

Civile Ord. Sez. 1 Num. 36602 Anno 2022

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: FALABELLA MASSIMO

Data pubblicazione: 14/12/2022



### **ORDINANZA**

sul ricorso RG 11321 anno 2015 proposto da:

**Fallimento ADQ s.p.a.**, rappresentato e difeso dall'avvocato  
Sebastiano Papandrea;

***ricorrente***

***contro***

**Banca Monte di Paschi di Siena s.p.a.**, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Maurizio Parisi, domiciliata presso l'avvocato Massimo  
Frontoni;

***controricorrente***

avverso il decreto del Tribunale di Catania deliberato il giorno 19  
febbraio 2015.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non

partecipata del 20 ottobre 2022 dal Consigliere Relatore dott. Massimo Falabella.

### **RILEVATO CHE**

1. — Banca Monte dei Paschi di Siena ha chiesto l'ammissione al passivo del Fallimento di ADQ s.p.a. di due crediti, pretesi l'uno a titolo di scoperto del conto corrente n. 1152, ammontante ad euro 236.556,04, e l'altro a titolo di rimborso del finanziamento chirografario n. 48898,03 erogato alla società poi fallita, pari ad euro 188.091,32 oltre interessi.

Il Giudice delegato ha respinto la domanda per la mancanza dei contratti, l'assenza degli estratti conto e il difetto di prova dell'erogazione del finanziamento.

In sede di opposizione il Tribunale di Catania ha dato atto della produzione dei due contratti, degli estratti conto relativi al periodo tra il 31 gennaio 2007 e il 31 dicembre 2009 e dell'ordine di erogazione del finanziamento. Il giudice del merito ha quindi recepito le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio espletata nel corso del giudizio di opposizione e ha conseguentemente disposto l'ammissione della banca opponente al passivo del fallimento per la complessiva somma di euro 396.610,41, in chirografo. Ha precisato che, in assenza di data certa, non potevano trovare alcuna applicazione le clausole contrattuali, onde sul punto l'impugnazione di Banca Monte dei Paschi di Siena andava respinta. Infine ha compensato per l'intero le spese di lite valorizzando tre circostanze: la documentazione atta a fondare la domanda di insinuazione risultava essere stata prodotta solo in sede di opposizione; era mancata la documentazione del piano di ammortamento (evenienza, questa che aveva imposto l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio); l'eccezione ex art. 2704 c.c. proposta dalla curatela era risultata fondata.

2. — Avverso la pronuncia del Tribunale di Catania, resa il 3

marzo 2015, ricorre per cassazione, con cinque motivi, il fallimento ADQ. Resiste con controricorso Banca Monte dei Paschi di Siena.

### **CONSIDERATO CHE**

1. — Il primo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 93, 98, 99 e 101 l. fall. Il Fallimento deduce che a corredo del ricorso in opposizione non era stato depositato il fascicolo relativo alla fase di verifica innanzi al Giudice delegato, prodotto in giudizio dalla banca solo tardivamente, in allegato alla memoria di replica alla comparsa conclusionale, e che pertanto la ctu sarebbe stata disposta su documentazione non acquisita regolarmente agli atti.

Il motivo deve essere respinto.

Stante la natura processuale del vizio denunciato si impone la verifica della veridicità delle deduzioni del ricorrente alla stregua degli atti di causa contenuti nel fascicolo di parte: e tale verifica consente anzitutto di affermare che nel costituirsi in giudizio, in data 31 maggio 2011, la banca ebbe a produrre, tra l'altro, la copia dei due contratti (di conto corrente e di finanziamento), la copia degli estratti conto e la copia dell'ordine di erogazione della somma mutuata. Il dato è documentato dall'annotazione, presente sul fascicolo depositato dalla banca in sede di opposizione, recante in calce la sottoscrizione del cancelliere. E' da rammentare, qui, che, nel processo civile, l'accettazione da parte del cancelliere degli atti e documenti depositati dalla parte che si costituisce, tramite l'apposizione del timbro di cancelleria in calce all'indice del fascicolo, ai sensi dell'art. 74, quarto comma, disp. att. c.p.c., senza l'annotazione di alcun rilievo formale, fa presumere la regolare produzione degli stessi (Cass. 18 giugno 2015, n. 1267; cfr. pure: Cass. 5 maggio 2011, n. 9921; Cass. 19 maggio 2006, n. 11782). Il ricorso era quindi corredato di precisi elementi documentali.

