

## CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 12 SETTEMBRE 2018, N. 22208

*Pres. DE CHIARA, Rel. PAZZI*

**Fallimento – Accertamento del passivo – Ammissione al passivo – Conto corrente bancario – Insinuazione del credito – Saldo negativo – Onere della prova – Deposito degli estratti conto – Onere di specifica contestazione da parte del curatore – Rilievo d'ufficio – Ambito.**

(Artt. 93 e 96 L. Fall.; artt. 1832 e 2697 c.c.; art. 115, 116 e 263 c.p.c.)

*In tema di ammissione al passivo fallimentare, nell'insinuare il credito derivante da saldo negativo di conto corrente, la banca ha l'onere di dare conto dell'intera evoluzione del rapporto tramite il deposito degli estratti conto integrali; il curatore, eseguite le verifiche di sua competenza, ha l'onere di sollevare specifiche contestazioni in relazione a determinate poste, in presenza delle quali la banca ha, a sua volta, l'onere ulteriore di integrare la documentazione, o comunque la prova, del credito avuto riguardo alle contestazioni in parola; il giudice delegato o, in sede di opposizione, il tribunale, in mancanza di contestazioni del curatore, è tenuto a prendere atto dell'evoluzione storica del rapporto come rappresentata negli estratti conto, pur conservando il potere di rilevare d'ufficio ogni eccezione non rimessa alle sole parti che si fondi sui fatti in tal modo acquisiti al giudizio.*

(Omissis)

### Ragioni della decisione

(Omissis)

Vero è che secondo la giurisprudenza di questa Corte la banca, ove prospetti una sua ragione di credito verso il fallito derivante da un rapporto obbligatorio regolato in conto corrente e ne chieda l'ammissione allo stato passivo, ha l'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena prova del suo credito, assolvendo il relativo onere secondo il disposto della norma generale dell'art. 2697 c.c. attraverso la documentazione relativa allo svolgimento del conto, senza poter pretendere di opporre al curatore, stante la sua posizione di terzo, gli effetti che, ai sensi dell'art. 1832 c.c., derivano, ma soltanto tra le parti del contratto, dall'approvazione anche tacita del conto da parte del correntista, poi fallito, e dalla di lui decadenza dalle impugnazioni (Cass. 9/5/2001 n. 6465, Cass. 26/1/2006 n. 1543). Tale principio trova fondamento nella posizione di terzietà assunta dal curatore. Ciò tuttavia non significa che in ambito di insinuazione al passivo l'estratto conto debba essere considerato in via generalizzata come privo di qualsiasi valore probatorio. Questa Corte ha anche già avuto modo di osservare che, fermo il principio per cui l'istituto di credito ha l'onere di dare piena prova del suo credito, assolvendolo stesso attraverso la produzione della documentazione relativa allo svolgimento del conto, il collegio dell'opposizione tuttavia non può prescindere "dalla valutazione, dove-

rosa e necessaria, circa la completezza ed esaustività delle schede integrali prodotte dalla creditrice, che rappresenta(va) la premessa logica indispensabile per procedere al successivo consequenziale apprezzamento della ulteriore produzione documentale. E del resto non può trascurarsi di osservare che l'ammissibilità di prove atipiche, che proprio con riguardo al caso di specie è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza di merito oltre che in dottrina, imponeva all'organo giudicante di tenerne conto, inconsiderazione dell'assoluta mancanza di contestazioni provenienti dalla curatela fallimentare" (Cass. 8/8/2013 n. 19028).

È opinione di questo collegio che, sebbene non operino nei confronti del curatore gli effetti di cui all'art. 1832 c.c., lo stesso procedimento di insinuazione al passivo e di successiva opposizione fungano da procedimento di rendicontazione al fine dell'individuazione della esatta consistenza del credito vantato dalla banca e contribuiscano a fornire all'estratto conto che rappresenti l'intera evoluzione storica dello svolgimento del rapporto un valore di prova a suffragio delle ragioni dell'istituto di credito che abbia presentato insinuazione al passivo.

In linea generale ogni qual volta sia necessario rendere un conto il sistema (si pensi al meccanismo previsto dall'art. 1832 c.c., art. 119 T.U.B. e, più ingenerale, 263 e ss. c.p.c.) prevede che la parte onerata proceda alla rendicontazione tramite la precisa indicazione dell'evoluzione storica del rapporto, mentre la controparte ha l'onere entro un determinato termine di sollevare contestazioni, specificando le partite che intende porre in contestazione. Un simile meccanismo vale, tramite lo sviluppo del procedimento di verifica delle insinuazioni al passivo, anche nei confronti della procedura fallimentare, in cui la banca, a prescindere dagli estratti inviati al fallito ed eventualmente approvati prima dell'apertura del concorso, è tenuta a dare conto dell'esistenza e dell'intera evoluzione del rapporto tramite il deposito degli estratti conto nella loro completa consistenza.

A fronte di questa produzione non si può trascurare di considerare che sul curatore incombe il dovere di procedere a una verifica della documentazione prodotta dal creditore che si insinua al passivo e dunque di controllo delle emergenze dell'estratto conto secondo le risultanze in suo possesso.

Ed è proprio la pregnanza di questo obbligo di verifica che consente il parallelismo con il procedimento di rendimento del conto e la valorizzazione dell'estratto conto integrale prodotto, così analizzato, quale prova.

A un simile, puntuale, controllo farà seguito un obbligo di specifica contestazione, in particolare, della verità storica delle singole operazioni oggetto di rilevazione contabile che non trovino adeguato riscontro. In presenza di siffatte confutazioni da parte del curatore l'istituto di credito avrà l'onere, ex art. 95, comma 2, L. Fall. o quanto meno in sede di opposizione, di arricchire la documentazione prodotta con atti idonei ad attestare l'effettivo svolgimento delle operazioni oggetto di rilevazione contabile in contestazione.

Per contro ove il curatore, costituendosi o meno in sede di opposizione, nulla abbia osservato in merito all'evoluzione del conto nel senso rappresentato negli estratti prodotti, il Tribunale non potrà che prendere atto dell'evoluzione storica del

rapporto contrattuale nei termini rappresentati all'interno dell'estratto conto integrale depositato, né potrà pretendere ulteriore documentazione a suffragio dei fatti storici in questo modo risultanti, pur mantenendo, come per regola generale, ogni più ampia possibilità di sollevare d'ufficio le eccezioni, non rilevabili ad esclusiva istanza di parte, giustificate in base ai fatti in tal modo acquisiti in causa.

