

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Cataldo De Sinno

LA REVOCATORIA DELLE RIMESSE IN CONTO CORRENTE
BANCARIO: DALLA LEGGE FALLIMENTARE AL CODICE DELLA CRISI
D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA TRA INCERTEZZE, CONTRADDIZIONI
E PUNTI FERMI

SOMMARIO: 1. Premessa: dalla mini-riforma della legge fallimentare al codice della d'impresa e dell'insolvenza – 2. Il problema delle rimesse effettuate in conto corrente bancario alla luce della natura e della *ratio* della revocatoria fallimentare. Il principio della *par condicio creditorum* e il suo significato. - 3. L'*iter* storico-interpretativo giurisprudenziale che aveva preceduto la riforma dell'art. 67 l. fall. - 4. Segue. La validità di un affidamento non pattuito per iscritto e la sua opponibilità al fallimento - 5. Il principio stabilito dall'attuale disciplina: la generale «esenzione» dalla revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie a meno che non abbiano determinato una consistente e durevole riduzione dell'esposizione debitoria... - 6. Segue. Il (probabile) definitivo superamento della necessità di distinguere le rimesse ripristinatorie da quelle rimesse solutorie (e un conto passivo da uno conto scoperto) e l'individuazione della nozione di «esposizione» del debitore verso la banca - 7. La controversa definizione delle nozioni di «consistente» e «durevole» riduzione dell'esposizione debitoria - 8. Il rapporto tra le due norme e la quantificazione dell'importo da restituire - 9. Riflessioni conclusive

1. L'esercizio di un'azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto le rimesse effettuate sul conto corrente bancario, ha creato, specie in passato, seri problemi alle banche convenute in giudizio (invero spesso condannate a restituire ingenti somme alla massa) e, contemporaneamente, data la complessità delle problematiche giuridiche, ha anche comportato un notevole sforzo interpretativo per la ricerca di soluzioni adeguate. L'orientamento giurisprudenziale formatosi in merito, nonostante fosse stato inizialmente caratterizzato da posizioni contrastanti, era poi apparso univoco e consolidato, malgrado un chiaro dissenso manifestato dal mondo bancario e da qualche opinione dottrina¹. Nel contesto normativo di una disciplina della revocatoria

¹ Le doglianze del mondo bancario non erano state ignorate da una parte della dottrina: così alcuni autori, ritenuto eccessivo e ingiustificato l'utilizzo da parte dei curatori delle azioni revocatorie aventi ad oggetto le

fallimentare in cui non era fatta espressa menzione né delle rimesse, né dello stesso contratto di conto corrente bancario, la giurisprudenza aveva comunque individuato alcune rimesse soggette a revocatoria, cioè quelle solutorie, distinguendole da quelle non revocabili, soltanto ripristinatorie di un affidamento. Secondo tale indirizzo, in altri termini, la linea di demarcazione era costituita dalla sussistenza o meno di un conto affidato, ed era pertanto fondamentale la distinzione di un conto meramente passivo da quello scoperto. Nel primo caso, a differenza del secondo, le rimesse effettuate non avrebbero mai potuto assumere la natura di «pagamenti» essendo da considerare semplici operazioni tese alla ricostituzione (totale o parziale) dell'affidamento concesso.

Per tali motivi, anche in considerazione delle modalità con le quali fu introdotta (addirittura attraverso un “decreto legge *omnibus*”²), si può affermare che la mini-riforma del 2005 giunse improvvisa e inaspettata³. Con un intervento urgente recante modifiche alla disciplina dell'azione revocatoria fallimentare (oltre che disposizioni miranti alla composizione negoziale della crisi di impresa), e su chiaro impulso del mondo bancario⁴

rimesse in conto corrente bancario, non avevano esitato a definire l'esercizio dell'azione *de qua* uno «strumento vessatorio» per le banche, (in tal senso, cfr. ad esempio, G. TERRANOVA, *I profili generali dell'istituto. Il danno come fondamento dell'azione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. GHIA – C. PICCININI – F. SEVERINI, 2, *Le azioni revocatorie, i rapporti preesistenti*, Torino, 2010, p. 5). In altri termini l'accusa era di aver compiuto un tentativo, neanche troppo larvato, di «trasformazione» dell'azione suddetta in un «meccanismo di concentrazione e allocazione» delle perdite dell'impresa fallita «presso il sistema bancario» (ID., *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano, 1982, p. 16).

Per una serrata critica al «meccanismo della revocatoria delle rimesse» giacché esso consentirebbe «la creazione di ricchezza dal nulla (la revoca di rimesse in conti intensamente movimentati, ancorché senza alcun rientro, fruttava somme anche ingenti)» cfr., altresì, L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 69 e segg. L'A. inoltre rilevava come il «progressivo plasmarsi della revocatoria fallimentare sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario» avesse finito per inquinare definitivamente «la purezza dell'elemento soggettivo» alleviando «l'onere del curatore». Tanto che «di facilitazione in facilitazione, la giurisprudenza ha finito per riempire i repertori di pronunzie in cui per condannare il terzo convenuto in revocatoria ci si accontentava di molto poco: dell'insolvenza imminente, del rischio di insolvenza, dell'odore dell'insolvenza»

² Si tratta del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 c.d. “decreto competitività”, recante *Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*. Il decreto fu convertito, con modificazioni, nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

Va osservato che v'è chi (L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit., p. 83), pur considerando del tutto discutibile il metodo e senz'altro da perfezionare la tecnica redazionale, ha peraltro riconosciuto «la coerenza della nuova impostazione e la sostituzione dell'architettura stessa della legge fallimentare».

³ Diversa è l'opinione di chi (G. SCOGNAMIGLIO, *La revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, III, in *Tratt. di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, 2014, p. 656) definisce invece «la riforma della disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori lungamente attesa...» e aggiunge che tra gli scopi dell'intervento riformatore «vi è stato quello di porre un argine agli eccessi a cui [...] si era talora pervenuti sul terreno della revocatoria delle rimesse in conto corrente» precisando che tale opinione era «diffusa» anche «al di là e al di fuori del sistema bancario»

⁴ L'Abi aveva infatti espressamente proposto l'esenzione normativa per le banche dalla revocatoria delle rimesse in conto corrente: al riguardo, si veda il documento *Posizione comune sulla riforma del diritto fallimentare*, Ottobre 2002, in http://www.abi.it/DOC_Info/Audizioni-parlamentari/tmp1038914679732_11Audizione_diritto_societario.pdf, e, in particolare, il punto 3.3., ove si legge: «*Esenzione dalla revocatoria*: deve essere esclusa l'esperibilità dell'azione per quegli atti coerenti con la

- si vollero dunque anticipare solo alcuni aspetti di una riforma generale ampiamente attesa a causa della condivisa inadeguatezza e inattualità di molte soluzioni previste dalla legge fallimentare del '42.

In definitiva, la mini-riforma del 2005 della disciplina dell'azione revocatoria avente ad oggetto le rimesse in conto corrente bancario, può essere considerata oltre che un provvedimento teso al superamento dell'indirizzo giurisprudenziale formatosi dal 1982 in poi, anche come un tentativo (più o meno consapevole) di mettere in discussione quella opzione interpretativa – fatta propria da una consolidata giurisprudenza – concernente la funzione dell'azione revocatoria fallimentare, e specificamente, la tesi cosiddetta distributiva e anti indennitaria. E ciò perché, come si vedrà più avanti⁵, la sussistenza del requisito richiesto dalla norma riformata (cioè la riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria verso la banca), che il curatore ha l'onere di provare al fine di escludere l'esenzione dalla revocatoria, ben potrebbe essere inteso come indice rivelatore della necessità di un pregiudizio arrecato alla massa.

In ogni caso è evidente come la predetta riforma normativa, avendo stabilito un'esenzione generale dalla revocatoria fallimentare (salva l'eventuale eccezione) delle rimesse in conto corrente bancario, abbia provocato l'effetto - al di là degli inevitabili dubbi e delle controverse interpretazioni che normalmente accompagnano una riforma – di una drastica riduzione delle azioni proposte dai curatori fallimentari contro le banche. E se pure, a ben guardare, le ragioni della diminuzione numerica delle azioni di revocatoria fallimentare appaiono varie⁶, non si può non rilevare come, sotto il vigore

gestione ordinaria dell'impresa, fra i quali ad esempio debbono essere ricomprese le rimesse affluite su un conto corrente che abbia mantenuto la elasticità che gli è propria, le operazioni “mano contro mano” (in cui il versamento della somma è contestuale al trasferimento a terzi della medesima) e le operazioni bilanciate (nelle quali la rimessa presenta, già all'atto del deposito, una specifica destinazione a favore di terzi)».

Circa le pressioni esercitate sul legislatore per la riforma della disciplina – definite attività di *lobbying* (così G. SCOGNAMIGLIO, *La revocabilità delle rimesse*, cit., p. 655) - cfr., altresì, B. INZITARI, *Le operazioni di apertura di credito e di smobilizzo di crediti e la revocatoria fallimentare*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*, Atti del Convegno, Milano, 2006, p. 144; D. GALLETI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 163.

Osserva inoltre G. NARDECCHIA, *La revocatoria riformata*, in *La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare*, Incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura, 14-16 luglio 2008, in <http://www.odcec.pn.it/adempimenti/2010/X15%20Relazione%20Nardecchia%202008.pdf>, p. 21, che «l'esenzione, [...], accoglie in pieno le doglianze del sistema bancario nei confronti del presunto troppo ampio esercizio dell'azione revocatoria delle rimesse di conto corrente da parte delle curatele fallimentari. Lamentele incentrate soprattutto sui costi eccessivi e sproporzionati che le banche andrebbero a subire in caso di vittorioso esperimento dell'azione, dato che sovente le curatele ottengono la condanna alla restituzione di somme per importi superiori sia all'ammontare del credito che la banca ha concretamente erogato al correntista fallito sia all'ammontare dei versamenti attraverso i quali la banca ha realizzato un effettivo rientro delle somme anticipate»

⁵ Per un approfondimento della questione, v. *infra*, § 2

⁶ Certamente hanno inciso sia la riduzione a soli sei mesi del periodo sospetto, che la decorrenza (*dies a quo*) dello stesso dalla sentenza di fallimento e non dalla data della presentazione del ricorso per la sua dichiarazione: cfr., sul punto, A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato “in bianco”* in www.ilcaso.it/articoli/327.pdf, p. 1, che rileva come il

della vecchia normativa e stante la relativa interpretazione giurisprudenziale, la posizione processuale del curatore fallimentare si presentasse agevolata: una volta adempiuto l'onere probatorio relativo all'esistenza e all'effettuazione delle rimesse nel periodo sospetto e quello relativo alla consapevolezza della controparte dello stato di decozione del correntista, gravava, infatti, sulla controparte-banca l'onere di provare la sussistenza di un affidamento onde escludere la natura solutoria delle rimesse effettuate sul conto e dunque scongiurare l'accoglimento della domanda proposta dal curatore. E la prova che la banca convenuta doveva fornire, già di per sé non semplice, diveniva poi impossibile, come si potrà specificare oltre⁷, in mancanza di un atto opponibile al fallimento, cioè in assenza della forma scritta dell'accordo sull'affidamento «ulteriore», concesso oltre i limiti del fido a suo tempo attribuito.

