



3436.20

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

ANTONIO DIDONE  
FRANCESCO TERRUSI  
GIUSEPPE DE MARZO  
EDUARDO CAMPESE  
ALDO ANGELO DOLMETTA

Presidente  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere  
Consigliere - Rel.

Oggetto

Passivo  
fallimentare e  
legge  
applicabile

Ud. 11/09/2019 PU  
Cron. 3436  
R.G.N. 27132/2014

**SENTENZA**

sul ricorso 27132/2014 proposto da:

(omissis) plc, in persona dei legali rappresentanti pro tempore,  
elettivamente domiciliata in (omissis), presso lo  
studio dell'avvocato (omissis), che la rappresenta e difende  
unitamente all'avvocato (omissis), giusta procura speciale per  
Notaio (omissis) presso Notaio (omissis) di Londra  
del (omissis) - munita di apostille il (omissis);

-ricorrente -

contro

1

X.

2820  
2019

(omissis) s.p.a. in Amministrazione Straordinaria, in persona del Commissario straordinario pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis) , giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 1716/2013 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 25/09/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/09/2019 dal cons. ALDO ANGELO DOLMETTA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale LUISA DE RENZIS che ha concluso per il rigetto e si riporta alle osservazioni scritte già precedentemente depositate e comunicate alle parti;

udito, per la ricorrente, l'avvocato (omissis) che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'avvocato (omissis) che ha chiesto il rigetto.

### **FATTI DI CAUSA**

1.- (omissis) plc ha presentato domanda di insinuazione al passivo dell'amministrazione straordinaria di (omissis) s.p.a. Ha fondato la sua richiesta in due lettere rilasciate dalla società *in bonis* per la garanzia di talune linee di credito dalla Banca concesse a (omissis) Holdings Limited, all'epoca società controllata da quella poi caduta in amministrazione straordinaria.

Il giudice delegato ha respinto la domanda, rilevando che «tutti i documenti prodotti dall'istante sono privi di data certa».

2.- (omissis) ha proposto opposizione avanti al Tribunale di Parma. Che la ha respinta con sentenza depositata in data 16 maggio 2008, esso pure rilevando la mancanza di data certa della documentazione prodotta dalla Banca a corredo dell'istanza.

La Banca ha allora interposto appello avanti alla Corte di Appello di Bologna. Questa, con sentenza depositata in data 25 settembre 2013, ha rigettato l'impugnazione.

3.1.- Ha dunque rilevato la Corte territoriale che «l'antiorità del credito assume il significato di elemento costitutivo del diritto del creditore di partecipare al concorso, ove gli organi "gestori" delle varie procedure ... rivestono il ruolo di "terzi", quali rappresentanti della massa creditoria, anche ai fini dell'art. 2704 cod. civ.»; «ove la prova del credito da "insinuare al passivo" risulti costituita da scrittura privata, la relativa dimostrazione subisce il limite ... derivante dall'inopponibilità del documento che manchi della richiesta "data certa"».

3.2.- Gli organi processuali non si trovano – ha proseguito la pronuncia – nella medesima posizione dell'impresa debitrice; va quindi riscontrata la «irrilevanza della disciplina eventualmente concordata fra le parti negoziali *in bonis*», che nel concreto hanno fatto riferimento a «*Laws of England*».

«La legge straniera potrà continuare ad essere applicabile anche nelle procedure concorsuali italiane – in quanto se ne limiti l'operatività ai soli fini "sostanziali" ... -, ma senza potersi estendere né al "rito" della verifica del passivo, né alla scelta dei requisiti legali di ammissibilità del diritto così fatto valere»; «per inevitabile conseguenza, non vi è

spazio di sorta per le disposizioni residuali degli artt. 9 e 14 comma 2 della "Convenzione di Roma"».

«Il Regolamento CE n. 1346/2000 – di piena vigenza nella fattispecie, trattandosi dell'ipotizzata "interferenza" fra gli ordinamenti di due Stati comunitari – ... sancisce che la procedura d'insolvenza e i suoi effetti restano sottoposti alla legge dello Stato membro nel cui territorio essa è aperta (art. 4): tale *lex concursus* determina, tra l'altro, il riscontro dei crediti da insinuare al passivo «concorsuale» (par. 2 lett. g.), nonché (ivi, lett. h.) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti»; e tra queste, più in particolare, le disposizioni relative all'inammissibilità allo stato passivo degli atti privi di data certa». «Gli artt. 44 e 45 legge fall. e l'art. 2704 cod. civ. devono considerarsi componenti la *lex concursus* e sono quindi applicabili al caso di specie», trattandosi indubbiamente di disposizioni dettate «a tutela della massa dei creditori».

3.3.- Passando poi al merito dell'esame richiesto dalla ritenuta applicazione dell'art. 2704 cod. civ. alla fattispecie concreta, la Corte bolognese ha rilevato essere «pacifico che nessuno dei documenti indicati da (omissis) quale fonte diretta del suo preteso credito verso (omissis) – ossia le due lettere di garanzia ... - possiede i requisiti formali stabiliti dall'art. 2704 comma 1 cod. civ.».

