

CONTRO

Fallimento R.M., in persona del Curatore, dr.

~~.....~~ B.....

domiciliato presso (omissis)

- Opposto -

rappresentato e difeso per mandato a margine

della comparsa di risposta (omissis)

OGGETTO: opposizione allo stato passivo

CONCLUSIONI

Dell'opponente:

ammettere il credito dell'opponente al passivo

del Fallimento in via ipotecaria per € 496.710,71, per residuo capitale mutuo fondiario; € 22.435,21, per la quota di interessi corrispettivi relativi alle rate scadute e non pagate; € 1.851,98 per gli interessi di mora relativi alle rate scadute e non pagate; in totale € 520.997,90, oltre interessi al tasso soglia *pro tempore* vigente sulla somma di € 496.710,71, dal 23.12.2005 fino al 31.10.2006, e al tasso legale dall'1.11.2006 fino al decreto di trasferimento; in via chirografaria, € 50315,36 per scoperto di c/c; € 395.292,36 per n. 8 effetti commerciali insoluti; € 31,04 per competenze e

spese di insoluto; in totale € 445.638,76; **spese**
rifuse;

dell'opposto:

revocata ex art. 66 l.f., in via di domanda o
di eccezione riconvenzionale, l'ipoteca iscritta il
18.10.2004 presso la Conservatoria dei RR.II di
Vicenza ai nn. 25170R.G. e 5783 R.P., **rigettare**

l'opposizione; *in via subordinata istruttoria*, come
da comparsa di risposta; **spese** rifuse.

FATTI RILEVANTI E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato il 20 luglio 2006, la
X. Banca s.c.p.a. proponeva opposizione alla
decisione del Giudice delegato del Fallimento
R██████ M██████████ P██████ W██████ B██████ di P██████
A██████ con cui il credito complessivo della stessa
era stato ammesso in chirografo, anziché con il
privilegio ipotecario richiesto, essendo stata
revocata in via breve, ex art. 66 l.f., l'ipoteca
iscritta sull'immobile *de quo*; lamentava altresì il
minor importo ammesso per interessi sugli insoluti,
ricalcolati al tasso soglia, e per preteso errore
di conteggio sul mutuo.

Si costituiva il Fallimento chiedendo il rigetto dell'opposizione, preliminarmente accolta la revoca dell'ipoteca, in via di domanda o di eccezione riconvenzionale.

La causa era istruita documentalmente e con
 ctu, e, precisate le conclusioni il 28.1.2010,
 veniva in tale udienza rimessa al Collegio per la
 decisione, con termine fino al 29.3.2010 per il
 deposito delle comparse conclusionali e fino al
 19.4.2010 per le repliche eventuali.

Sul riconteggio degli interessi.

La Banca opponente ha fatto acquiescenza sul punto (v. pag. 6 della comparsa conclusionale), per cui la questione non deve essere riesaminata.

Sulla pretesa carenza di motivazione del provvedimento impugnato.

Secondo l'opponente la motivazione del rigetto era insufficiente.

In realtà, in sede di verifica dello stato passivo, caratterizzata da celerità e sommarietà, non esiste alcun obbligo di motivazione esaustiva, ma, semmai, soltanto di enunciazione sommaria delle ragioni del rigetto, che il Giudice delegato ha qui

adempito spiegando che l'ipoteca era revocata ex art. 2901 c.c. e che gli interessi dovevano essere ricalcolati per errore di conteggio, e che il Tribunale può, e deve, integrare nel giudizio di opposizione, dovendo lo stesso riesaminare l'intero rapporto da cui trae origine il credito insinuato (Trib. Venezia 27 giugno 1986, *Fall.* 1987, 106;

App. Torino 26 marzo 1986, *Fall.* 1986, 1154; Trib. Milano 4 maggio 1987, *Fall.* 1987, (997), ove a ciò venga sollecitato dai motivi di opposizione.