Con la normativa introdotta nel 2005, invece, un gravoso onere probatorio è posto a carico del curatore se vuol conseguire un esito fruttuoso dell'iniziativa giudiziaria intrapresa: si tratta di fornire la prova che le rimesse effettuate sul conto abbiano effettivamente ridotto in maniera «consistente e durevole» l'«esposizione debitoria» dell'impresa verso la banca, circostanza che, come si accennava, sembrerebbe dunque riferirsi a un pregiudizio concreto arrecato alla massa. La conseguenza è che solo in caso di un esito probatorio positivo si realizzerebbero, rispetto alla regola dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare, i presupposti dell'eccezione.

Tuttavia va chiarito sin da queste note introduttive che sarebbe semplicistico e affrettato ritenere che la normativa del 2005 abbia realizzato e generosamente concesso, un mero scudo protettivo (anche se è indubbio che esso fosse stato invocato e quasi preteso dal mondo bancario). E ciò non fosse altro perché in definitiva potrebbero determinarsi anche effetti non propriamente coerenti con la presunta finalità protettiva, ove si consideri che la riformata azione revocatoria fallimentare riguardante specificamente le rimesse in conto corrente, attraverso il riferimento alla riduzione dell'«esposizione debitoria», sembra attribuire rilievo anche a una valutazione complessiva di tutti i rapporti intercorsi tra la banca e l'impresa entrata in crisi irreversibile. E va osservato che da questo esame generale, potrebbero emergere comportamenti giuridicamente rilevanti anche sotto altri aspetti (*in primis* con riferimento alla responsabilità della banca per concessione abusiva di credito) che inevitabilmente, rendendo palesi alcuni discutibili comportamenti che hanno caratterizzato la prassi bancaria, finirebbero per evidenziare profili di non conformità non solo rispetto al complesso normativo del nuovo ordinamento bancario (e, in particolar modo, alla disciplina dei rapporti con la clientela irreversibilmente segnata da regole di trasparenza e correttezza), ma anche riguardo agli

«crollo verticale nel ricorso all'azione revocatoria che si è registrato per effetto della riforma» sarebbe dovuto anche al fatto che il legislatore ha stabilito «per gli atti “normali” un periodo sospetto di appena sei mesi» cioè un periodo pressoché coincidente «con quella che può facilmente essere la durata di un procedimento prefallimentare»

⁷ V., *infra*, § 4

stessi principi fondamentali dell'ordinamento e alle norme ordinarie che disciplinano il contratto in generale.

Ciò posto, occorre tener presente che l'intera materia normativa (oggetto di una legge delega⁸), è destinata ad essere disciplinata dal relativo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che sostituisce la vetusta legge fallimentare del 1942⁹.

Cionondimeno va subito precisato che, per ciò che concerne la revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non ha apportato modifiche sostanziali, e dunque la disciplina rimarrà sostanzialmente immutata rispetto alle disposizioni già contenute negli artt. 67 e 70, l. fall. del '42.

Così la materia *de qua* sarà disciplinata dagli artt. 166, comma 3, lett. b) (che corrisponde all'art. 67 l. fall.) e 171, comma 3 (che corrisponde all'art. 70 l. fall.)¹⁰.

⁸ La legge 19 ottobre 2017, n. 155, aveva appunto ad oggetto la “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”.

Quando il presente lavoro era ormai in corso di pubblicazione, dopo l'approvazione in data 8 novembre 2018 da parte del Consiglio dei Ministri del relativo schema di decreto legislativo, è stato emanato il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, destinato peraltro a entrare in vigore il 15 agosto 2020, salvi gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 che entrano invece in vigore dal 16 marzo 2019.

⁹ La legge delega prevedeva molte novità e, tra le più significative, sicuramente si pone la stessa scomparsa del termine «fallimento» a beneficio della locuzione «liquidazione giudiziale». Inoltre tra i “principi generali” è stabilita proprio la definizione dello stato di crisi (art. 2, lett. c: «*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*»), al fine di una netta distinzione dall'insolvenza. Infatti sotto la vigenza della legge fallimentare, nel silenzio normativo circa la definizione dello «stato di crisi» (essendo invece fornita, ex art. 5 l. fall., la nozione di stato di insolvenza, che è definita come incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni), un dilemma si è posto all'attenzione degli interpreti: quello della scelta fra la soluzione che riferisce la locuzione “stato di crisi” a situazioni meno gravi e non ancora definitive (eventualmente qualificabili a «rischio di futura insolvenza») e quella che invece considera in essa compreso, in una nozione generale di crisi, anche lo stato di insolvenza vero e proprio (che è caratterizzato da irreversibilità). Prima della precisazione operata dall'art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni in l. 23 febbraio 2006, n. 51, la dottrina si era mostrata divisa tra chi sosteneva la tesi secondo cui dalla nozione di «stato di crisi» dovesse essere esclusa l'insolvenza (in tal senso, cfr. G. BOZZA, *Le condizioni oggettive e soggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 953; G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1134); e chi, invece, si mostrava convinto della necessità di una concezione unitaria (così, U. DE CRESCENZO - L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare: dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005, p. 11; P. F. CENSONI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 731).

Infine vanno segnalate tra le novità, il rafforzamento dei poteri attribuiti al curatore; la previsione di una fase preventiva di allerta, attivabile direttamente dal debitore o d'ufficio dal tribunale che comporta per l'imprenditore che l'attiva tempestivamente la possibilità di ottenere misure premiali (come la non punibilità, a certe condizioni, dei reati fallimentari);

¹⁰ L'art. 166, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, al comma 3, (che corrisponde all'art. 67 l. fall.), così dispone:

«Non sono soggetti all'azione revocatoria:□

b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario che non hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione del debitore nei confronti della banca»□

L'art. 171, *Effetti della revocazione* (che corrisponde all'art. 70 l. fall.), al comma 3 così dispone: «Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello

Fatta questa premessa, al fine di meglio comprendere non solo le ragioni, ma anche portata ed effetti prodotti dall'introduzione di una normativa specifica di disciplina della revocatoria fallimentare delle rimesse effettuate su un conto corrente bancario, occorre partire da un esame, sia pure sintetico, dell'*iter* storico-interpretativo giurisprudenziale *in subiecta materia*, di cui in precedenza si è fatto cenno.

2. L'art. 67, secondo comma, della legge fallimentare, nella sua versione originaria prevedeva, come è noto, la possibilità di revoca, qualora il curatore avesse provato la conoscenza della controparte dello stato di insolvenza del debitore, dei «pagamenti di debiti liquidi ed esigibili» effettuati dal fallito nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento. Tale norma – con modalità che potevano apparire finanche singolari – estendeva la revocabilità anche ad atti dovuti, come appunto i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili (con il necessario presupposto della conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore), e la sua finalità era di rimediare al *vulnus* arrecato da tali atti – pur dovuti – alla *par condicio creditorum* nel breve periodo di tempo che precede la dichiarazione di fallimento.

Per ciò che concerne invece la disciplina della revocatoria fallimentare degli atti «anormali», la dottrina aveva individuato l'elemento caratterizzante nell'articolato sistema di presunzioni: in particolare una presunzione *juris et de jure* per la frode del debitore e anche per il «pregiudizio arrecato ai creditori indistintamente»; ma, con riguardo alla frode del terzo, solo una presunzione *juris tantum*, superabile cioè con la prova contraria della non conoscenza dello stato di insolvenza¹¹.

Diversa la situazione invece, per ciò che riguarda la fattispecie degli atti «normali» di cui al secondo comma dell'art. 67, (in cui rientravano le rimesse in conto corrente bancario): si era rilevato come in tal caso non vi fosse una presunzione semplice di frode gravante sul terzo, essendo al contrario addossata al curatore la prova che questi fosse stato a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore¹². L'inefficacia prevista per atti di pur ordinaria gestione dell'impresa, discendeva, quindi, da una valutazione di immeritevolezza determinata dalla provata conoscenza del terzo dello stato di insolvenza.

stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito»

¹¹ Tale "sistema" di presunzioni ha provocato le aspre critiche della dottrina che lamenta in particolare che la presunzione *juris et de jure* dello stato di insolvenza, come affermata dalla giurisprudenza, sottragga al terzo la possibilità di provare comunque la sua inesistenza, limitando la facoltà probatoria dello stesso alla sola mancata conoscenza dell'insolvenza. Tale posizione è ritenuta pertanto «un assurdo che si spiega soltanto nel quadro di un abbagliamento revocatorio di cui tutta la giurisprudenza e gran parte degli interpreti sono stati collettivamente vittime, e che è solo parzialmente giustificabile dal fatto che gli atti del primo comma sono in sé sospetti» e che in definitiva mostrerebbe chiaramente che «il sistema delle presunzioni si rivela sbagliato» così, L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit, p. 78

¹² Così, R. NICOLÒ, *sub art. 2904, Della responsabilità patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 270

Il legislatore nel 2005 riformulando, come è noto, l'art. 67 l. fall.¹³, ha previsto tra l'altro, per ciò che qui rileva, sia la riduzione del periodo «di osservazione» a sei mesi che l'introduzione di una disciplina riguardante specificamente le «rimesse» in conto corrente bancario.

È altresì noto come la definizione della natura (oltre che della funzione) dell'azione revocatoria fallimentare, sia stata oggetto di una netta contrapposizione tra gli assertori della tesi cosiddetta anti indennitaria (o distributiva) e i sostenitori di quella indennitaria. La scelta tra le due tesi dipendeva dalla soluzione della questione relativa al fondamento giuridico dell'azione revocatoria (ordinaria e fallimentare) nel nostro ordinamento, e quindi all'accoglimento della tesi dualistica (che sostiene esservi una distinzione funzionale delle due azioni) o, al contrario, di quella monistica (che ne afferma invece l'unicità).

Secondo la tesi cosiddetta anti indennitaria (o distributiva) è da considerare rilevante la lesione in sé della *par condicio creditorum*, poiché la funzione svolta dalla revocatoria fallimentare consisterebbe nell'operare una ripartizione del danno fra una più ampia categoria di soggetti¹⁴: conseguentemente, non occorrerebbe la prova di un danno concretamente arrecato alla massa. Da ciò emergerebbe, in adesione alla teoria dualistica, l'autonomia della revocatoria fallimentare rispetto a quella ordinaria, nella quale è essenziale, *ex art. 2901 c.c.*, il pregiudizio arrecato.

