

# LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

VINCENZO FARINA  
Professore associato di diritto privato  
Università del Salento

## **PROBLEMI VECCHI E NUOVI IN TEMA DI DATA CERTA E FALLIMENTO**

SOMMARIO: 1. L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento. – 2. Profili di costituzionalità dell'art. 44 l.f.. – 3. L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento. – 4. La nozione di “terzo” e efficacia probatoria tra imprenditori dei libri contabili. – 5. Data certa quale condizione dell'azione del creditore. Conseguenze. – 6. In particolare sul ruolo di terzietà del curatore. – 7. Segue: la terzietà del curatore e rapporti con e tra creditori fallimentari. – 8. Terzietà, documento e negozio documentato. – 9. La nozione di “fatto idoneo” a stabilire l'anteriorità del documento. – 10. Alcuni casi di “fatto equipollente”: il timbro postale. – 11. Segue: la cd. “marcatura temporale”.

1. *L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati dopo la dichiarazione di fallimento.*

L'art. 44 della l.f. prevede che tutti gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento siano inefficaci rispetto ai creditori. Pari inefficacia viene riconosciuta nel secondo comma della stessa disposizione ai pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento. La previsione è stata ribadita dal Codice della crisi di impresa (art. 144 d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), ove previsto al primo comma “Gli atti compiuti dal debitore e i pagamenti da lui eseguiti o ricevuti dopo l'apertura della liquidazione giudiziale sono inefficaci rispetto ai creditori”.

Chiaro è lo scopo perseguito dalla norma: escludere dal concorso quei creditori in possesso di titoli sorti dopo la dichiarazione di fallimento e riservare i beni del fallito ai creditori “anteriori”, i quali solo sono ammessi a partecipare al concorso sul patrimonio del fallito, che si apre a seguito del fallimento (art. 52 l.f.). In perfetta *suitas* con detto scopo la *ratio* della disposizione in parola è stata individuata dalla giurisprudenza “nella perdita, coeva al fallimento, del diritto di disporre da parte del debitore”<sup>1</sup>. Con la conseguenza che la relativa azione di inefficacia non è soggetta a prescrizione “perché diretta a far dichiarare una nullità che si verifica di pieno diritto nei confronti del fallimento e dei creditori”<sup>2</sup>.

La previsione dell’inefficacia, rispetto ai creditori, dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, configura dunque il logico corollario della perdita della disponibilità dei beni, acquisiti al fallimento stesso (art. 42 l.f.) e mira a preservare l’integrità dell’attivo, assicurando la *par condicio creditorum* in sede di concorso. Il rigido rispetto della *par condicio* ha condotto la giurisprudenza ad estendere il concetto di pagamento, interpretandolo alla luce dell’intervenuta perdita da parte del fallito a seguito della sentenza dichiarativa del suo fallimento del potere di disporre. In quest’ottica si è giunti a ritenere inopponibile alla massa “qualsiasi atto estintivo di un debito a lui riferibile, anche indirettamente, effettuato con suo denaro o per suo incarico o in suo luogo”, ivi compreso il pagamento eseguito dal terzo, *debitor debitoris*, “in favore del creditore del fallito destinatario dell’assegnazione coattiva del credito ex art. 553 c.p.c.”<sup>3</sup>. Ciò in quanto la valenza estintiva è destinata ad

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. I, 14 ottobre 2015, n. 20742, in *De Jure*, 2020; conf. Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, n. 21246, *ivi*, 2020.

<sup>2</sup> Cass., Sez. I, 14 ottobre 2015, n. 20742, *cit.*; conf. Cass., Sez. III, 30 marzo 2005, n. 6737, in *De Jure*, 2020.

<sup>3</sup> Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n. 1227, in *De Jure*, 2020; conf. Cass., 11 dicembre 2007, n. 25946, *ivi*, 2020 ; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1544, *ivi*, 2020; Cass. 28 marzo 2001, n. 4494, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3265. La motivazione si fonda sulla natura non definitiva dell’ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., che assegna il credito salvo esazione e non soddisfa in sé l’interesse del creditore. Detto soddisfacimento interviene solo a seguito del successivo pagamento da parte del terzo pignorato, che nel caso oggetto di disamina è successivo alla dichiara-

operare congiuntamente sia per il suo debito che per quello del fallito, giovandosi però di una provvista ascrivibile al patrimonio di quest'ultimo<sup>4</sup>.

Detta inefficacia rappresenta una sanzione obiettiva, che opera indipendentemente dalla buona o mala fede del terzo, atteso che l'indisponibilità del patrimonio dell'imprenditore dichiarato fallito produce un effetto automatico *erga omnes*, prescindendo dalla conoscenza effettiva di tale evento<sup>5</sup>. Al riguardo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la data della dichiarazione di fallimento, rilevante anche ai fini del verificarsi dello spossessamento del fallito ai sensi dell'art. 42 l.f., si identifica nel giorno in cui la sentenza dichiarativa del fallimento medesimo assurge a giuridica esistenza con

---

zione di fallimento. In dottrina (DE STEFANO, *Assegnazione nell'esecuzione forzata*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 270 ss.) si sostiene che l'assegnazione di un credito, a cui si riconosca natura di *datio in solutum*, abbia solo efficacia *pro solvendo* e non *pro soluto*, necessitando per l'estinzione del debito dell'effettivo pagamento della somma assegnata (così anche, CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2002, p. 506). In argomento vedi anche: BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, p. 122 ss.; ID, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990, p. 206 ss.; VACCARELLA, *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. civ.*, VIII, 2001, p. 94 ss., spec. 122; DELLA PIETRA, *Le vicende del pignoramento e dell'assegnazione di crediti*, in Auletta (a cura di), *Le espropriazioni presso terzi*, Bologna, 2011, p. 37 ss., TISCINI, *Considerazioni intorno a natura, effetti e regime dell'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553 c.p.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2012, p. 18 ss.

<sup>4</sup> Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2016, n.1227, cit.; conf. Cass., Sez. I, 10 agosto 2017, n. 19947, in *Ilprocessocivile.it*, 19 ottobre 2017, con nota di CASCELLA, *È inefficace il pagamento del terzo pignorato dopo il fallimento del debitore, anche se in forza di assegnazione anteriore*. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. S. Maria Capua Vetere, 26 marzo 2013, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, n. 6, p. 711, con nota di PLASMATI; Trib. Roma, Sez. fall., 20 marzo 2013, n. 6053 e Trib. Milano, 9 maggio 2012, n. 5346 entrambe in *De Jure*, 2020.

<sup>5</sup> È stato anche di recente affermato: "Nella compravendita stipulata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, l'inefficacia dell'atto ex art. 44 l.f. è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del medesimo, con effetti "erga omnes", non essendo impedita l'opponibilità dell'atto ai terzi di buona fede, dalla mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento" (Cass., Sez. I, 2 ottobre 2019, n.2462, in *Diritto & Giustizia 2019, 3 ottobre*; conf. Cass., Sez. I, 13 settembre 2007, n.19165, in *De Jure*, 2020).

la pubblicazione mediante deposito in cancelleria<sup>6</sup> e nell'ora di quel giorno<sup>7</sup>. Restano irrilevanti, al fine indicato, gli ulteriori adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 17 del citato decreto progressivamente variati nel tempo, così come ogni indagine sulla concreta conoscenza del fallimento da parte dei destinatari di detti atti o sullo stato soggettivo del *solvens*<sup>8</sup>, ovvero sull'idoneità, o meno di questi ultimi ad arrecare pregiudizio alla massa<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> In questi termini tra le altre: Cass., 5 gennaio 1972, n. 27, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 383; Cass., 7 luglio 1981, n. 4434, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 637 con nota di VICARI, *Effetti della sentenza dichiarativa di fallimento e buona fede del terzo*; Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Fall.*, 1989, p. 505; Cass., 16 aprile 1992, n. 4705, *ivi*, 992, p. 911; Cass., 11 marzo 1994, n. 2382, *ivi*, 1994, p. 819; Cass., 29 marzo 2005, n. 6624, in *Giut. civ.*, 2005, I, I, p. 1472; Cass., 29 dicembre 2011, n. 29873, in *Giust. civ. Mass. 2011*, 12, n. 1901. Più di recente Cass., 27 febbraio 2019, n. 5781 in *Diritto & Giustizia*, 2019, 28 febbraio. In dottrina in senso conforme alla giurisprudenza maggioritaria tra gli altri MACCHIA, *Decorrenza degli effetti della sentenza di fallimento*, in *Fall.*, 1989, p. 552; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, II, p. 623 ss.; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, p. 142 ss.; TEDESCHI, *Della dichiarazione di fallimento*, in *Legge fallimentare. Commentario*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 455 ss.; APICE, *Da quando ha effetto la dichiarazione di fallimento?*, in *Consulenza*, 1978, p. 68. In tempi più recenti vedi anche AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Giur. comm.*, 1993, p. 379; ZANICHELLI, *Timbro postale e data certa*, in *Fall.*, 2002, p. 435; D'AQUINO, *L'opponibilità al passivo delle scritture private non cerziorate*, in *Fall.*, 2006, p. 663. A favore della tesi minoritaria, che fa decorrere tali effetti dalla data della deliberazione, anziché da quella del deposito: PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, p. 764; ANDRIOLI, *Fallimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 342 e ss.; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 68. In giurisprudenza: Cass., 30 maggio 1956, n. 1833, in *Foro it.* 1956, I, c. 1100; in *Dir. fall.* 1956, II, p. 275, con nota adesiva di PROVINCIALI; Cass., 18 marzo 1975, n. 1043, in *Foro it.* 1976, I, c. 1526.

<sup>7</sup> Afferma di recente Cass., 27 febbraio 2019, n. 5781, *cit.* "Posto che la legge fallimentare non prescrive l'annotazione sulla sentenza dichiarativa di fallimento dell'ora in cui è stata emessa, tale sentenza produce i suoi effetti dall'ora zero del giorno della sua pubblicazione"; conf. Cass., Sez. III, 20 Marzo 2020, n. 7477, in il *Caso.it*, 1 maggio 2020.

<sup>8</sup> Cass., Sez. I, 13 settembre 2007, n.19165, *cit.*

<sup>9</sup> V. Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Fall.*, 1989, p. 505; in *Giur. it.*, 1989, I, I, c. 1348. Più di recente è stato affermato "Nella compravendita stipulata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, l'inefficacia dell'atto ex art. 44

2. *Profili di costituzionalità dell'art. 44 l.f.*

La stessa Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sull'argomento, ha ritenuto una prima volta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 l.f., sollevata in riferimento all'art. 24 Cost. con riguardo all'opponibilità degli effetti della sentenza di fallimento anche al terzo di buona fede che abbia contratto con il fallito dopo il fallimento e prima della pubblicazione della relativa<sup>10</sup>. Il Giudice delle leggi, sul presupposto che l'art. 24 Cost. tuteli il diritto di difesa in relazione ad aspetti meramente processuali dell'esecuzione concorsuale, ha ritenuto che la questione sottoposta al suo esame attenesse agli effetti che sul piano meramente sostanziale la sentenza produce nei confronti dei terzi a seguito dello spossessamento incidente sulla sfera patrimoniale del fallito in forza della sentenza medesima. Sulla base di tale assunto la Corte ha statuito inoltre che "la decisione del legislatore di anticipare al momento del deposito della sentenza di fallimento il prodursi di determinati effetti nei confronti dei terzi, anziché farli decorrere dall'affissione della sentenza stessa ai sensi dell'art. 17 legge fallimentare" costituisca una "valutazione discrezionale ineccepibile, con cui viene attuato il contemperamento di opposti interessi: quello dei creditori alla salvaguardia della garanzia patrimoniale".

La dottrina ha condiviso tale tesi, rilevando come l'effetto sostanziale della sentenza si produca su di un atto negoziale, allorché il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. non sia più o non sia ancora in gioco sul piano processuale<sup>11</sup>. Ed in effetti, il diritto di difesa "non è più in gioco" qualora si faccia riferimento "al procedimento che si è concluso con la pronuncia della sentenza di fallimento", rispetto al quale il terzo, attinto dagli effetti della pronuncia, non è parte. Così

---

L.F. è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del medesimo, con effetti "erga omnes", non essendo impedita l'opponibilità dell'atto ai terzi di buona fede, dalla mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento" (Cass., Sez. I, 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*).

<sup>10</sup> Corte Costituzionale, 6 giugno 1995, n. 228, in *Fall.*, 1995, p. 1175 con nota di PANZANI, *Ancora sullo spossessamento del fallito e sul diritto di difesa*.

<sup>11</sup> Così PANZANI, *Ancora sullo spossessamento del fallito e sul diritto di difesa*, *cit.*, p. 1177 s.

pure non è ancora in gioco qualora si intenda far riferimento ad un futuro giudizio di cognizione che la curatela potrebbe promuovere con l'azione di inefficacia dell'atto lesivo della *par condicio creditorum*, ma che non ha ancora promosso<sup>12</sup>. Questo futuro giudizio non potrà svolgersi efficacemente in assenza del terzo, che potrà in quella sede, in ossequio al principio di cui all'art. 24 Cost., svolgere le sue difese. Di contro, come precisato dalla Suprema Corte, l'azione dichiarativa dell'inefficacia deve essere rivolta proprio nei riguardi del terzo creditore-*accipiens*, che è rappresenta in tal caso l'unico legittimato passivo<sup>13</sup>.

Sempre la Corte Costituzionale ha valutato la legittimità della disposizione in questione sotto un diverso profilo di natura eminentemente sostanziale, giungendo a conclusioni meno condivisibili. La Corte di Cassazione remittente aveva ritenuto il contrasto dell'art. 44 l.f. con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.<sup>14</sup>. In particolare aveva evidenziato come si disponesse ivi che i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la pubblicazione attraverso il deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento fossero immediatamente inefficaci nei confronti dei creditori anche prima dell'allora prevista quanto inutile affissione<sup>15</sup> (alla porta esterna del Tribu-

---

<sup>12</sup> PANZANI, *op. ult. cit.*, p. 1177 s.

<sup>13</sup> Cass., Sez. III, 20 marzo 2020, n.7477, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 23 marzo, con nota di PAGANINI, *Azione di inefficacia ex art. 44 legge fallimentare e legittimazione passiva*.

<sup>14</sup> Trattasi dell'ordinanza del 18 novembre 1996 con cui la Suprema Corte è andata di contrario avviso con quanto in precedenza affermato (Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, in *Giur. it.*, 1989, I,1, c. 1348) secondo cui l'irrilevanza degli ulteriori adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 17 così come di ogni "indagine sulla concreta conoscenza del fallimento da parte dei destinatari di quegli atti, ovvero sull'idoneità o meno di questi ultimi ad arrecare pregiudizio alla massa" non era in contrasto con gli art. 3, 23, 24 e 41 Cost., in quanto si verteva "in tema di scelte del legislatore, giustificate da obiettive esigenze pubblicistiche proprie della procedura fallimentare, le quali non incidono sulla tutela processuale dei diritti dei terzi né si traducono in un'imposizione di prestazioni a loro carico, ma operano sul piano degli effetti sostanziali di determinati atti, relativamente ai rapporti con i creditori del fallito".