Il provvedimento impugnato non si è attenuto a questi principi limitandosi a constatare l'inidoneità degli estratti conto prodotti a fornire la prova dell'evoluzione del rapporto e dell'esistenza del credito finale e ha così addossato al creditore istante un onere di integrazione del materiale istruttorio già depositato non correlato al contenuto di rilievi compiuti dal curatore rispetto alle risultanze degli estratti conto messi a disposizione della procedura.

6. In proposito occorre dunque affermare il seguente principio: nell'insinuare al passivo fallimentare il credito derivante da saldo negativo di conto corrente la banca ha l'onere di dare conto dell'intera evoluzione del rapporto tramite il deposito degli estratti conto integrali; il curatore, eseguite le verifiche di sua competenza, ha l'onere di sollevare specifiche contestazioni in relazione a determinate poste, in presenza delle quali la banca ha a sua volta l'onere di integrare la documentazione, o comunque la prova, del credito relativamente alle contestazioni sollevate; il giudice delegato o, in sede di opposizione, il Tribunale, in mancanza di contestazioni del curatore, è tenuto a prendere atto dell'evoluzione storica del rapporto contrattuale come rappresentata negli estratti conto, pur conservando il potere di rilevare d'ufficio ogni eccezione non rimessa alle sole parti, che si fondi sui fatti in tal modo acquisiti al giudizio.

---

## ESTRATTI CONTO BANCARI, ONERE DELLA PROVA E ACCERTAMENTO DEL PASSIVO

FRANCESCO FRADEANI

Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università di Macerata

**Abstract:** La nota di commento all'ordinanza Cass. n. 22208/2018 affronta il tema, estremamente vivo e dibattuto in dottrina come in giurisprudenza, concernente l'interpretazione dell'art. 2697 c.c. In questo contesto, la Suprema Corte si occupa di applicare l'onere della prova nello specifico ambito del procedimento di accertamento del passivo fallimentare, rimasto pressoché immutato, anche a seguito della recentissima riforma relativa al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, apporata con il D.Lgs. n. 14/2019. Segnatamente, l'attenzione si sofferma sul valore probatorio degli

estratti conto nel regime di rendicontazione compiuto dalle banche durante la propria attività di esercizio del credito, stante l'inutilizzabilità dell'art. 1832 c.c. nei confronti della curatela fallimentare. In proposito, trattandosi di documenti unilaterali, la Cassazione utilizza, tra l'altro, il controverso istituto della prova atipica per ritenere accertato il diritto vantato dal creditore proponente la domanda d'insinuazione al passivo fallimentare. Per contro, fermo restando la corretta distribuzione del carico probatorio tra le parti, anche in ragione del c.d. principio di vicinanza della prova, l'autore valorizza la mancanza di specifica contestazione del *quantum* da parte del curatore fallimentare per raggiungere il medesimo risultato, al contempo criticando un eccesso di superficialità della motivazione nell'utilizzo della nozione di prova atipica.

**Parole chiave:** fallimento, accertamento del passivo, onere della prova, estratto conto bancario, documento unilaterale, prova atipica, domanda d'insinuazione, principio di vicinanza della prova, principio di non contestazione.

---

**Abstract:** *This paper deals with the art. 2697 of the Italian Civil Code and its practical application in bankruptcy cases. The Italian Supreme Court, with the order n. 22208/18, ruled the burden of proof in the procedure for assessing bankruptcy liabilities. In this respect, a new code addressing Companies crisis and insolvency has recently entered into legal force, with Legislative Act n. 14/2019 which, however, did not change the previous legislation. This paper focuses on the probative value of the account statements used by the banks during their credit recovery activity, given the fact that the art. 1832 c.c. against the bankruptcy cannot be utilised since in this situation the banks are a third party. In this regard, as these are unilateral documents, the Italian Supreme Court uses, among other things, the controversial institute of atypical evidence to consider as ascertained the claim proposed by the creditor for the bankruptcy liabilities. Without prejudice to the correct distribution of the evidentiary burden between the parties, also due to the proximity of the proof principle, the author values the lack of specific contestation by the bankruptcy receiver to achieve the same result instead, at the same time criticizing an excess of superficiality in motivation about the use of the atypical proof doctrine.*

**Keywords:** *bankruptcy law, procedure for assessing bankruptcy liabilities, burden of proof, bank account statements, unilateral documents, atypical evidence, claim proposed by the creditor for the bankruptcy liabilities, proximity of the proof principle, principle of non-specific contestation.*

---

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Suprema Corte. – 3. Il sistema dell'onere della prova: nel diritto vivente. – 4. (*Segue*): nel procedimento di accertamento del passivo fallimentare.

## 1. Introduzione

Il tema della distribuzione del carico probatorio tra le parti, in applicazione del principio generale contenuto nell'art. 2697 c.c. riveste, da sempre, una centrale importanza nell'ambito della teoria generale del processo<sup>1</sup>. Quando si parla di onere

---

<sup>1</sup> Tanto da «influire sul risultato del processo»: così S. PATTI, *Onere della prova*, in *Giur. it.*, 11, 2018, p. 2516. Per approfondimenti, v., *ex multis*, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 195

della prova, non è possibile ignorare istituti collegati, dal punto di vista funzionale, quali, rispettivamente, l'onere di allegazione<sup>2</sup> e di contestazione<sup>3</sup>. Sebbene si tratti di argomenti ormai ampiamente delineati e diffusamente trattati nel più ampio quadro del sistema generale di tutela dei diritti, nel nostro ordinamento, ma non solo<sup>4</sup>, l'attenzione dell'interprete ed ancor prima degli operatori del diritto, è sempre for-

---

ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966, *passim*; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 2697-2698, Bologna-Roma, 1987, p. 1 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 1 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli-Camerino, 1974, *passim*; E. D'ALESSANDRO, *Onere della prova elegge applicabile*, in *Giur. it.*, 2018, 11, p. 2542 ss.

<sup>2</sup> V., tra gli altri: A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3143 ss.; ID., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 604 ss.; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993, p. 42 ss.; L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 272 ss.; A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 1002 ss.