Il ricorrente lamenta la tardiva produzione di altri scritti: e tuttavia non chiarisce se la banca avesse fondato la sua pretesa (anche)

su questi ultimi, né precisa se l'accertamento condotto dal consulente tecnico investisse anche i medesimi. In tal modo, l'istante si mostra incapace di dar conto della decisività della propria censura.

2. — Il secondo mezzo oppone la violazione degli artt. 116 c.p.c., 2702 e 2704 c.c.; è censurata l'erronea valutazione dei mezzi di prova e l'utilizzazione, ai fini della decisione, di documenti privi di data certa anteriore al fallimento. Viene osservato che lo stesso Tribunale di Catania, pur riconoscendo la carenza di data certa anteriore al fallimento della documentazione prodotta, non avrebbe da ciò tratto le debite conseguenze. Ci si duole, inoltre, della contraddittorietà del provvedimento impugnato con cui, da un lato, è stata accolta, seppur parzialmente, l'opposizione allo stato passivo e, dall'altro, affermata l'impossibilità per l'opponente di invocare l'applicazione delle clausole contrattuali, non avendo la stessa «*fornito elementi da cui evincere la data certa* [dei contratti: n.d.r.. ] ». Si rileva, infine, che il decreto non lascerebbe comprendere «a quali clausole contrattuali possa aver fatto riferimento il Tribunale, anche in ragione del fatto che i contratti sui cui si fondava la domanda di ammissione erano due, e segnatamente quello relativo al finanziamento chirografario e quello di accensione del conto corrente bancario».

3 - Col terzo motivo si deduce la violazione degli artt. 61, 62, 191 e 194 c.p.c.. Il decreto impugnato è censurato per il carattere sostanzialmente esplorativo della consulenza tecnica disposta, la quale aveva finito per ovviare alla mancata produzione del piano di ammortamento da parte dell'opponente e, quindi, per supplire a una carenza probatoria della parte che aveva agito in giudizio.

4- Col quarto mezzo si denuncia la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Si deduce che il decreto impugnato risulterebbe viziato nella parte in cui ha ammesso interessi per un importo maggiore di quello richiesto dalla banca e nella parte in cui li ha riconosciuti al tasso convenzionale- peraltro mai invocato dalla

creditrice - nonostante l'affermata inopponibilità delle clausole contrattuali.

5- Il quinto motivo censura il provvedimento impugnato con riferimento la statuizione di compensazione delle spese di lite. Si sostiene, in sintesi, che dette spese avrebbero dovuto essere poste a carico integrale della banca che, avendo prodotto tardivamente la documentazione giustificativa del credito, avrebbe dato causa al giudizio di opposizione.

6. — Il secondo motivo è fondato nei termini che si vengono a indicare; ciò determina l'assorbimento dei restanti mezzi di censura.

Il requisito della data certa è riferito all'efficacia che può avere una scrittura privata nei confronti dei soggetti terzi che non ne siano sottoscrittori, e quindi all'attitudine del documento a produrre effetti in capo a detti soggetti: l'art. 2704 c.c., a mente del quale la data della scrittura non è, di regola, certa e computabile riguardo ai terzi, disciplina, in altri termini, il tema dell'opponibilità di detta scrittura. In tal senso, l'inopponibilità di cui all'art. 2704 c.c. non riguarda il negozio, ma la data della scrittura e non attiene all'efficacia dell'atto, ma alla prova di esso che si intende dare a mezzo del documento; il negozio e la sua stipulazione in data anteriore al fallimento possono conseguentemente essere oggetto di prova, prescindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento, salve, però, le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso (Cass. 5 febbraio 2016, n. 2319; Cass. 25 febbraio 2011, n. 4705; si tratta di principi consolidati nella giurisprudenza della Corte: si vedano, in tema, i risalenti arresti di Cass. 28 giugno 1979, n. 3626 e Cass. 12 luglio 1965, n. 1465).