<sup>15</sup> Attualmente la pubblicazione interviene a mezzo annotazione presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale a seguito delle



nale) ai sensi dell'art. 17 della legge fallimentare e senza che rilevasse l'eventuale buona fede del *solvens*. La disposizione in tal guisa si porrebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione sotto un duplice profilo. Nessuna distinzione veniva operata nel periodo tra la pubblicazione e l'affissione della sentenza dichiarativa di fallimento nell'ambito di coloro che avevano avuto rapporti con il fallito tra quelli consapevoli e quelli non consapevoli dell'intervenuta – ma non pubblicata – dichiarazione di fallimento. Di contro la previsione discriminasse, senza ragionevole motivo, coloro che avevano avuto rapporti col fallito dopo la dichiarazione di fallimento e coloro che ne avevano avuto prima, pur in presenza di un identico stato psicologico soggettivo del terzo.

La Corte, con una motivazione invero stringata, ha fatto leva sul “principio generale secondo cui la dichiarazione di fallimento priva il fallito, dalla data di deposito della relativa sentenza, dei poteri di amministrazione e disposizione del suo patrimonio trasferendoli agli organi della procedura fallimentare” per immolare sull'altare di “una efficace e diretta tutela della massa dei creditori” le esigenze non meno pregnanti di tutela della libera circolazione dei beni e del correlato principio di tutela dell'affidamento e della buona fede del terzo. L' “esigenza di tutela della massa dei creditori” è stata ancora una volta pilatescamente ricondotta ad “una scelta del legislatore non manifestamente irragionevole e, perciò stesso, non censurabile sul piano della legittimità costituzionale”, perfettamente in linea con il pregresso orientamento della stessa Corte di Cassazione<sup>16</sup>.

In dottrina si era puntualmente rilevato come la motivazione celsasse il timore “[...]inespresso ma percepibile nella – in verità ellittica – decisione della Consulta) che cadenzare e diluire nel tempo gli effetti dello spossessamento in funzione di un ipotetico trattamento paritario dei creditori a conoscenza e di quelli inconsapevoli dello stato di fallito del debitore potrebbe vanificare gli scopi della

---

modifiche apportate dall'articolo 52 del D.P.R. del 14 novembre 2002, n. 313 per come successivamente sostituito dall'articolo 15 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

<sup>16</sup> Cass., 13 dicembre 1988, n. 6777, cit.; Cass., 7 luglio 1981, n. 4434, in *De Jure*, 2020.

norma”<sup>17</sup>. D’altro canto, era però innegabile che l’ordinanza di rimessione aveva messo a nudo un problema non insignificante quanto attuale, quello del “sacrificio assoluto delle ragioni dei terzi contraenti post-fallimentari” a fronte delle “ragioni della massa dei creditori – pur meritevoli della massima tutela”<sup>18</sup>.

In questo contesto peraltro la normativa comunitaria a tutela della sicurezza dei traffici nell’ambito di un mercato, oramai da tempo comune, si orientava in senso diametralmente opposto. La Direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998, concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli<sup>19</sup>, a cui dava attuazione in Italia il d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210<sup>20</sup> prevedeva difatti all’art. 3, con buona pace delle ragioni della massa dei creditori, che gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti fossero vincolanti per i partecipanti al sistema, e, nel caso di apertura di una procedura di insolvenza nei confronti di un partecipante, fossero opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima in determinate ipotesi<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Così, TISCINI, *Brevi osservazioni in tema di legittimità costituzionale dell’art. 44 della legge fallimentare*, in *Giust. civ.*, 9, 1998, p. 2094.

<sup>18</sup> In questi termini LAMANNA, *Inefficacia di atti e pagamenti del fallito e irrilvanza della buona fede dei terzi*, in *Fall.*, 1999, p. 21 ss.

<sup>19</sup> Sul tema: PERASSI, *L’attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli (commento al d.leg. 12 aprile 2001 n.210)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I p. 816 ss; SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti della direttiva 98/26/CE al d.lgs 12 aprile 2001 n. 210*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 797 ss.

<sup>20</sup> In argomento tra gli altri LEANDRO, *La legge regolatrice degli effetti reali del trasferimento di strumenti finanziari tramite intermediari*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, p. 384; BONFATTI, *Definitività delle operazioni compiute nell’ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2001, p. 857.

<sup>21</sup> È l’art. 2 del d. lgs. 12 aprile 2001, n. 210 a prevedere tutt’ora anche a seguito delle modifiche operate dal d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48 che “Gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti sono vincolanti tra i partecipanti a un sistema, e nel caso di apertura di una procedura d’insolvenza nei confronti di un partecipante sono opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima, se gli ordini di trasferimento: a) sono stati immessi nel sistema prima del momento di apertura della procedura d’insolvenza; b) sono stati immessi nel sistema successivamente al momento di apertura della procedura d’insolvenza ed eseguiti il giorno lavorativo dell’apertura, qualora

Il problema è stato poi per buona parte risolto dal legislatore che, pur lasciando nella sostanza intonza nel tempo sotto questo profilo la previsione di cui all'art. 44 l.f., ha provveduto a modificare la previsione di cui all'art. 16 l.f.. In forza del secondo comma di tale norma, nel testo vigente a seguito delle modifiche apportate dall'art. 14 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la sentenza dichiarativa di fallimento produce i suoi effetti nei riguardi dei terzi, non dalla data della sua pubblicazione, ma dall'iscrizione nel Registro delle imprese<sup>22</sup>.

Non pare poi potersi revocare in dubbio che tra gli effetti della sentenza di fallimento incidenti nella sfera giuridica dei terzi siano da ascrivere proprio quelli riconducibili all'inefficacia prevista dall'art. 44 l. fall. in relazione agli "atti compiuti dal fallito", ai "pagamenti da lui eseguiti" ed ai "pagamenti ricevuti"<sup>23</sup>. Di contro, la tutela dei terzi e della loro buona fede si ferma qui e le altre previste forme di pubblicità della sentenza dichiarativa di fallimento non sono destinate ad implementare le garanzie riconosciute ai terzi nei termini sopra specificati. Si è quindi condivisibilmente escluso<sup>24</sup> che la produzione degli effetti della sentenza di fallimento nei confronti dei terzi di buona fede patisca una sospensione sino al compimento delle formalità previste dall'art. 88 l. f.. Nessuna incidenza può avere quindi a tal fine la mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento, rimanendo ferma *ex artt.* 16, comma 2, e 44 l.f. la sua efficacia *erga omnes* e la sua opponibilità a costoro, nei cui confronti l'integrazione della pubblicità cui all'art. 17 l.f., per come richiamata dal secondo comma dell'art. 16, costituisce idonea misura di salvaguardia<sup>25</sup>.

---

l'operatore del sistema provi che al momento dell'immissione non era a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, né avrebbe dovuto esserlo".

<sup>22</sup> La data di pubblicazione della sentenza invece riverbera ancora i suoi effetti nei riguardi del fallito e degli organi della procedura.

<sup>23</sup> V. in termini Trib. Roma, 31 ottobre 2018, n. 20955 in *Ilfallimentarista.it*, 10 dicembre 2018; Trib. Milano, Sez. II, 8 maggio 2012, n.5309, in *Guida dir.*, 2012, 31, p. 70.

<sup>24</sup> Cass., 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*

<sup>25</sup> Cass., 2 ottobre 2019, n. 2462, *cit.*

3. *L'inefficacia degli atti compiuti dal fallito e dei pagamenti effettuati prima della dichiarazione di fallimento.*

Ma la data in cui un determinato atto è compiuto è rilevante anche nell'ipotesi in cui, il perfezionamento di quest'ultimo intervenga in epoca antecedente al fallimento. La sezione III della legge fallimentare e, in parallelo, la sezione IV del Codice della crisi di impresa disciplinano minuziosamente questi atti allorché determinino effetti pregiudizievoli rispetto ai creditori, distinguendo tra atti a titolo gratuito ( artt. 64 l.f.; 163 Cod. Crisi di impresa), pagamenti di crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o successivamente (artt. 65 l.f.; 164 Cod. Crisi di impresa), atti a titolo oneroso, atti estintivi di debiti pecuniari, e garanzia di vario genere (artt. 67 l.f.; 166 Cod. Crisi di impresa), atti compiuti tra coniugi (artt. 69 l.f.; 169 Cod. Crisi di impresa) prevedendone, a determinate condizioni, la revocatoria fallimentare come strumento aggiuntivo rispetto alla revocatoria ordinaria, che può sempre essere utilizzata dal curatore fallimentare. L'imponenza, l'estensione e l'incisività di tale disciplina dà contezza del notevole rilievo della data certa in sede fallimentare con riguardo agli atti compiuti dal fallito ed ai pagamenti effettuati, per come testimoniato dal profluvio di pronunce in sede di legittimità e di merito.

La data certa, peraltro, non è oggetto di specifico regolamento in sede fallimentare neppure nel nuovo Codice della crisi di impresa dove la terminologia appare solo con riguardo ai piani attestati di risanamento, di cui all'art. 56, imponendo al comma 2 la certezza della data del piano e prevedendo poi all'ultimo comma che “gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa”.

Da qui la necessità di continuare a far riferimento alla disciplina apprestata dal codice civile che si preoccupa, tra l'altro, in particolare della data certa della scrittura privata non autenticata nei confronti dei terzi all'art. 2704 c.c.<sup>26</sup> La norma in questione al primo

---

<sup>26</sup> Per un commento ampio della disposizione tra gli altri: MAZZARESE, *artt. 2697- 2739*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*<sup>3</sup>, a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 230 ss.; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004; CONTE, *artt. 2697- 2730. Prove*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, Milano, 2008; RIZZO, *Data, data certa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., V*,

comma fa discendere la certezza della data della scrittura privata non autenticata rispetto ai terzi, oltre che dal giorno della riproduzione in atti pubblici e dagli eventi specificamente considerati dalla norma (morte o sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta), dal verificarsi un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento.

Il richiamo alla prefata disposizione pare avvalorato da quanto stabilisce l'art. 45 l.f. (ora sostanzialmente trasfuso in termini identici nell'art. 145 Codice della crisi di impresa), dove è previsto che le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori<sup>27</sup>.

La rilevanza a fini probatori del riconoscimento della data certa del documento ai fini dell'opponibilità al fallimento (ed alla futura liquidazione giudiziale), trova ulteriore riscontro nei limiti imposti alla prova per testi e per presunzioni. Se è pur vero che l'articolo 2704 cc. non contenga "una elencazione tassativa dei fatti in base ai

---

Torino, p. 117 ss., 1989; VERDE, *Prova documentale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; DOLMETTA, *La data certa. Conflitto tra creditori e disciplina dell'impresa*, Milano, 1986, *passim*; ID., *Sui più recenti sviluppi in materia di data certa e fallimento*, in *Vita not.*, 1996, p. 11 ss.; LEVATI, *Data. Data certa*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, II, Torino, 1981, p. 979 s.; GIACOBBE, *Data. b) Data certa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964, p. 700; REDENTI, *Frammenti da "La prova della data riguardo ai terzi"*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, 1962, II, p. 237 ss.; CARRESI, *Osservazioni in tema di prova della data delle scritture private rispetto ai terzi*, in *Riv. not.*, 1959, I, p. 675 ss.; COSTANTINO, *Data certa della scrittura privata riguardo ai terzi*, in *Nuovo dir.*, 1965, p. 535 s.; MARMOCCHI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur. Treccani*, 28, Roma, 1992, p. 1 ss.; ID., *Scrittura privata*, in *Riv. not.*, 1987, p. 976.

<sup>27</sup> In giurisprudenza in ossequio al dettato di cui all'art. 45 l.f. ai fini dell'opponibilità nei confronti del fallimento del venditore dell'acquisto di un bene mobile iscritto nel pubblico registro automobilistico si è ritenuto anche di recente necessario "che l'atto di vendita sia stato trascritto nel pubblico registro prima della data di dichiarazione del fallimento," mentre non è stato ritenuto sufficiente che la trascrizione della vendita fosse stata richiesta prima della dichiarazione di fallimento ( Cass., Sez. I, 15 novembre 2018, n. 29459, in *De Jure*, 2020)

quali la data di una scrittura privata non autenticata deve ritenersi certa rispetto ai terzi<sup>28</sup>, d'altro canto il giudice di merito nella valutazione di un fatto diverso da quelli tipizzati dal legislatore quali idonei a dimostrare la data certa non può giovare di prova per testi o per presunzioni direttamente vertente sulla data<sup>29</sup>. Detta prova è ammessa solo al fine di individuare i fatti idonei a stabilire in modo certo l'anteriorità della formazione del documento<sup>30</sup>. Invero dai fatti indicati nell'art. 2704 c.c. si desume, come puntualmente rilevato in dottrina, "non già la data in cui il documento fu redatto, bensì il giorno rispetto al quale è certa l'anteriorità della formazione del documento: ed è appunto da questo giorno che la data diventa certa e computabile riguardo ai terzi, ossia si considera "come se fosse" quella nella quale il documento si è formato, tanto che si è parlato di *factio iuris*"<sup>31</sup>.

A ciò aggiungasi che il limite generale per valore (€ 2,58) frapposto alla prova per testi<sup>32</sup> dei contratti dall'art. 2721 c.c. rende tale

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 13 marzo 2018, n. 6089, in *Guida dir.*, 2018, 30, p. 42.

<sup>29</sup> Cass., 4 giugno 1986, n. 3742, in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 37; Cass., 25 luglio 2006, n. 16976, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, I, p. 1679 afferma in termini emblematici: "Attesi i limiti posti dall'art. 2704 c.c., la parte non può avvalersi della prova per testi al fine di dimostrare direttamente la certezza della data della scrittura privata non autenticata". Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Padova, 6 agosto 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1141.

<sup>30</sup> Cass., Sez. III, 11 ottobre 1985, n. 4945, in *Dir. e giur. agr.*, 1986, p. 481; Cass., 8 novembre 2001, n. 13813, in *Fallimento*, 2002, p. 723, con nota di CANTELE. In argomento vedi anche tra le tante: Cass., 28 giugno 1963, n. 1760, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 997; Cass., 31 maggio 1986, n. 3696, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 275; Cass., 21 giugno 1984, n. 3657, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Fallimento*, n. 264. Cass., 8 novembre 2006, n. 23793 in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, p. 1387; Cass., 22 ottobre 2009, n.22430, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, n. 1485, dove si precisa che prova per testi o per presunzioni non possa essere ammessa" con riguardo ad un atto proprio della stessa parte interessata alla prova della data certa"; così pure Cass., Sez. VI, 12 settembre 2016, n.17926, in *Diritto & Giustizia*, 25 gennaio 2017. Più di recente v. Cass., 13 marzo 2018, n.6089, in *Guida dir.*, 2018, 30, p. 42.

<sup>31</sup> LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, p. 188 s. e in nt. 62.