<sup>3</sup> Sul principio di non contestazione v., in dottrina, il fondamentale contributo di A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*, nonché, più di recente ID., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012, p. 630 ss. Ancora, per ulteriori approfondimenti in tema: F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, *passim*; C.M. CEA, *Le incertezze della cassazione in tema di non contestazione ed il bisogno di nomofilachia*, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1575 ss.; ID., *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 99 ss.; M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 316 ss.; M. PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 299 ss.; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 76 ss.; A. TARUFFO, *Commento art. 115 c.p.c.*, in A. CARRATTA-M. TARUFFO, *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2011, p. 447 ss.; ID., *La semplice verità*, Bari, 2009, p. 113 ss. e ID., *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 96 ss.; V. BATTAGLIA, *Sull'onere del convenuto di prendere posizione in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull'onere della prova)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1512 ss. In giurisprudenza v.: Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Foro it.*, 2002, I, c. 604, con nota di A. PROTO PISANI; Cass. civ., 13 settembre 2003, n. 13467, *ivi*, 2004, I, c. 1480 ss., con nota di F. DE SANTIS; Cass. civ., 13 giugno 2005, n. 12636, *ivi*, 2006, I, c. 1492 ss., con nota di F. DE SANTIS e *ibidem*, c. 1873 ss., con nota di C.M. CEA.

<sup>4</sup> Ad esempio, nel mondo anglosassone si parla di *burden of proof*. V. per approfondimenti: J.B. THAYER, *The burden of proof*, in 4 *Harv. Law Rev.*, 1890, p. 45 ss.; J.T. MCNAUGHTON, *Burden of production evidence: a function of the burden of persuasion*, *ivi*, 1955, p. 1382 ss.; J.J. FLEMING, *Burdens of proof*, in *Virginia Law Rev.*, 1951, p. 51 ss.; A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, London, 2003, p. 651 ss. Nella dottrina francese, invece, *charge de la preuve*: N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Paris, 2016, *passim*; T. LE BARS, *De la théorie générale des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels*, in *Mélanges Goubeaux*, Paris, 2009, p. 319 ss.; L. CADOUX, *La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1953, p. 85 ss.; A. PLANCQUEEL, *Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1972, p. 334 ss.; F. BOULANGER, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve*, *ivi*, 1966, p. 738 ss.

tissima, poiché il discorso sistematico si complica, anche grandemente, in particolare quando è necessario farne applicazione in ragione dei singoli casi concreti. Infatti, una volta definito il concetto ed individuato il perimetro teorico applicativo, il piano problematico si sposta su altri profili, parimenti importanti, tra cui, ad esempio, le specificità soggettive ed oggettive della fattispecie, il quadro normativo di riferimento della materia di volta in volta trattata, ecc. Non ultimo, bisogna dare conto in proposito, necessariamente, di una significativa evoluzione nel tempo del diritto positivo, sia a causa di recenti interventi del legislatore che per il lavoro interpretativo prodotto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità<sup>5</sup>. Come non ricordare, da quest'ultimo punto di vista, l'ormai celeberrima pronuncia delle Sezioni Unite n. 13533/2001, che ha costituito un vero e proprio spartiacque sulla ripartizione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale, aprendo così all'elaborazione del c.d. principio di vicinanza della prova<sup>6</sup>. In questo contesto, ancora molto fluido, dunque, annoveriamo l'ordinanza in epigrafe, qui commentata, che affronta l'argomento nel giudizio di accertamento del passivo<sup>7</sup>. Fattispecie quest'ultima, infatti, certamente informata da caratteristiche peculiari capaci di renderla ricca di spunti problematici da risolvere. Anzitutto, si deve tenere conto del fatto che il fallimento è rappresentato dal curatore e non più dall'imprenditore, sicché al primo non possono essere opposte circostanze di cui non abbia effettivamente avuto conoscenza in modo diretto e con la tempestività sufficiente da garantire, in modo pieno, il suo diritto di difesa<sup>8</sup>. Ancora, nel caso di specie un ulteriore elemento di

---

<sup>5</sup> V. i richiami contenuti nella precedente nota 3.

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1826 ma anche in *Contratti* 2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 con nota di V. MARICONDA, in *Danno e resp.*, 2002, p. 318, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349, con nota di B. MEOGLI, in *Studium Juris*, 2002, p. 389, in *Foro it.*, 2002, I, c. 770 con nota di P. LAGHEZZA, in *Il civilista*, 2010, 11, p. 61, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934. Ma v. anche la già recente Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2018, n. 577, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2532.

<sup>7</sup> Recentemente, si è occupato del tema G. GIURDANELLA, *La prova del credito della banca nel fallimento: la Cassazione boccia l'applicazione del "saldo zero"*, in *Fall.*, 2019, 1, p. 64 ss.; ma v. anche L. ANDRETTO, *Accertamento in sede fallimentare del credito per saldo passivo di conto corrente e onere probatorio della banca*, *ivi*, 2017, p. 795 ss. e A.A. DOLMETTA-U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (il saldo zero)*, in *Riv. dir. banc.*, 15, 2014, p. 9 ss. Sull'applicazione del principio dell'onere della prova nel procedimento contenzioso di apertura del fallimento ex art. 15, R.D. n. 267/1942 v., ultimo in ordine di tempo, G. PARISI, *Onere della prova e poteri officiosi del tribunale sui requisiti dimensionali nell'istruttoria prefallimentare*, in *questa Rivista*, 2016, 2, p. 507 ss. Si segnalano anche R. CALVO, *Nota in tema di onere della prova nel fallimento*, in *Giur. it.*, 1990, p. 6 ss., A. CARLI, *Onere della prova, principio del contraddittorio e dichiarazione di fallimento: il nuovo regime*, in *Contr. impr.*, 2007, 3, p. 832 ss.; ID., *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, *ivi*, 2002, p. 1000 ss.

<sup>8</sup> Cfr. in proposito Cass. civ., Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213, in *Fall.*, 2013, p. 925 ss., con nota di P. BOSTICCO, *Ammissione al passivo e prova del credito: le Sezioni Unite individuano la natura dell'eccezione di difetto di data certa*.

complessità può essere determinato dal fatto che ad insinuarsi è un istituto di credito. In proposito, come noto, nel diritto bancario le operazioni documentate negli estratti conto possono costituire un'ulteriore complicazione di non trascurabile rilievo, dal punto di vista squisitamente tecnico-contabile, ma anche fisico e logistico<sup>9</sup>.

