

CONTRIBUTO UNIFICATO



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo PROTO

Presidente

Oggetto: mutuo edilizio;
mutuo di scopo; nullità.

Dott. Aldo CECCHERINI

Consigliere

R.G. 11587/04

Dott. Aniello NAPPI

Consigliere

Cron. 8564

Dott. Luciano PANZANI

Consigliere

Rep. 2638

Dott. Stefano SCHIRO'

Rel. Consigliere

Ud. 19.01.2009

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

IL CASO.it

sul ricorso proposto da:

CREDITO FONDIARIO ED INDUSTRIALE - FONSPA - ISTITUTO

PER I FINANZIAMENTI A MEDIO E LUNGO TERMINE s.p.a., in

persona del legale rappresentante pro tempore, che agisce tramite la propria

procuratrice speciale Servizi Immobiliari Banche S.I.B. s.p.a., giusta

procura per atto pubblico del 5 luglio 2001, a rogito del notaio Castellini di

Roma, rep. 63130, in persona del proprio Condirettore Generale e

procuratore speciale, dott. Franco Narra, giusta procura per scrittura privata

del 27 agosto 2001, autenticata in pari data dal notaio Salvatore D'Avino di

Milano, rep. 173373, e **SERVIZI IMMOBILIARI BANCHE S.I.B. s.p.a.**,

in persona del suo legale rappresentante pro tempore, entrambe

elettivamente domiciliate in Roma, via XX Settembre 3, presso l'avv. Bruno

Sassani, che le rappresenta e difende, insieme con l'avv. Achille Saletti, per

61
2009



procura speciale in atti ,

- ricorrenti -

contro

FALLIMENTO CO.ED.IM. s.p.a., in persona del curatore pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma, via Crescenzio 19, presso l'avv. Giuseppe Torre, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Fauceglia per procura in atti,

- controricorrente-

avverso la sentenza n. 376/03 della Corte di appello di Salerno in data 14 maggio 2003.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19 gennaio 2009 dal relatore, cons. Stefano Schirò;

udito il P.M., in persona del sostituto procuratore generale, dott. Carlo Destro, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I. Con due contratti di mutuo stipulati rispettivamente il 12 luglio 1988 e il 21 luglio 1989 il Credito Fondiario e Industriale – FONSPA – Istituto per i Finanziamenti a Medio e Lungo Termine s.p.a. (in prosieguo indicata come FONSPA) concedeva alla s.p.a. CO.ED.IM. due mutui, il primo per l'importo di £. 2.600.000.000, erogato per l'intero, e il secondo per l'importo di £. 6.500.000.00, poi ridotto a £. 6.445.000.000 ed erogato per £. 5.850.000.000, ed entrambi assistiti da ipoteca, per la costruzione di un complesso edilizio in Mercato S. Severino, composto da sette fabbricati.

Adducendo inadempimento della CO.ED.IM. alle obbligazioni assunte, in data 22 maggio 1997 FONSPA notificava alla debitrice due atti di precetto -



il primo, per £. 735.077.038, fondato sul mutuo del luglio 1988 e il secondo, per £. 644.631.891, in relazione al mutuo del luglio 1989 - ai quali la creditrice faceva seguire due atti di pignoramento immobiliare, notificati il 4 luglio 1997, sugli edifici realizzati, nonché l'instaurazione davanti al Tribunale di Salerno di due distinte procedure esecutive immobiliari.

Con due ricorsi depositati il 17 luglio 1997 la CO.ED.IM. proponeva opposizione ex art. 615, comma 2, c.p.c. avverso dette procedure esecutive, lamentando in particolare, per quel che rileva nel presente giudizio di cassazione, che le somme provenienti dal secondo finanziamento erano state destinate all'estinzione di ratei rimasti insoluti sia del primo che del secondo finanziamento e chiedendo, quindi, dichiararsi la simulazione o la nullità di detto secondo mutuo, in quanto finalizzato al ripianamento di precedenti esposizioni debitorie, o comunque funzionale alla tutela dell'istituto erogante, anziché al finanziamento della stessa CO.ED.IM., nonché la condanna della mutuante al risarcimento dei danni, quantificati in 4 miliardi di lire.

IL CASO.it

La FONSPA, nel costituirsi, si difendeva eccependo che la parziale destinazione delle somme erogate ad estinzione della pregressa esposizione debitoria non incideva sulla validità ed efficacia del contratto di finanziamento, non esistendo un obbligo di destinare "in individuo", per la realizzazione dell'opera finanziata, le somme provenienti dal mutuo, essendo sufficiente invece che l'opera medesima venisse eseguita.