<sup>32</sup> Sulla prova testimoniale in genere si rinvia tra gli altri: AMBROSINI, *La prova testimoniale civile. Profili processuali*, Milano, 2006; ANDRIOLI, *Prova testimoniale*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, 1967, p. 338 ss.; BEGHINI, *La prova per testimoni*

strumento scarsamente utilizzabile in particolare in sede fallimentare, potendosi esplicitare il libero convincimento del giudice ogni qual volta la legge non determini preventivamente il valore da attribuire ad una prova<sup>33</sup>. Di contro, riguardando l'inopponibilità per difetto di data certa non il negozio in sé, “ma la data della scrittura prodotta”, è ammissibile la prova, peraltro non affatto semplice, del negozio e della sua stipulazione in data anteriore al fallimento “pre-scindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento, salve le limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del negozio stesso”<sup>34</sup>.

Così delineato il quadro normativo di riferimento, occorre precisare che la questione della data certa con specifico riguardo al fallimento è stata, e per certi aspetti continua ad essere, una delle questioni più dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che non hanno mancato di assumere posizioni a dir poco variegata e, sovente, contrastanti.

#### 4. *La nozione di “terzo ed efficacia probatoria tra imprenditori dei libri contabili.*

Uno dei più importanti problemi, che si pongono all'attenzione degli interpreti con riguardo alla disciplina degli effetti degli atti pregiudizievoli rispetto ai creditori, è l'individuazione del concetto di “terzo”, a cui fa testuale riferimento l'art. 2704, comma primo, c.c., ai fini dell'opponibilità delle scritture.

---

*nel rito civile*, Padova, 1997; CECCHERINI, *La prova orale nel processo civile*, Milano, 2010, p. 1 e ss.; DONDI, *Prova testimoniale nel processo civile*, in *Dig. disc. priv.*, XXXVIII, Milano, 1988, p. 40 ss.; VIOLA, *La testimonianza nel processo civile*, Milano, 2012, p. 1 ss.

<sup>33</sup> In argomento v. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 75 ss.; ID., *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 481 ss. In giurisprudenza in materia fallimentare i limiti di prova per testi in relazione al valore della causa trovano applicazione (v. Trib. Milano, 30 maggio 1985, in *Fall.* 1985, p. 1191). È d'uopo rammentare che i limiti di valore previsti dall'art. 2721 c.c. per la prova testimoniale sono destinati ad operare soltanto qualora il contratto sia invocato in giudizio come fonte di reciproci diritti ed obblighi tra le parti contraenti e non quando “ove esso sia dedotto quale semplice fatto storico influente sulla decisione” (Cass., 1 marzo 2019, n.6199, in *De Jure*, 2020).

<sup>34</sup> Cass., 25 febbraio 2011, n.4705, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, n. 308.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, dopo un periodo di pronunce giurisprudenziali difformi, sembrava aver trovato un orientamento unitario nel 1990 con la nota sentenza delle Sezioni unite della Cassazione<sup>35</sup>. Si era affermato nell'occasione, in relazione alle scritture private relative ai crediti insinuati, come in sede di formazione dello stato passivo del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa si applichi la regola della certezza della data ai sensi del comma primo dell'art. 2704 c.c. Detta regola può essere fatta valere dal curatore, tanto nella fase della verifica, quanto in quella dell'opposizione.

Si era così cercato di comporre un contrasto tra le sezioni della Corte, ove da un canto si era sostenuto che il curatore potesse assumere la posizione di terzo solo eccependo la natura simulatoria e fraudolenta del documento, ovvero sia assumendo una difesa estranea ai diritti di cui poteva essere titolare il fallito. D'altro canto, diversamente opinando, si era affermato che nel procedimento di verifica del passivo, al curatore organo cui è assegnata la funzione di tutela dei creditori, deve essere riconosciuta una posizione di terzietà, tale da giustificare l'applicazione dell'art. 2704 c.c.<sup>36</sup>. Si era parimenti riconosciuta la situazione di terzietà nel rapporto tra creditore ammesso e creditore impugnante ai sensi dell'art. 100 l.f.<sup>37</sup>.

A due anni di distanza dalla decisione resa dalle Sezioni unite, due sentenze emesse dalla prima sezione la Corte contraddicevano gli assunti ivi sostenuti, rinnegando il principio dell'applicabilità dell'art. 2704 c.c. al fallimento<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Fallimento*, n. 459; in *Fall.*, 1990, p. 1225; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 38.

<sup>36</sup> Cass., 1 marzo 1986, n. 1304, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 296; Cass., 29 novembre 1985, n. 5956, in *Foro it.*, 1986, I, c. 451.

<sup>37</sup> Cass., 4 giugno 1986, n. 3742, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Fallimento*, n. 529.

<sup>38</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, in *Giur. comm.* 1993, II, 360 con nota di AMBROSINI, *Data certa e fallimento*, cit.; in *Foro it.*, 1993, I, c. 2658; in *Fall.*, 1992, p. 798, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2685, con nota critica di LO CASCIO, *Ancora sull'opponibilità della scrittura privata in sede di accertamento del passivo del fallimento*, così statuiva: "Ai fini dell'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 2704 c.c. in tema di certezza e computabilità, riguardo ai terzi, della data della scrittura privata (nella specie, prestazione di garanzia fideiussoria), non assumono la qualità di terzi, rispetto al negozio documentato (e non al documento),



Successivamente riprendeva vigore diffuso l'orientamento propugnato dalle Sezioni unite, che riconosceva in sede di formazione dello stato passivo del fallimento la qualità di terzo al curatore nei riguardi sia dei creditori del fallito, che richiedono l'insinuazione al passivo, sia rispetto allo stesso fallito. Sulla base di tali premesse si sosteneva con affermazione tralaticia l'applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 2704 c.c. e la necessità, quindi, della certezza della data nelle scritture allegate come prova del credito<sup>39</sup>.

---

né il curatore fallimentare, il quale, in sede di verifica dei crediti, contesti l'antiorità del credito rispetto all'instaurazione della procedura concorsuale, atteso che la sua qualità di terzo è configurabile solo nelle diverse ipotesi in cui eserciti l'azione revocatoria o l'azione di simulazione, né gli altri creditori del fallimento, in quanto tutti i creditori si trovano tra loro in posizione paritaria, salve le cause legittime di prelazione, in un rapporto che non è di conflitto, in senso tecnico, ma di concorso. Pertanto, la prova della detta anteriorità, in sede di verifica, non è soggetta alle limitazioni fissate dalla norma citata, ma può essere fornita con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova". Cass., 13 agosto 1992, n. 9552, in *Foro it.*, 1993, c. 2657; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 213 con nota di TRENTINI; in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 360 con nota di AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 25 stabiliva che "In tema di formazione dello stato passivo del fallimento, il curatore, allorché forma l'elenco dei creditori e, successivamente, partecipa alla verifica dei crediti, si trova non nella posizione di terzietà propria dei soggetti considerati dall'art. 2704 c.c., ai fini della determinazione dei limiti di opponibilità ad essi delle scritture private delle quali non sia autenticata la sottoscrizione, ma in quella che è propria degli ausiliari del giudice, onde non si pone, rispetto ad esso, alcuna questione di "opponibilità" in senso tecnico di scritture del tipo suddetto, alle quali il creditore istante per l'ammissione al passivo abbia affidato la dimostrazione del suo credito, con la conseguenza che al curatore stesso è dato non già eccepire l'inopponibilità per mancanza di data certa nel senso proprio del citato art. 2704 c.c. e cioè con effetto esclusivo della stessa possibilità di presentazione della scrittura agli organi fallimentari, bensì contestare soltanto la "verità" della data risultante dal documento o il documento stesso, così onerando l'istante della dimostrazione (con qualunque mezzo) che questo è stato firmato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, dovendosi escludere nel sistema del diritto concorsuale l'esclusiva incidenza della normativa dell'art. 2704 c.c., per la prova della data del documento del credito da ammettersi".

<sup>39</sup> Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 8 febbraio 2000, n. 1370, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 265. La dottrina ha ritenuto che anche dopo la riforma del diritto fallimentare di cui al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma

Vi era però una parte della giurisprudenza anche di legittimità, che, per limitare gli effetti del ruolo di terzietà del curatore indotti da un'interpretazione rigorosa dell'art. 2704 c.c., propendeva per l'applicazione alla fattispecie relativa ai rapporti tra curatore e creditori del fallito, che rivestissero la qualità di imprenditori, dell'art. 2710 c.c.<sup>40</sup>.

È invero innegabile che il problema esegetico posto dall'art. 2704 c.c. risulta nella pratica strettamente connesso nel rapporto tra imprenditori con il ruolo e la funzione dei “*libri bollati e vidimati nelle forme di legge*” di cui all'art. 2710 c.c., essendo il fallito necessariamente un imprenditore e subentrando in sua vece il curatore. Da qui la necessità a distanza di oltre vent'anni dalla prima pronuncia di un intervento anche sul punto delle Sezioni unite<sup>41</sup>.

La Suprema Corte ha nell'occasione ed in prima battuta ha escluso l'applicabilità nel giudizio di ammissione al passivo della previsione di cui all'art. 2710 c.c. nei confronti del curatore fallimentare<sup>42</sup>, non potendosi la data certa del credito vantato e di cui

---

dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80) il curatore abbia conservato la posizione di terzo in sede di accertamento del passivo (LIMITONE, *Data certa*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di Ferro, Padova, 2010, p. 379; AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, 2, Padova, 2009, p. 566; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino 2009, p. 957; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, p. 356).

<sup>40</sup> Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, in *De Jure*, 2020; conf.: Cass., 8 settembre 2004 n. 18059, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 580; Cass., 10 gennaio 2003 n. 142, in *Fall.*, 2003, p. 1169, con nota di BETTAZZI, *Efficacia probatoria delle scritture contabili nel fallimento*; Cass., Sez. I, 13 ottobre 1982, n. 5272, in *De Jure*, 2020.

<sup>41</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2014, 4, II, p. 400, con nota di RANIELLI, *Osservazioni a Cass. Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in tema di opponibilità della data certa nel procedimento di verifica del passivo*; in *Foro it.* 2013, 4, I, c. 1137, con nota di FABIANI; in *Giust. civ.*, 2013, 2, I, 299 con nota di DIDONE; in *Ilfallimentarista.it*, 27 giugno 2013 con nota di LA CAVA.

<sup>42</sup> Così già Cass., 9 maggio 2011, n. 10081 in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, n. 717; Cass., 26 gennaio 2006 n. 1543 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1, n. 33; Cass., 15 marzo 2005 n. 5582, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2366; Cass., 9 maggio 2001, n. 6465, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3542; Cass., 14 gennaio 1999, n. 352, in *Fall.*, 1999, p. 1315; Trib.

all'art. 2704 c.c. dimostrarsi invocando il regime probatorio evocato da detta norma. L'art. 2710 c.c. è destinato difatti ad operare "soltanto fra imprenditori, in relazione a rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa". Di contro, osservano le Sezioni Unite, da un canto il curatore non è un imprenditore, d'altro canto nei riguardi del fallito il subentro del curatore non dà luogo ad una vicenda successoria "essendo viceversa a lui attribuibile esclusivamente la funzione di semplice gestore del patrimonio di quest'ultimo"<sup>43</sup>. A questo punto è stato facile per la Suprema Corte trarne come "automatica" conseguenza "l'inapplicabilità nei suoi confronti della disciplina probatoria di cui si lamenta la mancata attuazione"<sup>44</sup>.

La soluzione è stata, per così dire, un po' sbrigativa e forse sarebbe stata meritevole di un maggior approfondimento anche rispetto alle motivazioni addotte sul punto in precedenza da alcune pronunce della stessa Corte<sup>45</sup>. Si era osservato da un canto come l'espressione utilizzata nell'art. 2710 c.c. sia "fare prova tra imprenditori" e non già «fare prova nelle cause tra imprenditori», con un chiaro richiamo al rapporto sostanziale (e non processuale) intercorso «tra imprenditori» e quindi "a prescindere dal fatto che esso venga eventualmente dedotto in giudizio da soggetti diversi"<sup>46</sup>.

In disparte il dato letterale, pur non trascurabile, si era posto puntualmente in luce come la limitazione soggettiva tra imprenditori della prova in questione trovasse il suo fondamento "nell'esigenza di garantire la posizione di parità tra le parti"<sup>47</sup>, potendo ciascun imprenditore opporre all'altro le proprie risultanze contabili. Il che potrebbe spiegare l'irrilevanza della disposizione "nei confronti di un

---

Napoli, 1 dicembre 2011, con nota di GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Osservazioni a Trib. Napoli, 1° dicembre 2011, in tema di accertamento del passivo e data certa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2013, 1, II, p. 95; in senso contrario Trib. Roma, 9 settembre 2002, in *Giur. romana*, 2003, p. 227.

<sup>43</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*; Cass., 7 luglio 2015, n. 14054, in *GiustiziaCivile.com*, 2016, 7 marzo; Cass., 20 aprile 2016, n. 7972, in *Guida dir.*, 2016, 31, p. 77.

<sup>44</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

<sup>45</sup> V. *retro* nt. 38.

<sup>46</sup> Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

<sup>47</sup> Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

soggetto diverso dalla controparte originaria e che non abbia la disponibilità delle scritture contabili di quest'ultima", come il cessionario del credito ad esempio<sup>48</sup>, ma tale circostanza non ricorre nell'ipotesi del curatore, che di quelle scritture ben può disporre (fatte salve le ipotesi di cd bancarotta documentale).

5. *Data certa quale condizione dell'azione del creditore. Conseguenze.*

Le Sezioni unite nella citata pronuncia ritornavano nuovamente ad occuparsi della data certa sotto un diverso e non meno pregnante profilo per dirimere ancora una volta il contrasto, che si era verificato sul punto.

Parte della giurisprudenza riteneva infatti che la data certa delle scritture assurgesse ad elemento costitutivo del diritto di partecipazione al concorso con gli altri creditori ed in virtù di ciò il relativo onere probatorio fosse a carico del creditore istante<sup>49</sup>. Secondo un diverso orientamento di legittimità la mancanza di data certa rilevava come mero fatto impeditivo del diritto azionato e, in ragione di ciò, costituiva onere del curatore, quale parte controinteressata, dedurlo a mezzo specifica eccezione<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cass., 21 dicembre 2005, n. 28299, *cit.*

<sup>49</sup> Cass., 14 ottobre 2010 n. 21251 in *Foro it.*, 2011, I, c. 67, con nota di COSTANTINO, *La data certa del credito nell'accertamento del passivo: "della corte il fin è la meraviglia"*, secondo cui «a contumacia del convenuto (nella specie, curatore fallimentare), non assume alcun significato probatorio in favore della domanda dell'attore, ma può concorrere, insieme ad altri elementi, a formare il convincimento del giudice, in quanto, di per sé sola considerata, essa non introduce deroghe al principio generale di cui all'art. 2697 c.c.; ne consegue che nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, l'antiorità del credito di cui si chiedi l'ammissione al passivo, costituendo elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo, va provata dal creditore istante, né forma oggetto di eccezione in senso stretto riservata alla sola iniziativa di parte (curatore o creditori concorrenti)».

