prima battuta, che «il contratto di mutuo, che sia stato stipulato al solo scopo di estinguere un precedente debito scaduto del mutuatario, non può, per ciò solo, ritenersi illecito; piuttosto, l'illiceità potrà configurarsi se e nella misura in cui quel debito preesistente sia a sua volta illecito (perché inesistente, frutto di violazione di norme imperative, ecc.)». Per aggiungere, altresì, che mal si attagliava alla fattispecie concreta l'ipotesi del contratto simulato: «la banca ha ottenuto che il suo credito fosse assistito da garanzia reale, mentre il debitore ha conseguito di mantenere il credito».

Da ultimo, il decreto ha ritenuto «destituite di fondamento le considerazioni svolte dalla curatela in punto di revocabilità del negozio ai sensi dell'art. 64 legge fall., in quanto, sotto il primo profilo, non potrebbe qualificarsi gratuito un negozio stipulato per estinguere pregresse posizioni debitorie e nel quale viene conferito mandato a trattenere, a tal fine, le somme di cui al contratto; sotto il secondo profilo, non vi è prova dei presupposti richiesti dalla norma indicata, non risultando allegati e dimostrati il consilium fraudis e l'eventus damni».

4.- Avverso questo provvedimento ha presentato ricorso la **BANCA**, articolando sei motivi di cassazione.

Ha resistito, con controricorso, il **FALLIMENTO** nel contempo pure presentando ricorso incidentale condizionale, sviluppato per quattro motivi.

Con apposito controricorso, la **BANCA** ha resistito nei confronti di detto ricorso incidentale condizionale.

5.- La controversia è stata chiamata alla camera di consiglio della Prima Sezione civile del 15 novembre 2019.

Il ricorrente principale ha depositato memoria.

6.- Con ordinanza interlocutoria 3 marzo 2020, n. 5951, il Collegio ha rinviato la controversia a nuovo ruolo, per la trattazione in pubblica udienza.

7.- In vista dell'udienza entrambe le parti hanno depositato memoria.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

8.- I motivi, che sono stati svolti dal ricorso principale, possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

Il **PRIMO MOTIVO** assume la violazione dell'art. 115 cod. proc. civ. «nella parte in cui il decreto impugnato ha posto a base della decisione il fatto di un "mancato perfezionamento del contratto di mutuo del 12. 2. 20 10", sebbene il perfezionamento del contratto fosse incontrovertito tra le parti». Assume, altresì, la sussistenza del vizio di cui al n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ.

Il **SECONDO MOTIVO** lamenta la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. Il decreto ha posto a base della sua decisione - così si assume - un'eccezione di «mancato perfezionamento del contratto», che nei fatti non era stata svolta. Anche questo motivo rileva, inoltre, la sussistenza del vizio di cui al n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ.

Il **TERZO MOTIVO** censura la violazione dell'art. 101 comma 2 cod. proc. civ. «nella parte in cui fa obbligo al giudice di indicare alle parti una questione rilevata d'ufficio, che intenda porre a

*Sentenza, Corte di Cassazione, Pres. Cristiano –Rel. Dolmetta n. 16561 del 11 giugno 2021*

fondamento della decisione, dando termine alle parti per depositare memorie di osservazioni al riguardo (art. 360 n. 4 cod. proc. civ.)».

Il QUARTO MOTIVO denuncia vizio di nullità della sentenza ex n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ. nonché ex n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ. per compiuta violazione dell'art. 132 comma 2 cod. proc. civ. Il motivo assume, in particolare, che la motivazione svolta nel decreto si manifesta sostanzialmente «incongrua e contraddittoria».

Il QUINTO MOTIVO si duole per la violazione dell'art. 1813 cod. civ. «nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, considera equipollente alla materiale consegna, l'attribuzione al mutuatario della "giuridica disponibilità" della somma mutuata».

Il SESTO MOTIVO dichiara la violazione degli artt. 1988 cod. civ. 160 e 161 legge fall., nonché omesso esame di fatto decisivo per l'esito del giudizio. Nel contesto della proposta di concordato preventivo a suo tempo presentato dalla società poi fallita - si annota - il credito di cui al contratto del 12 febbraio 2010 veniva preso in espressa considerazione.

9.- I motivi del ricorso incidentale condizionato sono stati formulati nei termini qui riportati.

Il PRIMO MOTIVO dichiara la violazione degli artt. 1343, 1344, 1345, 1418, 1419 e 2741 cod. civ. Ad avviso del ricorrente incidentale, il contratto a suo tempo stipulato tra le parti, intendendo «far diventare» contestuale un'ipoteca rilasciata invece per debiti pregressi è da stimare in frode alla legge o comunque portatore di una causa illecita.

Il SECONDO MOTIVO assume la violazione dell'art. 141 cod. civ. rilevando che il contratto, di cui si discute, è affetto da simulazione relativa, con connessa nullità del negozio dissimulato.