II. Con sentenza del 17 settembre 1998 il Tribunale di Salerno, riuniti i giudizi di opposizione, dichiarava nullo il contratto di mutuo stipulato il 21 luglio 1989, in applicazione degli artt. 1418 e 1344 c.c., ordinando al



Conservatore dei Registri Immobiliari di Salerno la cancellazione della relativa iscrizione ipotecaria, nonché condannando CO.ED.IM. alla restituzione in favore di FONSPA della somma di £. 3.027.612.218, oltre agli interessi legali su tale somma a decorrere dal 17 luglio 1997, rigettando tutte le altre domande proposte da CO.ED.IM. e quelle formulate da FONSPA in via riconvenzionale.

Secondo il primo giudice doveva ritenersi che il mutuo edilizio in questione, da qualificarsi come mutuo di scopo legale, era stato concluso in frode alla legge, in quanto - una volta accertato in corso di causa che, delle somme erogate, un totale di £. 1.188.485.536 era stato imputato al ripianamento di ratei pregressi - risultavano dimostrati sia l'intento elusivo delle parti, che la idoneità della complessiva operazione negoziale a sottrarre le somme erogate alla destinazione concreta stabilita dalle norme imperative concernenti lo scopo legale del credito edilizio. **IL CASO.it**

Proposto appello da entrambe le parti, nel corso del relativo giudizio, con ordinanza del 23 maggio 2000, veniva disposta consulenza tecnica d'ufficio e, con comparsa del 5 ottobre 2000, si costituiva il Fallimento CO.ED.IM. s.p.a. Inoltre all'udienza del 7 novembre 2002 spiegava intervento la s.p.a. Servizi Immobiliari Banche S.I.B., deducendo che FONSPA le aveva ceduto il credito oggetto della causa.

III. Con sentenza del 14 maggio 2003 la Corte di appello di Salerno rigettava l'appello principale di FONSPA e l'intervento di S.I.B., nonché l'appello incidentale di CO.ED.IM., confermando la sentenza impugnata, sia pure con diversa motivazione.

A fondamento della decisione, e per quel che rileva nel presente giudizio di



cassazione, la Corte territoriale così motivava:

III.a. nel mutuo di scopo la parziale utilizzazione delle somme erogate per estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso l'istituto mutuante determina la nullità del contratto, per mancanza originaria della causa, a meno che l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi sia stata comunque realizzata; infatti, non sussistendo un obbligo del sovvenuto di adoperare "in individuo" le somme mutate per il conseguimento dello scopo, non può ravvisarsi un difetto di causa qualora lo scopo stesso sia stato conseguito; nel caso di specie, l'espletata consulenza tecnica di ufficio aveva accertato che i lavori oggetto del finanziamento non risultavano affatto completati e che il secondo mutuo, concesso per £. 6.500.000.000, importo poi ridotto a £. 6.445.000.000, era stato erogato per complessive £. 5.850.000.000 (di cui £. 2.822.387.762 erano state trattenute a fronte di precedenti esposizioni); di conseguenza l'istituto mutuante, per concludere l'operazione, avrebbe dovuto corrispondere ancora £. 595.000.000 ad ultimazione completa di tutti i fabbricati, mentre la documentazione in atti non consentiva di ritenere che vi fosse corrispondenza tra i ratei di mutuo erogati e gli stati di avanzamento dei lavori; il contratto di mutuo del 21 luglio 1989 doveva, pertanto, essere dichiarato nullo per difetto di causa, più che per frode alla legge;

IL CASO.it

III.b. la domanda subordinata dell'appellante principale, volta ad accertare e dichiarare la conversione del contratto di mutuo edilizio in questione in contratto di mutuo ordinario, con conseguente condanna di CO.ED.IM. al pagamento della somma che fosse stata stabilita dalla Corte di merito, oltre a interessi contrattuali, era inammissibile in quanto domanda nuova;



III.c. era invece infondata la domanda con la quale l'appellante aveva chiesto che gli interessi legali sulle somme dovute in restituzione da CO.ED.IM. decorressero dalla data delle singole erogazioni, anziché da quella della domanda, in quanto, trovando applicazione i principi dell'indebito oggettivo, la buona fede della stessa CO.ED.IM. doveva presumersi, mentre FONSPA non aveva fornito prova appagante della consapevolezza da parte della mutuataria dell'inesistenza del proprio diritto a ricevere l'erogazione delle somme oggetto del mutuo.

