

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI PAVIA
SEZIONE PRIMA**

Il Tribunale, nella seguente composizione collegiale

ANDREA BALBA Presidente relatore
FRANCESCA PAOLA CLARIS APPIANI Giudice
PAOLA FILIPPINI Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa civile di I Grado iscritta promossa da:

BANCA

opponente

contro

FALLIMENTO

opposto

Il Collegio, letti gli atti; sentita la relazione del presidente a seguito della discussione delle parti all'udienza del 7.10.14

OSSERVA

Con atto di opposizione allo stato passivo del FALLIMENTO, il ricorrente, premesso:
di aver depositato domanda di ammissione al passivo per € 147.690,59 al chirografo fondato su contratto di conto corrente 1028/77 del 3-1-2005 e su estratto conto certificato conforme alle scritture contabili del dirigente della banca;
di aver, quindi, provveduto, al deposito integrale degli estratti conto relativi al rapporto fin dalla sua apertura;
che il GD respingeva la domanda per assenza del contratto con data certa ed in quanto assenti ogni precisazione sulla composizione della somma richiesta;
che la mancanza di data certa, quale mero fatto impeditivo all'accoglimento della domanda, non impedisce di provare il credito con diversa ed idonea documentazione;
che, quindi, la mancanza di data certa non è motivo sufficiente per l'esclusione del credito;
che il contratto prodotto, unitamente agli estratti conto, costituiscono documentazione sufficiente a privare l'esistenza del rapporto in data antecedente al fallimento e consistenza del credito come richiesto;

che il credito azionato risulta anche correttamente indicato nel bilancio della fallita al 31.12.2011 sotto la voce debito vs banche;

concludeva per l'ammissione al chirografo dell'intera somma sopra indicata.

Decreto, Tribunale di Pavia, Pres. – Rel. Andrea Balba, 12.05.2015

Si costituiva il fallimento convenuto insistendo per il rigetto della domanda in quanto infondata. In particolare la curatela evidenziava che la mancanza di data certa avrebbe dovuto comportare il ricalcolo del mandato applicando capitalizzazione semplice e interessi al tasso legale.

Precisava, quindi, come la produzione della documentazione del solo conto corrente ma non del conto anticipi rendeva impossibile una corretta rideterminazione del credito.

Il ricorso in opposizione è fondata

La decisione non può prescindere dalla ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento:

- art. 53 L. Fall “I. Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito”.

- art. 2704 c.c. “I. La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi, se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'antiorità della formazione del documento. II. La data della scrittura privata che contiene dichiarazioni unilaterali non destinate a persona determinata può essere accertata con qualsiasi mezzo di prova. III. Per l'accertamento della data nelle quietanze il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualsiasi mezzo di prova”.

- art. 2710 c.c. “I. I libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa”.

Recentissimamente il Supremo Consesso (Cass. SS.UU n. 4213/2013) ha enucleato alcuni principi che costituiscono, ad oggi, punti fermi non superabili:

I. (sul 53 L.fall e sull'art. 2704 c.c.) Come considerazione preliminare rileva il Collegio che la valutazione in ordine all'applicabilità o meno del disposto dell'art. 2704 c.c. al curatore presuppone l'identificazione della sua qualità, di parte o di terzo, nel rapporto controverso ... ritiene il Collegio che ... la giurisprudenza di questa Corte, alla quale si intende dare seguito ... si è ormai costantemente attestata nel senso che, ai fini della delibazione della domanda di ammissione al passivo del fallimento proposta dal creditore, il curatore è da considerare terzo rispetto agli atti compiuti dal fallito (C. 12/13282, C. 12/9175, C. 12/2299, C. 09/22430) ... resta il fatto del tutto incontestabile che il curatore, il quale non è un successore del fallito, non ha preso parte al rapporto giuridico posto a base della pretesa creditoria fatta valere in sede di ammissione, ed è dunque da considerare terzo rispetto ad esso. Ne consegue pertanto che, in sede di verifica dei crediti, ai fini della determinazione della data di scritture private trova piena applicazione l'art. 2704 c.c., comma 1. 8. La conclusione che precede da quindi causa ad una seconda questione, vale a dire quella concernente l'individuazione delle modalità attraverso le quali il profilo relativo alla data certa di una scrittura privata può trovare ingresso nel processo ed essere oggetto di esame da parte del giudice delegato;