La struttura dell'accertamento del passivo non può dirsi sostanzialmente mutata dopo la riforma,

posto che le medesime ragioni di celerità e di sommarietà dell'esame delle domande non consentono, anche oggi, di adottare decisioni a motivazione piena ed esaustiva, in un contesto di accertamento a contraddittorio non pieno, e caratterizzato dalla necessità di procedere in tempi brevi alla chiusura dello stato passivo.

Sotto altro, significativo profilo, ai fini che qui rilevano, la giurisprudenza ha affermato che nulla impedisce al curatore di far valere nel giudizio di opposizione, in via di eccezione, ragioni d'infondatezza della pretesa del ricorrente diverse da quelle già enunciate nell'originario

provvedimento di non ammissione del credito al passivo, non essendovi alcun onere di sollevare tutte le possibili contestazioni nel corso dell'adunanza prevista dall'art. 96 l.f. (Cass. 1° agosto 1996 n. 6963, *Fall.* 1997, 468), attesa la natura di ordinario giudizio di cognizione dell'opposizione allo stato passivo, nell'ambito

del quale l'opponente assume la veste di attore (e deve fornire ex novo la prova piena del suo credito) ed il curatore quella di convenuto.

D'altro canto, nessuna decadenza processuale può riguardare il curatore prima dell'intervento

del legale della procedura, poiché egli non è un organo dotato di competenze tecniche tali da poter giustificare la pesante sanzione della decadenza a causa del mancato esercizio di attività processuali costituenti onere in senso tecnico per la parte.

Soltanto con l'intervento del professionista, nominato a difesa degli interessi della procedura e per il giudizio, si può sanzionare un'omissione con la decadenza, tanto è vero che l'art. 99, co. 7, l.f. prevede tale sanzione se la memoria difensiva (della parte resistente che si costituisce per mezzo di un difensore tecnico) non contiene le

"eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio", ma non mai prima di questo momento.

Questa ricostruzione non risulta inficiata dal disposto del primo comma del nuovo art. 95 l.f., che attribuisce al curatore la facoltà di sollevare alcune eccezioni *"anche se è prescritta la relativa azione"*, la quale non può precludere ulteriori sue attività difensive, né dal disposto del terzo comma del nuovo art. 95 l.f. che prevede che il G.D. decida, tra l'altro, *"avuto riguardo alle eccezioni del curatore"*, poiché si tratta di un vincolo per il G.D., che deve tener conto di tali eccezioni, e non di un limite per il curatore, che può proporre di ulteriori in sede di costituzione in giudizio per mezzo del difensore del Fallimento, con il limite stabilito dall'art. 99, co. 7, l.f.

Cosicché il difetto di motivazione del Giudice, quand'anche la motivazione fosse del tutto omessa o inconferente, non dovrebbe sortire alcun effetto in ordine all'ammissione del credito, sia perché è il Tribunale che fornisce la motivazione definitiva, sia perché non sarebbe concepibile l'ammissione al passivo soltanto a causa di pretesi vizi della motivazione del provvedimento del Giudice delegato, attese le necessarie sommarietà e non definitività

dell'accertamento del credito compiuto in sede di verifica tempestiva (cfr. Trib. Padova 28 maggio 2001, *Giur. merito*, 2001).

Così argomentando, deve ritenersi legittimo anche un provvedimento di rigetto, <<perché il rapporto è da approfondire>>, spesso riscontrato nella pratica, che non ha certo significato tecnico giuridico, ovvero di rigetto *sic et simpliciter*, in cui vanno ritenute sottese le ragioni di non convincimento del Giudice delegato, il quale, anche se solo nutra dei dubbi sulla fondatezza della pretesa, ha il dovere di rigettare l'insinuazione, rinviandone l'accertamento completo e definitivo al giudizio del Tribunale.

Per gli stessi motivi il Giudice delegato non è tenuto ad ammettere il credito con riserva.

Sulla natura fondiaria dell'ipoteca.