IV. Per la cassazione di tale sentenza ricorrono FONSPA s.p.a. e S.I.B. s.p.a. sulla base di sette motivi. Resiste con controricorso il Fallimento CO.ED.IM. s.p.a.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo le ricorrenti, denunciando nullità della sentenza e del procedimento per violazione dell'art. 112 c.p.c., lamentano che la Corte territoriale non si sia pronunciata sullo specifico motivo di appello, con il quale era stato dedotto che il mutuo del 21 luglio 1989 non avrebbe potuto essere dichiarato nullo in mancanza di un accordo, originario e coevo alla conclusione del contratto, per destinare le somme erogate ad uno scopo diverso da quello previsto dal mutuo stesso e che, qualora la frode alla legge si fosse realizzata in sede di esecuzione del contratto, la nullità avrebbe colpito non l'intero contratto di mutuo, ma solo l'accordo fraudolento raggiunto dalle parti in sede di esecuzione.

IL CASO.it

1.1. Il motivo non è fondato. La Corte di appello di Salerno, nell'esaminare gli orientamenti della giurisprudenza in ordine alla sorte della clausola di destinazione del mutuo ad uno scopo diverso da quello legale, ha



espressamente preso in considerazione anche l'indirizzo secondo il quale - nel caso che la pattuizione volta all'utilizzazione delle somme mutate per scopi diversi da quelli inizialmente stabiliti nella clausola di destinazione sia successiva alla conclusione del contratto - la illiceità del patto modificativo comporta, in applicazione dell'art. 1419 c.c., la nullità non già dell'intero contratto, ma solo dell'accordo fraudolento raggiunto tra le parti in sede di esecuzione, alla stregua di una prospettazione corrispondente a quella sostenuta dall'appellante con lo specifico motivo che in questa sede si assume essere stato pretermesso dalla Corte di merito. Rileva tuttavia il collegio che i giudici di appello - nel manifestare consenso per il diverso orientamento giurisprudenziale, secondo cui nel mutuo di scopo la parziale utilizzazione delle somme erogate per estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso l'istituto mutuante non determina la nullità del contratto per mancanza originaria della causa, qualora sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi, e nel ritenere (secondo la prospettiva per la quale l'impiego della somma per un fine piuttosto che per un altro si colloca nell'area giuridicamente irrilevante dei motivi del contratto, senza investire la causa) che, qualora la causa sia stata realizzata attraverso la ultimazione della costruzione in funzione della quale il mutuo è stato erogato, non può comunque sostenersi la tesi del difetto di causa del contratto, non sussistendo un obbligo del sovvenuto di adoperare "in individuo" le somme mutate - si sono consequenzialmente, anche se in modo implicito, pronunciati anche sulla censura svolta dall'appellante, disattendendola, in quanto hanno attribuito esclusivo rilievo alla circostanza, ritenuta accertata in fatto, che nella specie non era stata interamente

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'd' followed by a horizontal stroke.



realizzata l'opera per la quale il mutuo era stato concesso, così dichiarando la nullità del contratto per difetto di causa, ed hanno invece ritenuto priva di rilevanza la circostanza, invocata nel motivo di censura che l'appellante ha erroneamente ritenuto essere stato disatteso dalla Corte di merito, che l'accordo tra le parti volto all'utilizzazione delle somme mutate per scopi diversi da quelli inizialmente stabiliti nella clausola di destinazione fosse coevo o successivo alla conclusione del contratto. **IL CASO.it**

2. Con il secondo motivo le ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1419, 1343 c.c. e dell'art. 23 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, nonché vizio di motivazione, e - premesso che il contratto di mutuo di scopo può essere affetto da nullità, rilevabile da qualunque interessato, solo quando sia stato stipulato sin dall'inizio un accordo circa l'utilizzazione del finanziamento per finalità diverse (ad esempio, per estinzione di debiti in precedenza assunti verso lo stesso istituto mutuante), ma non anche nel caso dell'eventuale riscontro dell'impossibilità del mutuato di conseguire quello scopo, o dell'eventuale accertamento di una diversa utilizzazione della somma mutuata, non contemplata dal contratto ma pattuita in data posteriore - deducono che nella presente causa costituisce circostanza pacifica, e coperta da giudicato, che l'avvenuta utilizzazione di una parte delle somme erogate con il mutuo del 21 luglio 1989 per il pagamento di rate scadute è stato frutto di un patto sopravvenuto, inesistente al momento della stipula del mutuo medesimo. Di conseguenza, secondo le ricorrenti, la Corte territoriale non solo è incorsa in un'evidente violazione di legge, presupponendo una nullità che invece nella specie non è configurabile, stante la mancanza di un accordo contestuale



alla stipulazione del mutuo per destinare ad altro scopo i fondi mutuati, ma ha anche dato per scontato, senza plausibile spiegazione, che il contratto di mutuo fosse nullo, limitandosi incongruamente a rilevare che la nullità del contratto non poteva essere esclusa dalla realizzazione dell'opera, non essendo questa integralmente avvenuta.