Il TERZO MOTIVO lamenta vizio di omesso esame di fatto decisivo per l'esito del giudizio. Nel concreto, il ricorrente incidentale ritiene che la «motivazione resa dal Tribunale è insufficiente, parziale e emissiva rispetto a un fatto (la natura di atto a titolo gratuito del contratto in esame) controverso e decisivo che, valutato ed esaminato correttamente, avrebbe potuto portare a una decisione di merito diversa».

Il QUARTO MOTIVO pure lamenta vizio di omesso esame di fatto decisivo.

Il riferimento va, in specie, all'«eccezione di revocabilità del negozio ex art. 66 legge fall.- art. 2901 cod. civ.», per rilevare che il decreto del Tribunale «non dà assolutamente conto delle ragioni» che lo hanno condotto al rigetto di tale eccezione.

10.- Nel contesto dei motivi sviluppati dal ricorrente principale, viene ad assumere priorità logica il QUARTO MOTIVO di ricorso. Che per l'appunto risulta inteso ad affermare che la motivazione compiuta dal decreto impugnato si poggia su rilievi tra loro affatto contraddittori, sì da integrare il vizio di nullità della pronuncia di cui al n. 4 dell'art. 360 cod. proc. civ. (sub specie, del mancato rispetto della prescrizione di cui al n. 4 del comma 2 dell'art. 132 cod. proc. civ.).

11.- In relazione al motivo così dedotto, può giovare osservare che la giurisprudenza di questa Corte è ferma nel ritenere che la decisione, che si richiama a una motivazione composta di rilievi e argomenti tra loro contraddittori, sia sostanzialmente equivalente a quella che non si regge su alcuna motivazione e a quella che è accompagnata da una motivazione solamente apparente (perché tautologica o autoreferenziale, ad esempio). In ciascuna di queste ipotesi, infatti, il corpo del provvedimento «non consente alcun controllo sull'esattezza e la logicità del ragionamento decisivo, così da non attingere la

*Sentenza, Corte di Cassazione, Pres. Cristiano –Rel. Dolmetta n. 16561 del 11 giugno 2021*

soglia del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 116, comma 6, Cost.» (così, di recente, Cass., 30 giugno 2020, n. 13248).

Dal che consegue pure, tra l'altro, che non ogni contraddizione, che possa trasparire tra le pieghe del tessuto motivazionale, viene a determinare la nullità della pronuncia, che da queste sia afflitta. Per questo ultimo riguardo è necessario, dunque, che la contraddizione sia (non solo non marginale, ma pure) decisiva e radicale: che le argomentazioni che via via si susseguono, cioè, siano inconciliabili tra loro al punto da impedire di riconoscere la motivazione complessivamente espressa, come reale «giustificazione del "decisum"» (cfr., sul punto, Cass. 18 settembre 2009, n. 20112 e Cass., 26 gennaio 2010, n. 1529; tra le altre, cfr. pure, più di recente, Cass., 17 agosto 2010, n. 17196).

12.- Il Collegio ritiene che l'impugnata pronuncia del Tribunale di Napoli sia affetta dal vizio appena enunciato, di motivazione radicalmente contraddittoria appunto.

Si rileva, in particolare, che tale provvedimento risulta predicare - nell'unico contesto di riferimento - profili tra loro oggettivamente inconciliabili e in modo non rimediabile.

Da un lato, il contratto di mutuo - per cui l'attuale ricorrente principale ebbe ha chiedere l'insinuazione in grado privilegiato - viene fatto oggetto, da parte del Tribunale, di specifica valutazione in punto di sua eventuale nullità e/o simulazione e/o revocabilità fallimentare e anche ordinaria: tutto ciò suppone, all'evidenza, che il Tribunale ritenga che tale contratto abbia esistenza e consistenza di ordine fattuale.

Dall'altro lato, tuttavia, lo stesso decreto viene ad affermare che il contratto in discorso non si è mai perfezionato, perché le relative somme mai sono entrate nella disponibilità, né materiale, né giuridica, dell'assunto mutuatario.

Ciò implica, naturalmente, la considerazione che l'operazione fatta oggetto di analisi non abbia, per contro, una sua propria consistenza fattuale.

13.- L'accoglimento del quarto motivo del ricorso principale comporta assorbimento degli altri motivi del ricorso principale medesimo.

Comporta altresì assorbimento del ricorso incidentale condizionato.

14.- In conclusione, il decreto impugnato dev'essere cassato e la controversia rinviata al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, provvederà pure alle determinazioni relative alle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il quarto motivo del ricorso principale, con assorbimento degli altri motivi del medesimo ricorso principale e assorbimento, altresì, del ricorso incidentale. Cassa il decreto impugnato e rinvia la controversia al Tribunale di Napoli che, in diversa composizione, provvederà pure alle determinazioni relative alle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 16 dicembre 2020.

Il Consigliere estensore

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