II. (sulla natura della data certa quale elemento impeditivo e non costitutivo della pretesa creditoria) ... ritiene il Collegio che non sia condivisibile l'orientamento secondo il quale l'elemento della data certa di una scrittura privata integrerebbe un fatto costitutivo del credito. Al riguardo occorre innanzitutto precisare che l'art. 2704 è inserito nel libro sesto (tutela dei diritti), titolo secondo (delle prove), capo secondo (della prova documentale), sezione seconda (della scrittura privata), e regola quindi l'efficacia dell'atto senza incidere in alcun modo sulla sua validità. Da tale rilievo (consistente cioè nel fatto che l'atto a sostegno della richiesta è valido, pur non essendo opponibile al terzo) discende pertanto che l'onere probatorio incombente su creditore istante in sede di ammissione può ritenersi soddisfatto ove prodotta documentazione idonea a dimostrare la

Decreto, Tribunale di Pavia, Pres. – Rel. Andrea Balba, 12.05.2015

fondatezza della pretesa formulata, mentre l'eventuale mancanza di data certa nella detta documentazione costituisce un semplice fatto impeditivo del riconoscimento del diritto fatto valere ... La configurazione della mancanza di data certa come fatto impeditivo dell'accoglimento della pretesa creditoria formulata pone poi l'ulteriore questione se la deduzione del detto fatto debba essere o meno oggetto di eccezione in senso stretto, che in quanto tale potrebbe essere sollevata soltanto dalla parte, nella specie identificabile nel curatore. Ad avviso del Collegio la detta questione va risolta in senso negativo. Al riguardo va osservato che questa Corte ha reiteratamente (e ormai costantemente) enunciato il principio, condiviso dal Collegio, secondo cui l'eccezione in senso stretto, che si sostanzia in un controdiritto contrapposto al fatto costitutivo invocato dall'attore e la cui rilevazione è subordinata alla espressa manifestazione di volontà della parte che vi abbia interesse, ha carattere eccezionale, essendo limitata alle ipotesi in cui la legge riserva la relativa iniziativa esclusivamente all'interessato (C. 09/24680, C. 07/14581, C. 05/15661, C. 01/226, C. 98/6272, C. 98/1099). Il silenzio normativo sul punto (la L. Fall., art. 95, comma 1, non attribuisce infatti al curatore alcun potere di esclusiva in merito) comporta pertanto che l'eccezione oggetto di esame non può essere annoverata fra quelle catalogate in senso stretto.

III. (sull'art. 2710 c.c.), "...questa Corte ha reiteratamente affrontato la questione relativa all'efficacia probatoria astrattamente attribuibile ai libri bollati, vidimati e regolarmente tenuti nei rapporti tra imprenditori (C. 11/26216, C. 01/1715, C. 96/3108, C. 95/740, C. 88/2878) e in quelli fatti valere da un imprenditore nei confronti del curatore dell'intervenuto fallimento (C. 11/10081, C. 06/1543, C. 05/5582, C. 03/17543, C. 99/352, C. 97/4729). Focalizzando l'attenzione sul secondo aspetto... si rileva che le richiamate decisioni, conformi nel loro contenuto, hanno escluso l'applicabilità del disposto dell'art. 2710 al curatore fallimentare, salvo che egli non fosse subentrato nella posizione sostanziale e processuale del fallito ... Più precisamente la detta esclusione risulta incentrata sul condivisibile rilievo che il regime probatorio delineato dal citato art. 2710 opera soltanto fra imprenditori, in relazione a rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa. Il curatore certamente non è un imprenditore e dunque, una volta escluso che la sua posizione sia quella successoria in un rapporto già facente capo al fallito, essendo viceversa a lui attribuibile esclusivamente la funzione di semplice gestore del patrimonio di quest'ultimo, ne deriva automaticamente l'inapplicabilità nei suoi confronti della disciplina probatoria ..."

Tutto ciò premesso, un'ultima riflessione generale si impone.

Se il rapporto giuridico azionato dal creditore non è di durata, all'inopponibilità dell'atto consegue anche l'inopponibilità del rapporto. Il creditore, quindi, non può pretendere che il credito azionato sia ammesso al passivo in quanto dichiarare inopponibile l'atto (contratto) equivale a dichiarare inopponibile il rapporto.