«E' pacifico che i documenti qui prodotti in giudizio» - ha inoltre puntualizzato la Corte territoriale - «non sono mai stati "recepiti" da un soggetto fidefaciente prima dell'apertura dell'A.S.»; «essi sono altresì privi di data certa intrinseca, né vi risultano associati fattori idonei a stabilire in modo egualmente certo l'anteriorità nella formazione di tali scritture».

Rilevato ancora che in linea di principio «nulla qui vieterebbe di ricorrere a testimonianze e a prove indiziarie» per giungere a una «positiva dimostrazione ... sul rapporto di garanzia sia sulla data certa, una volta che debba restare pur sempre escluso il loro utilizzo per ogni riscontro in via diretta», la sentenza ha peraltro escluso, con analisi di distinto dettaglio, l' idoneità concreta delle prove testimoniali e degli elementi indiziari proposti dall'appellante a «modificare la determinante carenza di un convincente supporto alle pretese di (omissis)».

4.- Avverso questo provvedimento propone ricorso (omissis) , spiegando tre motivi di cassazione.

Resiste, con controricorso, la procedura di Amministrazione straordinaria.

5.- Entrambe le parti hanno anche depositato memorie.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

6.- I motivi di ricorso sono stati rubricati nei termini qui di seguito riportati.

Primo motivo: «violazione e falsa applicazione, in rapporto all'art. 360 comma 1, n. 3 cod. proc. civ., degli artt. 4 ss. Regolamento n. 1346/2000, degli artt. 9 e 14 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e dell'art. 2704 cod. civ.».

Secondo motivo: «violazione e falsa applicazione degli artt. 2727 e 2729 cod. civ. in rapporto all'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ.».

Terzo motivo: «violazione e falsa applicazione dell'art. 2704 e dell'art. 2729 cod. civ. in rapporto all'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ.».

7.1.- Il primo motivo di ricorso intende censurare l'affermazione della Corte bolognese secondo cui le norme che governano le condizioni di opponibilità e di ammissibilità dei crediti nello stato passivo fallimentare – in particolare, quelle degli «artt. 44 e 45 legge fall. e 2704 cod. civ.» - «devono considerarsi componenti la *lex concursus*», in quanto propriamente dettate per la «tutela della massa dei creditori».

7.2.- Per fondare la detta censura, il ricorrente rileva in premessa che le lettere di garanzia, di cui in concreto si discute, contengono un patto in forza del quale le parti hanno ritenuto di scegliere specificamente l'applicazione della legge inglese.

Per subito aggiungere che le «disposizioni normative inglesi ... non pongono alcun limite alla prova di un'obbligazione contrattuale nei confronti dei terzi (non contemplando in particolare previsioni analoghe a quelle di cui all'art. 2704 cod. civ.)».

Affermati questi punti, nel prosieguo il ricorrente assume in sostanza che, in realtà, la legge sostanziale di opponibilità e di ammissibilità dei crediti nello stato passivo fallimentare è rimessa alla libera elezione dell'autonomia dei privati.

Due gli argomenti che il ricorrente ritiene di esporre a sostegno di una simile prospettiva.

7.3.- A giudizio del ricorrente, dunque, i passi motivi svolti dalla Corte bolognese sono «incoerenti, contraddittori e gravemente errati», configurando «in sé violazione proprio del Regolamento n. 1346/2000 che la Corte territoriale pone a fonte di disciplina della fattispecie». In realtà, il detto Regolamento viene «a sancire a chiare lettere, e inequivocabilmente, la scelta della legge operata in via negoziale dalle parti sull'applicabilità del regime fissato dalla *lex concursus*».

In particolare, il Regolamento ha «disposto» - rileva il motivo - una serie di deroghe all'applicazione della *lex concursus* in tema di nullità, annullamento o inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori (art. 4 lett. m. Regolamento), per l'ipotesi in cui l'atto pregiudizievole sia soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura della procedura concorsuale (cfr. art. 13 Regolamento)». Queste deroghe sono state disposte - così si prosegue - per «assicurare la certezza di rapporti giuridici e la stabilità dei traffici commerciali e di tutelare il legittimo affidamento del contraente non sottoposto a procedura concorsuale».

Sì che le stese esigenze «ricorreranno, se possibile ancor più forti, allorché quest'ultimo voglia ottenere, nell'ambito della procedura concorsuale aperta a carico della propria controparte contrattuale in uno Stato membro, il riconoscimento di un credito che trovi la propria fonte in un contratto disciplinato per espressa pattuizione delle parti negoziali *in bonis* dalla legge di uno Stato membro».

7.4.- Ancor più grave errore ha commesso la Corte, secondo il ricorrente, nel ritenere l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli art. 9 e 14 comma 2 della Convenzione di Roma del 1980.

Queste due disposizioni - incalza il ricorrente nel sorreggere per questa via il motivo presentato - «devono ritenersi norme prevalenti sulla disposizione dell'art. 2704 cod. civ., sotto quattro diversi profili: in quanto temporalmente posteriori; in ragione del principio di specialità ...; in quanto fonti di rango sovraordinato ex art. 10 Cost.; in quanto assolutamente in linea e conformi con la disciplina uniforme di cui al considerando n. 24 del Regolamento n. 1346/2000 e agli artt. 5-13 del Regolamento».