IL CASO.it

3. Con il terzo motivo le ricorrenti prospettano ancora la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1419, 1343 c.c. e dell'art. 23 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, nonché vizio di motivazione, e deducono che la Corte di merito ha rilevato la nullità del contratto di mutuo <<per difetto di causa più che per frode alla legge>> senza alcuna giustificazione, in quanto la sentenza impugnata non ha spiegato le ragioni per le quali un accordo sopravvenuto possa viziare la causa del negozio, che costituisce un elemento originario dello stesso e che, sussistendo al momento della stipulazione del mutuo, non può essere messa in discussione da fatti successivi. In realtà, ad avviso delle ricorrenti, il principio giurisprudenziale, a cui la Corte di merito ha fatto riferimento - e secondo il quale nel mutuo di scopo la parziale utilizzazione delle somme erogate per estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso l'istituto mutuante non determina la nullità del contratto per mancanza originaria della causa, quando sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi - presuppone un vizio originario del contratto di mutuo e di conseguenza, alla stregua di detto principio, la realizzazione dell'immobile finanziato è configurata come causa ostativa della nullità del contratto, mentre nella specie la Corte di merito, erroneamente invertendo i termini della questione, configura la



mancata ultimazione dell'immobile come causa di nullità del mutuo, anche in mancanza di un vizio originario del contratto. **IL CASO.it**

4. I due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto attinenti a questioni strettamente connesse, sono privi di fondamento. In realtà le censure sollevate dalle ricorrenti si fondano su presupposti di fatto non conformi alle risultanze di causa, quali emergenti dalla sentenza di appello ed anche da quella di primo grado - che il collegio ha il potere-dovere di esaminare direttamente, essendo stata sollevata un'eccezione di giudicato (Cass. 2004/14952; 2005/1655; 2005/6220) - compiutamente interpretate. Sostengono le ricorrenti essere circostanza pacifica, e coperta da giudicato, che l'avvenuta utilizzazione di una parte delle somme erogate con il mutuo del 21 luglio 1989 per il pagamento di rate scadute sia stato frutto di un patto sopravvenuto, inesistente al momento della stipula del contratto di mutuo, come affermato dal Tribunale nella sentenza di primo grado - che, sempre secondo le ricorrenti, non sarebbe stata censurata sul punto dalla controparte - con valutazione confermata, e comunque non messa in discussione, dalla sentenza di appello. Rileva tuttavia il collegio che il giudice di primo grado, pur facendo riferimento ad un intento elusivo delle parti non iniziale, ma dovuto ad un inadempimento successivo dell'obbligazione di scopo da parte del mutuatario, non ha poi mancato di chiarire meglio il proprio pensiero, dichiarando la propria consapevolezza che le trattenute sulle erogazioni erano funzionali a rinsaldare il vincolo tra mutuante e mutuatario, rendendolo meno incerto e favorendo l'opera edilizia intrapresa da CO.ED.IM., la quale a sua volta, sempre secondo il Tribunale, mai avrebbe potuto contare, senza la disponibilità dimostrata



dall'ente erogante, su di una disponibilità finanziaria dell'entità di quella di cui ha potuto in concreto usufruire per la realizzazione delle opere di cui trattasi. Emerge pertanto dalle complessive argomentazioni del Tribunale, compiutamente correlate le une con le altre, la ricostruzione di un'effettiva volontà contrattuale, relativa ai mutui di cui trattasi, in cui le trattenute sulle erogazioni e la loro destinazione al pagamento di precedenti rate scadute erano sin dall'inizio, e quindi sin dall'ideazione del contratto e dalla formazione del consenso delle parti, imprescindibilmente funzionali alla realizzazione dell'opera edilizia da realizzare, nel senso che senza quelle trattenute e senza la relativa destinazione degli importi relativi, il finanziamento non sarebbe mai stato erogato, o comunque non sarebbe stato erogato nella misura sufficiente a consentire la progressiva realizzazione dei lavori, e che nel contesto di tale programma finanziario, sin dall'inizio concepito dalle parti proprio perché funzionale e necessario per la realizzazione dei fabbricati progettati, soltanto le concrete modalità attuative delle trattenute sugli importi erogati erano state successivamente concretizzate. Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, nella sentenza del Tribunale non è dato rinvenire alcun effettivo riconoscimento di un patto solo sopravvenuto, e non esistente al momento della stipulazione del contratto di mutuo, in ordine alla parziale destinazione degli importi erogati all'estinzione di precedenti crediti dell'ente mutuante. Al contrario, dalla stessa sentenza emerge il riconoscimento di un accordo contrattuale sin dall'inizio incentrato, per la buona riuscita del progetto finanziario, sul meccanismo delle trattenute sugli importi via via erogati,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'R'.



così da rinsaldare il vincolo tra mutuante e mutuatario e da favorire l'opera
IL CASO.it
edilizia intrapresa da CO.ED.IM.