Se, dunque, il contratto è soggetto alla forma scritta *ad substantiam*, lo stesso deve essere documentato da uno scritto munito di data certa anteriore all'apertura della procedura concorsuale (per tutte: Cass. 1 marzo 1973, n. 564 e Cass. 26 aprile 1968, n. 1268). Non

è possibile, invece, fornire riscontro del contratto, quale fatto costitutivo del credito che si intende insinuare al passivo del fallimento, con altri mezzi di prova, come, in ipotesi, la prova testimoniale o la prova per presunzioni, giacché il regime formale dell'atto — che osta, del resto, all'ammissione delle prove suddette, giusta gli artt. 2725 e 2729, comma 2, c.c. — impedisce che il negozio privo della forma prescritta possa essere fatto valere come fonte di diritti, e possa esserlo, in particolare, nei confronti della procedura concorsuale. Risulta coerente con tale ordine di considerazioni l'affermazione di questa Corte per cui l'insinuazione al passivo di una procedura di amministrazione straordinaria di un credito fondato su di un contratto di conto corrente bancario, per la validità del quale è prevista la forma scritta *ad substantiam*, postula l'accertamento dell'antiorità della data di quest'ultimo, ex art. 2704, comma 1, c.c., rispetto alla sentenza dichiarativa dell'insolvenza, in ragione della terzietà dell'organo gestore della procedura verso i creditori concorsuali ed il debitore, senza che la banca possa avvalersi, a fini probatori del credito invocato, degli estratti del conto stesso (così Cass. 12 agosto 2016, n. 17080).

In assenza della condizione consistente nell'acquisizione al giudizio del documento, avente data certa anteriore al fallimento, che incorpora il contratto soggetto alla forma scritta (e tale è il contratto bancario, giusta l'art. 117, comma 1, t.u.b.), non vi è modo di affermare che vi sia prova della sussistenza della fonte negoziale sulla quale si fonda la pretesa creditoria. Non merita allora condivisione l'affermazione (cfr. Cass. 12 aprile 2018, n. 9074, seguita da Cass. 23 ottobre 2019, n. 27203) per cui la detta evenienza non esclude che possa risultare provata la corresponsione di una o più somme da parte del creditore e, quindi, sia la ricorrenza di un suo corrispondente credito da restituzione in linea capitale, sia la stessa natura contrattuale del credito. Se, infatti, il titolo contrattuale è inopponibile al fallimento, esso non può essere fatto valere, nei confronti della procedura, quale fonte

di alcuna attribuzione patrimoniale, riguardi essa gli interessi o il capitale. Il fatto costitutivo della pretesa del creditore insinuato dovrà ricercarsi altrove: in altro contratto la cui documentazione sia opponibile al fallimento o in un titolo di diversa natura, come, in via di mera ipotesi, il pagamento dell'indebitato o l'arricchimento senza causa.

La pronuncia impugnata è dunque errata per aver ritenuto inopponibili al fallimento le sole (e non meglio indicate) "clausole contrattuali", laddove, a monte, l'assenza della condizione di cui all'art. 2704 c.c. precludeva, per quanto detto, che la banca potesse invocare, nei confronti della procedura alcuna voce di credito basata sui titoli negoziali.

7. — In conclusione, il decreto è cassato nei termini sopra indicati, con rinvio della causa al Tribunale di Catania, che giudicherà in diversa composizione, anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Il Tribunale dovrà fare applicazione del seguente principio di diritto: «L'inopponibilità di cui all'art. 2704 c.c., che non riguarda il negozio, ma la data della scrittura e che non attiene all'efficacia dell'atto, ma alla prova di esso che si intende dare a mezzo del documento, implica che il negozio e la sua stipulazione in data anteriore al fallimento possono essere oggetto di prova, prescindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento, salve le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso; in conseguenza, ove il contratto sia soggetto alla forma scritta ad *substantiam*, l'assenza di data certa della scrittura privata che documenta il contratto implica che il creditore non possa far valere nei confronti del fallimento alcun diritto di credito che si fondi sul detto titolo negoziale».

### **P.Q.M.**

La Corte

dichiara infondato il primo motivo, accoglie il secondo e dichiara assorbiti gli altri; cassa il decreto impugnato in relazione al motivo

accolto e rinvia la causa al Tribunale di Catania, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 1<sup>a</sup> Sezione