Tutto questo, naturalmente, in un quadro di profonda trasformazione, iniziata con l'ampia novella apportata dal D.Lgs. n. 6/2005 ed ora giunta idealmente a compimento a seguito della recentissima riforma realizzata con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, figlio della c.d. "bozza Rordorf"<sup>10</sup>.

## 2. L'ordinanza della Suprema Corte

Nel caso di specie una banca proponeva, presso il tribunale di Santa Maria Capua Vetere, domanda d'insinuazione di un proprio credito nel fallimento di una società per azioni, come risultante dal saldo debitore di un conto corrente, unitamente ad alcuni rapporti di anticipazione bancaria. Il giudice delegato, al termine della fase sommaria, negava l'ammissione per carenza di prova documentale, decisione confermata dal collegio anche in sede di opposizione *ex artt.* 98 e 99 L. Fall.: i soli estratti conto, infatti, non sarebbero opponibili alla curatela, così come i conti non sarebbero in grado di provare l'effettiva erogazione degli importi in favore del correntista. L'istituto di credito proponeva ricorso in cassazione sulla base di quattro motivi d'impugnazione, due dei quali riguardavano l'eccepita violazione degli artt. 1832, 1857, 2697, 2710 e 2729 c.c., artt. 115 e 116 c.p.c. Segnatamente, il ricorrente sottolineava, tra l'altro, la mancanza di specifiche contestazioni da parte della curatela fallimentare sulle poste annotate nelle schede integrali del conto corrente, circostanza quest'ultima capace, a suo dire, di assicurare valenza probatoria piena agli estratti integrali del conto corrente. La Suprema Corte accoglieva l'impugnazione

---

<sup>9</sup> Complessità, ad esempio, ben evidenziata con specifico riferimento alla "traduzione giuridica" del funzionamento di un contratto di conto corrente bancario. Cfr. P. FERRO LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 408 ss. ed anche U. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie anatocismo nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 17 ss.

<sup>10</sup> Sulla riforma del diritto della crisi d'impresa v.: S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/2015 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, *passim*; M. ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di O. CAGNASSO-L. PANZANI, III, Torino, 2016, p. 4527 ss.; L. ABETE, *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *Fall.*, 2016, p. 1132 ss.; P. DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, *ivi*, p. 1143 ss.; M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, *ivi*, p. 261 ss.; P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'UE*, in *Soc.*, 2016, p. 734 ss.

cassando il provvedimento impugnato in relazione ai motivi accolti e rinviando la causa al Tribunale, in diversa composizione.

In estrema sintesi, il ragionamento del collegio di ultima istanza si muove nel solco dell'attuale evoluzione giurisprudenziale in tema di applicazione dell'art. 2697 c.c., valorizzando in particolare il principio c.d. di vicinanza della prova<sup>11</sup>. Naturalmente, l'interpretazione del carico probatorio tra le parti in causa viene qui declinata in ragione delle peculiari caratteristiche del diritto fallimentare e bancario concernenti la fattispecie concreta oggetto di giudizio. Se da un lato viene ribadita l'inapplicabilità del principio previsto dall'art. 1832 c.c. al curatore, in quanto terzo rispetto al rapporto intercorrente tra imprenditore *in bonis* ed istituto di credito<sup>12</sup>, fermo restando la prova dell'esistenza del contratto di conto corrente, dall'altro viene fermamente negata la pretesa totale irrilevanza probatoria degli estratti conto, come invece affermato dal collegio territoriale. Questi ultimi, al contrario, costituirebbero delle vere e proprie prove atipiche, direttamente valutabili in considerazione della mancanza di contestazioni specifiche da parte della curatela<sup>13</sup>. Di conseguenza, fermo restando l'onere da parte della banca di provare l'esistenza del credito, questo verrebbe assolto dalla produzione relativa alle singole poste contabili attive, liberamente apprezzabili dal giudice per l'ammissione allo stato passivo ai sensi dell'art. 93 L. Fall. A sostegno di tali argomenti, la Cassazione propone anche di equiparare la rendicontazione operata dagli istituti di credito nell'esercizio quotidiano dell'attività bancaria alla stregua della procedura di rendiconto prevista dagli artt. 263 ss. c.p.c. giungendo poi alla conclusione che, anche nel primo caso, così come nel secondo, l'interprete si troverebbe in presenza di una documentazione unilaterale capace però di assurgere al valore di prova piena, appunto laddove manchi la specifica contestazione da parte di coloro nei cui confronti venga prodotta<sup>14</sup>. Il

---

<sup>11</sup> V. in particolare le precedenti note 1 e 6 e la successiva 37.

<sup>12</sup> La giurisprudenza in proposito è consolidata: cfr. Trib. Palmi, 20 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 4, p. 478 e Trib. Roma, 21 settembre 1999, in *Riv. cur. fall.*, 1999, 3, p. 44.

<sup>13</sup> In effetti, in giurisprudenza viene ammesso largamente l'uso della prova atipica, anche nel processo civile. Ad esempio, lo sarebbero gli argomenti di prova *ex art.* 116, 2° comma, c.p.c., cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2012, n. 20673, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, p. 1326, così come le prove acquisite in un diverso processo, es. penale, cfr. Cass. civ., Sez. trib., 14 novembre 2012, n. 19859, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, p. 1302, infine la prova testimoniale scritta proveniente da altri processi, cfr. Cass. civ., Sez. III, 6 ottobre 1998, n. 9902, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 2028. In realtà, esiste una certa confusione terminologica in proposito, anche nella giurisprudenza di legittimità: v., ad esempio, la recente Cass. civ., Sez. II, 5 marzo 2010, n. 5440, in *Guida dir.*, 2010, 26, p. 97 ove si parla, testualmente, di «prova anomala» con riferimento ad un'attestazione notarile, prodotta da una delle parti del giudizio, con finalità d'interpretazione autentica di un atto pubblico rogato alcuni anni prima.

