

## Corte di cassazione 15 febbraio 2016, n. 2915

### Svolgimento del processo

La Banca di Credito Cooperativo del Veneziano s.coop. impugna per cassazione il decreto depositato il giorno 9 agosto 2010, con la quale il Tribunale di Venezia respinse parzialmente l'opposizione allo stato passivo del fallimento della L., promossa a seguito del rigetto, fra le altre, della domanda di insinuazione per € 65.096,68, con il rango ipotecario, fondata su un mutuo fondiario stipulato il 4 ottobre 2006 con la società poi fallita.

Ritenne il tribunale che la curatela fallimentare avesse fondatamente eccepito la nullità del mutuo per violazione del limite di finanziabilità, risultando il prezzo del bene immobile acquistato dalla mutuataria lo stesso giorno della stipula del finanziamento, addirittura inferiore al capitale mutuato, né potendo invocarsi le garanzie integrative offerte da un terzo, poiché prive dei requisiti prescritti dagli organi di vigilanza. Infine, neppure potevano trovare esame le ulteriori domande formulate dalla banca, in via subordinata, in sede di opposizione allo stato passivo, in quanto tutte nuove rispetto all'originaria domanda di ammissione al concorso.

Il ricorso è affidato a quattro motivi.

La curatela resistente ha notificato controricorso.

La Banca di Credito Cooperativo del Veneziano s.coop. ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

### Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 99, comma quarto (rectius decimo), l. fall., deducendo che, illegittimamente, il giudice delegato che aveva reso esecutivo lo stato passivo impugnato ha fatto parte del collegio chiamato a decidere la relativa opposizione.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce vizio di motivazione ex art. 360, comma primo, n. 5), c.p.c., lamentando che il tribunale abbia omissso di determinare il valore effettivo dell'immobile offerto in garanzia, pure oggetto di accesa contestazione tra le parti, malamente interpretando la natura della garanzia integrativa accordata da un terzo.

Con il terzo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 93 l.fall., avendo il tribunale erroneamente ritenuto inammissibili le domande avanzate, in via subordinata, in sede di opposizione allo stato passivo.

Con il quarto motivo, denuncia la ricorrente vizio di motivazione ex art. 360, comma primo, n. 5), c.p.c., lamentando l'omessa e insufficiente motivazione sulla pronuncia

di inammissibilità delle ridette domande subordinate.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

A prescindere, infatti, da ogni indagine sull'errore materiale - prospettato dalla curatela resistente in seno al controricorso - che sarebbe stato commesso dal cancelliere nell'intestazione del provvedimento qui impugnato, il Collegio intende dare continuità al consolidato orientamento di questa Corte, a tenore del quale l'incompatibilità del giudice non comporta nullità della sentenza ove alla violazione del dovere di astensione del medesimo non abbia fatto seguito l'istanza di ricusazione della parte interessata (cfr, tra le più recenti, Cass. 5 luglio 2013, n. 16861; Cass. 17 maggio 2013, n. 12115; Cass. 5 maggio 2010, n. 10900, Cass. 12 novembre 2009, n. 23930; Cass. 8 giugno 2007, n. 13433), salvi i casi di interesse proprio e diretto nella causa, che pone il giudice nella posizione sostanziale di parte (Cass. 23930/2009, cit.), e d'incompatibilità derivante dalla previsione di diversa composizione del collegio giudicante — analoga al già intervenuto accoglimento della richiesta di autorizzazione all'astensione o dell'istanza di ricusazione — contenuta nella sentenza di cassazione con rinvio (Cass. Sez. Un. 27 febbraio 2008, n. 5087).

Era dunque onere - non osservato - della ricorrente proporre istanza di ricusazione del giudice ritenuto incompatibile, al più tardi all'udienza, celebrata innanzi al collegio, del 15 luglio 2010 e, dunque, non può dolersi, per la prima volta in questa sede, della ridetta incompatibilità.