4.1. Va altresì rilevato che l'affermazione del Tribunale in ordine alla ricorrenza di un intento elusivo delle parti non iniziale, ma susseguente all'inadempimento dell'obbligazione di scopo da parte del mutuatario, è stata contestata dall'appellata CO.ED.IM., la quale - nel qualificare i contratti in questione come mutui di scopo legale, nei quali la destinazione delle somme mutate assurge ad elemento di rilevanza causale, venendo a costituire parte inscindibile del regolamento di interessi voluto dai contraenti, così da entrare a far parte del sinallagma contrattuale - ha affermato che nella specie ricorre un difetto della causa incidente sulla validità dei contratti di mutuo, in quanto, sin dalla prima erogazione e con un crescendo facilmente verificabile in atti, i singoli negozi di erogazione del secondo mutuo di scopo legale sono stati finalizzati ad estinguere in parte le rate rimaste insolute del primo mutuo ed in parte debitorie arretrate del secondo mutuo, con la conseguenza che la concessione del credito, essendo diretta all'estinzione di un debito pregresso, è valsa a creare in favore del mutuatario una disponibilità non effettiva e reale, ma meramente fittizia. Così motivando le proprie argomentazioni difensive, la CO.ED.IM. non ha prestato acquiescenza all'affermazione del Tribunale relativa all'intento elusivo delle parti - non iniziale, ma posto in essere solo in sede di esecuzione del rapporto in concomitanza con i singoli atti parzialmente erogativi - ed ha fatto riferimento ad un consenso contrattuale sin dall'inizio viziato da nullità per un originario difetto di causa.



4.2. Anche la Corte di appello, richiamando espressamente quella parte della motivazione del Tribunale volta a delineare un regolamento contrattuale dall'origine incentrato, per la buona riuscita del progetto finanziario, sul meccanismo delle trattenute sugli importi via via erogati, così da rinsaldare il vincolo tra mutuante e mutuatario e da favorire l'opera edilizia intrapresa da CO.ED.IM., e dichiarando la nullità del contratto di mutuo per difetto di causa, più che per frode alla legge, ha certamente messo in discussione e disatteso, diversamente da quanto sostenuto dalle ricorrenti, le conclusioni a cui era pervenuto il Tribunale in ordine alla ricorrenza di un intento elusivo delle parti non iniziale, ma susseguente all'inadempimento dell'obbligazione di scopo da parte del mutuatario. **IL CASO.it**

Discende da quanto precede che la sentenza impugnata, nell'affermare la nullità del contratto di mutuo in questione per difetto di causa, non sanato dal conseguimento delle scopo, non essendo stati completati i lavori edilizi oggetto del finanziamento, ha correttamente applicato, sulla base di una congrua motivazione immune da vizi logici, il principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, specificamente richiamato in motivazione, secondo il quale - poiché con il mutuo di scopo legale il sovvenuto non si obbliga solo a restituire la somma mutuata, con la corresponsione dei relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto, compiendo l'attività in concreto programmata, in modo tale che un siffatto impegno interviene nel sinallagma contrattuale con rilevanza corrispettiva rispetto all'attribuzione della somma ed assume rilievo causale nell'economia del contratto - nell'accertamento di un eventuale difetto di causa non può prescindere dalla verifica dell'attuazione o meno di tale risultato, con la



conseguenza che il patto di compensazione tra il debito preesistente nei confronti del finanziatore e le somme mutate e, quindi, la parziale utilizzazione delle somme erogate per estinguere debiti in precedenza contratti dal sovvenuto verso l'istituto mutuante non determinano la nullità del contratto per mancanza originaria della causa, qualora sia stata realizzata l'opera per la quale i finanziamenti sono stati concessi (cfr. Cass. 1981/3752; 1997/6752, in motivazione).