<sup>14</sup> Il parallelo ci sembra pertinente, nel senso, peraltro indicato più avanti nel testo, che valorizza il meccanismo del principio di non contestazione, *ex art.* 115 c.p.c., in luogo del più incerto ed opinabile istituto della prova atipica e/o indiziaria adottato, invece, dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr., con specifico riferimento al procedimento previsto dagli artt. 263 ss. c.p.c., *ex multis* Cass. civ., Sez. III, 14 novembre



curatore, pertanto, avrebbe dovuto, di fronte a casi analoghi ed in sede di accertamento del passivo, procedere con un'attenta analisi della documentazione offerta in comunicazione dal preteso creditore, per poi indicare con precisione tutti i punti che necessitano di ulteriori e più specifici approfondimenti tecnici. Solo in tale ultimo caso la banca sarà obbligata – nei termini preclusivi di cui all'art. 95, 2° comma, L. Fall., ovvero entro la prima udienza *ex art. 99* – a contro dedurre e, soprattutto, ad ulteriormente argomentare e provare<sup>15</sup>. Diversamente, sempre secondo la Suprema Corte, il giudizio di accertamento non potrà che risolversi in favore dell'affermato titolare di un diritto, con obbligo del tribunale di ritenere fondata la rappresentazione dei fatti emersa dalle allegazioni e produzioni del ricorrente.

### 3. Il “sistema” dell'onere della prova: nel diritto vivente

Qualunque valutazione sulla portata applicativa dell'art. 2697 c.c. non può prescindere dall'analisi ed interpretazione combinata di istituti fondamentali e fortemente legati tra loro, quali l'onere di allegazione e la contestazione e prova del fatto costitutivo<sup>16</sup>. In questa sede, ci limiteremo ad indicare alcuni punti fermi di carattere generalissimo, però utili ai fini dell'analisi critica dell'ordinanza pronunciata dalla sezione prima della cassazione contenuta nel prossimo paragrafo. Anzitutto, dal punto di vista terminologico, allegare un fatto nel processo significa argomentarlo, sostenerne esplicitamente l'esistenza e, dunque, introdurlo nel giudizio per renderne edotto, in primo luogo, il giudice<sup>17</sup>. Come noto, tale compito nel processo civile spetta, di regola, esclusivamente alla parte che propone una domanda nel giudizio<sup>18</sup>. A questo punto, l'altra parte che, dal punto di vista tecnico, si contrappone alla prima,

---

2012, n. 19991, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, p. 1307; Cass. civ., Sez. I, 21 febbraio 2007, n. 4091, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass. civ., Sez. lav., 26 gennaio 2006, n. 1551, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1.

<sup>15</sup> E tale articolazione dell'attività difensiva, nel processo di accertamento del passivo endoconcorrenziale, non subirà modifiche neanche in conseguenza della recente riforma apportata dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, in ogni caso troverà piena applicazione solo il 14 agosto 2020.

<sup>16</sup> V. in proposito G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, rist. 2013, spec. p. 135 ss.

<sup>17</sup> Per approfondimenti, si rinvia alla precedente nota 2. Ed infatti, in senso traslato, il verbo latino allegare significa propriamente «far valere» o «addurre» un motivo, un fatto, una circostanza e tale era il corrispondente contenuto del sostantivo *allegatio*, che da quel verbo deriva. Cfr. M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 45 ss., 143 ss., 169 ss.; ID., *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 23 ss., 48 ss.; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *St. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 695 ss.

<sup>18</sup> A differenza delle prove che possono anche essere disposte d'ufficio. V. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, pp. 44 ss., 128 ss. ma anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, pp. 46 ss., 88 ss.; ID., *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, Libro I, Tomo II, Torino, 1973, pp. 1254 ss., 1298 ss.

dovrà decidere esplicitamente come porsi di fronte all'argomento di merito introdotto dall'avversario; in altri termini, valuterà la possibilità di contestarlo in modo specifico o meno. La contestazione, dunque, non può essere generica, bensì dettagliata nella misura in cui lo è la narrazione del fatto allegato dalla controparte<sup>19</sup>. Il fatto principale allegato a fondamento di un diritto disponibile, se non specificamente contestato dalla parte costituita nei cui confronti è introdotto, determina la c.d. *relevatio ab onere probandi*<sup>20</sup>. Tuttavia, il fatto non contestato non è un fatto provato e, pertanto, il giudice potrà comunque ritenere che vi siano elementi *aliunde* già acquisiti nel giudizio e tali da inficiare, anche totalmente, la portata decisiva della non contestazione nei confronti del fatto principale allegato<sup>21</sup>.

Resta tuttavia di fondamentale importanza stabilire, “chi deve provare che cosa”, in ragione dei fatti allegati, se specificamente contestati e, pertanto, entra comunque in gioco l'art. 2697 c.c., una fondamentale regola di giudizio che ha il fine di assicurare il rispetto da parte del giudice del divieto di *non liquet*<sup>22</sup>. *Onus probandi incumbit ei qui dicit* rappresenta il tradizionale adagio che riassume l'esigenza insopprimibile, nel giudizio, di provare i fatti allegati attraverso i mezzi, gli strumenti tipici che il legislatore ha messo a disposizione delle parti proprio a tal fine. L'onere della prova è, pertanto, il terminale di un sistema ben più ampio e complesso, interessato da numerosi istituti, quali le prove tipiche, il potere officioso del giudice e, in ultima analisi, il suo libero convincimento, ma ancor prima il potere di allegare e l'onere di contestare, come sopra, in parte, già brevemente descritti<sup>23</sup>.

Infine, non si devono sottovalutare due ulteriori variabili, sommamente importanti in questo contesto: da un lato, il modo di operare delle preclusioni<sup>24</sup>; dall'altro

---

<sup>19</sup> Per approfondimenti, si rinvia alla precedente nota 3. Ora l'art. 115 c.p.c. parla espressamente di fatti «specificatamente» contestati, ma già l'art. 416 c.p.c. prescrive l'onere per il convenuto resistente, nel processo del lavoro, di «prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda». Cfr. ancora A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, cit., p. 33 ss.; ID., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. it.*, 1997, I, II, p. 151 ss.; A. VALLEBONA, *Il principio di non contestazione*, cit., p. 277 ss.

<sup>20</sup> V. ancora per tutti A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, pp. 183 ss. e 204 ss.

<sup>21</sup> In giurisprudenza, sul carattere recessivo del principio in parola, a fronte della prova, fornita *aliunde*, di un fatto difforme da quello eventualmente oggetto della non contestazione, v. Cass. civ., Sez. II, 20 ottobre 2016, n. 21306, in [www.lanuovaproceduracivile.com](http://www.lanuovaproceduracivile.com).