Con atto 15.10.2004 a Rogito Notaio G. [redacted] di A. [redacted] ([redacted]), la X. Banca s.c.p.a. stipulava con A. [redacted] P. [redacted], titolare della ditta M. [redacted] P. [redacted] W. [redacted] B. [redacted] di P. [redacted] A. [redacted], un contratto di mutuo fondiario, mettendo a disposizione del medesimo la somma di € 500.000,00, garantita da ipoteca (avente *prima facie* le

caratteristiche della fondiarietà) sulla proprietà dell'unico immobile del fallito.

Tra le caratteristiche del mutuo ipotecario fondiario, la legge stabilisce un certo limite di finanziamento, che all'epoca non doveva superare l'80% del valore dell'immobile sul quale iscrivere la garanzia (cfr. art. 153, co. 1, T.U.B. per il

quale il limite anteriore era quello di cui alla normativa previgente, in attesa della quantificazione dello stesso limite di finanziabilità da parte della Banca d'Italia, tenutavi ex art. 38 co. 2, d.lgs. n. 385/93;

secondo la normativa previgente - art. 4 l. n. 175/91 - il limite in questione era del 75% del valore dell'immobile, anche sulla base di apposita indicazione data dalla Banca d'Italia, sia nella circolare intitolata *Operatività a medio e lungo termine e raccolta in titoli delle banche*, in G.U. n.66 del 21.3.1994, sia nei *Chiarimenti sul Testo Unico*, di cui alla Comunicazione nel Bollettino di vigilanza n. 2, febbraio 1994, pagg. 62ss, allegato n. 3: <<..si deve ritenere che il limite massimo di concedibilità del finanziamento del nuovo credito fondiario resti fissato nel 75% del valore dell'immobile (cfr. art. 4 l. n. 175/91) ovvero nel

90% del costo delle opere da eseguire sui beni ipotecati, .. (cfr. art. 9 l. n. 175/91)>>.

Successivamente, il limite è stato elevato all'80% con delibera del CICR del 22.4.1995 pubblicata in G.U. n. 111 del 15.5.1995 e nelle circolari del 26.6.1995 e del 12.4.1996 della Banca d'Italia, pubblicate rispettivamente in G.U. n. 115

del 5.7.1995 e n. 94 del 22.4.1996, ed esso riguarda il contratto con iscrizione ipotecaria del 18.10.2004.

Il valore della proprietà ipotecata è stato determinato dal Ctu del Fallimento con riferimento all'anno 2006 (doc. 10 del Fallimento), in € 402.400,00, mentre il perito della Banca lo aveva stimato € 750.000,00 (così trovando capienza per il finanziamento dell'80%), mentre è impensabile che in due anni esso si sia deprezzato di quasi il 50%, essendo più verosimile che il bene sia stato sovrastimato nell'ambito dell'istruttoria bancaria, come avviene di norma.

Inoltre, ed in via assorbente, l'immobile era già stato ipotecato nel 2002 in favore della Banca P██████ di V██████ (doc. 10 del Fallimento) per la somma di € 500.000,00, per cui il finanziamento di

X. Banca superava senz'altro il tetto massimo finanziabile con garanzia fondiaria.

Pertanto, l'importo finanziato eccedeva il valore stesso dell'immobile ipotecato, con garanzia ipotecaria iscritta fino ad € 900.000,00.

Il superamento della percentuale che la legge pone come limite al finanziamento con garanzia fondiaria fa sì che l'intera operazione (e non solo una sua parte; non essendo peraltro in atti alcun elemento da cui desumere che si debba discutere di nullità parziale, dovendosi fare carico di ciò la parte interessata) debba essere considerata non più come fondiaria (per mancanza di un suo requisito essenziale), bensì ordinaria, con la conseguenza che non opera la norma di salvaguardia dalla azione revocatoria, che prevede il consolidamento dell'ipoteca fondiaria in dieci giorni (art. 39, co. 4, d.lgs. 1.9.1993 n. 385).

Sul punto, il Collegio condivide l'orientamento della giurisprudenza (v. Trib. Milano 16 ottobre 1995, *Fall.* 1996, 485), secondo il quale il mancato rispetto delle regole che governano tale tipo di credito, ivi compresa la regola della contestualità, esclude il cosiddetto beneficio del consolidamento, previsto dall'art. 39, co. 4, del

d.lgs. n. 385/1993 (Cass. 1° ottobre 2007 n. 20622, *Fall.* 2009, 181).

Tra queste, sicuramente è stata violata infatti anche la regola che impone che la garanzia debba essere contestuale, e non possa essere concessa per garantire debiti preesistenti, come è invece avvenuto (v. *infra*).

Deve, ritenersi, invero che i benefici concessi dalla legge al credito fondiario non possano andare disgiunti dal rigoroso rispetto delle regole che lo Stato pone, nelle diverse articolazioni normative, per il suo momento genetico, salvo voler attribuire al sistema bancario, oltre alla tutela rafforzata, anche l'arbitrio nella concessione e nella qualificazione dei finanziamenti tutelati.

Una tale situazione di massima discrezionalità nella concessione dei finanziamenti farebbe venire meno automaticamente le stesse ragioni della tutela (che invece si fondano sulla rigorosa proporzione tra il valore erogato ed il bene, proprio in funzione di consentire l'agevole rientro da parte della Banca): il rientro sarebbe invece gravemente ostacolato, se il valore dell'immobile ipotecato fosse sin dall'inizio completamente assorbito dall'ipoteca, e la Banca non potrebbe invocare così

la tutela rafforzata, laddove essa stessa si fosse posta nelle condizioni di non recuperare per intero il finanziamento.

Non può essere condivisa neppure la tesi secondo la quale il regime ordinario di revocatoria sarebbe limitato alla sola eccedenza tra la percentuale di finanziamento consentita e quella

erogata, in quanto l'operazione ha natura unitaria e la revoca della garanzia, se accolta, non potrebbe certo operare solo *pro parte*.

Ciò posto, occorre ricondurre il finanziamento con ipoteca in ambito ordinario, con la revocatoria

entro i normali limiti dell'art. 2901 c.c. (non può essere esaminata l'ipotesi simulatoria, perché i negozi e i collegamenti posti in essere risultano, allo stato, effettivamente voluti dalle parti).

Il Fallimento ha chiesto la revocatoria della garanzia sia in via di eccezione, allo scopo di far consolidare l'ammissione in chirografo, sia in via di azione, con domanda riconvenzionale.

Quest'ultima, però, atteso che il risultato che i due strumenti processuali perseguono è lo stesso, vale a dire l'inefficacia della garanzia per i creditori e l'ammissione del credito in chirografo, deve essere considerata superata dall'eccezione

riconvenzionale che ha ad oggetto lo stesso *thema decidendum*.

Il Tribunale pronuncerà perciò soltanto sull'eccezione, mancando l'interesse della parte ad una doppia pronuncia sullo stesso oggetto e con i medesimi risultati pratici (invero, l'ipoteca non potrebbe essere cancellata anche se venisse accolta la domanda riconvenzionale, ma dovrebbe solo essere annotata la sentenza di revocatoria in favore della massa, trattandosi pur sempre di un'inefficacia relativa).

Si ritiene fondata la domanda di revoca ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Il finanziamento *de quo*, invero, erogato con data valuta 15.10.2004, è stato immediatamente utilizzato per estinguere la pesante posizione debitoria sul conto ordinario n. 122492, intestato al fallito, con l'intera somma di € 500.000,00, portando il saldo del c/c in attivo per € 343.000,00 (v. all. 2 alla relazione del Ctù e la perizia stessa alle pagg. 5ss).