IL CASO.it

5. Con il quarto motivo le ricorrenti – denunciando ancora la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1419, 1343 c.c. e dell'art. 23 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, nonché vizio di motivazione - deducono che, in ogni caso, la mancata integrale realizzazione dell'opera potrebbe costituire causa di nullità solo nell'ipotesi di mutuo integralmente corrisposto; invece nella specie, essendo stato il finanziamento erogato in relazione allo stato di avanzamento dei lavori, per verificare se i fondi siano stati utilizzati per lo scopo previsto dal contratto di mutuo, assume rilievo la realizzazione dell'opera non già nella sua totalità, ma solo in quella parte correlata ai finanziamenti già erogati, prescindendo dai lavori non eseguiti, ma che devono essere ancora finanziati. Di conseguenza, secondo le ricorrenti, se l'opera è stata solo parzialmente finanziata, perché alcuni stati di avanzamento non sono stati ancora raggiunti, non si può desumere la nullità del mutuo dalla circostanza che l'opera non sia stata ultimata nella sua totalità, in quanto la valutazione dell'ultimazione dei fabbricati dovrebbe essere condotta in relazione ai fondi erogati. Le ricorrenti lamentano che la sentenza impugnata abbia totalmente omissa di considerare questo profilo ed abbia ritenuto, con contraddittoria motivazione, la nullità del contratto



per il solo fatto che gli immobili non fossero stati totalmente ultimati, in quanto la constatazione che non tutto il finanziamento concesso fosse stato in concreto erogato avrebbe dovuto indurre la Corte di merito a negare che la mancata ultimazione dei lavori fosse nella specie significativa dell'utilizzazione della somma mutuata in modo difforme da quella contrattualmente prevista.

IL CASO.it

5.1. La censura è inammissibile.

La Corte di appello, facendo riferimento alla espletata consulenza tecnica d'ufficio e con apprezzamento dei fatti e delle risultanze di causa sorretto da idonea motivazione, ha accertato che, con riferimento al secondo contratto di mutuo, non tutto l'importo previsto in contratto era stato erogato, in quanto avrebbero dovuto essere corrisposti ancora 595 milioni di lire per completare l'operazione di finanziamento, ed ha escluso, in difformità da quanto affermato dal consulente di parte appellante, che le opere relative alla realizzazione del complesso residenziale fossero state ultimate e che la documentazione in atti consentisse di ritenere che vi fosse corrispondenza tra i ratei di mutuo erogati e gli stati di avanzamento dei lavori, nel senso che la realizzazione delle opere per stati di avanzamento fosse effettivamente avvenuta in proporzione delle somme erogate.

Diversamente da quanto ritenuto dalle ricorrenti, pertanto, la Corte territoriale si è motivatamente pronunciata sulla questione da loro dedotta, pervenendo, nel merito, alla conclusione della nullità del contratto di mutuo, in quanto le opere edilizie finanziate non erano state completate e non rinvenendosi in atti elementi per ritenere provato che i lavori di



realizzazione delle opere finanziate fossero stati svolti in misura
proporzionale agli importi erogati.

IL CASO.it

Le censure delle ricorrenti non tengono conto, pertanto, degli elementi di fatto effettivamente accertati ed utilizzati dai giudici di appello per pervenire alla decisione sulla questione prospettata, configurandosi quindi come doglianze inammissibili, sia perché fondate su deduzioni in fatto in parte diverse da quelle accertate ed utilizzate dal giudice di merito (Cass. 2007/7972; 2007/13954), sia perché non attinenti all'effettivo contenuto decisorio della sentenza impugnata (Cass. 2004/3612; 2005/21490).

6. Con il quinto motivo le ricorrenti denunciano nullità della sentenza e del procedimento per violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c. e – premesso che FONSPA ha espressamente eccepito nel giudizio di primo grado che la nullità del contratto avrebbe determinato eventualmente una conversione del contratto in un finanziamento ipotecario ordinario e che tale eccezione è stata disattesa dalla sentenza di primo grado, con la conseguenza che la stessa FONSPA ha chiesto in appello accertarsi e dichiararsi la conversione del contratto di mutuo nullo, con domanda che la Corte di merito ha dichiarato inammissibile perché nuova – censurano la sentenza di appello per aver dichiarato inammissibile, in quanto nuova ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la domanda di dichiarazione della conversione del negozio nullo e deduce che la novità della questione non sussiste e che la domanda riconvenzionale proposta in appello conteneva implicitamente la riproposizione dell'eccezione riconvenzionale già formulata in primo grado, sulla quale pertanto la Corte di merito non poteva esimersi dal pronunciare.

6.1. La censura è priva di fondamento.



L'eccezione in senso stretto - non deducibile per la prima volta nel giudizio di appello ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c. applicabile nel caso di specie *ratione temporis*, essendo stato il giudizio introdotto con due ricorsi in opposizione depositati il 17 luglio 1997 (Cass. 2005/18096; 2009/816) - è validamente proposta quando la parte che intende sollevarla ne allega il fatto costitutivo, ossia l'elemento di fatto che, nella sua rilevanza giuridica, operi quale ragione impeditiva, estintiva o modificativa del diritto fatto valere in giudizio dalla controparte (Cass. S.U. 1998/1099; Cass. 1969/3995; 1975/606; 2007/11843; 2008/4583), fermo restando che l'attività di allegazione non può esaurirsi nell'affermazione di un fatto generico, ma comporta l'individuazione di un fatto specifico (Cass. 2000/4392).