<sup>22</sup> Si tratta di un principio conosciuto in tutti gli ordinamenti giuridici occidentali. In proposito, nella dottrina tedesca, v. P. ARENS, *Problematik der non-liquet-Entscheidungen*, in *Festschrift Müller-Freienfels*, Baden-Baden, 1986, p. 13 ss., ma v. anche S. ARNOLD, *Zuden Grenzender Normtheorie: Die Beweislast bei non liquet über das Verstreichen von Anfechtungsfristen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2009, p. 285 ss.

<sup>23</sup> V. in tema A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, I, p. 27 ss.

<sup>24</sup> Secondo A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di L. MARAFIOTI-R. DEL COCO, Torino, 2012, p. 16, la

la progressiva evoluzione interpretativa dei fondamentali principi appena descritti. Segnatamente, per quanto concerne il primo profilo, al netto delle numerose, complesse, specificità che attengono, rispettivamente al *thema decidendum et probandum*, a seconda dei diversi riti previsti dal nostro ordinamento<sup>25</sup>, in linea generale, logica vuole che l'onere di allegare un fatto si precluda almeno un attimo prima che ciò accada per l'onere di contestarlo, così come quest'ultimo si precluda sempre un momento prima che ciò avvenga per l'onere di provarlo<sup>26</sup>. Con riguardo al secondo profilo, invece, il diritto vivente ha nel tempo elaborato alcuni correttivi all'art. 2697 c.c. tra i quali il principio c.d. della vicinanza della prova, secondo cui è *in primis* onerato della prova di un fatto colui che, per ragioni oggettive, ha maggiore facilità nel farlo<sup>27</sup>. In particolare, si tratta di un argomento da tempo molto utilizzato, con finalità prettamente esegetiche, nella giurisprudenza della Suprema Corte, con l'obbiettivo di rendere più equa la concreta applicazione dell'onere della prova<sup>28</sup>. Il suo naturale perimetro operativo si manifesta proprio quando la fattispecie concreta presenta caratteristiche peculiari che suggeriscono un approccio meno schematico e, per certi versi semplicistico, di quello che sembra emergere da un'astratta, teorica, lettura dell'art. 2697 c.c. Ed è proprio il caso di molte liti in ambito falli-

---

preclusione processuale si risolve nella «conseguenza del mancato tempestivo svolgimento di un'attività, senza la quale la parte non può conseguire un certo risultato positivo».

<sup>25</sup> Cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, Libro II, Tomo I, Torino, 1980, pp. 44 ss., 133 ss.

<sup>26</sup> Non ritengono invece sussistere sanzioni preclusive nei confronti della contestazione di un fatto allegato dalla controparte A. ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 385 ss.; ID., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 67 ss.; G. BALENA, *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 91; L.P. COMOGLIO, «*Istruzione e trattazione nel processo civile*», in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, p. 232; M. TARUFFO, «*Preclusioni (diritto processuale civile)*», in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 802 e più di recente, ID., *Verità negoziata?*, cit., p. 97, pur sostenendo che la contestazione, in via generale, non deve essere soggetta a preclusione, ha sostenuto che nel rito ordinario può essere effettuata anche in sede di trattazione nelle memorie della c.d. «appendice scritta» (v. spec. in nt. 74).

<sup>27</sup> In forza del principio di vicinanza o di riferibilità della prova, la parte deve avere la possibilità di fornire la prova dei fatti che rientrano nella propria sfera di conoscenza, in modo tale che spetta al titolare delle informazioni necessarie al giudizio dimostrarne l'esistenza. Cfr. M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi ...*, in *Contr. e impr.*, 2016, 2, p. 360, C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 6, p. 1383 ss.; V. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 11249; M. DRAGONE, *Le S.U., la «vicinanza alla prova» e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 8-9, p. 687.

<sup>28</sup> Cfr. in giurisprudenza da ultimo Cass. civ., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18567, in *Guida dir.*, 2018, pp. 34, 53 con nota di P. PISELLI, secondo cui «in tema di responsabilità sanitaria, il principio della vicinanza della prova, fondato sull'obbligo di regolare e completa tenuta della cartella clinica, le cui carenze e omissioni non possono andare a danno del paziente, non può operare in pregiudizio del medico per la successiva fase di conservazione: dal momento in cui l'obbligo di conservazione si trasferisce sulla struttura sanitaria, l'omessa conservazione è imputabile esclusivamente a essa. La violazione dell'obbligo di conservazione non può riverberarsi direttamente sul medico determinando un'inversione dell'onere probatorio».

mentare che si contraddistinguono per l'applicazione di regole, in parte differenti e molto specifiche tecnicamente rispetto ad altri settori dell'ordinamento oggettivo<sup>29</sup>. In proposito, con riferimento al tema affrontato dall'ordinanza emessa dalla Prima Sezione della Cassazione, la questione più rilevante è senza dubbio quella relativa al ruolo del curatore nella procedura fallimentare<sup>30</sup>. Quest'ultimo è infatti senz'altro organo di rappresentanza esterna del fallimento, dunque, in taluni specifici casi, capace di sostituire il fallito durante la procedura concorsuale; ma tale finzione giuridica non può prescindere dal fatto che in realtà curatore e fallito sono due soggetti giuridici ben distinti<sup>31</sup>. Se è vero, ad es., che il curatore può scegliere di continuare l'attività d'impresa, contro di lui i terzi non possono proporre quelle eccezioni che riguardano il rapporto *intuitu personae* con il fallito quando era *in bonis*<sup>32</sup>. Ancora ed *a fortiori*, si deve tenere necessariamente conto di un naturale iato sussistente tra il patrimonio soprattutto conoscitivo, ma spesso anche documentale, riguardante l'impresa di cui è portatore l'originario imprenditore, rispetto a quanto effettivamente in possesso del curatore<sup>33</sup>. In definitiva, a quest'ultimo non può essere chie-

---

<sup>29</sup> *Ex multis*, v. recentemente in giurisprudenza: Cass. civ., Sez. I, 18 aprile 2018, n. 9565, in *Guida dir.*, 2018, pp. 21, 67 con nota di P. PISELLI; Cass. civ., Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4728, *ibidem*, pp. 23, 58; ma già, più risalente, Cass. civ., Sez. I, 4 maggio 2012, n. 6799, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, p. 565.