In senso diverso si pone la tesi cosiddetta indennitaria, secondo la quale anche nella revocatoria fallimentare sarebbe rilevante la prova di un danno concretamente arrecato al patrimonio dell'impresa¹⁵. Il pregiudizio costituirebbe quindi un presupposto necessario e comune sia alla revocatoria fallimentare che a quella ordinaria e, dunque, il fondamento delle due azioni sarebbe unico (cosiddetta teoria monistica).

Da parte sua la giurisprudenza, dopo un periodo in cui erano state assunte decisioni di senso contrario¹⁶, ha cominciato a sostenere la tesi della natura distributiva e anti-indennitaria dell'azione revocatoria fallimentare, e ha ritenuto che il pregiudizio arrecato alla *par condicio creditorum* sia ricavabile mediante una presunzione assoluta. Esso si sostanzierebbe non già in un danno concreto subito dal patrimonio, ma nella stessa violazione della disposizione dell'articolo 67, comma 2, l. fall. In particolare la Suprema Corte a sezioni unite ha affermato che «il presupposto oggettivo della revocatoria degli atti di disposizione compiuti dall'imprenditore...» ai sensi dell'art. 67, secondo comma, l.

¹³ Art. 2, comma 1, lett. a), del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80

¹⁴ Cfr., A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 151; ID. *La "funzione" della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 362; cfr., altresì, G. ROSSI, *La revocatoria fallimentare delle ipoteche*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 511 segg., che afferma che il fondamento della revocatoria fallimentare è «nella violazione del principio della *par condicio*»

¹⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano 1974, p. 104 segg.; ID., *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, I, 1977, p. 84 segg.

¹⁶ Cass., 21 maggio 1971, n. 3298, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2248; Cass., 16 ottobre 1987, n. 7649, in *Fallimento*, 1987, p. 945 e segg.

fall., nel periodo sospetto si correla non già «alla nozione di danno quale emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento bensì alla specialità del sistema fallimentare, ispirato all'attuazione del principio della *par condicio creditorum*, per cui il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio ricollegata, con presunzione legale assoluta, al compimento dell'atto vietato nel periodo indicato dal legislatore»¹⁷. In altri termini il buon esito dell'azione sarebbe indipendente dalla prova di un danno concretamente subito dal patrimonio del fallito.

È peraltro da osservare che, fatte salve le necessarie riflessioni circa le scelte del legislatore della riforma, la tesi che riconosce che la revocatoria fallimentare *ex art. 67, l. fall.*, costituisca un istituto volto alla salvaguardia della *par condicio creditorum*¹⁸ che - non comportando il venir meno dell'esigenza di tutela dei terzi di buona fede (pertanto nella fattispecie non può non rilevare la conoscenza o meno dello stato di insolvenza) - si pone l'obiettivo di evitare comunque un pregiudizio agli altri creditori, forse non arreca un utile contributo a dissipare i dubbi circa il rischio di introduzione di elementi estranei rispetto alle esigenze che l'istituto stesso è teso a soddisfare. Ciò perché tale tesi afferma che sussiste una presunzione assoluta non solo della frode ma anche (con riferimento all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 67 l. fall.) del danno (identificato con la mera lesione della *par condicio creditorum*). In altri termini sembra rilevarsi una contraddizione qualora l'inefficacia degli atti compiuti nel periodo sospetto sia messa in relazione non soltanto all'ipotesi in cui la lesione della *par condicio creditorum* sia reale ma anche a quella in cui essa sia solo presunta (escludendo addirittura in tal caso la prova contraria).

Orbene, come si è già accennato in precedenza, la riforma dell'art. 67 l. fall., soprattutto per quanto concerne le rimesse in conto corrente bancario, può forse essere considerata un tentativo di affermare che la funzione della revocatoria fallimentare non sembra poter prescindere dal pregiudizio concretamente arrecato al patrimonio e quindi, sostanzialmente, essa sul punto potrebbe apparire come una presa di posizione contraria alla tesi prevalente in giurisprudenza, che ha invece affermato la natura distributiva e anti indennitaria della revocatoria fallimentare. Infatti, è testualmente previsto che la revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario possa avvenire solo in caso di avvenuta riduzione («consistente e durevole») dell'esposizione debitoria verso la banca. In altri termini – nonostante il legislatore non abbia assunto una chiara posizione generale in ordine alla funzione della revocatoria fallimentare¹⁹ e, anzi, non siano state

¹⁷ Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1718; conf., Cass. 21 dicembre 2012, n. 23710, in www.iusletter.com

¹⁸ Cfr., Cass. sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, cit., c. 1718

¹⁹ Cfr., A. NIGRO, *Introduzione*, in A. NIGRO-M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, I, Torino, 2006 p. 363, che osserva come la nuova disciplina sia idonea ad accogliere tanto la tesi indennitaria quanto quella anti-indennitaria.

Ma si veda l'opinione di G. GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la ... mette in crisi*, nota a Cass. 28 marzo 2006, n. 7028 e Cass. 25 agosto 2006, 18550, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 573 segg., che evidenzia il contrasto fra il riconoscimento giurisprudenziale della funzione redistributiva della revocatoria fallimentare e l'emanazione di una norma che, tramite le esenzioni, è diretta a limitare gli effetti dell'insolvenza a un nucleo più ristretto di soggetti.

accolte proposte esplicite di adesione alla tesi indennitaria²⁰ - la norma che prevede l'eventuale revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario subordinandola alla consistente e durevole riduzione dell'esposizione debitoria, sembra dunque richiedere la sussistenza di un pregiudizio concreto arrecato al patrimonio dell'impresa fallita in danno degli altri creditori.

D'altra parte rimangono impregiudicate obiezioni e riserve in ordine alla compatibilità tra una (asserita) funzione redistributiva della revocatoria fallimentare e un sistema giuridico di disciplina della crisi di impresa non più caratterizzato dalla prevalenza della funzione liquidatoria. In altri termini il mutato quadro normativo è sicuramente frutto, come si è osservato, della maturata consapevolezza «che l'impresa costituisce un centro di conoscenze e di valori non facilmente espropriabile e riallocabile, la cui dissoluzione costituisce una perdita secca non soltanto per il sistema, ma per gli stessi creditori nel cui interesse l'espropriazione si svolge»²¹. Tanto che, in maniera condivisibile, si è affermato che la particolare importanza che il legislatore ha ora attribuito «alla prosecuzione dell'attività d'impresa pur in presenza di una situazione di dissesto» verrebbe a «scardinare» «una delle conclusioni fondamentali cui giunge la teoria c.d. antindennitaria dell'azione revocatoria fallimentare, la quale [...] ritiene che la revoca dell'atto costituisca una sorta di sanzione per quel creditore che ha cercato una soluzione individuale delle proprie ragioni e, in tal modo, si è sottratto alla regola del concorso, di per sé necessitata dalla presenza di un imprenditore insolvente»²². E la conclusione tratta è che tale proclamata funzione della revocatoria fallimentare – nonostante sia stata affermata dalle sezioni unite della Cassazione, e anzi, in maniera paradossale, proprio nel momento in cui pareva essere giunta al culmine del percorso di riconoscimento, sembrerebbe invece destinata a dissolversi²³.

Quanto alla portata e al significato della *par condicio creditorum*, a parte le considerazioni di ordine generale, su cui pare comunque opportuno soffermarsi, non si può prescindere dall'esaminare, in particolare, la questione della sua effettiva valenza dopo i mutamenti apportati dai vari interventi di riforma della legge fallimentare. La

²⁰ Cfr. ad esempio, l'emendamento 2.28 (Legnini, Calvi, Maritati, Ayala) proposto in sede di conversione in legge del d.l. n. 35/2005 – che peraltro fu respinto - che chiaramente si esprimeva in favore della teoria indennitaria

²¹ Così, L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 82

²² Così, A. NERVI, *Spunti civilistici sull'azione revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 136, il quale, riferendosi in particolare alla tesi sostenuta da Maffei Alberti, ricorda come «corollario di questa impostazione» sia «l'affermazione secondo cui l'azione revocatoria, ed il rischio che essa rappresenta per il creditore dell'imprenditore insolvente, costituisce uno strumento di pressione, affinché tale creditore rifugga dalla ricerca di soluzioni individuali ed, a fronte del dissesto della sua controparte, attivi gli strumenti previsti dell'ordinamento per la disciplina delle crisi d'impresa, ossia – in altri termini – favorisca l'esito concorsuale dell'insolvenza»

²³ Osserva ancora A. NERVI, *Spunti civilistici sull'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 137, che «alla luce della riforma, questa funzione della revocatoria fallimentare sembra scomparire, quanto meno per quelle categorie di operatori che interagiscono con l'imprenditore nella veste di fornitori, clienti, banche, dipendenti; l'esenzione da revocatoria degli atti posti in essere da costoro fa venire meno l'incentivo verso la ricerca di uno sbocco concorsuale della crisi dell'impresa»

rilevanza di tale principio e la sua compatibilità con la nuova filosofia che ha contraddistinto il processo di riforma, sono stati infatti oggetto di verifica. Non si è mancato così di considerare che il principio della *par condicio creditorum* appare in fase calante²⁴ se non, addirittura, superato²⁵. In realtà, nonostante la tralattizia affermazione del suo carattere fondamentale²⁶ o generale²⁷, come pure i tentativi di correlarlo al principio costituzionale di uguaglianza, esso aveva suscitato più di un dubbio e destato varie perplessità²⁸. D'altra parte, non erano mancate anche opinioni tendenti a smitizzarne e ridimensionarne la portata che avevano attribuito alla norma di cui all'art. 2741 c.c. valore eminentemente programmatico²⁹ o affermato trattarsi di disposizione residuale³⁰ se non addirittura superflua. Tra le opinioni maggiormente critiche in ordine alla tendenza a enfatizzare il principio della parità di trattamento tra i creditori, spicca quella di chi osserva che esso non attribuisce ai creditori un «diritto in senso tecnico», e che, a ben guardare, trova i suoi (ampi) limiti proprio nella norma che costituisce il suo fondamento. Infatti, secondo quanto dispone l'art. 2741, 1° comma, c.c., tutti i creditori hanno sì uguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore ma fatte «salve le cause legittime di prelazione»³¹. Si è così riaffermato il «valore residuale» del principio *de quo* dovendo essere applicato «all'interno di ciascuna categoria omogenea di creditori (creditori privilegiati aventi lo stesso grado, creditori chirografari)»³². E si è anche precisato come, nel rapporto fra le varie categorie di creditori assistiti da cause di

²⁴ Cfr., ad esempio, S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1138, che lo definisce in fase «declinante»

²⁵ G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nella revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 11, osserva che a causa delle numerose eccezioni previste dalla riforma sarebbe legittimo affermare che la *par condicio creditorum* non costituisca più un principio cardine del nostro ordinamento.