Nel caso di specie FONSPA - deducendo nel giudizio di primo grado, in modo del tutto generico e senza l'enunciazione di fatti specifici, che l'esistenza della causa di nullità del contratto di mutuo edilizio fatta valere da controparte avrebbe determinato <<eventualmente>> e <<a tutto concedere>> una conversione della stessa operazione in un finanziamento ipotecario ordinario - si è limitata a prospettare una generica argomentazione difensiva, ma non ha allegato alcun fatto impeditivo, estintivo o modificativo della pretesa fatta valere da controparte, idoneo a configurare la formulazione da parte della mutuante di una vera e propria eccezione in senso stretto volta a contrastare, sulla base di fatti specifici, l'opposizione all'esecuzione intrapresa da CO.ED.IM., né ha introdotto specifici temi di indagini su detti fatti (Cass. 2005/18096; 2009/816).

Di conseguenza la stessa FONSPA - proponendo nel giudizio di appello, per la prima volta, la domanda volta ad accertare <<per le ragioni esposte in



narrativa>> la conversione del contratto di mutuo edilizio in mutuo ordinario – ha formulato, come rilevato dalla Corte di appello, una inammissibile domanda riconvenzionale nuova, che non può neppure essere considerata, come invece dedotto dalle ricorrenti, come mera riformulazione, con diverse caratteristiche formali, di un'eccezione già sollevata tempestivamente nel giudizio di primo grado e quindi, per tale ragione, sottratta alla preclusione posta dall'art. 345, comma 2, c.p.c.

7. Con il sesto motivo le ricorrenti – denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2033 e 2729 c.c, 116 c.p.c., nonché vizio di motivazione - lamentano che gli interessi sulla somma che CO.ED.IM. è stata condannata a restituire siano stati conteggiati dalla domanda e non dalla data delle singole erogazioni, non avendo la Corte di appello ritenuta provata la consapevolezza da parte dell'accipiens dell'inesistenza del proprio diritto alla corresponsione dei ratei di mutuo erogati da controparte. Deducono al riguardo che la configurazione di un contratto in frode alla legge è incompatibile con l'affermazione della buona fede dell'accipiens.

7.1. Il motivo è fondato e merita accoglimento. La Corte di appello ha dichiarato la nullità del secondo contratto di mutuo per difetto di causa, avendo ritenuto accertati sia la mancata ultimazione dei lavori per i quali il mutuo era stato concesso ed in gran parte erogato, che la configurazione, ad opera delle parti, di un accordo contrattuale sin dall'inizio incentrato, per la buona riuscita del progetto finanziario, sul meccanismo delle trattenute sugli importi via via erogati, così da rinsaldare il vincolo tra mutuante e mutuuario e da favorire l'opera edilizia intrapresa da CO.ED.IM., in un contesto di evidente consapevolezza da parte del mutuuario, che



all'effettuazione di tali trattenute ha prestato consenso, della nullità del contratto e della conseguente indebita percezione dei ratei di mutuo erogati, restando così superata la presunzione di buona fede dell'accipiens (Cass. 1998/1293; 2002/11259; 2005/5330).

IL CASO.it

I giudici di appello, pertanto, nel disporre la decorrenza dalla domanda - e non dalle date delle singole erogazioni - degli interessi sulla somma dovuta in restituzione da CO.ED.IM., hanno erroneamente applicato il disposto dell'art. 2033 c.c. in tema di indebito oggettivo, riguardante anche gli obblighi restitutori derivanti dalla declaratoria di nullità del contratto (Cass. 2000/12038; 2005/20651) e in base al quale chi ha ricevuto l'indebito in mala fede è tenuto a corrispondere gli interessi dal giorno del pagamento.

8. In conseguenza dell'accoglimento del sesto motivo, poiché, ai sensi dell'art. 111, ult. comma, c.p.c., in caso di trasferimento del diritto controverso a titolo particolare e per atto tra vivi, la sentenza pronunciata contro l'alienante produce i suoi effetti anche nei confronti del successore a titolo particolare, deve ritenersi assorbita la settima ed ultima censura, con la quale, prospettandosi la nullità della sentenza e del procedimento per violazione dell'art. 111 c.p.c. e vizio di motivazione, ci si duole che immotivatamente e illegittimamente la Corte di appello abbia ritenuto che l'infondatezza dell'appello comportasse il rigetto dell'intervento spiegato dalla S.I.B. s.p.a.