<sup>50</sup> Così Cass., 27 settembre 2010 n. 20268, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, n. 1264: «in tema di prova civile, la contestazione sulla mancanza di data certa nella scrittura privata si configura come eccezione in senso stretto che, in quanto tale, può essere proposta solo dalla parte. Pertanto, in ipotesi di revocatoria fallimentare, al curatore – che è parte in tale giudizio e che dal complesso dei dati sottoposti al suo esame può correttamente identificare il momento genetico dell'atto (e,

In altre pronunce si riteneva, di contro, che l'assenza di data certa comportasse il venir meno di un elemento costitutivo del diritto azionato, con conseguente natura di eccezione in senso lato della difesa formulata dal curatore e rilevabilità d'ufficio da parte del giudice<sup>51</sup>.

Il dissidio tra le sezioni della Suprema Corte si incentrava in primo luogo sul ruolo (sostanziale o processuale) da riconoscere al requisito della certezza della data nelle scritture private: elemento costitutivo della fattispecie sostanziale<sup>52</sup> o elemento impeditivo del riconoscimento del diritto, opponibile in via di eccezione dalla curatela? Data per veritiera la scrittura privata esibita in giudizio e non disconosciuta dal curatore, rimaneva il problema, ulteriore e diverso, se permanesse a quel punto l'onere per chi la produceva di provare la data effettiva della sua redazione<sup>53</sup>. Peraltro, non era di poco momento in termini di incidenza dell'onere della prova stabilire se l'eccezione di incertezza di data fosse da considerare eccezione in senso stretto ovvero mera difesa e se in quest'ultimo caso, ritenuta la certezza condizione dell'azione, fosse verificabile di ufficio dal giudice

---

quindi, la sua antecedenza o no alla dichiarazione di fallimento) – compete proporre l'eccezione di mancanza data certa nella scrittura privata contestata». In senso conforme: Cass., 2 settembre 2004, n. 17691, in *Fall.*, 2005, p. 880, con nota di TRENTINI, *La cassazione e l'eccezione di carenza di data certa*.

<sup>51</sup> Cass., 21 novembre 2011 n. 24432, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, n. 1646, secondo cui «nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, l'antiorità del credito di cui si chiedi l'ammissione al passivo, essendo un elemento costitutivo del diritto di partecipare al concorso e, quindi, alla distribuzione dell'attivo, non forma oggetto di eccezione in senso stretto riservata alla sola iniziativa di parte, ossia del curatore o dei creditori concorrenti (nella specie, la Suprema Corte ha rilevato che correttamente il tribunale aveva rigettato la domanda muovendo, implicitamente, dalla rilevabilità d'ufficio della carenza dell'antiorità del credito)».

<sup>52</sup> V. sul punto FERRETTI, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, Torino, 2000, I, p. 601.

<sup>53</sup> V. sul tema e con riguardo alla fotocopia non disconosciuta nella sua conformità all'originale Cass., 29 luglio 2005, n.15954, in *Fall.*, 2006, 6, p. 661 con nota di D'AQUINO, *L'opponibilità al passivo delle scritture private non cerziorate*, cit.

anche in difetto di specifica e tempestiva eccezione da parte del curatore<sup>54</sup>.

In questo caso invero più che in altri non si può ragionare per ordinamenti separati ed il profilo sostanziale in ragione del regime probatorio si intreccia con quella processuale in un indissolubile connubio. Ben può accadere che un credito realmente esistente non possa essere azionato in ambito fallimentare, qualora manchi di alcuni elementi (come la sua anteriorità rispetto alla dichiarazione di fallimento e l'opponibilità ai terzi – creditori e curatore –), che lo qualificano e lo connotino ulteriormente in quella sede. Pur essendo quindi l'esistenza del credito condizione necessaria per l'insinuazione, "non è condizione sufficiente, se il credito non ha attitudine a concorrere nella procedura concorsuale"<sup>55</sup>.

Oggetto del processo di accertamento del passivo è dunque il diritto di credito nella sua «porzione concorsuale»<sup>56</sup>. Il diritto di credito nei confronti del fallimento patisce, per poter essere fatto valere, un'ibridazione processuale. Diventano sue proprie caratteristiche normalmente estranee al diritto di credito: non è più sufficiente la sua esistenza e consistenza attuale in uno con la validità del titolo in cui rinviene la sua fonte, è necessario invece che detto titolo sia opponibile e sia efficace nei confronti di terzi qualificati (curatore ed altri creditori)<sup>57</sup>.

Da qui il conseguente problema non di poco conto: l'opponibilità e l'efficacia del titolo, peraltro saldamente collegati alla certezza della data del documento, che li contiene, sono o no elementi costitutivi della domanda e quindi condizioni dell'azione rientranti nel

---

<sup>54</sup> Afferma Cass., 26 luglio 2012, n.13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970, «Ne consegue che, in tale ipotesi, il giudice dell'opposizione allo stato passivo, tenuto a verificare anche d'ufficio l'anteriorità del credito insinuato, deve considerare certa la data della scrittura, pur in difetto di un'espressa rinuncia del curatore all'eccezione concernente il difetto di data certa».

<sup>55</sup> PAGNI, *Esecutività dello stato passivo ed efficacia preclusiva*, in *Fall.*, 2010, p. 1380 s.

<sup>56</sup> FABIANI, *Spunti di riflessione sull'oggetto del processo di accertamento del passivo*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3376 s.

<sup>57</sup> FABIANI, *Spunti di riflessione sull'oggetto del processo di accertamento del passivo*, cit., c. 3378.

potere-dovere del giudice di verifica della sussistenza indipendentemente dall'attività assertiva delle parti e senza incorrere in vizio di ultrapetizione<sup>58</sup>?

Le Sezioni unite, nel ribadire l'opinione già espressa in precedenza<sup>59</sup>, hanno risolto il contrasto giurisprudenziale attribuendo al difetto di data certa delle scritture il ruolo di elemento costitutivo del diritto azionato. Nello stesso tempo hanno riconosciuto al medesimo natura di eccezione in senso lato e, conseguentemente, hanno ammesso il rilievo anche d'ufficio dal giudice, pur in assenza di iniziativa sul punto da parte del curatore.

Sia pur incidentalmente nell'occasione la Corte si è occupata di un problema non di poco momento: l'applicabilità o meno in sede fallimentare del principio di non contestazione di cui all'art.115, comma 1 c.p.c. con riguardo ai "fatti non specificatamente contestati" dal curatore. Come è noto la norma in questione, a seguito della sostituzione operata dall'art. 45, comma 14, della l. 18 giugno 2009, n. 69, ha reso esplicito il principio in forza del quale non è necessario che siano provati i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite. Conseguentemente una contestazione generica, come è quella che sovente caratterizza l'operato dei curatori in sede di ammissione allo stato passivo, pur a fronte di fatti oggetto di specifica e puntuale allegazione da parte del creditore istante e rientranti nella sfera di conoscibilità del curatore medesimo, potrebbe non produrre alcuno effetto.

La Suprema Corte anche in questo caso in maniera forse troppo sintetica, ha escluso l'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 115 c.p.c., in tema di disponibilità delle prove, in quanto la sua evocazione "non appare in sintonia con la peculiarità del procedimento di verifica dei crediti e con la qualità soltanto di parte processuale attribuita al curatore"<sup>60</sup>. A tacer d'altro non riesce di facile compren-

---

<sup>58</sup> V. tra le tante: Cass., Sez. II, 8 agosto 2019, n. 21184, in *Guida dir.*, 2019, 46, p. 57; Cass., Sez. lav., 23 agosto 2006, n.18374, in *De Jure*, 2020.

<sup>59</sup> Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

<sup>60</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*; negli stessi termini v. anche Cass., 10 febbraio 2017, n. 3660, ord., in *italgiure.giustizia.it*; Cass., 6 agosto 2015, n. 16554, *cit.*; Cass., 10 aprile 2012, n. 5659, in *Fall.*, 2013, p. 621.

sione come al curatore, a cui si attribuisce comunque il ruolo di gestore del patrimonio del fallito, venga riconosciuta la qualità di sola “parte processuale” con esonero di qualsivoglia obbligo di contestazione delle domande *ex adverso* formulate da un creditore, le cui allegazioni non possono non rientrare nella sua sfera di conoscibilità.

Se è pur vero la sovente riconosciuta terzietà del ruolo del curatore comporti che lo stesso non possa disporre del diritto in giudizio a mezzo di (più o meno *ficta*) *confessio* di fatti pregiudizievoli per la massa dei creditori o per il fallito<sup>61</sup>, ciò non di meno in sede di accertamento del passivo il curatore quale parte pubblica ha al pari del PM “ il dovere di non nascondere gli elementi di cui sia entrato in possesso per ragioni dell’ufficio esercitato (che è pur sempre quello di assicurare ai creditori la loro “par condicio”, senza avvantaggiarne ma anche danneggiarne alcuni), specie quando questi siano il risultato del concreto atteggiarsi del principio di vicinanza della prova”<sup>62</sup>. A fronte di questo suo preciso dovere, ritenere del tutto inoperante il principio di cui all’art. 115, comma 1, c.p.c. ci pare onestamente eccessivo ed in parte contraddittorio, soprattutto allorché la Suprema Corte, pur ribadendo il ruolo del curatore di parte “parte processuale diversa dal fallito medesimo”, riconosce che il curatore si ponga “nell’esercizio del diritto del fallito nella stessa posizione di quest’ultimo”<sup>63</sup>.

Non è quindi forse un caso che altre pronunce, sia di legittimità che di merito, si sono discostate da detto orientamento, sostenendo che “nel nuovo diritto fallimentare il curatore è principalmente una parte [...] che nel contraddittorio con il creditore istante s’imbatte – come tutte le parti – nell’operatività del principio di non contestazione, con riguardo alla formazione della prova delle pretese creditorie”<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Cass., 4 dicembre 2015, n. 24723, in *Fall.*, 2016, p. 553, con nota di TREN-  
TINI, *L’opposizione allo stato passivo, sua natura impugnatoria e varie questioni  
processuali*.

<sup>62</sup> Cass., 14 gennaio 2016, n. 535, ord., in *Diritto & Giustizia*, 2016, 31 agosto.

<sup>63</sup> Cass., 19 ottobre 2017, n. 24690, in *De Jure*, 2020.

<sup>64</sup> Cass., 14 gennaio 2016, n. 535, *cit.*; Cass., 6 agosto 2015, n. 16554, *cit.*;  
Trib. Bari, decr., 30 marzo 2015, in *expartecreditoris.it*; Trib. Napoli, decr., 22  
gennaio 2013, in *Dir. fall.*, 2014, p. 400, con nota di DE VITA, *L’onere della prova  
dei fatti costitutivi del credito nella verifica del passivo fallimentare*. In dottrina v.



6. *In particolare sul ruolo di terzietà del curatore.*

Le Sezioni Unite nella citata pronuncia del 2013<sup>65</sup> sono ritornate nuovamente ad occuparsi del ruolo di terzietà del curatore<sup>66</sup>, fondandola esclusivamente sulla estraneità del medesimo al negozio fonte

---

FABIANI, *Accertamento del passivo fallimentare e riforme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 476 ss. A sostegno di questa tesi parte della dottrina ha evocato la disposizione di cui all'art. 111 *bis* l.f. nella parte in cui esclude la necessità di sottoporre a verifica i crediti prededucibili "non contestati per collocazione e ammontare": DE VITA, *L'onere della prova dei fatti costitutivi del credito nella verifica del passivo fallimentare.*, cit., p. 42. Di contro è stato rilevato puntualmente come "l'osservazione non pare dirimente, perché per sua ratio la disposizione pare riferirsi soltanto ai crediti prededucibili sorti direttamente in capo alla massa dei creditori, rispetto ai quali non può predicarsi la terzietà del curatore che cumulativamente li rappresenta ed è, quindi, parte anche sostanziale dei relativi rapporti pare dirimente, perché per sua ratio la disposizione pare riferirsi soltanto ai crediti prededucibili sorti direttamente in capo alla massa dei creditori, rispetto ai quali non può predicarsi la terzietà del curatore che cumulativamente li rappresenta ed è, quindi, parte anche sostanziale dei relativi rapporti" (ANDRETTO, *L'efficacia probatoria degli estratti conto nella accertamento del passivo*, in *Fall.*, 2019, 2, p. 149). Ha evidenziato l'eccezionalità di tale previsione Cass., 7 gennaio 2016, n.118, in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 5 febbraio.

<sup>65</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

<sup>66</sup> Ruolo di terzietà in precedenza riconosciuto tra le altre da Cass., Sez. I, 26 luglio 2012, n. 13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970; Cass., Sez. VI, 6 giugno 2012, n. 9175, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, n. 748; Cass., Sez. I, 22 ottobre /2009, n. 22430, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 10, n. 1485. Sulla qualificazione del curatore come terzo o parte in relazione alla tipologia dei giudizi ed all'oggetto del contratto v. tra gli altri BERTI, *La posizione giuridica del curatore nell'accertamento del passivo*, in *Dir. econ.*, 1993, p. 453; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 240; MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 579; RICCI, *Sulla posizione del curatore nei giudizi concernenti la procedura fallimentare*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2819; TRENTINI, *Posizione del curatore nel procedimento di accertamento del passivo, con particolare riguardo alla questione dell'efficacia probatoria delle scritture prive di data certa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 213; MANFEROCE, *L'accertamento del passivo*, in Fabiani-Patti, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, p. 165.

del credito azionato<sup>67</sup>, senza soffermarsi particolarmente sulla tutela dell'interesse della massa da parte del curatore e sul c.d. conflitto tra creditori anteriori e successivi al fallimento<sup>68</sup> su cui si tornerà nel paragrafo seguente. È stato ivi precisato come la terzietà del curatore nella concreta fattispecie trovi sufficiente giustificazione nella sua totale estraneità dello stesso alle vicende negoziali fondanti le pretese creditorie fatte valere in sede di ammissione al passivo o nel successivo procedimento di opposizione.

Questo orientamento, oramai consolidatosi, favorisce notevolmente il fallimento ed in particolare il curatore, rendendo invero ardua dal punto di vista probatorio la posizione di quei creditori i quali non abbiano un titolo munito di data certa in base all'art. 2704 c.c.. Il problema non è di poco momento in sede processuale in quanto, come puntualmente rilevato dalla Suprema Corte, l'individuazione della qualità di parte o di terzo del curatore determina nella prima ipotesi l'applicabilità della meno favorevole disciplina (per il curatore) dell'art. 2702 c.c., mentre nella seconda ipotesi trova applicazione l'art. 2704 c.c. con i rigorosi limiti imposti in particolare dal primo comma nei confronti del creditore ,che proponga istanza di ammissione al passivo.

Ciò non dimeno, al di là dei tratteggi riconoscimenti di terzietà presenti nella giurisprudenza successiva alla pronuncia del 2013, riesce invero non sempre facile comprendere come, assegnata al curatore la "funzione di mero gestore del patrimonio del fallito"<sup>69</sup>, si possa poi prescindere del tutto dalle situazioni giuridiche soggettive

---

<sup>67</sup> È stato così ripreso un vecchio orientamento già fatto proprio da Cass., 3 giugno 1976, n. 1987, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 2132. In dottrina in termini analoghi già LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, p. 313 ss.. Secondo alcune pronunce di merito il ruolo di terzietà del curatore interverrebbe allorché espletati un'attività, come la verifica dei crediti, che il debitore non avrebbe mai potuto porre in essere: Trib. Verona, 29 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1992, p. 448; Trib. Roma, 20 dicembre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 294. In senso critico sul punto LO CASCIO, *Ancora sull'opponibilità della scrittura privata in sede di accertamento del passivo del fallimento*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2698.