²⁶ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)* in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 207

²⁷ Cfr., U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 61. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr., Cass. 27 febbraio 1990, n. 1510, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1435

²⁸ V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, XIX, 1985, p. 408, avverte che tale principio “generale” invero «esaurisce la sua portata reale nel disattendere il criterio della priorità cronologica del sorgere del credito».

Quanto ai rapporti con i principi generali, si nega che la *par condicio creditorum* - da ritenere mera regola (derogabile dal legislatore) di organizzazione del concorso - possa concretamente esser considerata espressiva di valori e principi come equità, uguaglianza e giustizia, così A. NIGRO, «*Privatizzazione delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*», in AA.VV. *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Torino, 2007, p. 6.

²⁹ Si tratta per lo più di opinioni espresse nella dottrina processualistica: cfr., S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, sub art. 498, Milano, 1959, p. 165; V. ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)* in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1972.

³⁰ Per un riferimento in tal senso, G. MONTELEONE, *Riflessioni sulla tutela esecutiva dei diritti di credito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 85; A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, nota a Cass. sez. un. 28 marzo 2006, n. 7028, in *Fallimento*, 2006, p. 1133 e segg., il quale segnala che: «la *par condicio* da tempo non appare un principio assoluto, ma piuttosto un valore residuale, rispondente a criteri di ordine delle procedure concorsuali, recessivo rispetto ad interessi meritevoli di tutela prevalente, non certamente, come recentemente affermato, valore fine, quanto piuttosto valore mezzo»

³¹ Cfr., P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 319

³² Così, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, VI ed., Torino, 2014, p. 10

prelazione, viga «non già il principio di parità di trattamento, bensì quello di preferenza: di modo che il creditore pignoratizio è preferito ai creditori aventi privilegio speciale sui beni dati in pegno; i creditori aventi privilegio speciale sui beni immobili sono anteposti ai creditori ipotecari [...]»³³. La conclusione da trarre è che, nel soddisfacimento dei creditori, debbano «essere rispettate le regole della graduazione dei crediti e solo in via residuale il principio della *par condicio*»³⁴.

Di contro vanno rilevate le posizioni di chi da un lato, si oppone al tentativo di ridimensionamento, criticando in modo particolare le opinioni che vorrebbero degradare un principio generale a mera linea di tendenza³⁵ e, dall'altro, di chi si sofferma sul «significato autonomo» della *par condicio* (che non sarebbe da identificare con la concorsualità)³⁶.

Ciò posto, si deve riconoscere l'evidente erosione del principio in materia fallimentare a seguito, innanzitutto, dell'aumento dei crediti prededucibili – lievitati ben oltre l'iniziale previsione dei soli crediti sorti a causa della (e relativi alla) stessa procedura concorsuale – nonché per le conseguenze delle esenzioni dalla azione revocatoria fallimentare, e dunque che lo stesso principio della *par condicio creditorum*, richieda una valutazione coerente con il suo significato attuale. È indubbio che non si possa perciò prescindere dall'esame delle linee evolutive dell'ordinamento (che sembrano evidenziare sempre più la necessità di soddisfare anche altre esigenze oltre quella meramente liquidatoria, cui è connessa, in certo qual modo, la parità di trattamento fra i creditori), e dal dato incontestabile del maggior spazio lasciato all'autonomia privata che non può che determinare, se non proprio l'intravisto superamento, quanto meno delle ampie deroghe alla *par condicio creditorum*. In particolare, nella disciplina riformata viene certamente in rilievo l'obiettivo di garantire la continuità aziendale e il recupero del patrimonio dell'impresa, laddove nell'impianto originario della legge fallimentare del '42, di cui al r.d. 16 marzo 1942, n. 267, emergeva sicuramente una prevalente finalità sanzionatoria del fallimento. In tal modo gli interventi di riforma della legge fallimentare hanno dato vita a un nuovo sistema improntato a una tendenziale «privatizzazione» della crisi di impresa³⁷

³³ L. GUGLIELMUCCI, *op. loc. cit.*

³⁴ L. GUGLIELMUCCI, *op. loc. cit.*

³⁵ A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in S. MAZZAMUTO, (a cura di) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, II, p. 845,

³⁶ L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, e diretto da F. D. Busnelli, art. 2740-2744, II ed., Milano, 2010, p. 153

³⁷ Si è osservato (cfr. F. DI MARZIO, *Note introduttive*, in ID., (a cura di), *La crisi di impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, p. 2, come privatizzazione sia divenuta «parola d'ordine» per il legislatore, «chiave di lettura» per gli interpreti e «linea guida» degli operatori.

L'a. precisa che il riferimento alla privatizzazione sta ad indicare non già deregolamentazione *tout court*, ma arretramento della regola giuridica «pubblica», soprattutto nel senso del superamento della finalità sanzionatoria dell'imprenditore insolvente e del governo statale della crisi di impresa, così F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi di impresa*, Milano, 2011, p. 5

Sul tema cfr. altresì, A. NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, cit., p. 1 segg.

(addirittura, in qualche caso interpretata come una «degiurisdizionalizzazione»³⁸). In tale quadro di riferimento il governo della crisi di impresa, appare sottratto in linea potenziale al “monopolio” del sistema giudiziario per essere sempre più affidato invece al mercato, nella auspicata prospettiva di decisioni «responsabili»³⁹.

Di qui, la previsione (e disciplina) normativa delle forme stragiudiziali e negoziate di soluzione della crisi di impresa. È vero allora come le nuove priorità emergenti nella nuova disciplina delle soluzioni della crisi d'impresa abbiano poi finito anche per evidenziare limitazioni al principio della *par condicio creditorum*: in modo particolare, nel concordato preventivo, la divisione in classi dei creditori (secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei), comporta la possibilità di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (cfr., art. 160, 1° comma, lett. c) e d), l. fall.)⁴⁰. Tuttavia a ben guardare tale dato più che concorrere a rafforzare l'opinione che sostiene una minore rilevanza del principio della *par condicio creditorum*, sembrerebbe più che altro confermare il reale valore e significato – spesso eccessivamente esaltato - che ad esso si deve, in generale, riconoscere. E ciò perché, come si è in precedenza ricordato, parte della dottrina ha opportunamente osservato che il principio della *par condicio creditorum* già «si applica all'interno di ciascuna categoria omogenea di creditori (creditori privilegiati aventi lo stesso grado, creditori chirografari)» e che «nel rapporto fra le varie categorie di creditori assistiti da cause di prelazione vige non già il principio di parità di trattamento, bensì quello di preferenza: di modo che il creditore pignoratizio è preferito ai creditori

³⁸ In realtà va riconosciuta la centralità del tema dei poteri e del ruolo della giurisdizione nelle procedure concorsuali riformate. Sul punto, cfr., L. ROVELLI, *Un diritto per l'economia. Bilancio di una stagione di riforme. Una scelta di «degiurisdizionalizzazione»?* in F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi di impresa*, cit., p. 38 e segg.

Sul “ridimensionamento” del ruolo del giudice, cfr. altresì, S. DE MATTEIS - N. GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Bologna, 2013, p. 53, i quali osservano che «il Tribunale viene relegato a spettatore rispetto all'accordo tra debitore e creditori» assumendo solo il ruolo di «garante della legalità del procedimento di formazione del consenso e della correttezza dei criteri di formazione delle classi».

In senso critico sulla pretesa degiurisdizionalizzazione si pone chi preferisce fare invece riferimento a un «fenomeno di “disintermediazione giudiziaria”» così, V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di “salvataggio” (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, I, p. 282. Di tal che, conclude l'A., l'equazione privatizzazione/degiurisdizionalizzazione dovrebbe essere respinta «alla luce di un più rigoroso modo di intendere ciò che è, in senso proprio, “giurisdizione”»

Esprime opinione contraria alla pretesa degiurisdizionalizzazione pure altra dottrina (M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, p. 157) che osserva che «il ruolo del giudice nella crisi di impresa non è divenuto marginale o meno penetrante, ma è diverso dal passato» e, salutando con favore la decisione delle sezioni unite della Cassazione di cui alla sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 emanata in tema di poteri valutativi del giudice nell'omologazione del concordato preventivo, lamenta tuttavia come invece «la riflessione da parte dei giudici di merito» sia «ancora incompiuta»

³⁹ F. DI MARZIO, *Note introduttive*, loc. cit.

D'altra parte si osserva (L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit, p. 82) come abbia «avuto luogo nei primi anni di questo secolo un dibattito che, anche al fine di orientare una possibile riforma organica delle procedure concorsuali, aveva preso atto di una verità scomoda: che nella gestione delle crisi d'impresa il sistema giudiziario non opera meglio del mercato»

⁴⁰ In giurisprudenza, ritiene che la citata disposizione costituisca una deroga al principio della *par condicio creditorum* (e che pertanto debba intendersi di stretta interpretazione): Trib. Roma, 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2253.php

aventi privilegio speciale sui beni dati in pegno; i creditori aventi privilegio speciale sui beni immobili sono anteposti ai creditori ipotecari [...]», si da poter concludere che «nel soddisfacimento dei creditori quindi, più che il principio della parità di trattamento (o *par condicio creditorum*), vanno rispettate le regole della graduazione dei crediti e solo in via residuale il principio della *par condicio*»⁴¹.

Se dunque è questo il quadro che emerge dal processo di riforma legislativa, non solo il principio della *par condicio creditorum*, ma, come visto in precedenza, anche la stessa funzione e natura dell'azione revocatoria fallimentare deve essere riconsiderata. E a proposito di quest'ultima è più che opportuna un'indagine che accerti quale sia, tra le due tesi contrapposte, quella più vicina alle attuali esigenze emergenti dalla nuova visione normativa della crisi di impresa e, più in generale, il ruolo della stessa azione revocatoria. Sono note le affermazioni di uno dei maggiori esponenti della tesi distributiva antiindennitaria⁴² e il sostegno all'idea di una modernità della tesi proposta rispetto alla tesi contraria; ma è altrettanto noto come la stessa posizione sia stata criticata muovendo dalla contestazione della premessa oltre che della stessa prospettiva dalla quale si guarda il fenomeno⁴³: che è infatti quella che considera che la prosecuzione dell'impresa in crisi costituisca un fenomeno negativo, da evitare e scongiurare, e che il punto di arrivo soddisfacente sia l'eliminazione dell'impresa insolvente, da favorire con la preventiva creazione di un «cordone sanitario» attorno ad essa. Orbene, indipendentemente dalla questione interpretativa circa la funzione dell'azione revocatoria fallimentare – e considerando anche che la sua rivisitazione in termini riduttivi operata dalla riforma sembra perfettamente coerente con l'affermato valore della conservazione dell'impresa⁴⁴ - è, invece, innegabile come le giustificazioni teoriche a supporto della predetta tesi

⁴¹ così, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 10.