<sup>30</sup> Cfr. G.U. TEDESCHI, *Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 468 ss., S. SATTA, *Diritto fallimentare*, II ed. aggiornata ed ampliata da Vaccarella e Luiso, Padova, 1990, p. 191 ss., R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, 4 vol., Milano, 1974, p. 1971 ss.

<sup>31</sup> Sul particolare ruolo del curatore nel fallimento v. ad esempio: G. LO CASCIO, *Organi del fallimento e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, p. 376 ss.; M. FABIANI, *Sub art. 24*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, *Commentario*, diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2006-2007, p. 424 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, p. 1037 ss.; M. SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Bologna, 2006, p. 20 ss.; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *La capacità del curatore e l'art. 35, R.D. 16 marzo 1942, n. 267*, in *Dir. fall.*, 1958, II, p. 161 ss.; F. FERRARA, «Curatore del fallimento», in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 519 ss.; U. AZZOLINA, *A proposito di responsabilità civile del curatore fallimentare*, in *Giur. it.*, 1959, I, 2, p. 242 ss.; A. DE MARTINI, *Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallimento e ai creditori*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 113 ss.

<sup>32</sup> V. F. BUCOLO, *Orientamenti giurisprudenziali sul curatore-parte ed il curatore-terzo nell'ottica dell'interesse perseguito*, in *Fall.*, 1980, p. 826 ss., M.C. BRUNO, *Il curatore fallimentare e la prova della simulazione*, in *Contr.*, 2001, 6, p. 552 ss., S. AMBROSINI, *Data certa e fallimento: il problema dell'opponibilità degli atti privi di data certa al curatore*, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 377 ss., D. MAZZOCCA, *La posizione del curatore con particolare riferimento all'accertamento dei crediti nonché alle opponibilità relative alla precedente esecuzione individuale*, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 577 ss., F. ZAPPAROLI, *Introduzione allo studio sul «contraddittore fallimentare»*, Milano, 1961, p. 99 ss., A. BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Milano, 1974, p. 13 ss.

<sup>33</sup> Sul diritto del curatore ad ottenere l'esibizione da parte della banca dei documenti contabili dell'imprenditore fallito v. A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, p. 574 e G. TARZIA, *Un diritto del curatore alla consegna dei documenti bancari?*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, II, p. 582, ma anche B. MASSARO, *Poteri e diritti del curatore nei confronti dei terzi*, in *Fall.*, 1989, p. 810.

sto, ragionevolmente, di domandare/eccepire e, per l'effetto, provare, tutto quello che, in astratto, sarebbe stato possibile al fallito<sup>34</sup>.

#### 4. (Segue): nel procedimento di accertamento del passivo fallimentare

Le considerazioni generali che precedono ci inducono a ritenere condivisibile, ma solo in parte, la motivazione che supporta la decisione resa in epigrafe dalla Suprema Corte. Segnatamente, sebbene la conclusione appaia pienamente condivisibile, non altrettanto può dirsi per il percorso argomentativo che la sorregge.

È corretto valorizzare, con la costante giurisprudenza di legittimità, il ruolo di terzietà del curatore per ritenere, quindi, non applicabile alla fattispecie in parola l'art. 1832 c.c.<sup>35</sup>. Il discorso, si muove tutto sul piano dell'onere della prova, appunto perché non può ritenersi "consolidato" tra le parti il contenuto degli estratti conto, come approvati tacitamente, in sede stragiudiziale, dall'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento, stante l'estraneità del curatore rispetto alla loro formazione e periodica comunicazione all'allora correntista. Fatta questa premessa, tuttavia, la Suprema Corte si interroga sul valore probatorio dei medesimi estratti conto, che restano gli unici documenti depositati dal creditore nella procedura di accertamento del passivo<sup>36</sup>. In particolare, se è vero che quest'ultimo ha allegato e provato l'esistenza di un rapporto di conto corrente, la dimostrazione del saldo debitore, il *quantum* della pretesa azionata, emerge invece da elementi aventi natura solamente unilaterale e, dunque, a stretto rigore, non idonei a diventare una prova piena nel processo<sup>37</sup>. A questo punto, al fine di superare l'*impasse*, la Cassazione accoglie in modo esplicito la tesi del ricorrente, cioè valorizza il concetto di prova atipica<sup>38</sup>,

---

<sup>34</sup> In tema, v. il recente contributo di L. ANDRETTO, *L'efficacia probatoria degli estratti conto nell'accertamento del passivo*, in *Fall.*, 2019, 2, p. 149 ss., ID., *Accertamento in sede fallimentare del credito*, cit., p. 795 ss., G. GIURDANELLA, *La prova del credito*, cit., p. 64 ss.

<sup>35</sup> V. Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 2001, n. 6465, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3542 ma anche in *Fall.*, 2002, p. 389, con nota di E. STAUNOVO POLACCO, *Sull'efficacia probatoria dell'estratto conto del fallito nel passivo fallimentare*. Naturalmente se utilizzati contro il curatore, poiché diversamente quest'ultimo potrà avvalersene in sede di revocatoria rispetto ad un'azione promossa nei confronti dell'istituto di credito. Cfr. Cass. civ., Sez. I, 21 luglio 2009, n. 16971, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 9, p. 1227.

<sup>36</sup> V. Cass., Sez. Un., 18 luglio 1994, n. 6707, in *Fall.*, 1995, p. 177, con nota di S. PATTI, *Efficacia probatoria dell'estratto dei saldaconti in sede di verifica dello stato passivo*. Ancora, M. CIMMINO, *Caratteristica ed efficacia probatoria dell'estratto di conto corrente bancario*, in *Not.*, 2006, p. 416.

<sup>37</sup> V. S. PATTI, *Efficacia probatoria delle scritture contabili della banca*, in *Fall.*, 1997, p. 777. In giurisprudenza già Cass. 18 luglio 1994, n. 6707, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2682.

<sup>38</sup> Spiace che la Cassazione utilizzi il concetto di prova atipica senza il minimo, necessario, approfondimento. Si tratta, infatti, di una questione molto «complessa [e] problematica» che, tra l'altro, in que-

così giustificando il raggiungimento del necessario grado di certezza funzionale ad accogliere la domanda presentata. Secondariamente, accosta il procedimento di accertamento del passivo fondato sugli estratti conto a quello di rendicontazione previsto dagli artt. 263 ss. dove, in effetti, il curatore dà dimostrazione dell'attività svolta individuando e specificando, per lo più in modo unilaterale, tutta una serie di spese che possono essere contestate poi, nel contraddittorio, in apposita udienza, da tutti coloro che vi hanno interesse<sup>39</sup>. Tanto nell'uno quanto nell'altro procedimento, però, a ben vedere è l'applicazione del principio di non contestazione che attraverso l'effetto della *relevatio ab onere probandi* consente di giungere all'accertamento pieno della somma pretesa dal creditore. E dunque, la banca allega e prova l'*an*, allega ma non prova direttamente il *quantum*, a fronte del deposito di documenti unilateralmente predisposti; tuttavia, stante la mancanza di una specifica contestazione da parte del curatore, rispetto alle poste attive nei medesimi indicate, trova applicazione l'art. 115 c.p.c., con l'effetto decisorio di ritenere definitivamente accertata la pretesa azionata dall'istituto di credito. Per contro, è gravido di conseguenze negative l'espresso richiamo alle c.d. prove atipiche, di dubbia compatibilità con i principi del giusto processo<sup>40</sup>. D'altro canto, tale richiamo appare inutile nel caso in

---

sta sede, per ovvie esigenze di spazio, verrà affrontata in estrema sintesi. Le parole tra virgolette sono di M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1174. Ma v. soprattutto G.F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 1036 ss., spec. 1039 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti decisioni in merito si segnalano: Cass. civ., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 24867, in *Guida dir.*, 2019, 10, p. 57, Cass. civ., Sez. I, 22 novembre 2012, n. 20673, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, p. 1326, Cass. civ., Sez. trib., 14 novembre 2012, n. 19859, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, p. 1302.

<sup>39</sup> Sul procedimento previsto dagli artt. 263 ss. v., tra gli altri: D. AMADEI, *Questioni vecchie e nuove in tema di rendiconto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1142 ss.; C. BESSO, *Giudizio di rendiconto, cessazione della materia del contendere e ripartizione delle spese di causa*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 827 ss.; B. COMUNALE, *Rendiconto*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 594 ss.; G. LANDI, *Rendimento dei conti (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.; G. LA SERRA, *Il rendimento dei conti nel processo civile a confronto con la rendicontazione nel processo contabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1393 ss.; A. LEVONI, *Rendimento dei conti*, in *Digesto civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 605 ss.; R. LOMBARDI, *Brevi note in tema di rendimento dei conti*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2640 ss.; F.P. LUISSO, *Rendiconto*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 789 ss.; G. MAGRONE, *Il rendimento dei conti*, in *Giur. it.*, 1966, IV, p. 5 ss.; F. MARELLI, *Il rendiconto tra tutela contenziosa e forme camerali*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 1115 ss.; G. RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, Milano, 1991, *passim*; U. ROCCO, *Rendimento dei conti*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 432 ss.

<sup>40</sup> In difetto di espressa previsione che apra all'atipicità, il codice di rito deve essere interpretato nel rispetto più severo, come sostenuto da parte della dottrina, dell'art. 111, 1° comma, Cost. e della conseguente necessità di limitare, al massimo, la discrezionalità del legislatore in merito alle modalità procedurali di perfezionamento del contraddittorio tra le parti in generale e sulla prova in particolare, questione quest'ultima che costituisce, come noto, forse il momento fondamentale del processo e, pertanto, del sistema di tutela dei diritti. Cfr. in proposito A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice*, cit., p. 60 ss.; B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 679 ss.; G. VERDE, voce *Prova*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss. In giurisprudenza, conf.

esame. Se infatti è vero che gli estratti conto bancari, in mancanza della possibilità di applicare il principio di cui all'art. 1832 c.c., non sono altro che documenti unilaterali del credito e, quindi, non in grado da soli di integrare la prova delle operazioni solutorie in essi rappresentate e contabilizzate<sup>41</sup>, è del pari incontestabile che i medesimi rappresentano la specifica allegazione di fatti costitutivi del diritto affermato. Per l'effetto, se questi ultimi, come nel caso di specie, non vengono contestati in modo analitico e tempestivo dal curatore, il giudice adito ben potrà ritenere pacifico fra le parti anche l'ammontare del credito azionato. Un ultimo profilo riguarda l'oggettiva difficoltà pratica che possono concretamente incontrare il curatore e il creditore<sup>42</sup>: quest'ultimo nel reperimento e nella produzione della documentazione; il primo nel procedere, invece, alla valutazione e successiva ed eventuale specifica contestazione del materiale documentale, così come raccolto e prodotto dalla controparte. Si consideri tra l'altro, in proposito, la peculiare celerità e concentrazione del processo di accertamento del passivo in ogni suo grado<sup>43</sup>. È in questo contesto, in particolare, che si misura la tenuta applicativa di un principio come quello della vicinanza della prova, funzionale proprio a mitigare possibili, semplicistiche, interpretazioni letterali dell'art. 2697 c.c. tali da determinare casi di palese ingiustizia<sup>44</sup>. Ed alla luce di esso pare corretto onerare la banca della specifica allegazione e successiva produzione documentale di tutte quelle operazioni contabili, attive e passive, capaci di permettere la più completa ed esatta ricostruzione, in contraddittorio con il curatore, della movimentazione in conto corrente.

---

Cass. civ., Sez. I, 2 settembre 1998, n. 8704, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1836. Infine, sulla necessaria tipicità della prova v. Cass. civ., Sez. II, 5 marzo 2010, n. 5440, cit.

<sup>41</sup> Secondo L. ANDRETTO, *L'efficacia probatoria*, cit., p. 149, «l'onere probatorio, pertanto, dovrebbe investire sia l'effettivo svolgimento delle operazioni su ordine del correntista poi fallito, sia la loro rilevazione contabile mediante annotazione in conto».

<sup>42</sup> In tema, cfr. M. FABIANI, *Documenti bancari: diritto alla consegna e prova nel fallimento*, Milano, 2000, p. 173 ss.

<sup>43</sup> Tali considerazioni ci sembrano valide anche nel nuovo sistema introdotto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, pubblicato con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

<sup>44</sup> È infatti «illusorio pensare che la norma sostanziale dia un criterio vincolante certo per l'attribuzione del rischio della prova [...] quelli previsti dal legislatore inevitabilmente sono "abbozzi" semplificati dei casi reali». Così C. BESSO, *La vicinanza della prova*, cit., p. 1384.