Differentemente se il rapporto giuridico azionato è di durata (come nel caso dei contratti bancari). In questo caso non potranno essere ammessi al passivo quei crediti derivanti da pattuizioni contenute nell'atto priva di data certa (interessi ultralogali, spese varie ecc.). Ma il rapporto, se sussistente ed adeguatamente provato con ogni altro mezzo legalmente previsto, non può essere di per sé disconosciuto.

Resta salva l'ipotesi in cui la determinazione del credito azionato, al netto della parte non dovuta, non sia assolutamente possibile. In questo caso si impone l'esclusione per mancata dimostrazione dell'ammontare del credito azionato (mancata ricostruzione del credito da parte dell'istante a fronte dell'eccezione sollevate dalla curatela).

In ogni altro caso restituzione del capitale e gli interessi legali sono sempre dovuti. Occorre, a questo punto, solo delineare in che modo l'opponente può fornire la prova dell'anteriorità della scrittura alla data del fallimento. L'art. 2704, come detto, oltre a specifiche ipotesi esemplificative di elementi certi individua, con clausola generale, la possibilità di prova, con ogni mezzo, dell'anteriorità del contratto dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento.

Decreto, Tribunale di Pavia, Pres. – Rel. Andrea Balba, 12.05.2015

Tale prova (che si ribadisce non riguarda il contratto o alcuno dei suoi elementi essenziali ma il fatto della sua anteriorità alla dichiarazione di fallimento) dovrà essere data essenzialmente per iscritto (stante anche la natura prettamente documentale della verifica dei crediti) ma non può escludersi a priori una prova testimoniale o per presunzione purché ricadente su fatto che incontrovertibilmente provi l'anteriorità della formazione dell'atto al fallimento (con la sola esclusione, quindi, della prova testimoniale diretta sulla data dell'atto).

Alla prova dell'anteriorità dell'atto, quindi, non può traslarsi tout court il regime probatorio tipico del contratto della cui prova si discute..

Il chiaro ed insuperabile disposto dell'art. 2704 c.c. esclude che possa accedersi alla tesi, sostenuta (anche solo implicitamente) nel provvedimento impugnato, che la data può considerarsi certa unicamente nel caso in cui il documento contrattuale sia dotato ex se di data certa. In primo luogo la suddetta interpretazione è in contrasto con il tenore letterale della norma.

In secondo luogo trasformerebbe la data certa da requisito di opponibilità della scrittura in elemento costitutivo del contratto assolutamente non previsto da alcuna disposizione di legge (salvo casi eccezionali ad es. testamento olografo).

Sarà sufficiente, quindi, un qualunque documento scritto non di provenienza del creditore opponente da cui in modo incontrovertibile poter evincere la certezza dell'anteriorità del contratto rispetto al fallimento o come sopra detto elementi presuntivi o prove testimoniali che in modo rigoroso permettano il raggiungimento della suddetta prova.

Provata l'anteriorità il contratto sarà opponibile alla massa dei creditori nella sua interezza.

Ad colorandum occorre osservare come il Giudice, anche quando rileva ufficiosamente l'assenza di data certa non può limitarsi a formulare motivazioni generiche o apodittiche ma, specificate quali sono le scritture contabili fornite deve chiarire, in relazione ad esse, le ragioni per cui non siano attribuibili ad esse data certa. Sul punto deve permettere interlocuzione del creditore istante ex 111 Cost (nonché 183 e 101, comma 2 c.p.c. "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione". Quest'ultima disposizione certamente applicabile anche al giudizio di opposizione allo stato passivo).

Da ultimo (sempre sulle modalità di gestione rapporti tra le parti creditore-curatore) occorre precisare come il Curatore prima, ed il GD successivamente, qualora eccepiscano il difetto di data certa non contestando la sussistenza del rapporto non potranno limitarsi alla reiezione della domanda ma dovranno richiedere al creditore istante di rideterminare il credito azionato alla luce dei rigorosi principi probatori del processo civile.

Occorrerà, quindi, che l'istante produca estratto conto integrale del rapporto.