⁴²A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., p. 144, il quale osserva come lo scopo dell'azione revocatoria fallimentare sia di ripartire la perdita «non solo tra i creditori esistenti al momento della sentenza, ma tra una collettività più ampia» al precipuo fine di realizzare «una collettivizzazione della perdita». Di tal che, secondo tale opinione, l'estensione degli effetti dell'insolvenza sarebbe, nel contempo, rispondente ad una visione più moderna delle cause che la determinano

⁴³ M. LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare*, cit., p. 97 segg., il quale in particolare critica le affermazioni addotte a sostegno della tesi redistributiva perché esse riconoscono «un progressivo passaggio da un sistema di collettivizzazione parziale delle perdite derivanti dall'insolvenza, qual è propria della disciplina fallimentare, ad un sistema di collettivizzazione totale, attuata attraverso l'intervento di enti di gestione ed il conseguente trasferimento delle passività delle imprese insolventi allo Stato e quindi all'intera collettività nazionale». Inoltre l'A. evidenzia la parzialità della ricostruzione criticata sia perché ridurrebbe «il problema politico della riorganizzazione dell'impresa in crisi alla tecnica del salvataggio da parte delle partecipazioni statali, che è stata praticata più volte nell'esperienza italiana» e sia perché trascurerebbe «il salto di qualità presente nel passaggio dalla collettivizzazione parziale del fallimento alla collettivizzazione totale degli interventi di conservazione dell'impresa; passaggio che implica scelte diverse di politica economica (tendenti rispettivamente a favorire la dissoluzione o la conservazione-riorganizzazione dell'impresa in crisi) e si collega a modi profondamente diversi di intendere la funzione preventiva della revocatoria fallimentare (che anzi, nell'ipotesi del salvataggio puro e semplice [...] non ha più spazio alcuno)».

⁴⁴ Cfr., sul punto G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, I, 2010, p. 12 e segg.

antindennitaria si pongano in una prospettiva che definire oggi anacronistica, considerata l'attuale evoluzione della disciplina della crisi di impresa che privilegia la continuità e il salvataggio⁴⁵ e, in tale ottica, addirittura incoraggia il finanziamento dell'impresa in crisi, potrebbe non apparire azzardato.

3. Pare opportuno, a questo punto, esaminare il percorso interpretativo giurisprudenziale riguardante l'art. 67 l. fall., con riferimento alla specificità delle rimesse effettuate su un conto corrente bancario, che, come si è precedentemente accennato, ha conosciuto varie fasi.

La giurisprudenza in un primo periodo assunse una posizione contraria alla revocabilità delle rimesse effettuate sul conto dal fallito. Si pervenne a tale conclusione tenendo conto della peculiarità del conto corrente bancario posto che, con i versamenti e prelevamenti, si determinava la compensazione o perché la stessa era prevista dalle parti o, comunque, perché essa doveva ritenersi ammissibile nel fallimento *ex art.* 56, l. fall.⁴⁶. Si osservava inoltre che, nel contratto di conto corrente, la banca svolge semplicemente un «servizio di cassa» avendo ricevuto dal correntista appositamente questo incarico, e pertanto che le rimesse effettuate non potessero essere considerate «pagamenti» ad un creditore prescelto dal fallito (con pregiudizio degli altri) ma semplicemente costituissero utilizzo di uno strumento contabile e materiale⁴⁷. Questo orientamento, pur facendo leva sulla peculiarità del conto corrente bancario, peraltro ancora non aveva colto l'aspetto decisivo per negare che determinate rimesse costituissero pagamenti e quindi atti revocabili. E ciò perché in realtà occorreva considerare che la particolarità rilevante nella fattispecie *de qua* non è costituita solo dalla possibilità continua di effettuare versamenti e prelevamenti annotandoli in conto al fine dello svolgimento del servizio di cassa a favore del cliente, ma anche dalla fonte di provenienza della provvista, cioè della liquidità necessaria per effettuare tale servizio. Infatti, il punto decisivo (che sarebbe stato invece valutato in questi termini dalla giurisprudenza della Cassazione mediante la svolta interpretativa del 1982), era accertare se nella fattispecie del conto corrente bancario si

⁴⁵ Ben esprimono l'avvenuto mutamento di prospettiva le osservazioni di G. PRESTI, *La funzione della nuova revocatoria fallimentare. Cosa è cambiato rispetto al passato*, Relazione al Convegno "Il potere dell'economia e le nuove regole del diritto fallimentare" tenutosi ad Abano Terme il 16 e 17 dicembre 2005, in <http://www.studiolegaleriva.it/public/aggiunte/presti.pdf>, p. 9, secondo cui «il fallimento non è più l'esito fisiologico del dissesto dell'impresa, ma solo l'ultima spiaggia qualora non siano praticabili altre ipotesi di soluzione della crisi di impresa, non più rimesse a una meritevolezza soggettiva e a soglie predeterminate, ma subordinate solo al vaglio di convenienza degli operatori». In tale prospettiva dunque il concordato preventivo (ma anche le soluzioni negoziate) secondo l'A. «potrebbe diventare la regola e il fallimento l'eccezione. Nel nuovo sistema si scommette fortemente sulle soluzioni concordate la cui praticabilità richiede, per un verso, di non sopprimere immediatamente l'impresa malata e, per altro verso, di usare non il bastone ma la carota con l'imprenditore in crisi nella cui esclusiva disponibilità spesso sono le conoscenze essenziali per tentare il risanamento, ove possibile, o comunque per un esito migliore della liquidazione. Si rinuncia, quindi, all'espulsione drastica dell'impresa in crisi dal mercato e alle conseguenze sanzionatorie più dure del fallimento».

⁴⁶ Così Trib. Milano, 19 maggio 1962, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1962, II, p. 454.

⁴⁷ In tal senso Cass. 12 gennaio 1971, n. 38, in *Foro it.*, I, 1971, c. 377.

fosse innestato anche un regolare affidamento, cioè se la provvista fosse stata creata dalla banca mediante una (concordata) concessione di credito, oppure essa fosse frutto di una successiva decisione unilaterale e occasionale della banca. Infatti la banca, da un lato poteva anche consentire il superamento dei limiti del fido eventualmente concesso (cosiddetto, sconfinamento) e, dall'altro, nel caso in cui il finanziamento non fosse stato contrattualmente previsto e disciplinato, decidere di concederlo comunque sotto forma di anticipazione di pagamenti (scoperto di conto). In entrambe le circostanze (sconfinamento o scoperto), il comportamento della banca non può però essere qualificato in termini di adempimento di una preesistente obbligazione, poiché questa è in realtà inesistente (sia nello scoperto che, per la parte eccedente il fido, nello sconfinamento).

È peraltro da osservare che l'orientamento giurisprudenziale contrario *tout court* alla revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario fu successivamente superato, in quanto si pervenne a conclusioni diametralmente opposte e, per certi aspetti, anche eccessive. Invero molte pronunce ritennero assoggettabili a revocatoria fallimentare tutte le rimesse effettuate sul conto corrente del fallito nel periodo antecedente il fallimento⁴⁸ (un anno in virtù di quanto disposto nel testo previgente dell'art. 67, l. fall.). In altri termini, secondo questo diverso indirizzo, tutte le rimesse effettuate nel periodo di osservazione su un conto corrente bancario dell'impresa (nei cui confronti era stato dichiarato il fallimento), che avesse presentato un saldo negativo, potevano essere revocate. E ciò sulla base della diversa valutazione della compensazione: infatti, partendo dalla considerazione che nel conto corrente bancario non fosse configurabile una compensazione in senso tecnico, si riteneva che ogni versamento avesse la finalità di ripianare comunque il debito verso la banca, con conseguente affermazione della natura solutoria di tutte le rimesse effettuate sul conto.

Contro questa impostazione erano state mosse varie critiche. In tale quadro, particolarmente stringente appariva il rilievo che la banca, nel caso di conto affidato, non avesse in realtà ricevuto nulla nel caso - non certo infrequente - di successive riutilizzazioni dei versamenti da parte del correntista, in quanto le rimesse avevano consentito solo la creazione di moneta bancaria di cui il correntista poteva disporre⁴⁹. A fronte di tale orientamento esageratamente rigoroso, potevano ben comprendersi le dure critiche che non avevano esitato a far riferimento a una giurisprudenza che in tal modo esprimeva solo un "furore" revocatorio.

⁴⁸Cass., 27 gennaio 1975, n. 317, in *Foro it.* 1975, I, c. 2038; Cass., 10 ottobre 1975, n. 3236, *Ivi*, 1976, I, c. 378; Cass., 20 ottobre 1975 n. 3415, in *Dir. fall.* 1976, II, p. 33; Cass., 28 ottobre 1975 n. 3603, in *Giur. comm.* 1976, II, p. 397; Cass., 30 gennaio 1980, n. 709, in *Dir. fall.* 1980, II, p. 134; Cass., 11 dicembre 1978, n. 5836, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1980, II, p. 270; Cass., sez. un. 15 aprile 1976, n. 1333, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 597;

⁴⁹R. DANNOVI, *L'azione revocatoria degli accreditamenti e addebitamenti in conto corrente bancario* in *Fallimento*, 1981, p. 1 segg.,

Si arrivò così al 1982, anno in cui si verificò la già ricordata svolta interpretativa. Infatti la Cassazione⁵⁰ rilevò che in realtà ai fini della revocatoria delle rimesse effettuate su un conto corrente bancario non si dovesse tener conto semplicemente della circostanza che le rimesse fossero state effettuate in presenza di un saldo a debito del cliente, ma che fosse necessario distinguere se il conto fosse effettivamente da ritenere scoperto e non semplicemente passivo. La prima ipotesi caratterizza una situazione in cui o è assente la concessione di un affidamento della banca oppure il limite dello stesso è stato superato; mentre la seconda si riferisce all'ipotesi in cui il correntista abbia solo utilizzato il fido concessogli (o parte di esso). Da ciò deriva la distinzione delle rimesse effettuate sul conto: da un lato quelle aventi realmente natura solutoria (e quindi revocabili) e, dall'altro, quelle aventi natura meramente ripristinatoria (non revocabili). Alle sole rimesse effettuate in assenza di affidamento (scoperto di conto corrente) ovvero oltre i limiti del fido concesso (sconfinamento) doveva essere riconosciuta senz'altro la natura solutoria (cioè di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili). Viceversa non erano passibili di revocatoria le rimesse aventi natura ripristinatoria ossia quelle rimesse effettuate sì sul conto corrente e nel periodo sospetto ma per ricostituire totalmente o parzialmente l'integrità dell'affidamento concesso mediante l'apertura di credito. Tali ultime rimesse avevano lo scopo di reintegrare la disponibilità a suo tempo concessa dalla banca.

Dunque, nell'ipotesi di regolare affidamento, le rimesse effettuate sul conto potevano essere considerate come dirette a ricostituire solo la disponibilità creata con l'affidamento, nell'altra (sconfinamento o scoperto), invece, rappresentavano senz'altro pagamenti di debiti liquidi ed esigibili.

L'onere di provare che le rimesse non fossero state effettuate su un conto scoperto (o oltre l'affidamento) gravava sulla banca, rimanendo invece alla curatela quello di provare l'esistenza delle rimesse, l'effettuazione nel periodo sospetto e la consapevolezza della banca dello stato di decozione del correntista⁵¹.

E va rimarcato come la predetta tesi che distingueva le rimesse in ripristinatorie (non revocabili) e solutorie (revocabili) sulla base della distinzione tra conto passivo e conto scoperto – considerata frutto di un accettabile compromesso⁵² – fosse stata poi accolta da molte altre pronunce sino al punto da poter essere considerata frutto di un indirizzo consolidato e univoco⁵³. In definitiva tale soluzione interpretativa, appariva invero idonea

⁵⁰ Cass. 18 ottobre 1982, n. 5413, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2779;

⁵¹ Cfr., sul punto, Cass. 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 264, secondo cui la banca ha l'onere di provare per escludere la natura solutoria del versamento, «sia l'esistenza alla data di effettuazione di esso del contratto di apertura di credito, sia l'esatto ammontare dell'affidamento accordato al correntista alla medesima data».

⁵² Compromesso definito in dottrina «onorevole» da F. BONELLI, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: la giurisprudenza della cassazione a partire dal 1982*, in *Giur. comm.*, I, 1987, p. 217, e «ragionevole» da A. NIGRO, *La revocatoria nei rapporti bancari* in *Dir. banca merc. fin.*, 2000, pag. 9;

⁵³ La giurisprudenza successiva si adeguò a tale orientamento: cfr., Cass. 9 Giugno 1983, n. 3951, in *Foro it.*, 1983, I, c. 3064; Cass., 29 ottobre 1983, n. 6430, *Ivi*, 1984, I, c. 756; Cass. 18 aprile 1984, n. 2548, in *Fallimento*, 1984, p. 1352; Cass. 21 giugno 1984, n. 3657, *Ivi*, 1984, p. 1389; Cass. 4 luglio 1985, n. 4022, *Ivi*, 1986, p. 32; Cass. 29 novembre 1985, n. 5956, in *Foro it.* 1985, I, c. 451; Cass. 23 aprile 1987, n.

ad escludere da un lato i presupposti di un'eventuale interpretazione autentica dell'art. 67, comma 2 l. fall., e, dall'altro, che potesse concretamente ricorrere, un caso straordinario di necessità e urgenza (tale da giustificare addirittura l'emanazione di un decreto legge ex art. 77 Cost.).

Peraltro è innegabile che l'orientamento seguito dalla giurisprudenza – anche dopo la “svolta” del 1982 - non fosse stato gradito dal mondo bancario, che evidentemente sperava in una ben diversa interpretazione.

Sono note le specifiche critiche circa l'utilizzo spesso strumentale («per fare cassa») delle azioni revocatorie da parte dei curatori fallimentari, ma anche le oggettive difficoltà di un puntuale riscontro della tesi enunciata dalla Cassazione. Al riguardo va rilevato come pure una rimessa meramente ripristinatoria possa, in certi casi, trasformarsi in un «rientro» quando, ad esempio, la banca, subito dopo l'effettuazione della rimessa, revochi il fido concesso.

E si deve rilevare come, in realtà, nella prassi è attribuito sostanzialmente un potere unilaterale e discrezionale alla banca in ordine alla concessione (o meno) di scoperture del conto o di sconfinamenti oltre il limite del fido concesso. Di tal che, le resistenze ad accettare l'indirizzo interpretativo giurisprudenziale potevano anche essere messe in relazione alla circostanza che il mondo bancario non intendeva rinunciare a tali consolidati comportamenti, ritenendoli anzi una naturale peculiarità della attività svolta.

Il punto nodale della questione ruota, allora, intorno all'accertamento della legittimità di quella prassi che attribuisce assoluta libertà di manovra della banca nella gestione degli affidamenti. È evidente come sia assolutamente legittimo il potere unilaterale di valutazione del merito creditizio del cliente nella fase che precede la conclusione del contratto di finanziamento (e questo sì, appare connaturato all'attività svolta dalla banca); difatti, la cosiddetta «strutturata di fido» assolve la funzione di vagliare la situazione economico-patrimoniale del soggetto che ha richiesto il finanziamento e di consentire alla banca di stabilire il «merito creditizio» del cliente; conseguentemente, di pervenire alla decisione (giungere o meno all'accordo e a quali condizioni). Ciò posto è scontato che, trattandosi di obbligazioni ad esecuzione continuata nel tempo e data la

3919 in *Fallimento*, 1987, p. 1135; Cass. 3 luglio 1987, n. 5819 e Cass. 3 luglio 1987, n. 5820, *Ibidem*, p. 1136; Cass. 3 novembre 1989, n. 4598, in *Dir. banc. merc. fin.* 1990, I, p. 299, con nota di A. NIGRO, *Conto scoperto e limite della differenza*; Cass. 29 maggio 1990, n. 5023, in *Fallimento* 1990, p. 1199; Cass. 7 febbraio 1991, n. 1295, *Ivi*, 1991, p. 690; Cass. 15 maggio 1991, n. 5448, *Ivi*, 1991, p. 1237; Cass. 29 luglio 1992, n. 9064, *Ivi*, 1993, p. 144; Cass. 11 settembre 1993, n. 9479, *Ivi*, 1994, p. 249; Cass. 23 marzo 1994, n. 2744, in *Giur. comm.* 1995, II, p. 325, con nota di M. ARATO, *L'individuazione del saldo disponibile nella giurisprudenza della Cassazione in materia di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente*; Cass. 23 giugno 1994, n. 6031, in *Fallimento* 1995, p. 61; Cass. 15 novembre 1994, n. 9591, *ivi*, 1995, p. 724; Cass. 17 dicembre 1994, n. 10869, *ivi*, 1995, 817; Cass. 17 febbraio 1995, n. 1727, *ivi*, 1995, 947; Cass. 3 gennaio 1996, n. 12, *ivi*, 1996, 270; Cass. 26 agosto 1996, n. 7829, *ivi*, 1997, p. 68; Cass. 5 dicembre 1996, n. 10848, *ivi*, 1997, p. 807; Cass. 25 gennaio 1997, n. 778, *Ivi*, 1997, p. 983; Cass. 20 maggio 1997, n. 4473, *Ivi*, 1998, p. 255; Cass. 17 luglio 1997, n. 6558, *Ivi*, 1998, p. 50; Cass. 28 maggio 1998, n. 5269, *Ivi*, 1999, p. 388; Cass. 16 novembre 1998, n. 11520, *Ivi*, 1999, p. 650; Cass. 26 febbraio 1999, n. 1672, *ivi*, 2000, p. 155; Cass. 21 gennaio 2000, n. 656, *Ivi*, 2000, p. 1388, con nota di G. TARZIA, *Disponibilità per il correntista delle somme accreditate sul c/c bancario per sconto di titoli*; Cass. 11 gennaio 2001, n. 317, in *Giur. it.*, 2002, I, 1, c. 783)

necessità di verificare costantemente sia la situazione economico-patrimoniale del cliente che lo stesso andamento dei tassi di interesse sul mercato, la banca debba poter anche tornare sui suoi passi eventualmente utilizzando la clausola che consente la modifica unilaterale dei tassi o anche, se del caso, esercitando il diritto di recesso; ma, appunto, al di là di tali ipotesi - potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (regolamentato dalle disposizioni di cui agli artt. 117, comma 5, e 118, del testo unico bancario) e di ritiro unilaterale dal contratto -, pur comprendendo le motivazioni economico-aziendali bancarie, appare giuridicamente problematico configurare invece un generale potere unilaterale di modificazione o determinazione del contenuto del contratto dopo la sua conclusione (cioè “a partita in corso”). Esso, infatti, non può che essere canalizzato nei limiti espressamente previsti e disciplinati dalla legge e, quindi, dallo stesso contratto (attraverso il ricordato *jus variandi*). Un intervento unilaterale tendente alla modifica del contenuto del contratto, qualora non sia previsto dallo stesso regolamento adottato dalle parti, appare in linea generale inammissibile con la disciplina contrattuale.

Orbene, l'accertamento della natura ripristinatoria o solutoria delle rimesse in conto corrente bancario e la conseguente decisione sulla revocabilità o meno delle stesse, derivavano dalla qualificazione giuridica del rapporto in essere tra banca e cliente: se, cioè, si fosse nell'ambito di un affidamento o al di fuori di esso (e quindi se il conto fosse meramente passivo, oppure scoperto). Certamente questi aspetti si erano rivelati quelli in cui maggiormente emergeva un conflitto tra la prassi bancaria e il diritto contrattuale⁵⁴.

Infatti, alla banca convenuta in giudizio per la revocatoria fallimentare delle rimesse effettuate su conto corrente, di fronte alla difficoltà di provare l'esistenza dell'affidamento, non rimaneva che cercare di sostenere (spesso inutilmente) la presunta «specialità» della fattispecie delle rimesse in conto corrente bancario - giustificata da esigenze pratiche ed economiche - che avrebbe potuto determinare l'inapplicabilità, alle rimesse effettuate in conto, della disciplina della revocatoria fallimentare (*ex* art. 67, secondo comma, l. fall.) prevista per i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, nel presupposto che le rimesse raramente (se non addirittura in nessun caso) potessero costituire «pagamenti». Tuttavia, secondo l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza - esclusa preliminarmente l'asserita «specialità» del conto corrente bancario - la fattispecie contrattuale banca/cliente non poteva che esser ricondotta nell'alveo delle regole giuridiche generali. Dunque, attraverso la distinzione tra conto passivo e conto scoperto e la conseguente distinzione fra rimesse ripristinatorie e solutorie, erano state individuate le rimesse concretamente revocabili ai sensi dell'art. 67 l. fall.

⁵⁴ Osserva al riguardo A. NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, p. 341 segg., che se le banche avessero voluto avrebbero ben potuto sottrarsi alla revocatoria fallimentare stipulando con il cliente regolari contratti di apertura di credito nei casi di eccedenza rispetto al fido inizialmente accordato.

Peraltro ogni osservazione critica su tale consolidata interpretazione non può prescindere da due premesse: la prima è che, come in precedenza si è osservato, il diritto dei contratti non concede una discrezionalità ad uno dei contraenti (in questo caso la banca) circa la decisione sul se e quando trasformare unilateralmente il contratto originario già frutto invece di uno specifico accordo delle parti (nella fattispecie di trasformarlo unilateralmente da mero conto corrente bancario a conto corrente con connesso affidamento), né attribuisce alla banca nella fattispecie dell'apertura di credito regolata in conto corrente - a meno che vi siano specifiche previsioni contrattuali (anche in ordine alla onerosità) - la facoltà di concedere unilateralmente ulteriori finanziamenti oltre il limite del fido a suo tempo concordato con il cliente, salvo poi revocare il fido stesso altrettanto unilateralmente e senza fornire alcuna giustificazione a supporto; la seconda, che consiste nel riscontro che le disposizioni della legge fallimentare prevedevano (e prevedono ancora) la revocabilità dei *pagamenti* di debiti *liquidi ed esigibili* effettuati dal fallito nel periodo sospetto (poi ridotto a sei mesi).

La mancata preesistenza di un accordo contrattuale (tra l'altro in forma scritta) avente ad oggetto l'affidamento e quindi l'inconfigurabilità delle relative obbligazioni per la banca, comportava pertanto ripercussioni nella fattispecie dell'azione revocatoria fallimentare, dovendosi ritenere che le rimesse effettuate sul conto in tali casi fossero inevitabilmente solutorie e non meramente ripristinatorie. È chiaro però che generalmente ogni banca avrebbe preferito la produzione dei soli effetti favorevoli della non assoggettabilità a revocatoria delle rimesse in conto corrente, in realtà ammessa dalla giurisprudenza solo limitatamente a quelle ripristinatorie.

Ciò posto, va rilevato come non fossero mancate opinioni critiche nei confronti dell'interpretazione giurisprudenziale pur dopo la svolta del 1982: si erano così registrate tesi contrarie che, dopo aver invece riproposto la «specialità» della fattispecie contrattuale del conto corrente bancario, sostenevano che la posizione assunta in merito dalla Cassazione avesse in definitiva contribuito a fornire un quadro interpretativo non aderente alla «realtà» contrattuale e alla sua conseguente corretta valutazione dal punto di vista giuridico⁵⁵; si lamentava in particolare la circostanza che l'interpretazione giurisprudenziale avesse consentito, in alcuni casi, una pretesa restitutoria a favore della curatela superiore rispetto a quanto effettivamente ottenuto dalla banca, sì da considerare talune applicazioni pratiche di tale orientamento addirittura «irragionevoli»⁵⁶.

⁵⁵ Cfr., F. CHIOMENTI, *Osservazioni sull'applicabilità della revocatoria fallimentare delle rimesse di un conto corrente bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p. 335 segg., che criticava la posizione assunta dalla giurisprudenza perché, secondo il suo giudizio, intendeva risolvere i problemi del conto corrente «fuori dalle regole dello stesso»; cfr., altresì, F. CORSI, *Introduzione in La revocatoria delle rimesse bancarie*, a cura di A. Predieri, Torino, 1999, p. 3 e segg.

⁵⁶ S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in http://studigiuridici.unibo.it/pdf/revocatoria_rimesse_bancarie.pdf, p. 5, che osserva: «la giurisprudenza si era andata attestando su orientamenti interpretativi che avevano condotto ad applicazioni pratiche assolutamente irragionevoli, in quanto comportanti l'assoggettamento delle imprese bancarie a revocatorie fallimentari del tutto sproporzionate rispetto alle dimensioni dei rapporti intrattenuti con l'impresa fallita» e cita come esempio alcuni casi concreti in cui «le somme revocate in danno della banca, in quanto

Va infine ricordato che, sul piano applicativo cioè al fine dell'individuazione delle somme oggetto della restituzione alla massa, la distinzione tra conto scoperto e conto passivo non fosse comunque esaustiva, di certo occorrendo concretamente individuare le rimesse solutorie in relazione al saldo del conto: infatti, si doveva poi adottare un criterio operativo per il calcolo delle somme in concreto oggetto della revocatoria. E, in modo particolare, occorre accertare a quale saldo si dovesse fare riferimento, posto che questo (da intendere come differenza fra i valori annotati in dare e avere del conto) si distingue, come è noto, in disponibile⁵⁷, per valuta⁵⁸ e contabile⁵⁹, cui corrisponde un diverso significato (e importo). In giurisprudenza - nonostante incertezze e divisioni - aveva finito per prevalere la tesi favorevole all'adozione del criterio del saldo disponibile⁶⁰ nei confronti di quella che propendeva per l'utilizzo del saldo per valuta⁶¹ o di quello contabile⁶².

Naturalmente in un contesto interpretativo fondato sulla distinzione fra conto passivo e conto scoperto, non aveva suscitato significativi consensi il criterio del differenziale (tra massimo scoperto e debito residuo all'apertura del fallimento⁶³) che invece, in un mutato

costituenti "rimesse" assimilate ai pagamenti di cui all'art. 67, 2° co., l. fall., superano di decine di volte l'entità del credito mai concesso dalla banca all'impresa fallita (e che come tale aveva costituito il rischio massimo assunto dalla prima nei confronti della seconda)».

Cfr., altresì, E.F. RICCI, *Operazioni in conto corrente bancario e revocatoria fallimentare: una proposta normativa*, in *La revocatoria delle rimesse bancarie*, cit., p. 109; conf., F. PENNAFINA, *La revocatoria fallimentare nei modelli di amministrazione straordinaria*, Padova, 2010, p. 205, nella nota 47, che sottolinea come «l'ampio esercizio delle azioni revocatorie delle rimesse di conto corrente rappresenta un costo eccessivo per le banche e consente alle curatele di ottenere la condanna alla restituzione di somme per importi superiori all'ammontare del credito che la banca ha effettivamente erogato al correntista fallito».

⁵⁷ Il saldo disponibile tiene conto del momento in cui le somme sono effettivamente nella disponibilità del correntista e va dunque distinto da quello non disponibile (cosiddetto saldo non liquido) in cui alcune somme, pur contabilizzate, sono in realtà in attesa di essere rese disponibili (esempio: la fattispecie degli accrediti salvo buon fine)

⁵⁸ Il saldo per valuta si riferisce al momento in cui si calcolano gli interessi (attivi o passivi)

⁵⁹ Il saldo contabile registra cronologicamente le varie annotazioni in conto

⁶⁰ Cass., 22 marzo 1994, n. 2744, in *Fallimento*, 1994, p. 727, con nota di G. TARZIA, *Criteri di individuazione del "saldo disponibile" del conto corrente*; Cass. 15 novembre 1994, n. 9591, *ivi*, 1995, p. 724; Cass. 3 gennaio 1996, n. 12, *ivi*, 1996, p. 270; Cass. 19 gennaio 1998, n. 462, *ivi*, 1998, p. 714; App. Firenze 7 agosto 1996, *ivi*, 1997, p. 217; Trib. Milano 23 settembre 1996, *ivi*, 1997, 217; Cass. 19 gennaio 1998, n. 462, *ivi*, 1998, 714; Trib. Milano 24 dicembre 1998, *ivi*, 1999, p. 455; Trib. Torino 24 maggio 1999, *ivi*, 1999, p. 1160; Trib. Milano 30 settembre 1999, *ivi*, 2000, p. 109; Trib. Roma 2 marzo 2001, in *Gius*, 2001, p. 2287; Cass. 10 settembre 2002, n. 13143, *ivi*, 2003, p. 623

⁶¹ Secondo parte della giurisprudenza il criterio del saldo per valuta è da adottare perché renderebbe evidente l'effettiva variazione quantitativa del conto corrente nel rapporto tra banca e correntista (in tal senso, cfr., Cass. 29 maggio 1990, n. 5023, in *Fallimento* 1990, p. 1199; Cass. 7 febbraio 1991, n. 1295, *Ivi*, 1991, p. 690; Cass. 16 marzo 1991, n. 2821, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1992, II, p. 651)

⁶² Nel senso della necessità di fare riferimento al saldo contabile, cfr., App. Milano 25 gennaio 1985, in *Foro pad.* 1986, I, p. 72; Trib. Milano 19 settembre 1985, in *Fallimento* 1986, p. 234; Trib. Roma 27 febbraio 1988, in *Fallimento* 1988, p. 721; Trib. Bologna 9 agosto 1989, in *Giur. it.* 1991, I, 2, c. 451

⁶³ Il criterio differenziale fu già proposto per contenere le azioni revocatorie fallimentari dei curatori che esponevano le banche a restituzioni ritenute eccessive e sproporzionate rispetto ai pagamenti effettivamente ricevuti. Cfr., per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza, la successiva nota 73

assetto normativo, sarebbe stato accolto, come è noto, proprio dal legislatore della riforma del 2005 (cfr., il «nuovo» testo dell'art. 70 l. fall.).

La descritta situazione interpretativa si è trascinata per molti anni, fino all'inatteso intervento del legislatore (addirittura con un decreto legge) che ha anticipato la più ampia riforma della legge fallimentare.

4. Si è già riferito che un finanziamento, che sia da considerare «ulteriore» rispetto al fido pattuito (sconfinamento) oppure che non sia previsto dal contratto (scoperto), possa scontare in realtà la mancanza di una valida fonte di legittimazione: e ciò avviene ogniqualvolta non sia possibile configurare l'adempimento della banca di un obbligo giuridico validamente assunto (nella fattispecie, cioè, in forma scritta).

È dunque necessario affrontare in maniera specifica la questione, invero oggetto di controverse interpretazioni, della validità di un affidamento che non scaturisca da un accordo stipulato in forma scritta.

Si deve riscontrare che il prevalente orientamento giurisprudenziale esclude categoricamente che un'apertura di credito – quale contratto «bancario», rientrante nella previsione di cui all'art. 117 t.u.b.⁶⁴ e dunque testualmente sottratto alla libertà di forma – possa considerarsi validamente concludersi in assenza della forma scritta.

Tuttavia si registra anche l'opinione (sostenuta da una parte della dottrina) che sottolinea come invece sarebbe possibile ipotizzare un'apertura di credito conclusa validamente anche in forma diversa da quella scritta. A sostegno di questa seconda opinione si ricorda non solo che la nullità è relativa (la legittimazione ad agire spetta *ex* art. 127, secondo comma, t.u.b. al cliente della banca e non alla banca stessa) ma anche

⁶⁴ L'art. 117 del d. legisl. n. 385 del 1993 (testo unico bancario), sotto la rubrica *Contratti*, così dispone:

« 1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche,

particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

5. (abrogato)

6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati.

7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.

8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato.

I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia»

che lo stesso art. 117 secondo comma del t.u.b. prevede che una delibera del CICR possa stabilire per la stipulazione dei contratti forme diverse da quella scritta (circostanza che si è concretizzata con la delibera 4 marzo 2003 e con le successive Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia dettate in data 29 luglio 2009 che hanno stabilito che la forma scritta non sia obbligatoria per «le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto»).

In realtà la tesi non convince.

