



IL TRIBUNALE DI PISTOIA

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Seef 601/09
Cauel 5302
R. Gen. 177/04
Rep 2503/09

riunito in camera di consiglio e così composto:
dott. **Giuseppe De Marzo** Presidente
dott. **Alessandro Ghelardini** Giudice
dott. **Patrizia Martucci** Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa opposizione allo stato passivo iscritta al n° 177/2004, posta in decisione, ai sensi dell'art. 190 c.p.c., all'udienza del 4/3/2009

promossa da:

TIZIA S.P.A. in persona del Presidente,
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.
o e dall'avv. I, come da procura alle liti in atti e
elettivamente domiciliata, in Pistoia

ATTORE

contro:

Curatela del fallimento **CAIO S.A.S.** di (**CAIO X e Y**) nonché
dei soci illimitatamente responsabili **CAIO X** e **CAIO Y** in
persona del curatore dr. **SEMPRONIO**, rappresentato e difeso dall'avv.
ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in
Pistoia via

CONVENUTO

AVENTE AD OGGETTO

Ammissione allo stato passivo del fallimento **CAIO** s.a.s. di (**CAIO**)
X e Y nonché dei soci illimitatamente responsabili (**CAIO**)
X e CAIO Y

CONCLUSIONI

I procuratori hanno concluso come in atti

1
COPIA TRASMESSA AI SOLI FINI DELLA
COMUNICAZIONE EX ART. 133 C.P.C.

CONTRIBUTO UNIFICATO
ASSOLTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in opposizione ex art. 98 L.F., notificato il 14/01/2004, la
 (**TIZIA S.P.A.**) rappresentava di avere
 depositato istanza di ammissione al passivo del fallimento (**CAIO** s.a.s. di
 (**CAIO X** io e **Y**) nonché dei soci illimitatamente responsabili
 (**CAIO X**) e (**CAIO Y**) massa socio (**CAIO X**), per un
 credito pari ad € 363083,98, in via privilegiata ipotecaria, credito nascente
 da contratto di mutuo stipulato dal fallito (**CAIO X**), assistito da
 ipoteca volontaria iscritta alla **CC.RR. II**, di Pistoia in data 8/8/2002.

In sede di verifica dello stato passivo, peraltro, il credito non veniva
 ammesso per mancata prova dell'erogazione del mutuo.

Si doleva il ricorrente osservando come tale prova fosse stata data e non
 solo con gli estratti conto che avrebbero dovuto essere già in possesso del
 curatore e prima ancora del fallito ma anche con l'ulteriore documentazione
 prodotta proprio in sede di opposizione ed in particolare con la
 comunicazione dell'ufficio mutui alla filiale di Masotti contenente il nulla
 osta all'erogazione della somma; con le due contabili di accredito sul c/c
 del (**CAIO X**); con l'estratto del conto corrente dal quale le due
 predette operazioni risulterebbero effettuate.

Si costituiva la curatela del fallimento **CAIO** rilevando, preliminarmente,
 come il mutuo erogato dalla banca al fallito fosse stato concesso in
 violazione del disposto dell'art. 38 D.lgvo 385/1993 con riferimento, in
 particolare, all'importo massimo finanziabile, che, nel caso specifico,
 sarebbe stato superiore all'80% del valore dell'immobile offerto in
 garanzia; con l'ulteriore conseguenza che sarebbe da ritenersi escluso il
 beneficio di cui all'art. 67 u.c. L.F. e il contratto sarebbe inopponibile al
 fallimento.

Osservava, altresì, la curatela come nei giorni immediatamente successivi
 all'erogazione del mutuo le somme fossero state accreditate a favore di
 terzi, a parziale o totale estinzione di un preesistente debito personale o per
 garanzia fidejussoria. Tale circostanza avrebbe determinato l'inefficacia del
 contratto, per artificio simulatorio, ex art. 67 co. 1° e 2° L.F.

E comunque, in ulteriore subordine, la convenuta riteneva applicabile il
 disposto dell'art. 64 L.F..

La causa veniva istruita mediante audizione del teste **MARCO**, nonché
 consulenza tecnica avente ad oggetto il valore del bene immobile di cui alla
 costituzione dell'ipoteca ed infine l'ordine di esibizione alla **C**
TIZIA S.P.A. degli ordini di disposizione delle somme
 erogate con il contratto di mutuo.

COPIA TRASMESSA AI SOLI FINI DELLA
 COMUNICAZIONE EX ART. 133 C.P.C.

Quindi all'udienza del 4 marzo 2009 la causa veniva discussa e trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda dell'attore è parzialmente fondata e in questo senso deve essere accolta.

L'istruttoria condotta in corso di causa ha consentito di accertare come il fallito avesse stipulato, unitamente alla moglie, in data 1/8/2002, un contratto di mutuo ipotecario con la (CAIO s.p.a. - **FIZIA**) s.p.a..

A garanzia del pieno adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto medesimo i due contraenti avevano costituito ipoteca di primo grado a favore della banca mutuante.

In corso di causa è stato, altresì, accertato, da un lato che le somme mutate erano state effettivamente erogate, come risultato dalle due contabili di accredito sul c/c del (CAIO X) e dall'estratto del conto corrente sul quale sono risultate registrate le due operazioni e dall'altro che, come evidenziato dai documenti esibiti dalla banca opponente, il giorno successivo all'erogazione le somme erano state utilizzate per effettuare un bonifico a favore di altra società, la (CAIO s.r.l., di cui il (CAIO X) risultava garante.

Così delineata la fattispecie concreta, ritiene il collegio che la stessa sia riconducibile a quella prevista e disciplinata dall'art. 67 co. 2° L.F., nel testo ante riforma: il fallito, infatti, ha inteso costituire un diritto di prelazione (l'ipoteca appunto) per un debito contestualmente creato e nascente dal contratto di mutuo stipulato con la banca mutuante e proprio tale diritto di prelazione è da ritenersi revocabile.

In merito sono due i profili che si devono valutare.

Innanzitutto, la natura del contratto e, conseguentemente, dell'ipoteca, concluso dalle parti.

Infatti, la consulenza tecnica, condotta in corso di causa, ha accertato che il valore dell'immobile offerto in garanzia era pari ad € 272.000.00, con la conseguenza immediata che, avendo il fallito ottenuto un mutuo per € 343512,00, tale importo è risultato superiore a quello dell'80% del valore del bene di cui alla delibera C.I.C.R. del 22/4/1995.

Primario e immediato effetto di tale conclusione è la mancanza per il mutuo concesso dei caratteri del mutuo fondiario e la conseguente non applicabilità della disciplina derogatoria dettata dall'art. 67 u.c. L.F.

Né appare fondata, in merito, l'eccezione formulata dalla ricorrente in ordine alla mancata proposizione da parte della curatela della domanda

COPIA TRASMESSA AI SOLI FINI DELLA COMUNICAZIONE EX ART. 133 C.P.C.

specifica di revoca: infatti, proprio nell'atto di costituzione la convenuta ha invocato l'applicazione dell'art. 67 u.c. L.F., indicando il mutuo e conseguentemente l'ipoteca come atti revocabili perché non soggetti al beneficio previsto dal medesimo articolo a favore del credito fondiario. Inoltre, come già ritenuto dalla Suprema Corte proprio con riferimento all'azione revocatoria, nella fase di verifica dei crediti, non è necessario, per escludere il credito, che venga formalmente proposta dal curatore tale azione e, conseguentemente, nell'ambito del giudizio di opposizione, che la stessa venga riproposta in via riconvenzionale (Cass. Sez. I n. 11029/02). Quanto al secondo profilo, quello della conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca mutuataria, di questo è stata offerta prova nel corso dell'istruttoria.

Infatti, durante l'audizione del teste *MANCO* ex ragioniere della fallita, è emerso che questi aveva assistito a una conversazione tra il *CAIO X*, il direttore della banca e il legale di questa e che i tre avevano concordato la stipula del mutuo, per cui è causa, al fine di coprire posizioni debitorie della *CAIO* s.r.l. nonché la necessità di azionare il consolidamento dell'ipoteca ai fini di garantire la banca, anche in vista di un possibile fallimento e di eventuali azioni revocatorie.

Tale episodio, valutato anche alla luce della circostanza che il mutuo era stato stipulato solo sei mesi prima del fallimento della *CAIO* s.a.s., costituiscono elementi sufficienti per ritenere dimostrata la scientia decoctionis in capo alla banca.