<sup>68</sup> Questo aspetto aveva costituito uno di punti significativi della motivazione di Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

<sup>69</sup> Cass., 13 ottobre 2017, n.24168, in *De Jure*, 2020, che richiama Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

passive, che connotano quel patrimonio al pari di quelle attive. La gestione del patrimonio altrui, tra cui rientra anche quella del patrimonio del fallito, indubbiamente non ha nulla a che vedere con un fenomeno successorio (a titolo universale o particolare)<sup>70</sup>. Al pari del rappresentante (volontario o legale) o del titolare della *negotiorum gestio* il curatore non può essere annoverato tra i soggetti successori del fallito medesimo, attesa, tra l'altro, l'impossibilità di considerare il fallimento ed ancor meno i suoi organi come un nuovo soggetto di diritto, che subentri al fallito. Ciò però non significa che costui, pur avendo *ex art. 31 l.f.* "l'amministrazione del patrimonio fallimentare", sia necessariamente terzo nei confronti del fallito, titolare di detto patrimonio, e di coloro i quali con costui abbiano intrattenuto rapporti tra imprenditori<sup>71</sup>. A tacer d'altro pare innegabile che, a seguito ed in conseguenza della dichiarazione di fallimento, il potere di amministrare e di disporre dei beni del fallito, al pari della *cessio bonorum* (artt. 1977, 1979 e 1980 c.c.), transiti in favore degli organi della procedura.

Il concetto di "parte" e di "terzo" va rettamente inteso alla luce della generale previsione di cui all'art. 1372 c.c. Pare sul punto potersi condividere la tradizionale dicotomia tra "parte del negozio" e "parte del rapporto"<sup>72</sup> o – come è stato in séguito meglio precisato – tra "parte della fattispecie negoziale" e "parte del regolamento di

<sup>70</sup> Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.* Una parte della giurisprudenza a suo tempo si manifestò propensa a ritenere l'organo fallimentare come una sorta di successore nelle posizioni contrattuali del fallito: Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*; Cass., 26 marzo 1975, n. 1151, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, c. 468. In argomento v anche BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte e sul curatore-terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1980, p. 826 ss.

<sup>71</sup> Non pare fuor di luogo rilevare che, in disparte la necessità delle autorizzazioni del comitato dei creditori ai sensi dell'art. 35 l. f. e delle altre norme che la impongono nonché la ricorrenza di funzione di vigilanza da parte dello stesso comitato e del giudice delegato, il curatore a seguito delle riforme "non è più sotto ordinato ad alcun organo in grado di impartirgli una direttiva qualsivoglia" (così RICCI, *Note sugli organi del fallimento dopo le riforme*, in *Giur. comm.*, 2, 2008, p. 181ss.).

<sup>72</sup> Sulla dissociazione tra parte del negozio e parte del rapporto v. tra gli altri: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 265; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1983, p. 238.

interessi”<sup>73</sup>. Quest’ultima, al pari della prima, non rientra nel concetto di “terzo” per come previsto dalla già menzionata norma<sup>74</sup>. Invero non possono essere considerati terzi rispetto al negozio quei soggetti che sono “parti del rapporto”<sup>75</sup> a cui il negozio si riferisce, né – in altri termini – è a reputarsi estraneo al negozio chi non lo è alla “operazione”<sup>76</sup> o al “regolamento di interessi” ad esso sotteso, valutato nel suo complesso.

Sulla base di tali premesse si può convenire anche in relazione alla fattispecie disciplinata dall’art. 2704 c.c. che per terzo debba intendersi quel soggetto che, non avendo partecipato alla scrittura, né avendo assunto posizione giuridica di parte, sia titolare di un diritto di qualsivoglia natura, sostanziale o processuale, che possa venire pregiudicato dalla convenzione contenute nelle scritture private della cui data trattasi<sup>77</sup>. Occorre però precisare che la mancata partecipa-

---

<sup>73</sup> In questo senso, DONISI, *Il contratto con se stesso*, Camerino-Napoli, 1982, p. 45 ss. L’analisi viene effettuata con riguardo alla procura rilevando come il *dominus* non possa essere “degradato a mero destinatario degli effetti dell’atto compiuto dal cooperatore (come tradizionalmente si ritiene) dovendogli riconosce la posizione di gran lunga più pregnante di termine di riferimento dell’assetto di interessi programmato, quantunque non abbia assunto il ruolo di termine soggettivo della fattispecie». Sul punto, per il concetto di “parte del rapporto” cui il negozio si riferisce intesa come destinataria degli effetti, v. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 238. Per la nozione di terzo ai sensi dell’art. 2704 c.c., v. RIZZO, *Data, data certa*, cit., p.107.

<sup>74</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, p. 238; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 133; ID., *Il contratto con sé stesso*, cit., p. 45 ss.

<sup>75</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 238, il quale espressamente esclude dal novero dei “terzi” rispetto ai quali il contratto non può produrre effetto anche coloro per conto dei quali il contratto è concluso. Questi ultimi rispetto agli effetti del negozio sono “parti in senso sostanziale”.

<sup>76</sup> BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 220 ss., ed *ivi* altre citazioni in nt. 58. La dottrina è peraltro concorde nel ritenere che gli effetti del negozio presi in considerazione sono soltanto gli effetti diretti.

<sup>77</sup> Cass., 9 aprile 1979, n. 221, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1176; Cass., 25 febbraio 1975, n. 751, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1965; Cass., Sez. trib., 17 dicembre 2008, n.29451 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, c. 1787 e Cass., Sez. trib., 24 marzo 2017, n.7621, in *De Jure*, 2020, entrambe in tema di imposta di registro. In dottrina per

zione alla formazione dell'atto scritto non è da sola sufficiente a provare la terzietà, essendo necessario ed indispensabile la titolarità di una situazione indipendente ed incompatibile con quella che riviene dalla scrittura privata in uno con la ricorrenza di un interesse passibile di pregiudizio per effetto di quanto sancito nella scrittura<sup>78</sup>.

Alla luce di tali presupposti non pare poi scontata una costante terzietà del curatore nel momento in cui lo si riconosce "gestore" del patrimonio del fallito, a cui afferiscono i rapporti di natura sostanziale istaurati da quest'ultimo con i suoi creditori e/o aventi causa nonché le inerenti situazioni giuridiche soggettive, attive e passive<sup>79</sup>. Né in soccorso può giungere il *munus publicum*, di cui pure risulta investito il curatore, ed in particolare il suo ruolo di "ausiliario" del giudice ed in quanto tale *super partes* o comunque, in quanto pubblico ufficiale, deputato alla tutela di interessi diversi da quelli privati presenti nella procedura fallimentare<sup>80</sup>. Indubbiamente la riforma del 2006, ha determinato un sensibile depotenziamento del

---

tutti BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 265 ss. Secondo altri il curatore sarebbe terzo già solo per il fatto di essere soggetto diverso dalle parti del negozio da cui è scaturito il credito oggetto di controversia (Cass., 3 giugno 1976, n. 1987, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 2132; LASERRA, *La scrittura privata*, cit., p. 313 ss.).

<sup>78</sup> COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 333.

<sup>79</sup> La distinzione tra parte formale e parte sostanziale è stata talvolta rilevata dalla stessa Suprema Corte, in tema di simulazione con riguardo all'art. 1417 c.c., preferendo condivisibilmente un approccio funzionale alla fattispecie. È stato in quest'ottica ritenuto parte in senso sostanziale e non terzo "il promissario acquirente dell'interponente di una precedente compravendita simulata, il quale intenda far valere, impugnando per simulazione il relativo contratto, che il proprio dante causa, pur non essendo formalmente intestatario del bene compromesso in vendita, lo aveva realmente acquistato, celandosi dietro l'interposto" (Cass., 25 giugno 2012, n. 10592, in *Giust. civ.*, 2012, 9, I, p. 1990). Si è rilevato nell'occasione come costui, pur non essendo partecipe della simulazione, non potesse non patire le conseguenze che l'interposizione fittizia comportava per il suo dante causa, attesa la "situazione di convergenza sostanziale di interessi, in quanto il primo deriva e ripete in tutto la propria posizione dal secondo". In termini v. anche Cass., 21 ottobre 1994 n. 8638, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 3089, con nota di COSTANZA, *L'interposizione fittizia e la sua prova: brevi considerazioni*.

<sup>80</sup> Trib. Lecce, 16 maggio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 32, con nota di MASSARO, *La posizione del curatore nel procedimento di formazione dello stato passivo*; PA-

ruolo del giudice delegato a tutto favore del curatore, la cui responsabilità quale pubblico ufficiale risulta significativamente incrementata<sup>81</sup>, il che sotto tale profilo potrebbe costituire un ulteriore argomento per sostenere la terzietà del curatore. In contrario però si era già a suo tempo condivisibilmente evidenziato che il carattere pubblicistico dell'organo non connota la sua posizione rispetto all'attività negoziale posta in essere dal debitore prima del fallimento, ma impone al curatore un *agere* nel rispetto dei criteri dettati dalla legge a prescindere dal perseguimento o meno nel contempo, di interessi particolari<sup>82</sup>.

Tuttavia, non pare potersi trarre argomento contrario alla terzietà del curatore dalla circostanza, pure evidenziata in giurisprudenza, secondo cui l'inopponibilità degli atti privi di data certa comporterebbe "l'esclusione dal concorso di quei crediti per mancanza di formalità dalle quali l'impresa di norma, e legittimamente, rifugge per antieconomicità del mezzo rispetto al fatto gestionale di impresa"<sup>83</sup>. In contrario va rilevato come il vigente codice civile, non riproponendo la disposizione di cui all'art. 55 dell'abrogato codice di commercio con riferimento agli atti "atti e contratti commerciali" che, in deroga all'art. 1327 c.c. 1865<sup>84</sup>, corrispondente all'attuale art. 2704 c.c., prevedeva il regime della libera ricerca della data, abbia inteso assoggettare alla regola della data certa anche gli atti relativi all'attività di impresa.

---

JARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1991, p. 226; ZAPPAROLI, *Introduzione allo studio sul "contraddittore fallimentare"*, Milano, 1961, p. 99. In senso contrario Cass., 13 agosto 1992, n. 9552, *cit.*

<sup>81</sup> V. in argomento MINUTOLI, *La nuova verifica del passivo ed il potere di condizionamento sul giudice delegato della non contestazione del curatore*, in *Fall.*, 2007, p. 601.

<sup>82</sup> Così DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 53, nt. 34.

<sup>83</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

<sup>84</sup> L'art. 1327 c.c. del 1865 conteneva una disposizione in tutto simile all'art. 2704 c.c. vigente. Nella Relazione Pisanelli al richiamato codice civile in riferimento all'art. 1327 si legge "tale regola si applica alle scritture contenenti trasmissioni di diritti reali, o simili nei loro effetti ai diritti reali, e che devolsi ritenere come terzi coloro che contrattarono sulla stessa cosa, colla persona che fece la trasmissione".

Pare di contro potersi convenire che l'art. 2704 c.c., in uno con le altre disposizioni che esigono la certezza della data, non sono destinate a tutelare qualsivoglia terzo genericamente inteso, ma solo quei terzi che risultino titolari di un particolare interesse rispetto al contratto in relazione al quale si pretenda di individuare la collocazione cronologica<sup>85</sup>. In questo senso la terzietà del curatore, prescindendo dalla funzione esercitata in sé considerata da un punto di vista statico e va individuata alla luce dell'interesse tutelato dal suo agire in quello della massa dei creditori, individuandone in relazione a quest'ultimo di volta in volta la prevalenza o meno in ipotesi di diversi interessi compresenti: altri creditori ed aventi causa del fallito ed il fallito medesimo.

A diverse conclusioni occorre giungere quando il curatore agisca per conseguire l'adempimento di un'obbligazione facente capo ad un soggetto che abbia stipulato un contratto con l'imprenditore successivamente dichiarato fallito, esercitando un'azione rinvenuta nel patrimonio del fallito medesimo, a tutela di un interesse a lui direttamente riconducibile. In tali casi il curatore non agisce nella veste di terzo in sostituzione dei creditori al fine della ricostruzione del patrimonio originario del fallito, ma, traendo giovamento i medesimi dalla sua iniziativa, si pone nella stessa posizione sostanziale e processuale del fallito, quale sarebbe stata anche se il fallimento non fosse stato dichiarato, al fine di far entrare nel suo patrimonio azioni, che gli competevano già prima della dichiarazione di fallimento e che sono indipendenti dal dissesto successivamente verificatosi. Ne consegue che in siffatta ipotesi la controparte ben possa opporre al curatore, questa volta *utente iuribus* del fallito, le stesse eccezioni, che avrebbe potuto opporre al fallito, nonché le prove documentali da quest'ultimo provenienti, senza i limiti di cui all'art. 2704 c.c.<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 93 ss.

<sup>86</sup> Tra le tante: Cass., Sez. un., 11 maggio 1982, n. 2923, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1561; in *Giust. civ.*, 1982, I, p.1726; in *Giur. it.*, 1982, I,1, c. 1142; Cass., 18 agosto 1998, n. 8143, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, n. 1724; più di recente Cass., 14 febbraio 2019, n.4312, in *De Jure*, 2020, che, pur rilevando come la massa dei creditori pure si giovi del risultato utile in tal modo perseguito, dal curatore, quest'ultimo allorché agisca in giudizio per ottenere l'adempimento di un contratto stipulato dall'imprenditore prima del fallimento" rappresenti «il fallito, spossessato, nella cui posizione giuridica egli subentra, e dei cui diritti si avvale. Ne deriva

7. *Segue: la terzietà del curatore e rapporti con e tra creditori fallimentari.*

Ulteriore profilo rispetto la terzietà del curatore merita uno specifico approfondimento è con riguardo al rapporto che viene a crearsi con e tra creditori fallimentari, reso problematico dal particolare ruolo del curatore che agisce nell' nell'interesse della massa dei creditori del fallito.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto che il curatore, ai fini della determinazione dei limiti di opponibilità ad essi delle scritture private delle quali non sia autenticata la sottoscrizione di cui all'art. 2704, comma primo, c.c., non assumerebbe la qualità di terzo, allorché in sede di verifica dei crediti, contesti l' anteriorità del credito rispetto all'instaurazione della procedura concorsuale. Ciò in quanto la sua qualità di terzo sarebbe configurabile solo nelle diverse ipotesi in cui eserciti l'azione revocatoria o l'azione di simulazione<sup>87</sup>. Da ciò si trarrebbe la logica conseguenza che la prova della detta anteriorità, in sede di verifica, non sia soggetta alle limitazioni fissate dalla disposizione in questione, "ma può essere fornita con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova"<sup>88</sup>. In buona sostanza ai fini dell'applicabilità della disciplina della data certa prevista dall'art. 2704, comma primo, c.c., non assumerebbero la qualità di terzi i creditori del fallimento, in quanto questi ultimi si troverebbero tra loro in posizione paritaria, salve le cause legittime di prelazione, in un rapporto che non è di conflitto, in senso tecnico, ma di concorso<sup>89</sup>. Tale assunto riceverebbe ulteriore conferma dalla circo-

---

che, in tal caso, il curatore non è terzo e non può invocare l'inopponibilità ad esso delle pattuizioni del contratto dissimulato intervenuto tra le parti sol perché il documento, recante la prova della simulazione relativa, è privo di data certa *ex art. 2704 c.c. anteriore al fallimento*».

<sup>87</sup> Vedi sul punto in giurisprudenza tra le altre Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*; Cass., 10 dicembre 2003, n.18824, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1205, in tema di data certa della controdedicazione; Cass., Sez. II, 9 agosto 2019, n. 21253, in *De Jure*, 2020.

<sup>88</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

<sup>89</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*



stanza che essendo il procedimento fallimentare *naturaliter* destinato ai creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento e postulandosi perciò stesso i creditori concorrenti tutti ed egualmente come anteriori, non sarebbe per l'appunto ipotizzabile fra di loro un conflitto, ma solo un concorso. Sulla base di tali premesse si è ritenuto che la prova della detta anteriorità in sede di verifica, possa essere fornita, al di fuori dei rigori di cui alla citata norma, con le modalità dimostrative consentite da ciascuna fattispecie, secondo i criteri normali di attuazione dell'onere della prova<sup>90</sup>.

Sulla stessa scia parte della dottrina, pur riconoscendo la ricorrenza di interessi contrastanti tra i creditori, ha posto in dubbio la stessa configurabilità di un conflitto giuridico tra creditori. Ciò in quanto nella concreta fattispecie l'esclusione di un creditore dal concorso non determinerebbe l'ammissione dell'altro, come invece dovrebbe accadere in ipotesi di vero e proprio conflitto giuridico<sup>91</sup>. Ricorrerebbe invece una situazione di conflitto di mero fatto.

Le pretese dei creditori, dunque, essendo dirette esclusivamente nei confronti del debitore (fallito), correrebbero tra di loro parallele senza dar luogo ad un conflitto di diritti<sup>92</sup>. La stessa limitazione di capienza del singolo credito ammesso in questo contesto, lungo da generare un significativo contrasto destinato a far emergere la posizione di terzietà di ciascun creditore (anteriore) verso l'altro è vista come una mera conseguenza della coesistenza di più diritti di credito.

Di contro la Suprema Corte a sezioni unite già nel 1990, aveva sostenuto che in sede di formazione dello stato passivo con riguardo alle scritture private che documentano i crediti insinuati si applichi la regola della certezza della data, ai sensi del comma primo dell'art. 2704 c.c.. Detta regola il curatore può far valere sia nella fase della

---

<sup>90</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.*

<sup>91</sup> SCOGNAMIGLIO, *In tema di data certa e di insinuazione dei crediti cambiari nel fallimento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, I, p. 793, che evoca la fattispecie di più acquirenti da uno stesso dante causa.

<sup>92</sup> In dottrina la tesi è stata sostenuta, tra gli altri, dal SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1954, p. 106 ss.

verifica, che in quella dell'opposizione<sup>93</sup>. La genesi normativa del conflitto fra più creditori del medesimo debitore in sede concorsuale è stata dalla Suprema Corte individuata nell'art. 44 l.f., riservando la suddetta previsione i beni del fallito "a favore dei creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento" e precludendo, di contro, ai creditori posteriori la "possibilità di affermare il proprio diritto al concorso (ex art. 2740 c.c.)". L'affermata opponibilità ai creditori degli atti compiuti dal fallito" solo se compiuti prima della dichiarazione di fallimento" comporta che questa categoria di creditori, attestata secondo le Sezioni unite in posizione di terzietà rispetto ai suddetti atti, possa giovare della tutela apprestata dal successivo art. 52 l.f.. La norma in parola, quale prevede che il fallimento apra il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, andrebbe per l'effetto letta secondo la citata giurisprudenza, "come se dicesse: "apre il concorso dei creditori anteriori"<sup>94</sup>. Conseguentemente, posta la questione in questi termini, diviene ineluttabile l'insorgere tra i creditori anteriori e quelli posteriori al fallimento di un vero e proprio "conflitto giuridico", che ha poi modo di manifestarsi sia in sede di formazione della massa passiva che di opposizione ed impugnazione<sup>95</sup>. Tale conflitto in sede di verifica o di opposizione allo stato passivo comporta poi che la scrittura privata, allegata a comprova di un credito sia "soggetta, rispetto agli altri creditori, in qualità di terzi, alle regole dettate dall'art. 2704, comma 1, c.c. in tema di certezza e computabilità della data"<sup>96</sup>. Tali regole ben possono, a parere delle Sezioni unite, essere fatte valere dal curatore o dal commissario nell'interesse della massa.

Sempre in giurisprudenza, nel solco segnato dalle Sezioni unite, si è rilevato come la situazione di contrasto che si determina tra i creditori del fallito in sede di formazione dello stato passivo non sia di mero fatto. Essa attiene non soltanto all'entità delle quote di riparto, ma incide anche "sul riconoscimento del diritto di partecipare

---

<sup>93</sup> Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*; Cass., Sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4213, *cit.*

<sup>94</sup> Negli stessi termini successivamente: Cass., 14 ottobre 2010, n. 21251, in *De Jure*, 2020; Cass., 8 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 656.

<sup>95</sup> Così Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

<sup>96</sup> Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*

al concorso, ed instaura – conseguentemente – un conflitto giuridico tra due categorie di creditori, non dissimile da quello che si determina, nella esecuzione individuale, fra creditori tempestivi e creditori tardivi, e che si ritrova fra creditori intervenuti e creditori muniti di causa di prelazione successiva al pignoramento. Ciò vale a giustificare – pertanto – “nei loro reciproci rapporti, l’applicabilità dell’art. 2704 c.c.”<sup>97</sup>. Si è poi soggiunto, condivisibilmente, che non si possono considerare tutti i creditori aprioristicamente come anteriori al fallimento per espungerne una posizione di conflitto, ma occorra proprio stabilire ai fini del concorso sull’attivo quali siano i creditori “anteriori”. Qualora tale dimostrazione si voglia dare attraverso una prova documentale sarà ineludibile l’applicazione del criterio di cui all’art. 2704 c.c. per stabilire l’anteriorità o meno del negozio sui cui si fonda la pretesa del creditore rispetto alla dichiarazione di fallimento<sup>98</sup>.

La tesi del conflitto giuridico tra il curatore, portatore degli interessi dei creditori anteriori al fallimento, e coloro che presentano domanda di insinuazione al passivo era stata già in precedenza autorevolmente sostenuta dalla dottrina<sup>99</sup>. Essa rinviene il suo fondamento nella circostanza che l’ammissione al passivo di ciascun creditore, avuto riguardo alla scontata insufficienza del patrimonio del debitore insolvente, è destinata a pregiudicare *ex se* i diritti di credito degli altri concorrenti. Nell’occasione non si è trascurato di evidenziare come la necessità di applicare la regola della data certa di cui all’art. 2704 c.c. costituisca il presupposto della contestazione operata dal curatore e non già l’effetto. Conseguentemente in tanto il curatore

---

<sup>97</sup> Cass., 6 maggio 1998, n. 4551, in *Fall.*, 1999, p. 375.

<sup>98</sup> Così AMBROSINI, *Data certa e fallimento*, cit., p. 376.

<sup>99</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit. p. 109 ss. e 120 ss.

può contestare l'antiorità del credito rispetto al fallimento in quanto appunto è terzo<sup>100</sup> *utendo iuribus* dei creditori<sup>101</sup>.

Pertanto proprio la coesistenza di più diritti di credito nella fase di realizzazione coattiva determina, in ipotesi di incapienza, una situazione di incompatibilità e quindi di conflitto tra i titolari degli stessi, che non può essere esorcizzata relegando il mancato soddisfacimento del singolo credito concorrente a mera conseguenza del concorso e non già ad espressione del potenziale conflitto sempre esistente tra i creditori del fallito. Non può invero negarsi dunque che i creditori anteriori e concorrenti, cui l'ordinamento attribuisce il diritto di opporsi alla partecipazione al concorso e quindi all'ammissione al passivo dei crediti sorti successivamente alla dichiarazione di fallimento, si abbiano a qualificare come terzi, ai sensi dell'art. 2704 c.c., rispetto ai rapporti intercorsi tra il fallito ed i singoli creditori ed agli atti sui quali questi ultimo fondino la loro pretesa all'ammissione al passivo<sup>102</sup>.

Il relegare quindi il curatore nella posizione di terzo solo nell'ipotesi in cui egli agisca in revocatoria<sup>103</sup> e/o con l'azione di simulazione<sup>104</sup> appare operazione ermeneutica poco comprensibile, sol che si consideri che, se il presupposto della legittimazione del curatore in tali casi vada rinvenuto nell'esigenza di tutela da incidenze negative sul patrimonio fallimentare, eguali ragioni presie-

---

<sup>100</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 55, nt. 34. Ritengono invece che la qualità di terzo del curatore sorga a seguito della contestazione avverso la richiesta di ammissione al passivo, tra gli altri: MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle inopponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 579; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, cit., p. 240.

<sup>101</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 52, nt. 34.

<sup>102</sup> V. sul punto Cass., Sez. VI, 8 novembre 2010, n. 22711, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 656. In dottrina v. PAGNI, *Esecutività dello stato passivo ed efficacia preclusiva*, in *Fall.*, 2010, p. 1380 s.

<sup>103</sup> Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, n.1110, in *Fall.*, 1995, p. 927; Trib. Milano, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 534, in *Redazione Giuffrè*, 2015.

<sup>104</sup> Tra le altre v. Cass., Sez. I, 28 gennaio 2008, n.1759, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1, n. 97; Cass., Sez. I, 6 settembre 2006, n.19136, in *Foro it.* 2007, 4, I, c. 1141.

dono all'operato del curatore in sede di verifica dei crediti e di opposizione<sup>105</sup>. Pertanto, il curatore, cui compete la tutela collettiva dell'interesse della massa dei creditori, viene a trovarsi anche per questa ragione nella posizione di terzo nell'attività di controllo dell'opponibilità dei singoli crediti ai sensi dell'art. 44 l. f., con l'ulteriore conseguenza che il conflitto in questione debba essere disciplinato dalla disposizione di cui all'art. 2704, comma primo c.c.<sup>106</sup>.

#### 8. *Terzietà, documento e negozio documentato.*

Passando poi ad esaminare con riferimento a quale situazione debba qualificarsi la terzietà, l'orientamento prevalente in giurisprudenza ed in dottrina è propenso a riconoscere che la regola della data certa di cui all'art. 2704 c.c. riguarda solo il documento<sup>107</sup> e non già

<sup>105</sup> Sul punto vedasi AMBROSINI, *op. ult. cit.*, p. 379; Trib. Lecce, 16 maggio 1988, in *Fall.*, 1989, p. 321.

<sup>106</sup> Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.*; Cass., 5 maggio 1992, n. 5294, in *Fall.*, 1992, p. 102 in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2685. Sulla qualità di terzo del curatore in sede di verifica dei crediti e di opposizione vedi tra le tante Cass., Sez. I, 18 gennaio 2019, n.1389, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 21 gennaio con nota di TARANTINO, *Ammissione di un credito nello stato passivo: indispensabile la data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento*; Cass., Sez. I, 26 luglio 2012, n.13282, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 970; Cass., 22 novembre 2007, n. 24320, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, n. 11; Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 6 maggio 1998, n. 4551, in *Fall.*, 1999, p. 375; Cass., 26 giugno 1996, n. 5920, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 33; Cass., 2 aprile 1996, n. 3050, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, n. 489; in *Fall.*, 1996, p. 984; Cass., 5 marzo 1994, n. 2188, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 168, con nota di ROZZI; Cass., Sez. un., 28 agosto 1990, n. 8879, *cit.* In dottrina tra gli altri LIMITONE, *Data certa*, *cit.*, p. 379; AMBROSINI, CAVALLI, JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, XI, t. 2, Padova 2009, p. 566; TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino 2009, p. 957; BONFATTI, CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova 2009, p. 356.

<sup>107</sup> Nel nostro codice civile non è rinvenibile una definizione di documento malgrado il termine risulti presente in varie disposizioni (v. artt. 736, 1262, 1477, 2235, 2961 c.c.) Sulla natura giuridica e funzione del documento in termini generali e senza pretese di completezza: CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova. 1941; CARNELUTTI, *Documento (Teoria moderna)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 86 ss., p. 85; GUIDI, *Teoria Giuridica del documento*, Milano, 1950; MO-

il negozio documentato Non è mancato però chi invero ha sostenuto che il riconoscimento della data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. attinga tanto all'estrinseco del documento, ossia al materiale cartaceo "contenente", quanto al suo contenuto, ossia all'atto giuridico documentato, salva la prova specifica e positiva, a carico del terzo, della redazione del contenuto della scrittura in un momento posteriore a tale data<sup>108</sup>. Ciò in quanto altrimenti si giungerebbe alla conclusione paradossale di rendere inoperante una "prova forte", quale è la scrittura, per mancanza di certezza di data, sgombrando il campo ad una "prova debole", quale è prova per testi o per presunzioni.

Cercando di fare chiarezza sul punto cominciamo con il dire che tutti i fatti elencati nell'art. 2704 c.c. presentano, però, una caratteristica comune<sup>109</sup>, che consiste nell'idoneità a dimostrare, in modo oggettivo e con pari certezza, che il documento è stato sottoscritto anteriormente al verificarsi dei fatti medesimi. Questo dato sembra confermare ulteriormente la regola secondo cui la data certa fissata dall'art. 2704 c.c. concerne esclusivamente l'opponibilità a terzi della scrittura e non anche l'opponibilità dell'atto documentato.

Logico corollario del suddetto principio è che la prova del negozio e della sua anteriorità rispetto al fallimento può sempre essere fornita, indipendentemente dal documento inopponibile, con tutti gli

---

RELLO, *Sottoscrizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino 1978, p. 1003 ss.; ANGELICI, *Documentazione e documento*, Diritto civile, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 3 ss.; PATTI, *Documento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, 1991 p. 1 ss.

<sup>108</sup> App. Cagliari, 8 marzo 1986, in *Riv. giur. Sarda*, 1988, p. 352; Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, *cit.* In dottrina in questo senso CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 772; BENINCASA, *Inopponibilità al fallimento degli atti privi di data certa*, in *Giust. civ.* 1965, I, p. 838 ss.; DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 100 ss. Sulla distinzione tra documento e dichiarazione, v. sempre CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 134 ss., dove si chiarisce come lo scrivere sia forma di una dichiarazione, mentre lo scritto rappresenta il documento della dichiarazione: "L'evitar la confusione tra i due termini è una vera necessità logica, poiché la dichiarazione (negozio) è un atto, il documento è un oggetto il requisito formale della dichiarazione non è punto il documento, ma la formazione del documento; in altri termini ciò che importa per la forma è lo scrivere (atto), ciò che importa per la prova è lo scritto (oggetto)".