In sede di verifica fallimentare, infatti, non può essere sic et simpliciter fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale di merito che consente, per il caso di assenza parziale del supporto documentale, la rideterminazione con saldo zero della propria pretesa a decorrere dalla data per cui dispone della documentazione probatoria a supporto. In questo senso la più recente giurisprudenza della Suprema Corte anche con riferimento all'obbligo di conservazione documentale, al fine di prova, degli estratti conto anche ultra decennali: Superata la fase monitoria, in cui è possibile produrre solo gli estratti conto relativi all'ultima fase di movimentazione del conto ai sensi dell'art. 50 TUB, nel successivo giudizio a cognizione piena - ove sia contestata per mancanza di requisiti legge la pattuizione degli interessi legali - la banca è tenuta a produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del conto anche oltre il decennio, perché non si può

Decreto, Tribunale di Pavia, Pres. – Rel. Andrea Balba, 12.05.2015

confondere l'obbligo di conservazione della documentazione contabile con l'onere di fornire prova in giudizio del proprio credito.

La produzione di estratti conto per una frazione temporale unilateralmente individuata dalla banca è radicalmente inidonea ad assolvere l'onere probatorio che sta a suo carico. L'obbligo di conservazione delle scritture contabili di cui all'art. 2220 c.c. costituisce uno strumento di tutela per i terzi estranei all'attività imprenditoriale, che risulta volto a garantire l'accesso, la conoscibilità e la trasparenza delle attività di impresa. Pertanto, la previsione della durata decennale di tale obbligo non può essere interpretata come una limitazione legale dell'onere probatorio posto a carico di chi è tenuto a dare la prova integrale del proprio credito. E' dunque manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 2220 c.c., come correlato all'art. 50 TUB, dovendosi ribadire la radicale diversità delle esigenze probatorie della fase monitoria da quelle del giudizio a cognizione piena. (Cass. Sez. I, 2.8.2013 n. 18541 in www.ilcaso.it, I, 9631).

Da tutte le suesposte argomentazioni, ed in via riassuntiva, possono trarsi i seguenti principi di diritto (ed operativi) :

- 1) il curatore deve, nell'interesse della massa, eccepire l'assenza di data certa dei contratti (salvo che per la natura degli stessi tale onere non sia assolutamente pretendibile, ad es. fornitura di acqua e gas, contratto di trasporto di infimo valore);
- 2) il curatore deve invitare il creditore ad integrare la prova sotto tale profilo e, comunque, ad integrare la prova del credito azionato;
- 3) il curatore deve ritenere raggiunta la prova dell'antiorità del contratto al fallimento ogni qual volta il creditore proverà la stessa con presunzioni o testimoni (nei limiti sopra detti) o con documenti scritti purché non ex latere creditoris;
- 4) provata l'antiorità del contratto al fallimento il contratto troverà applicazione con ogni sua clausola;
- 5) il creditore, comunque, per ottenere l'ammissione al passivo, dovrà depositare documentazione idonea a supportare il credito che, per crediti da conto corrente bancario, equivale a produzione degli estratti conto integrali escluso ogni altra documentazione da ritenersi non equipollente.

Ciò premesso in via generale può ora passarsi ad esaminare il caso concreto.

Parte opponente ha prodotto estratti conto integrali fin dall'inizio del rapporto. Questo elemento consente ammissione del credito con tutti i suoi accessori previsti in contratto anche se non avente, quest'ultimo, data certa proprio perché la ricostruzione totale del rapporto consente di ritenere tali emolumenti concordati in data anteriore al fallimento.

Nessun rilievo hanno le contestazioni della procedura sul conto anticipi in realtà regolato, nelle partite dare/avere sul conto corrente ordinario. Da ciò l'accoglimento della domanda. Spese compensate in ragione della sussistenza di indirizzi diversi nei tribunali provinciali prima dell'accorpamento

PTM

accoglie il ricorso in opposizione e, per l'effetto, ammette BANCA al passivo del fallimento FALLIMENTO al chirografo per € 147.690,59
compensa le spese.

Decreto, Tribunale di Pavia, Pres. – Rel. Andrea Balba, 12.05.2015

Così deciso in Pavia, nella camera di consiglio del 12.5.15

**Il Presidente
Andrea Balba**

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsiasi riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS