

L'opposizione è fondata e, pertanto, va accolta nei limiti di cui in prosieguo.

In primo luogo il Collegio non può che aderire alla tesi sostenuta da parte opposta, denunciante la non opponibilità del decreto ingiuntivo al fallimento, essendo, lo stesso, non divenuto definitivo prima della sentenza di fallimento, Orbene, nel caso di specie, il fallimento è intervenuto successivamente alla proposizione del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, ad opera della odierna fallita, ed ancora *sub iudice*, con la conseguenza che l'esecutività, da intendersi quale definitiva e non solamente provvisoria ex art 642 c.p.c. l'unica, peraltro, a poter essere equiparata, ai sensi dell'art. 95 L.Fall. ad una sentenza passata in giudicato, non fosse ancora intervenuta alla data del fallimento.

Ne consegue, anche in questa sede, la non opponibilità del decreto ingiuntivo alla procedura, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui *"Nell'ipotesi di dichiarazione di fallimento intervenuta nelle more del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo proposto dal debitore ingiunto poi fallito, il creditore opposto deve partecipare al concorso con gli altri creditori previa domanda di ammissione al passivo, attesa la inopponibilità, al fallimento, di un decreto non ancora definitivo e, pertanto, privo della indispensabile natura di sentenza impugnabile, esplicitamente richiesta dall'art.95, comma terzo, legge fallimentare, norma di carattere eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica. Conseguentemente la domanda formulata in sede di cognizione ordinaria, se proposta prima dell'inizio della procedura concorsuale, diventa improcedibile, e tale improcedibilità è rilevabile d'ufficio, anche nel giudizio di cassazione, derivando da norme inderogabilmente dettate a tutela del principio della par condicio creditorum"* (cfr. Cass. Sez. I, Sentenza n. 21565 del 13/08/2008).

Tuttavia, il Collegio ritiene di poter accogliere l'opposizione in forza dell'ulteriore documentazione versata in atti, potendo la presenza del contratto di conto corrente, degli estratti conto relativi a tutto il rapporto, nonché dell'estratto notarile prodotto in sede odierna, far ritenere raggiunta la prova del credito, essendo qualificabile, la documentazione suddetta, come connotata da data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento. È, infatti, oramai principio indiscusso, nella giurisprudenza della Suprema Corte che, in sede di formazione dello stato passivo del fallimento, il curatore agisce in qualità di terzo sia rispetto ai creditori del fallito che richiedono l'insinuazione al passivo sia rispetto allo stesso fallito; sicché, in applicazione dell'art. 2704 c.c., è necessaria la certezza della data nelle scritture allegate come prova della pretesa fatta valere nei confronti del fallimento (Cass. 9539/2000, Cass. 5920/1996), L'art. 2704 c.c., tuttavia, non contiene un'elencazione tassativa dei fatti in base ai quali la data di una scrittura privata non autenticata deve ritenersi certa rispetto ai terzi e lascia al giudice del merito la valutazione, caso per caso, della sussistenza di un fatto, diverso dalla registrazione, idoneo secondo l'allegazione della parte, a dimostrare la data certa (Cass. 1760/1963). La giurisprudenza, se esclude l'ammissibilità della prova per testi o per presunzioni direttamente vertente sulla data (Cass. 3742/ 1986), ammette che la prova per testimoni o per presunzioni possa avere per oggetto i fatti

idonei a stabilire in modo certo l'anteriorità della formazione del documento (Cass. 4945/1985; Cass. 13813/2001).

Sulla scorta di tale assunto, nel caso di specie l'anteposizione del credito alla declaratoria di fallimento può essere desunta dalla proposizione del procedimento monitorio e contestuale ottenimento del decreto ingiuntivo n.389/09. Lo stesso, è stato, infatti, emesso in data 3.7.2009, ovvero prima della declaratoria di fallimento, ed in seguito alla proposizione di un ricorso nel cui *corpus* si fa espresso riferimento al c/c n. 9268,46, intercorrente tra l'allora ricorrente e l'odierna opposta, dal 2001 al 2009, ovvero al medesimo rapporto bancario su cui si fonda l'insinuazione al passivo e l'attuale gravame per cui è decreto.

Ovviamente il credito verrà ammesso al chirografo e ciò per i motivi che brevemente si vanno ad illustrare.

Il privilegio invocato dall'opponente trae la sua origine dall'ipoteca iscritta dalla stessa in virtù del decreto ingiuntivo n.389/09. Orbene, essendo, lo stesso, inopponibile al fallimento, è chiaro che la medesima sorte seguirà anche la prelazione da esso derivante, con conseguente spazio solo al chirografo per il credito oggi ammesso.

Infine, ma solo *ad adiuvandum* rispetto alle determinazioni esplicande, è la considerazione della lettera del 09.11.07, con cui la L.M. s.r.l. ancora *in bonis*, annunciava una volontà ripristinatoria della propria esposizione debitoria nei confronti della destinataria della missiva, Banca sorta in forza, tra l'altro del medesimo contratto di c/c n. 9268,46. ed ammontante ad Euro 408.645,44.

In conclusione, l'istante va ammessa al passivo, tra i creditori chirografari, per € 541.280,53.

Atteso che solo all'esito della presente opposizione l'istante ha dato prova del proprio credito, ammesso del resto con rango diverso da quello richiesto, si ritiene sussistano giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, VII sezione civile, definitivamente pronunciando sull'opposizione al passivo del **Fallimento S.r.l.**, in persona del curatore *p.t.*, proposta da **BANCA**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, con ricorso depositato il 13.06.2013, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede;

1. in parziale riforma del provvedimento impugnato ammette, in chirografo, la Banca Alfa per la somma di euro 541.280,53;
2. Compensa integralmente le spese di lite.

Così deciso nella camera di consiglio della VII sezione civile del Tribunale di Napoli, li 8.18.2013

Il Giudice est.
Dott.ssa Ilaria Grimaldi

Il Presidente
Dott. Lucio Di Nosse

Il presente provvedimento é stato redatto con la collaborazione della Dott.ssa Valeria Maisto, Magistrato Ordinario in tirocinio.

EX PARTE CREDITORIS.IT