<sup>109</sup> OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro postale "in corso particolare" e data certa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, 4, p. 378, in nota a Trib. Milano, 15 marzo 1999.

altri mezzi consentiti, anche nei confronti dei terzi e, quindi del curatore, salve, però, le normali limitazioni derivanti dalla natura e dall'oggetto del rapporto<sup>110</sup>. Pertanto, pur in difetto della prova della data certa di un documento da far valere nei confronti del curatore del fallimento a fondamento di una ragione di credito, è possibile ricorrere alla prova testimoniale del negozio, ogni qualvolta il rapporto giuridico, dal quale il credito trae origine, sia compatibile con tale mezzo probatorio<sup>111</sup>.

In altra prospettiva si pone il problema dell'opponibilità verso i terzi del negozio giuridico documentato: per opporre ai terzi l'atto contenuto nella scrittura è necessaria l'esistenza dell'atto medesimo alla data del documento accertata nei modi di cui all'art. 2704 c.c.<sup>112</sup>. Per l'effetto esso trova soluzione differente a seconda del differente grado di certezza proprio dei fatti indicati nell'art. 2704 c.c.<sup>113</sup>.

Se la certezza della data risulta da fatti cd. "attestativi", il negozio giuridico sarà senz'altro opponibile ai terzi, in quanto tali fatti sono idonei ad accertare che, alla data della registrazione o della riproduzione in atto pubblico, la scrittura conteneva anche la dichiarazione. Invero i fatti cd. attestativi, in quanto caratterizzati dall'intervento di un pubblico ufficiale, producono risultati maggiori in termini di certezza della scrittura privata, rispetto a quelli prodotti dai fatti materiali pure previsti dal primo comma dell'art. 2704 c.c.: essi offrono certezza non solo in ordine alla data del documento, ma anche in ordine al suo contenuto. Analoga soluzione deve essere accolta in

---

<sup>110</sup> Cass., 5 luglio 1958, n. 2424, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 594; Cass., 15 dicembre 1999, n. 14069, in *Giust. civ. Mass.* 1999, n. 2536; App. Milano, 4 ottobre 1983, in *Fall.*, 1984, p. 479; Cass., 6 aprile 1983, n. 2427, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1694; App. Milano, 21 ottobre 1980, in *Arch. civ.*, 1980, p. 1070; più di recente Cass., 16 novembre 2018, n. 29614, in *Guida dir.*, 2019, 11, p. 43, secondo cui «l'inopponibilità per difetto di data certa ex articolo 2704 del codice civile, non riguarda il negozio, ma la data della scrittura prodotta, sicché 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»; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2319, in *Guida dir.*, 2016, 17, p. 50.

<sup>111</sup> Trib. Milano, 30 maggio 1985, in *Fall.*, 1985, p. 1191; Cass., 5 febbraio 2016, n. 2319, *cit.*

<sup>112</sup> In tal senso DOLMETTA, *La data certa*, *cit.*, p. 165.

<sup>113</sup> OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro particolare*, *cit.*, p. 379.

relazione a tutti quegli altri eventi che, al pari dei fatti attestativi, danno certezza non solo in ordine alla data, ma anche in ordine all'esistenza, a quella data, del negozio (ad esempio il deposito presso pubblici uffici dell'atto<sup>114</sup>).

Quanto invece all'efficacia probatoria di fatti materiali o equipollenti<sup>115</sup>, che rendono certa soltanto la data del documento, il problema dell'opponibilità ai terzi del negozio si pone. Invero il riconoscimento dell'opponibilità a terzi del negozio giuridico in presenza di fatti "non attestativi" pare una contraddizione in termini poiché, come detto, tali fatti rendono certa soltanto la data del documento e non anche l'esistenza del negozio alla data accertata.

Il problema è stato risolto in vario modo. Alcuni hanno invocato una presunzione di contemporaneità della data e del contenuto della scrittura superabile con la prova contraria a carico dei terzi che, altrimenti, vedrebbero opporsi l'efficacia negoziale del documento<sup>116</sup>.

Altri, muovendo dalla distinzione tra *dichiarazione* e *rappresentazione* del negozio, hanno osservato come la paternità della dichiarazione si desuma dalla sottoscrizione in calce al documento rappresentativo della dichiarazione stessa, a prescindere da ogni considerazione di una effettiva conoscenza da parte del sottoscrittore del contenuto del documento da lui sottoscritto<sup>117</sup>. Sulla base di tali premesse si è ritenuto<sup>118</sup> che la dichiarazione negoziale, fuori dall'ipotesi dell'abuso di "biancosegno", anche se riprodotta su documento sottoscritto in bianco dopo la morte o la sopravvenuta impossibilità di sottoscrivere del soggetto, sia comunque riferibile al soggetto stesso e, dunque, (la dichiarazione) non può non essere anteriore alla firma. In giurisprudenza il problema si è posto soprattutto con riguardo al timbro postale ed alla circostanza che lo stesso non formi o meno corpo unico con la scrittura, eventualmente stesa sull'altra facciata e che dunque potrebbe essere suscettibile di formazione in

---

<sup>114</sup> In relazione al deposito della quietanza di pagamento presso gli uffici comunali, che conferisce data certa all'esistenza del documento, v. Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 24867, in *De Jure*, 2020.

<sup>115</sup> Sui fatti equipollenti si rinvia al § successivo.

<sup>116</sup> V. tra gli altri COMOGLIO, *Le prove*, cit., p. 348.

<sup>117</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 164.

<sup>118</sup> DOLMETTA, *La data certa*, cit., p. 164.



un momento diverso e successivo rispetto a quello dell'apposizione del timbro postale sul plico<sup>119</sup>.

Prendendo le mosse dal riferimento testuale dell'art. 2704 c.c. agli altri fatti che stabiliscono “in modo egualmente certo l'antiorità del documento”, riteniamo che la certezza dei fatti equivalenti, come quella dei fatti materiali, riguardi esclusivamente l'antiorità della scrittura e non anche l'esistenza della dichiarazione negoziale<sup>120</sup>. A favore di tale interpretazione milita il dato testuale dell'art. 2704 c.c., ove l'inopponibilità è riferita esclusivamente alla “data della scrittura della quale non è autenticata la sottoscrizione”, così manifestando legislatore il chiaro intento di preoccuparsi non già del contenuto (negozio documentato), ma di una parte del contenente (documento) e della sua computabilità riguardo a terzi in genere e, per quel che ci occupa, al fallimento in specie<sup>121</sup>. Il tempo di “formazione” quindi potrà essere dimostrato verso i terzi soltanto facendo riferimento ai fatti indicati nell'art. 2704 c.c., e cioè a fatti oggettivi e sottratti alla libera disponibilità delle parti, stante il rischio di fraudolente antidatazioni. Alla data certa del documento stabilita nei modi dell'art. 2704 c.c. consegue, poi, come un effetto, l'opponibilità a terzi del negozio giuridico, a meno che dall'esame complessivo di tutte le circostanze del caso concreto non risulti ragionevolmente che, alla data accertata, il documento non conteneva la dichiarazione negoziale.

#### 9. La nozione di “fatto idoneo” a stabilire l'antiorità del documento.

Il rigore della disposizione di cui all'art. 2704, comma 1, c.c. nell'indicare una serie di fatti di non discutibile attendibilità per un verso attestativi (le registrazioni, le riproduzioni in atti pubblici) per

<sup>119</sup> Sul punto v. in seguito § successivo.

<sup>120</sup> OLIVIERI, *Osservazioni in materia di timbro particolare*, cit., p. 378.

<sup>121</sup> In dottrina in questi termini vedi tra gli altri: CATENACCI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 124 ss.; DE FERRA, *Inopponibilità ai creditori concorrenti delle scritture prive di data certa*, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 601; RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, I, Napoli, 1974, p. 265; DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito*, cit., p. 237. In giurisprudenza: Cass., 7 ottobre 1963, n. 2664, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 123; Cass., 4 febbraio 1981, n. 748, in *Giur. comm.*, 1981, II, p. 572.

altro verso materiali (la morte o la sopravvenuta impossibilità fisica), che rendano certa l'individuazione della data del documento, risulta mitigato significativamente dall'introduzione nello stesso comma di una clausola, che riconosce attendibilità equipollente in ordine alla certezza della data alla verifica in quel giorno di "un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento"<sup>122</sup>.

La categoria degli equipollenti, non presente nel codice civile del 1865, è stata introdotta dal legislatore del 1942 allo scopo di conciliare l'esigenza di protezione dei terzi con quella di libertà dei traffici. Per tale motivo il legislatore non ha elencato puntualmente i fatti "equipollenti", ma, ha preferito lasciare al giudice il compito di verificare, caso per caso, se ad un fatto, prospettato in giudizio e non contemplato dalla legge, possa riconoscersi la stessa efficacia probante dei fatti espressamente previsti. Ciò nondimeno, per evitare abusi interpretativi, il legislatore ha stabilito che il giudice possa considerare "equipollenti" soltanto quei fatti che sono in grado di offrire una certezza pari a quella propria dei fatti nominati.

La chiara lettera della norma ha determinato il formarsi della pacifica opinione secondo cui l'elencazione operata dalla prima parte primo comma dell'art. 2704 c.c. abbia carattere squisitamente esemplificativo e non tassativo, essendo consentito all'interprete di stabilire, volta per volta, se ad un dato fatto possa riconoscersi la stessa efficacia probante di quelli previsti<sup>123</sup>. In effetti, come è stato pun-

---

<sup>122</sup> Seguendo la nota definizione di DOLMETTA, *La data certa*, cit. p.159, i fatti che rendono certa la data possono essere suddivisi, in fatti nominati ("le registrazioni, le riproduzioni in atti pubblici, la morte e la sopravvenuta impossibilità fisica di sottoscrivere") e fatti non nominati (c.d. "equipollenti"), definiti questi ultimi come quegli altri fatti ugualmente idonei a stabilire con certezza la data della scrittura privata.

<sup>123</sup> Cass., 10 luglio 1980, n. 4427, in *Rep. foro it.*, 1981, *Prova documentale*, c. 2319, n. 19; Cass., 20 luglio 2000, n. 9539, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1580; Cass., 26 giugno 1998, n. 6314, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, n. 1400; Cass., Sez. I, 8 novembre 2006, n. 23793, in *Giust. civ.*, 2007, 6, I, p. 1387; Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n. 23425, in *De Jure*, 2020; Cass., 15 marzo 2018, n. 6462, in *De Jure*, 2020. In dottrina tra gli altri LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del*

tualmente osservato, appare di difficile verifica un'equipollenza del fatto tale da "possedere un grado di intrinseca efficacia probante pari a quello dei fatti tipizzati nell'art. 2704 c.c."<sup>124</sup>. Nella piena consapevolezza di ciò parrebbe il legislatore abbia voluto, in deroga al principio della libera valutazione delle prove da parte del giudice<sup>125</sup>, vincolare l'interprete ad una "selezione rigorosa del materiale probatorio fornito dalle parti"<sup>126</sup>.

La Suprema Corte in quest'ottica ha posto un limite al principio del libero convincimento nella valutazione dell'equipollenza allorché ha più volte statuito che, in presenza di una scrittura privata non autenticata, la dimostrazione della sua opponibilità al fallimento presupponga la prova da parte dell'istante di un fatto idoneo a dedurne l'anteriorità, escludendo la possibilità di indurre un apprezzamento del giudice in termini di mera verosimiglianza della data apposta sul documento<sup>127</sup>. Appare sotto tale profilo condivisibile l'inammissibilità di prove per presunzioni o per testi, che siano direttamente vertenti sulla certezza della data medesima<sup>128</sup>. In questi termini i "fatti idonei" non possono essere individuati in circostanze indiziarie o

---

*documento*, cit. p. 188 s., secondo cui dai fatti indicati nell'art. 2704 c.c. «si deduce non già la data in cui il documento fu redatto, bensì il giorno rispetto al quale è certa l'anteriorità della formazione del documento: ed è appunto da questo giorno che la data diventa certa e computabile riguardo ai terzi, ossia si considera "come se fosse" quella nella quale il documento si è formato, tanto che si è parlato di *factio iuris*» (ivi, nt. 62).

<sup>124</sup> Così DI MARCELLO, *Problemi di data certa nel fallimento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, 2, p. 199 ss., in nota a Trib, Milano, 30 giugno 2003. Esistono, tuttavia, dei fatti equipollenti ai quali è stata riconosciuta un'efficacia probatoria più ampia. È il caso, ad esempio, dei documenti ritualmente depositati in cancelleria nel corso di un processo ai quali si è riconosciuto valore di prova sia della data dello scritto sia dell'esistenza a quella data della dichiarazione in esso contenuta. V. Trib Milano, 7 aprile 1986, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 486.

<sup>125</sup> Sul tema in termini generali v. PATTI, *La disponibilità delle prove*, cit., p. 75 ss.

<sup>126</sup> DI MARCELLO, *Problemi di data certa nel fallimento*, cit. p. 204.

<sup>127</sup> Da ultimo tra le altre Cass., Sez. III, 3 agosto 2012, n.13943, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, n. 1016.

<sup>128</sup> V. tra le altre Cass., Sez. I, 30 settembre 2016, n.19595, in *De Jure*, 2020; Cass., Sez. I, 25 luglio 2006, n.16976, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, I, p. 1679; Cass., 4 giugno 1986 n. 3742, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1796.

presuntive<sup>129</sup>, che di per sé escludano la ricorrenza di “eguale certezza” rispetto a quella degli altri fatti elencati dallo stesso articolo nello stabilire l’anteriorità della data. Per la stessa ragione si è escluso che i “fatti idonei” possano essere oggetto di prova testimoniale sulla certezza della data<sup>130</sup>.

D’altro canto, coerentemente è stata riconosciuta la possibilità di provare con testi e presunzioni il c.d. *fatto equipollente* in sé, ossia quello idoneo a sancirne, senza alcun dubbio, la formazione anteriore alla configurazione di tale fatto<sup>131</sup>. È accaduto così che nell’applicazione giurisprudenziale sovente ci si è dimostrati disposti a rinvenire in diverse concrete fattispecie la presenza di un “fatto che stabilisca in modo egualmente certo l’anteriorità nella formazione del documento”.

#### 10. Alcuni casi di “fatto equipollente”: il timbro postale.

Una delle ipotesi più note e storicamente più datata di fatto idoneo a provare la certezza della data di una scrittura non autenticata è rappresentata dal timbro postale.

<sup>129</sup> Cass., Sez. I, 17 novembre 2016, n.23425, in *De Jure*, 2020; Cass., 10 marzo 1990 n. 1975, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 591; Cass., 4 giugno 1986, n. 3742 in *Fall.*, 1986, p. 1342; in *Dir. fall.*, 1987, II, p. 37; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1796; in *Giur. it.* 1987, I,1, c. 1882; Cass., 13 febbraio 1982, n. 901, in *Rep. foro it.*, 1982, *Prova documentale*, c. 2388, n. 14. In senso parzialmente difforme vedi Cass., 11 ottobre 1985, n. 4945, in *De Jure*, 2020.