Ne segue allora - conclude il ricorrente - che, «applicando il disposto degli artt. 14 comma 2 e 9 della Convenzione al caso di specie, risulta

pertanto che la prova delle garanzie può essere fornita, alternativamente, secondo la *lex fori* ovvero secondo la legge inglese, che pacificamente regola i contratti di garanzia in oggetto».

8.- Il motivo non è fondato.

L'autonomia dei privati non può scegliere la legge nazionale su cui regolare termini e condizioni di opponibilità e ammissibilità dei crediti nel passivo fallimentare di uno dei contraenti. Nel sistema vigente, un simile patto non si manifesta solo insufficiente al riguardo; esso è proprio strutturalmente inidoneo a perseguire un risultato del genere (sì che a nulla varrebbe – non sembra inopportuno così specificare – se lo stesso fosse munito del requisito della certezza di data, secondo quanto peraltro non accade nel caso concreto).

La normativa della Convenzione di Roma del 1980 non può in ogni caso non confrontarsi, pur a tralasciare ogni altro rilievo, con il Regolamento CE n. 1346/2000, che – venendo a riguardare la delimitata zona delle procedure concorsuali (ovvero d'«insolvenza») - costituisce *lex specialis* rispetto ad essa.

Del resto, la stessa Convenzione romana non manca di precisare (art. 20) che i suoi portati non pregiudicano l'«applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti».

9.- Secondo quanto dispone l'art. 4, comma 2, lettere g.) e h.) del citato Regolamento CE, «la legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare ... g) i crediti da insinuare nel passivo del debitore e la sorte di quelli successivi all'apertura della

procedura di insolvenza; h) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti».

Ora, tali disposizioni - se assegnano la prevalenza, nel caso di conflitto, alla *lex concursus* rispetto ad altre leggi nazionali in ipotesi applicabili alla specie (per il rilievo che il Regolamento disciplina i rapporti derivanti da una procedura concorsuale che si istaura tra parti che hanno propria residenza o sede all'interno dell'Unione Europea, cfr. Cass., Sezioni Unite, 21 luglio 2015, n. 15200) - non possono evidentemente non prevalere pure nel caso in cui a porsi a confronto con la *lex concursus* sia una legge nazionale che mutua il suo titolo in un accordo negoziale intercorso tra privati.

10.- Col secondo motivo, il ricorrente assume l'erroneità della statuizione della Corte bolognese perché questa ha ritenuto non provata l'anteriorità delle lettere di garanzia all'avvio della procedura a mezzo delle presunzioni che il ricorrente aveva presentato.

Per contro, «alla luce del molteplice materiale probatorio depositato dalla Banca complessivamente valutato» la detta anteriorità - così afferma di ritenere il ricorrente - doveva «essere considerata pienamente provata».

11.- Il motivo non può essere accolto.

Lo stesso, infatti, chiede un nuovo esame degli elementi materiali della fattispecie, instando per una verifica che è preclusa al giudizio di questa Corte. D'altra parte, è principio saldamente acquisito che la data certa di una scrittura privata non può essere fatta oggetto di prova a mezzo di presunzioni.

12.- Col terzo motivo il ricorrente censura la decisione della Corte di Appello là dove questa - in relazione alla CTU richiesta in punto di valutazione di attendibilità o oggettività del sistema informatico di (omissis) - ha rilevato che «il punto essenziale sta nella constatazione

che il mero richiamo a un diverso atto negoziale all'interno di un documento privo di valore "fidefaciente" – anche se poi munito di data certa – non dimostra che la scrittura menzionata già preesistesse davvero in quel momento».

Secondo il ricorrente, l'indagine richiesta da <sup>(omissis)</sup> al giudice del merito era «diversa», in quanto «finalizzata all'accertamento dell'attendibilità ai documenti prodotti in giudizio da <sup>(omissis)</sup> della natura di documenti di data certa ai sensi dell'art. 2704 cod. civ.».

13.- Il motivo non può essere accolto.

Le scritture contabili tenuta da un'impresa bancaria non rientrano nel novero degli «equipollenti» di cui all'art. 2704 cod. civ. In effetti, il sistema normativo, che è attualmente vigente, non consegna a questi enti una potestà certificativa di ordine generale (bensì solo in via eccezionale e con portata del tutto circoscritta, secondo quanto avviene nel contesto della norma dell'art. 50 TUB).

14.- In conclusione, il ricorso dev'essere rigettato.

Le spese seguono la regola della competenza e vengono liquidate nel dispositivo.

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

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese relative al giudizio di legittimità, che liquida nella somma di € 25.200,00 (di cui € 200,00 per esborsi), oltre a spese forfettarie nella misura del 15% e accessori di legge.

Dà atto, ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* d.p.r. n. 115/2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto

per il ricorso, secondo quanto stabilito dalla norma del comma 1 *bis* dell'art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima Sezione civile, addì 11 settembre 2019.

Il Consigliere estensore



Il Presidente