Siffatti principi, come riaffermato recentemente in più occasioni da questa Corte, devono trovare applicazione anche in tema di composizione del collegio giudicante in sede di opposizione allo stato passivo, ex art. 99, comma decimo, 1.fall. (Cass. 4 dicembre 2015, n. 24718; Cass. 17 settembre 2015, n. 18253; Cass. 6 febbraio 2015, n. 2317; Cass. 4 aprile 2014, n. 7988; Cass. 27 marzo 2014, n. 7245), restando non condivisibile l'isolata pronuncia (Cass. 4 aprile 2012, n. 5426, richiamata peraltro da Cass. 9 marzo 2015, n. 4677), che assume senz'altro la nullità del provvedimento per vizio di costituzione del giudice.

Il secondo motivo è fondato.

La concessione ed erogazione del credito fondiario, con particolare riferimento ai limiti di finanziabilità, è espressamente disciplinata **dall'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993-Testo unico delle leggi bancarie (di seguito TUB)** che nel caso di concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, affida alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cibr, di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi.

In osservanza del cennato art. 38, comma 2, TUB, il Cibr, con **deliberazione del 22 aprile 1995**, ha sancito che l'ammontare massimo dei finanziamenti di credito

fondario è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi; e che tale percentuale può essere elevata fino al 100% solo qualora vengano prestate garanzie integrative.

Le garanzie che, per l'elevato livello di affidabilità, sono state ritenute idonee per poter perfezionare operazioni dimensionate anche al 100% del valore/costo sopra indicato, nelle suddette Istruzioni di Vigilanza sono: fideiussioni bancarie; polizze fideiussorie di compagnie di assicurazione; garanzie rilasciate da fondi pubblici di garanzia, consorzi, cooperative di garanzie fidi; cessioni di crediti verso lo Stato nonché di annualità e contributi a carico dello Stato e di enti pubblici; pegno su titoli di Stato.

Orbene, nel caso in esame - omessa ogni valutazione sul giudizio, formulato dal giudice di merito, di invalidità del mutuo per violazione della disciplina del TUB, atteso che in questa sede la banca ricorrente non ha inteso muovervi alcuna specifica doglianza - il tribunale veneziano ha ritenuto violato il limite di finanziabilità dell'80% del valore dei beni oggetto di ipoteca, per un verso, facendo affidamento esclusivamente sul rilevante scostamento rispetto al prezzo dichiarato dalle parti nell'atto di vendita dei detti beni (€ 310.000,00), senza tuttavia dare conto delle ragioni per cui la perizia allegata dal fallimento (che aveva operato una stima di € 393.200,00, comunque sempre superiore al prezzo di vendita) dovesse risultare più attendibile rispetto a quella pure prodotta dalla banca (che attestava un valore del compendio pari ad € 495.000,00), e, per altro verso, ha immotivatamente ritenuto inidonea la garanzia sussidiaria prestata dal terzo Consorzio Unionfidi s.c.ar.l. in data 10.7.2006, nonostante nella documentazione negoziale fossero contenuti i necessari riferimenti all'operazione finanziata, la espressa previsione di validità della garanzia "fino a revoca del fido" e la modalità di escussione della stessa "a prima richiesta" secondo quanto prescritto dalle richiamate Istruzioni di vigilanza.

Il terzo e il quarto motivo sono assorbiti dall'accoglimento del secondo motivo, concernendo le censure domande proposte in via subordinata.

In definitiva, respinto il primo e assorbiti il terzo e quarto motivo di impugnazione, in accoglimento del secondo motivo, il provvedimento impugnato va cassato e la causa rinviata innanzi al Tribunale di Venezia, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

Rigetta il primo motivo, accoglie il secondo motivo, assorbiti i restanti; cassa il decreto impugnato e rinvia per nuovo esame e per le spese al Tribunale di Venezia in diversa composizione.