<sup>130</sup> Cass., Sez. I, 16 novembre 2018, n. 29614, in *Guida dir.*, 2019, 11, p. 43; Cass., 12 dicembre 1974, n. 4235, in *Rep. foro it.*, 1974, *Prova documentale*, c. 1841, n. 7; Cass., 10 marzo 1990 n. 1975, cit.; Cass., 6 giugno 1981, n. 3664, in *De Jure*, 2020; Cass., 26 novembre 1979 n. 6190, in *De Jure*, 2020. In senso contrario: Cass., 11 ottobre 1985 n. 4945, cit., che però ammette la suddetta prova solo quando sia diretta ad evidenziare un fatto munito dell’attitudine sopra specificata, «non anche quando tali prove siano rivolte, in via indiziaria ed induttiva, a provocare un giudizio di mera verosimiglianza della data apposta sul documento (come nel caso degli elementi evincibili dall’esecuzione del contratto)».

<sup>131</sup> Così BARONCINI, *Il c.d. “altro fatto” idoneo a stabilire in modo certo l’anteriorità della formazione del documento ex art. 2704 c.c.*, in *Fall.*, 2018, 7, p. 855. In giurisprudenza tra le tante: Cass., 1 ottobre 2015, n.19656, in *De Jure*, 2020; Cass., 28 maggio 2012, n. 8438, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, n. 681; Cass., 14 giugno 2007, n. 13912, in *De Jure*, 2020; Cass., 11 ottobre 2006, n. 21814, in *Giust. civ.*, 2007, p. 92.

Numerosi i casi in cui la giurisprudenza nel tempo ha avuto modo di occuparsi del timbro postale<sup>132</sup> apposto sul foglio contenente a sua volta la scrittura, la cui data certa costituisca il *thema probandum*<sup>133</sup>. Prevalente appare l'opinione che ravvisa nell'apposizione timbro postale il fatto idoneo ad individuare la certezza della data solo nel caso in cui il foglio sul quale è stato apposto formi un corpo unico con la scrittura autenticata. In questa ipotesi si è considerata la timbratura eseguita in un pubblico ufficio equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita<sup>134</sup>. Non ha rilevanza poi che il foglio sul quale il timbro è stato apposto contenga solo l'indirizzo del destinatario<sup>135</sup>. Si è talvolta escluso, con rigore forse eccessivo, che il timbro postale apposto sul retro del foglio, in cui è riprodotta la dichiarazione, sia idoneo ad attribuire data certa alla dichiarazione stessa, ciò in quanto nulla impedisce di ritenere che il lato scritto fosse "bianco" al tempo della spedizione<sup>136</sup>.

Un contrasto in giurisprudenza si è registrato con riferimento al cd. timbro "in corso particolare" un tempo previsto dall'art. 41, lett. b) del d.p.r. 29 marzo 1973 n. 156. L'art. 41 del citato d. p.r. si occupava delle eccezioni dell'esclusività del servizio postale e disciplinava quei casi in cui la corrispondenza poteva essere distribuita e recapitata senza far ricorso al servizio postale. Tale eventualità veniva in via eccezionale ammessa, ma alla lettera b) era sancito che il

---

<sup>132</sup> Va precisato che dal 1 aprile 2016 Poste Italiane non effettua più il servizio "Data Certa". La necessità di associare data e ora certa è possibile ora in relazione ad un documento elettronico utilizzando l'EPCM (Electronic Postal Certification Mark) emessa da Poste italiane, così come previsto in ambito internazionale dalla Universal Postal Union.

<sup>133</sup> Ora la tematica a seguito dell'avvento della posta certificata e della firma digitale ha cominciato a perdere progressiva rilevanza in sede contenziosa.

<sup>134</sup> Tra le altre Trib. Padova, 19 luglio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Cass., Sez. I, 28 maggio 2012, n.8438, in *Guida dir.*, 2012, 33-34, p. 64; Cass., Sez. I, 14 giugno 2007, n.13912, *cit.*; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10873, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 369 con nota di OLIVIERI, *cit.*; Cass., 11 gennaio 1983 n. 186, in *Foro it.*, 1984, I, c. 622; in *Riv. notar.*, 1984, p. 933.

<sup>135</sup> Cass., 25 luglio 1997, n. 6943, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, n. 1269.

<sup>136</sup> Trib. Trieste, 29 febbraio 1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 596 con nota di BRUMAT; più di recente Trib. Modena, 7 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018.

diritto postale venisse soddisfatto mediante impronta di macchina affrancatrice o mediante francobolli debitamente annullati da un ufficio postale o dallo stesso mittente, con apposizione per il tramite di inchiostro indelebile della data di inizio del trasporto stesso. Secondo alcuni questo timbro, non essendo rilasciato dalle Poste nell'esercizio delle loro funzioni proprie e tipiche, non era idoneo ad attribuire certezza alla data del documento incorporante scrittura privata non autenticata, pari a quella che la legge riconosce ai fatti contemplati nella prima parte dell'art. 2704, comma primo c.c.<sup>137</sup>. Altri invece non operavano distinzioni tra l'apposizione del timbro in parola e quello apposto normalmente dalle Poste, assegnando ad entrambi valore di "fatto idoneo" ai sensi di cui all'art. 2704 c.c.<sup>138</sup>.

L'art. 41, lett. b) del d.p.r. 29 marzo 1973 n. 156 è stato abrogato dall'art. 16 d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261 ponendo così fine all'utilizzo anomalo del servizio postale rappresentata dal "corso particolare". In sostituzione del cd. timbro in corso particolare si è ritenuto di far ricorso all'applicazione dell'art. 8 del d. lgs. n. 261\1999, che prevede la c.d. autoprestazione. In forza di tale disposizione è consentita la prestazione di servizi postali da parte di persona fisica o giuridica che è all'origine della corrispondenza. L' "autoprestatore", che desiderasse avere su un proprio invio la certificazione attestante che il servizio postale relativo al medesimo invio avvenga in una determinata data, dovrà: apporre sulla corrispondenza la dicitura "autoprestazione"; affrancare l'invio in base alle vigenti tariffe del corriere prioritario; portare l'invio stesso ad un ufficio postale che vi apporrà

---

<sup>137</sup> Trib. Milano, 15 marzo 1999, *cit.*

<sup>138</sup> Cass., 16 febbraio 1991 n. 1623, in *Rep. giur. it.*, 1991, *Prova documentale*, n. 16 secondo cui: "Al fine della certezza ed opponibilità ai terzi della data della scrittura privata, al timbro postale, che su di essa sia apposto in sede di spedizione ordinaria, deve essere equiparato il timbro per annullamento del francobollo, contemplato dall'art. 41, lett. b) del d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 nel caso di corrispondenza "a corso particolare" (in deroga al principio della spettanza in esclusiva allo stato del servizio postale), considerando che l'una e l'altra timbratura provengono da dipendenti dell'Amministrazione postale, con pari garanzie di autenticità"; in senso conforme; Trib. Verona, 29 giugno 1991, in *Arch. civ.*, 1992, p. 448; Trib. Milano, 17 novembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1309; in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 97 con nota di STINGONE; Cass., 1 ottobre 1999, n. 10873, *cit.*

il suo bollo a data e lo restituirà all'esibitore<sup>139</sup>. La giurisprudenza però non ha apprezzato l'istituto ai fini della certezza della data ed ha ritenuto con riguardo all'opponibilità al fallimento che "il timbro postale apposto sulla corrispondenza per «autoprestazione» dall'addetto delle Poste, di cui all'art. 8 d.lgs. 22 luglio 1999 n. 261, non è idoneo a conferire data certa allo scritto, poiché il plico è presentato alla Posta in busta chiusa e l'addetto non ha la possibilità di verificarne il contenuto"<sup>140</sup>. A conclusioni diverse riteniamo si possa giungere qualora vi sia apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene in maniera tale che l'inchiostro del timbro risulti chiaramente apposto sopra, e quindi successivamente, almeno in parte, all'inchiostro della scrittura<sup>141</sup>. In questi termini pare orientarsi sia la giurisprudenza di merito<sup>142</sup> che di legittimità<sup>143</sup>, secondo cui in detta ipotesi "la data risultante da quest'ultimo è data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio equivale ad attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita". Nell'occasione è stato altresì pre-

---

<sup>139</sup> Vedi in questi termini la *Circolare della Direzione centrale Ispettorato e Qualità delle Poste italiane spa* del 6-10-99 Prot n. DC/DP/SNR/99 avente ad oggetto "Data certa" su corrispondenza autoprodotta (art. 8 Decreto Legislativo n. 261).

<sup>140</sup> Con riguardo ad un contratto di pegno v. Trib. Vicenza, 8 luglio 2008, n. 1186, in *Giur. mer.*, 2009, 3, p. 688, che richiama in motivazione Cass., 25 luglio 1997 n. 6943, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, n. 1269. Negli stessi termini Trib. Padova, 22 gennaio 2004, in *Fall.*, 2004, p. 820.

<sup>141</sup> Così RUSSO, *La "data certa" nei documenti esibiti o prodotti nei confronti del Fisco*, in *Il fisco*, 2013, I, p. 4775.

<sup>142</sup> Trib. Padova, 2 marzo 1999, in *Fall.*, 1999, 934; Trib. Modena, 7 marzo 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018.

<sup>143</sup> Cass., 28 maggio 2012, n. 8438, in *Guida dir.*, 2012, 33-34, p. 64; in senso conforme: Cass., 11 ottobre 2006, n. 21814, in *Giust. civ.*, 2007, I, I, p. 92; Cass., 28 giugno 2002 n. 9482, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, n. 1122. Più di recente Cass., ord., 3 ottobre 2018, n. 24137, in *Diritto & Giustizia*, fasc.173, 2018, p. 6, con nota di G. SATTA, *La prova della data certa di un documento: le indicazioni della Suprema Corte*, secondo cui il timbro postale in "autoprestazione" è invece strumento idoneo a conferire certezza di data alle scritture private con cui faccia "corpo unico".

cisato, che una volta accertata la ricorrenza del corpo unico tra scrittura e timbro, gravi “sulla parte che contesti la certezza della data l’onere di provare – pur senza necessità di querela di falso – che la redazione del contenuto della scrittura è avvenuta in un momento diverso”<sup>144</sup>.

#### 11. *Segue: la cd. “marcatatura temporale”.*

Un’ipotesi in cui solo di recente ci si è posti il problema della data certa in genere e rispetto al fallimento è rappresentata dalla cd. “marcatatura temporale”<sup>145</sup>. Trattasi di una vera e propria firma digitale del documento, generata da una *Certification Authority* e contenente le relative informazioni a una data e a un’ora certa.

L’istituto è stato introdotto dall’art. 48 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 poi sostituito dall’art. 33, d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che nel disciplinare la data e l’ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, trasmesso mediante posta elettronica certificata, riconosceva la sua opponibilità ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68 ed alle relative regole tecniche<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Cass., 28 maggio 2012 n. 8438, *cit.*

<sup>145</sup> In argomento v. tra gli altri PATTI, *L’efficacia probatoria del documento informatico*, 2000, 1, p. 60; BARONCINI, *L’onere della contestazione della certezza della data del documento informatico nel giudizio di accertamento dello stato passivo*, *Fall.*, 2017, p. 12; NAVONE, *La data del documento informatico: osservazioni in materia di validazione temporale*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 4; VITRANI, *Gli effetti della marcatatura temporale nel processo civile*, in *Ilprocessotematico.it*, 27 giugno 2017; TOSCHI VESPASIANI, *L’apposizione di marca temporale informatica è idonea a dare data certa al documento*, 5 marzo 2019; SCARPA, *Le nuove frontiere dell’efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 260; SENSINI, ARTINA, *Tipi ed usi della firma digitale: evoluzione e stato dell’arte*, in *Amministrazione & Finanza*, 2019, 8-9, p. 49.

<sup>146</sup> Si legge al terzo comma dell’art. 48: “La data e l’ora di trasmissione e di ricezione di un documento informatico trasmesso ai sensi del comma 1 sono opponibili ai terzi se conformi alle disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, ed alle relative regole tecniche, ovvero conformi alle Linee guida”. Di detta disposizione è prevista l’abrogazione ai sensi del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, come modificato dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, che ha statuito all’art. 65, comma 7: “Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentiti l’Agenzia per l’Italia digitale e il Garante per la protezione dei dati personali, sono



La Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sul tema, così la ha definita:” la c.d. “marcatura temporale” è il processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su un documento informatico, digitale o elettronico una “firma digitale del documento” alla quale sono associate le informazioni relative alla data ed all’ora di creazione che, ove siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale di cui al d.p.c.m. del 22 febbraio 2013, sono così opponibili ai terzi”<sup>147</sup>.

Nell’occasione specie la Corte ha censurato la decisione del giudice di merito che, in sede di opposizione allo stato passivo, aveva confermato l’esclusione di un credito sull’errato presupposto dell’insussistenza di una data certa opponibile al fallimento, benché fosse stata apposta da un certificatore accreditato – la “marca temporale” attestante una data di creazione del documento antecedente alla dichiarazione di fallimento.

La questione peraltro era stata già oggetto di esame da parte della Cassazione<sup>148</sup> che aveva già in precedenza riconosciuto come una volta accertata l’esistenza di un documento informatico<sup>149</sup>, munito di “marca temporale”, fosse onere della parte interessata a negare la

---

adottate le misure necessarie a garantire la conformità dei servizi di posta elettronica certificata di cui agli artt. 29 e 48 del decreto legislativo del 7 marzo 2005, n. 82, al regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE. A far data dall’entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo, l’articolo 48 del decreto legislativo n. 82 del 2005 è abrogato”.

<sup>147</sup> Cass., 13 febbraio 2019, n. 4251, in *Diritto & Giustizia*, 14 febbraio 2019, con nota di MATTIOLI, *Marca temporale: data ed ora del documento informatico opponibili ai terzi*; e in *Ilprocessotelematico.it*, 4 aprile 2019, con nota di NARDELLI, *La validazione temporale e l’efficacia probatoria nei confronti dei terzi*.

<sup>148</sup> Cass., 23 maggio 2017, n. 12939, in *Ilprocessotelematico.it*, 27 giugno 2017, con nota di VITRANI, *cit.*

<sup>149</sup> Sul documento informatico tra gli altri v. GENTILI, *Documento elettronico: validità ed efficacia probatoria*, in Clarizia (a cura di), *I contratti informatici*, Torino, 2007, p. 141 ss.; ID., *I documenti informatici: validità e inefficacia*, in *Diritto dell’Internet*, 2006, p. 297 ss.; SANDEI, *Valore formale e probatorio del documento informatico alla luce del d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 15 ss.

certezza della data, addurre e dimostrare l'intervenuta la violazione delle regole tecniche sulla validazione temporale"<sup>150</sup>.

Invero oramai non solo "il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile", ma anche la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida (art. 1 bis d.l.gs 7 marzo 2005 n. 82 nella sua attuale formulazione)<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Cass., 23 maggio 2017, n. 12939, cit.; conf. Cons. Stato, 3 ottobre 2016, n. 4050, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2320 secondo cui «Nelle gare telematiche, con l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e con la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte; i sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura; inoltre l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa».

<sup>151</sup> V. sul punto tra gli altri BUONOMO, MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio*, in *Dir. informatica*, 2, 2013, p. 255; MARRA, *Validità temporale della documentazione elettronica*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, 1, p. 27 ss.