L'operazione posta in essere dalla Banca ha avuto per effetto visibile quello di trasformare un credito già chirografario (quello di cui al costante saldo passivo del c/c ordinario) in un

credito privilegiato (quello sorto con l'ipoteca), ed integra pacificamente (Cass. 29 settembre 1997 n. 9520, *Fall.* 1998, 687; Cass. 21 dicembre 1998 n. 12740, *Fall.* 1999, 1011; Cass. 7 gennaio 2004 n. 12, *Nuova giur. civ. comm.* 2005, 1, 481) gli estremi della garanzia costituita per un debito preesistente, in presenza di un collegamento negoziale, per cui con un negozio, o una serie di negozi, cui l'ordinamento ricollega certi precisi fini, si ottengono fini diversi, talora elusivi di norme e, come in questo caso, della *par condicio creditorum*, atteso che in questo modo il credito della Banca avrebbe trovato, in qualunque sede (di esecuzione individuale oppure concorsuale) prioritaria collocazione e praticamente certa soddisfazione, al contrario della situazione in cui si trovava con il semplice chirografo ed a scapito dei creditori che tuttora conservano il chirografo.

In fattispecie analoga, la Suprema Corte, basandosi sul presupposto che il credito da mutuo era stato ammesso al passivo, ha affermato il principio per cui una volta ammesso al passivo il credito da mutuo e ritenuto perciò effettivo e reale il mutuo stesso, non è più concepibile la revocatoria della sola ipoteca costituita

contestualmente all'erogazione del mutuo, dovendosi invece, in via alternativa: revocare l'intero contratto di mutuo, perché ritenuto quale negozio-procedimento indirettamente solutorio (ex art. 67, co. 1, n. 2 l.f.), e con esso pure l'ipoteca; oppure revocare la sola ipoteca, perché diretta a garantire un debito preesistente, ma allora senza ammettere il credito da mutuo al passivo, essendo mancata la effettività del mutuo medesimo (quindi simulato).

Tale impostazione (data da Cass. 19 novembre 1997 n. 11495, Fall. 1998, 801), muove dalla considerazione del mutuo come atto necessariamente simulato, mentre, invece, le parti (è pacifico) vollero effettivamente il mutuo ipotecario, ma non per estinguere il debito preesistente, bensì per trasformarlo da chirografario a privilegiato (con un negozio indiretto).

In alternativa, se si accoglie la tesi del pagamento anomalo, si giunge alla conseguenza della doppia revoca (del pagamento e della garanzia) e della eventuale responsabilità della Banca per aver compiuto, in concorso con il debitore, un pagamento preferenziale, ai sensi dell'art. 216, co. 3, l.f.

Se si ritiene che il mutuo sia simulato (e con esso l'ipoteca), si dovrà ritenere necessaria una pronuncia (ed una precedente domanda *ad hoc*) sulla simulazione, prima di quella sulla revoca.

Viceversa, se si considera che l'operazione di mutuo, con la contestuale effettiva concessione di ipoteca, è un negozio indiretto che ha per scopo ulteriore non l'estinzione di una passività preesistente (pagamento anomalo), ma la sua trasformazione in debito privilegiato, si giunge alla conclusione:

- che non è necessario l'accertamento in via prodromica della simulazione del mutuo (non nel caso di pagamento anomalo, ma solo in quello del mutuo ritenuto simulato);
- che il debito, sostanzialmente, è rimasto il medesimo, in quanto la sua estinzione è solo apparente;
- che l'ipoteca è revocabile;
- che l'ammissione al passivo del credito va fatta in chirografo;
- che la Banca non deve restituire nulla alla massa, perché nulla ha tolto agli altri creditori.

Per considerare il mutuo come effettivamente voluto, e non simulato, non è di ostacolo il fatto che non vi sia stata una materiale *datio*, poiché ormai il denaro, nelle operazioni bancarie, ha una valenza soltanto contabile, e basta allo scopo la messa a disposizione in senso giuridico della somma mediante l'accreditamento in conto della stessa in favore del mutuatario (Cass. 21 dicembre 1990 n.

12123, *Banca, borsa, tit. cred.* 1992, II, 274).