A nulla rilevando la frase pronunciata spontaneamente, al termine della sua audizione, dal testimone (in ordine al fatto che l'episodio riferito non significasse che la banca fosse a conoscenza della crisi dell'impresa) trattandosi di un mero giudizio dallo stesso espresso e comunque smentito dal contenuto stesso della conversazione appena prima riferita.

Tutto ciò premesso non appare condivisibile l'ulteriore ricostruzione della fattispecie eccepita dalla curatela convenuta in relazione alla quale le parti avrebbero posto in essere, con la stipula del contratto di mutuo, un artificio simulatorio, per cui mancherebbe ogni operazione di mutuo attuale, non essendo l'erogazione, operata dalla banca, destinata a creare una effettiva disponibilità nel mutuatario ma ad estinguere un debito preesistente.

Tale assunto, infatti, non trova riscontro nella fattispecie concreta mancando il presupposto della simulazione oggettiva.

Come noto, infatti, si verte in materia di simulazione quando le parti stipulano un contratto con l'intesa che esso non corrisponda alla realtà del loro rapporto.

In altri termini l'intesa tra i simulanti è diretta a porre in essere un contrasto tra ciò che è e ciò che appare.

COPIA TRASMESSA AI SOLI FINI DELLA
COMUNICAZIONE EX ART. 183 C.P.E.



La simulazione è, quindi, essenzialmente caratterizzata dall'accordo simulatorio, cioè dalla reciproca, celata intesa, delle parti sulla divergenza tra il contratto stipulato e il loro effettivo rapporto.

Nella fattispecie per cui è processo, invece, il mutuo concesso al CAIO è stato destinato ad un reale finanziamento del fallito, come dimostrato dall'erogazione delle somme, di cui alla produzione documentale offerta dalla ricorrente. Non si è trattato, quindi, di una partita di giro meramente contabile: le parti hanno voluto realmente la stipula di quel contratto che ha avuto la sua esecuzione, pur nei limiti più sopra precisati. Di qui la piena efficacia del negozio.

Conclusivamente, pertanto, la ricorrente TIZIA S.P.A. dovrà essere ammessa al passivo fallimentare in chirografo per € 363083,98.

Per ciò che riguarda le spese di lite, ivi comprese quelle relative alla CTU, in relazione al parziale accoglimento della domanda, devono ritenersi compensate tra le parti per la metà.

Per la restante parte sono poste a carico della curatela, parzialmente soccombente e liquidate in € 3000,00 per diritti, € 7000,00 per onorari oltre spese, rimborso forfettario, Iva e Cpa come per legge oltre 796,69 per onorari CtU e € 75 per relative spese.

P.Q.M.

Il Tribunale di Pistoia, definitivamente pronunciando, nel giudizio di opposizione allo stato passivo promosso da C TIZIA S.P.A. in persona del Presidente, legale rappresentante pro tempore ogni diversa istanza, eccezione o deduzione disattesa, in parziale accoglimento del ricorso, ammette la ricorrente al passivo del fallimento per € 363083,98 in chirografo.

Manda al curatore per le annotazioni allo stato passivo.

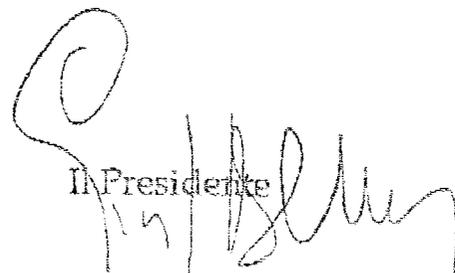
Compensa per la metà le spese di lite tra le parti. Condanna la curatela al pagamento per la restante parte pari a € 10871,69.

Così deciso in Pistoia, il 6 luglio 2009

Il Giudice relatore



Il Presidente



Depositata nella cancelleria del Tribunale di Pistoia

oggi 7 AGO. 2009 e pubblicata a norma

dell'art. 133 C.P.C.

5

IL CANCELLIERE C.
Dot. ssa Marina CECCHIA

COPIA TRASMESSA AI SOLI FINI DELLA
COMUNICAZIONE EX ART. 133 C.P.C.