9. La sentenza impugnata deve essere conseguentemente annullata con riferimento al motivo accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., con l'accoglimento dell'appello proposto da FONSPA s.p.a.



avverso la sentenza del Tribunale di Salerno del 17 settembre 1998, limitatamente al capo f) delle conclusioni dell'atto di appello, e dichiarando che sulla somma complessiva di euro 1.563.631,22, pari a £. 3.027.612.218, dovuta dal Fallimento CO.ED.IM. s.p.a. in favore di FONSPA s.p.a., a sua volta dante causa dell'intervenuta in giudizio S.I.B. s.p.a., successore a titolo particolare a causa della cessione di detto credito, devono essere conteggiati gli interessi legali a decorrere dalle date delle singole erogazioni, confermata nel resto la sentenza di primo grado. **IL CASO.it**

Non osta a tale pronuncia il sopravvenuto fallimento della società debitrice. Osserva al riguardo il collegio, in conformità ad un consolidato orientamento di questa Corte, che la norma dell'art. 95, comma 3, L.F. - la quale, in tema di formazione dello stato passivo nel procedimento fallimentare, stabilisce che, se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione per escluderne l'ammissione al passivo - va interpretata estensivamente e trova perciò applicazione (oltre che nel caso di pronuncia affermativa del credito) anche nel caso di sentenza, non ancora passata in giudicato, che abbia rigettato (anche solo in parte) la domanda del creditore. Di conseguenza, intervenuto il fallimento del debitore successivamente a tale decisione, il creditore, per evitare gli effetti preclusivi derivanti dal passaggio in giudicato della medesima, deve proporre impugnazione in via ordinaria nei confronti del curatore del fallimento, che è legittimato non solo a proporre l'impugnazione ma anche (passivamente) a subirla (Cass. 1998/3528; 2005/11692; 2007/18088, nonché Cass. 2008/15542, non massimata, in motivazione), ed inoltre, se il fallimento del debitore interviene nel corso del giudizio di appello promosso



dal creditore, il processo di appello medesimo deve proseguire davanti al giudice naturale dell'impugnazione (Cass. 1983/3518; 1986/7492; 1991/10265; 2008/15542).

IL CASO.it

10. Il complessivo esito del giudizio giustifica la compensazione per la metà delle spese relative al giudizio di appello e di quello di cassazione, da liquidarsi per l'intero come in dispositivo, restando la rimanente metà a carico di FONSPA s.p.a. e di SIB s.p.a., quali soccombenti in via prevalente, nonché la ripartizione al cinquanta per cento tra le parti delle spese di consulenza tecnica d'ufficio.

P.Q.M.

La Corte rigetta i primi cinque motivi del ricorso. Accoglie il sesto, assorbito il settimo. Cassa la sentenza impugnata in ordine al motivo accolto e, decidendo nel merito, accoglie l'appello proposto dal Credito Fondiario ed Industriale - FONSPA – Istituto per i Finanziamenti a Medio e Lungo Termine s.p.a. avverso la sentenza del Tribunale di Salerno del 17 settembre 1998, limitatamente al capo f) delle conclusioni dell'atto di appello, e dichiara che sulla somma complessiva di euro 1.563.631,22, pari a £. 3.027.612.218, dovuti dal Fallimento CO.ED.IM. s.p.a. in favore di FONSPA s.p.a., a sua volta dante causa della intervenuta in giudizio Servizi Immobiliari Banche S.I.B. s.p.a., vanno conteggiati gli interessi legali a decorrere dalle date delle singole erogazioni.

Conferma nel resto la sentenza di primo grado.

Condanna in solido FONSPA s.p.a. e S.I.B. s.p.a. al pagamento in favore del Fallimento CO.ED.IM. s.p.a. della metà delle spese del giudizio di appello, liquidate per l'intero in euro 560,00 per esborsi, euro 3.500,00 per diritti ed



euro 45.430,00 per onorari, oltre a spese generali e accessori come per legge. Compensa per la restante metà tra tutte le parti le spese del giudizio di appello.

Pone le spese di consulenza tecnica definitivamente a carico di FONSPA s.p.a. e di S.I.B. s.p.a., in solido, per la metà e del Fallimento CO.ED.IM. s.p.a. per la restante metà.

Condanna in solido i ricorrenti al pagamento della metà delle spese del giudizio di cassazione, che si liquidano per l'intero in euro 10.200,00, di cui oltre spese generali e accessori di legge - euro 10.000,00 per onorari/Compensa tra le parti la restante metà.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 19 gennaio e del 17 marzo 2009.

Il consigliere estensore

Stefano Schiro

Il presidente

Vincenzo Proto

IL CANCELLIERE

Alfonso Madaffari

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Prima Sezione Civile

Depositato in Cancelleria

il 8 APR. 2009

IL CANCELLIERE