La giurisprudenza ha affermato il principio per cui ogni volta che si assuma in concreto l'esistenza di un negozio indiretto (con funzione

solutoria o, come in questo caso, di costituzione di una garanzia per un debito preesistente), non occorre dimostrare anche l'operare di un meccanismo simulatorio, essendo sufficiente il ricorso alla figura del negozio indiretto, in cui l'effetto ultimo, cioè la trasformazione del debito da chirografario a privilegiato (vedi Cass. 22 marzo 1994 n. 2742, *Fall.* 1994, 837 e *Banca, borsa, tit. cred.* 1994, II, 619), è realizzato con un mezzo che ha finalità diverse (la concessione di un mutuo con una garanzia contestualmente creata), ma che è effettivamente voluto dalle parti (Trib. Monza 22

dicembre 1998, Fall. 1999, 1150) per realizzare proprio quello scopo finale.

Lo scopo indiretto è reso palese dalla stessa cronologia delle operazioni, di erogazione ed accredito, addirittura con valuta (15.10.2004) anteriore all'erogazione effettiva (del 9.11.2004).

Sulla revocabilità dell'ipoteca ex art. 2901

c.c. **IL CASO.it**

Il Fallimento ha provato i presupposti della revocatoria ex art. 2901 c.c., infatti: 1) gli esercizi chiusi al 31.12.2004 ed al 31.12.2004 (v. i docc. n. 8 e n. 9 del Fall., e la relazione ex art. 33 l.f., doc. 7) evidenziavano altri debiti chirografari pregressi verso i fornitori, per circa tre milioni di euro, incapienti a causa dell'operazione per cui è causa (come il credito di Os.Ma. srl, di € 712.189,30, ammesso al passivo, v. doc. 5 del Fall.), a fronte di perdite dell'impresa per € 961.670,44 nel 2003 e per € 531.516,34 nel 2004; 2) si trattava dell'unico immobile del fallito, peraltro in comproprietà con il fratello; 3) vi era iscritta un'altra ipoteca; 4) il fallito era a conoscenza di questa situazione, essendo il titolare dell'azienda; 5) la Banca doveva essere a conoscenza di questa stessa situazione, avendo

erogato credito per anni alla ditta ed avendo chiesto ed ottenuto l'ipoteca proprio sulla base delle vicende finanziarie pregresse e dell'andamento del c/c, posto che l'accensione di ipoteca implica anche un'istruttoria da cui emergono i fatti contabili rilevanti del finanziato.

L'eccezione di revocatoria ordinaria della garanzia deve pertanto essere accolta.

La fondatezza dell'eccezione riconvenzionale di revocatoria comporta il rigetto dell'opposizione, così confermandosi l'ammissione in chirografo.

Le spese seguono, per legge, la soccombenza.

P. Q. M.

Il Tribunale, in composizione collegiale,
definitivamente pronunciando;

ogni contraria ed altra istanza rigettata;

rigetta l'opposizione allo stato passivo del Fallimento R. [REDACTED] M. [REDACTED] P. [REDACTED] W. B. [REDACTED] di P. [REDACTED] A. [REDACTED] proposta da X. Banca s.c.p.a. (ora X. Banca H. [REDACTED] s.c.p.a.) con ricorso depositato il 20 luglio 2006;

condanna X. Banca s.c.p.a. (ora X. Banca H██████████ s.c.p.a.) al pagamento delle spese processuali in favore del Fallimento R██████████ M██████████ P██████████ W██████████ B██████████ di P██████████ A██████████, che liquida in complessivi € 23.986,56, di cui € 16,00 per anticipazioni, € 115,50 per spese in senso stretto, € 2.650,56,00 per spese generali, € 4.704,50 per diritti ed € 16.500,00 per onorari, oltre cpa (4%) ed iva (20%).

Così deciso in Camera di consiglio il giorno 29.7.2010.

Il Giudice est.

Il Presidente.