Innanzitutto, sembra decisivo il rilievo secondo cui un affidamento, per specifiche esigenze di tutela del contraente debole, debba comunque scaturire da un accordo contrattuale concluso, a pena di nullità, in forma scritta (ai sensi dell'art. 117 comma 1, t.u.b.). Non è condivisibile poi l'osservazione che si tratta comunque di nullità che può essere fatta valere dal solo cliente (nullità relativa): è vero, infatti, che nel testo iniziale la nullità (relativa e di protezione) poteva essere fatta valere solo dal cliente, peraltro va osservato come attualmente essa possa essere rilevata anche d'ufficio dal giudice (*ex art. 127, comma 2, t.u.b., come modificato dall'art. 4, comma 3, del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, ulteriormente modificato dall'art. 3 d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218*).

In ogni caso, l'obiezione addotta a sostegno della tesi criticata, non avrebbe pregio ancor di più nell'ipotesi di liquidazione giudiziale dell'impresa affidata, poiché, come si vedrà tra breve, un accordo non consacrato in forma scritta non sarebbe comunque opponibile al curatore, che è da considerare terzo.

Quanto poi all'altra motivazione richiamata per supportare la tesi che afferma la validità di un affidamento non redatto in forma scritta, e cioè che forme alternative sarebbero state ammesse a seguito della delibera del CICR, va rimarcato come pure questa argomentazione appaia non pertinente nella fattispecie qui considerata. In realtà, i casi di uno scoperto (affidamento non previsto) o di uno sconfinamento (affidamento oltre il limite del fido concesso) non possono affatto rientrare nell'ambito delle eccezioni all'obbligo formale, perché il presupposto (che renderebbe la forma scritta non obbligatoria), come precisato dalla delibera del CICR che pur è invocata a sostegno della tesi contestata, si realizza solo per «operazioni e servizi effettuati *in esecuzione di previsioni contrattuali* in contratti redatti per iscritto». E la giurisprudenza della Cassazione ha precisato al riguardo che quanto stabilito dall'autorità creditizia circa «la non necessità della forma scritta “in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto”», debba «essere inteso nel senso che l'intento di agevolare “particolari modalità della contrattazione” non comporta – in una equilibrata visione degli interessi in campo – una “radicale” soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi la necessaria indicazione, nel “contratto madre”, delle condizioni economiche a cui sarà assoggettato il “contratto figlio”»⁶⁵. Orbene se invece, come nelle fattispecie qui ipotizzate e in esame, il contratto (scritto) nulla preveda in ordine a una futura concessione di credito (nuova o extrafido), non sarebbe dunque

⁶⁵ Così, Cass., 22 novembre 2017, n. 27836, in <http://www.webgiuridico.it/sentenze2017/27836-2017.htm>

realizzata l'unica condizione che autorizza la deroga all'obbligo di forma, non esistendo, cioè, a monte, la previsione contrattuale scritta inerente la successiva operazione.

Per le cose dette, pertanto va ribadito come l'affidamento debba essere espressamente pattuito per iscritto e non possa ritenersi valido un accordo che non sia consacrato nella prescritta forma.

Nella fattispecie *de qua* dunque un atteggiamento di mera tolleranza della banca su ordini di pagamento impartiti dal cliente non può essere considerato idoneo a creare un'apertura di credito valida e opponibile al fallimento. E va considerato che l'atteggiamento «tollerante» della banca non era ritenuto sufficiente a creare un valido affidamento già in epoca antecedente all'emanazione della legge n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria, cioè prima che vi fosse l'imposizione con generalità della forma scritta per tutti i contratti bancari⁶⁶. Infatti la Cassazione aveva opportunamente statuito che «un'apertura di credito non è evincibile dalla mera tolleranza di una situazione di scoperto di conto corrente, anche se protratta per un consistente periodo, in quanto non implica un vincolo della banca a concedere credito»⁶⁷.

Quanto specificamente alle conseguenze nella fattispecie della liquidazione giudiziale – e, in particolare, per ciò che attiene alla questione della revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario – anche se il curatore è considerato a queste finalità «terzo» (d'altronde che il curatore, quando esercita le azioni che derivano dal fallimento agendo nell'interesse della massa, sia da considerare terzo rispetto all'imprenditore e ai rapporti con gli altri imprenditori, è pacifico sia in giurisprudenza⁶⁸ che in dottrina⁶⁹) – non solo sussiste il suo interesse a che sia accertata la nullità dell'affidamento, ma la stessa banca risulta obbligata nei suoi confronti, *ex* art. 2704 c.c., a fornire prova documentale dell'affidamento stesso. Nella specificità della situazione, essendo quindi il curatore – quando agisce nell'interesse della massa dei creditori – da considerare un terzo, è sulla banca che grava l'onere di fornire prova documentale dell'affidamento, ai sensi dell'art. 2704 c.c.. Se tale prova non può essere data perché il contratto di apertura di credito non è stato redatto in forma scritta, la conseguenza, prima della riforma del 2005, era che, difettando la concessione di valido affidamento, le rimesse eventualmente effettuate sul conto fossero da considerare tutte solutorie e quindi revocabili⁷⁰.

⁶⁶ Come è noto, la legge n. 154 del 1992 in tema di «trasparenza bancaria», è stata poi trasfusa negli artt. 115 e segg. del t.u.b. e conseguentemente abrogata (ad eccezione dell'art. 10, che vieta la fideiussione cosiddetta *omnibus*)

⁶⁷ In tal senso Cass. 3 luglio 1987, n. 5819, in *Foro it.* 1988, I, c. 850; e già Cass. 25 ottobre 1977, 4563, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1504. Anche la dottrina si esprime per la mancanza, nella fattispecie dello scoperto di conto corrente, di una apertura di credito, G. MOLLE, *I contratti bancari*, Milano 1981, p. 487 segg. *Contra*, Cass. 11 marzo 1992 n. 2915, in *Foro it.*, I, 1992, c. 2725

⁶⁸ Cfr., Cass., 14 gennaio 1999, n. 352, in *Fallimento*, 1999, p. 1315 segg.; Cass. 19 novembre 2003, n. 17543, in *Fallimento*, 2004, p. 814; Cass. 13 aprile 2001, n. 5529, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Fallimento*, n. 4

⁶⁹ Cfr., F. DEL VECCHIO, *Il curatore fallimentare come terzo e avente causa del fallito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, p. 238; C. TRENTINI, *Efficacia delle scritture contabili nei confronti del curatore*, in *Fallimento*, 2005, p. 962

⁷⁰ Per completezza va pure segnalata una singolare decisione di merito che aveva negato la revocabilità delle rimesse effettuate su un conto di fatto scoperto, con la motivazione secondo cui si sarebbe trattato di

Naturalmente il quadro interpretativo dopo la riforma, appare mutato posto che, come si vedrà⁷¹, l'opinione prevalente (e preferibile) ritiene che la distinzione tra conto passivo (affidato) e conto scoperto non sia più decisiva al fine della revocabilità delle rimesse.

Anche se la questione della nullità dell'affidamento non rileva più come un tempo al fine specifico della revocatoria fallimentare delle rimesse (dato il mutato quadro normativo e la conseguente interpretazione prevalente), tuttavia una concessione di credito non esecutiva di previsioni contrattuali scritte, ben potrebbe invece essere rilevante al fine di un'eventuale configurazione della responsabilità della banca per concessione abusiva di credito.

5. Il legislatore, nei vari interventi con cui erano state apportate profonde modifiche alla legge fallimentare, aveva comunque dato precedenza assoluta alla disciplina dell'azione revocatoria. E ciò, come ebbe a rilevare la Relazione al primo provvedimento di riforma (il d.l. d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80), nell'ambito di «una completa disciplina di esenzione dalla revocatoria al fine di evitare che situazioni che appaiano meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti».

In particolare, oltre alla riduzione del periodo di osservazione a sei mesi per la revoca dei pagamenti (art. 67, comma 2, come sostituito dall'art. 2, comma 1, del citato d.l. n. 35 del 2005: «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili [...] se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento»), era stata introdotta una normativa specifica per la revocatoria delle rimesse effettuate sul conto bancario dall'impresa. L'art. 67, terzo comma, lettera b, della l. fall., nel testo modificato dal citato decreto legge, stabiliva quindi che non sono soggette a revocatoria fallimentare «le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca»⁷².

operazioni nulle essendo derivanti da un contratto nullo (un'apertura di credito non stipulata in forma scritta): così App. Firenze 28 gennaio 2004 in *Foro it.* 2004, I, c. 1714. In altri termini, tale decisione aveva finito per creare un circolo vizioso, perché pur confermando la nullità di un'apertura di credito non redatta per iscritto, aveva peraltro ritenute non revocabili le rimesse effettuate sul conto in quanto anche esse nulle.

La natura solutoria e quindi la revocabilità delle rimesse in ogni caso deriverebbe, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza della corte fiorentina, dall'obbligo conseguente alla nullità dell'affidamento.

La tesi è stata comunque respinta dalla Cassazione che invece ha osservato che dalla norma di cui all'art. 117 del d. legsl. 1 settembre 1993, n. 385, «si ricava che la forma scritta è prevista *ad substantiam*, per cui la banca che assuma la natura ripristinatoria della disponibilità della provvista, al fine di contrastare la revocabilità del versamento effettuato dal cliente sul conto corrente, deve fornire prova documentale, validamente opponibile al fallimento»: così, Cass. 14 aprile 2010, n. 8953, in www.iusexplorer.it

⁷¹ *Infra*, § 6

⁷² In senso contrario, dubitano che si possa parlare di esenzione, stante la generale revocabilità dei pagamenti, invece B. QUATRARO – M. GIORGETTI - A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azione surrogatoria*, I, Milano, 2009, p. 46 e seg. Gli A. in particolare svalutando il rilievo dell'esenzione stabilita dal

La disposizione è stata ora riportata nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che all'art. 166, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, al comma 3, (che corrisponde all'art. 67 l. fall.) così dispone: «Non sono soggetti all'azione revocatoria [...] b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario che non hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione del debitore nei confronti della banca».

In virtù di tale disciplina le rimesse effettuate su un conto corrente bancario in linea generale non sono dunque revocabili, salvo che non abbiano ridotto in maniera «consistente» e «durevole» l'esposizione debitoria verso la banca.

L'art. 70, terzo comma, l. fall. come già sostituito dall'art. 2, comma 1, del d. l. n. 35 del 2005 e poi modificato dall'art. 4, comma 5, del decr. legisl. 12 settembre 2007, n. 169 disponeva inoltre che *«qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito»*.

La disposizione è stata integralmente riprodotta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, all'art. 171, comma 3.

Le rimesse che la banca deve restituire non possono pertanto superare una somma pari alla differenza tra massimo scoperto raggiunto dalle sue pretese nel periodo per il quale è provata la conoscenza dell'insolvenza e debito residuo alla data in cui si è aperto il concorso⁷³.

Emerge quindi nella disciplina un regime *normale* costituito dalla non revocabilità delle rimesse effettuate su un conto corrente bancario: in tale quadro si pone come eccezione l'ipotesi della revocabilità che risulta assoggettata alla condizione della «consistente e durevole» riduzione dell'esposizione del debitore verso la banca.

Nonostante le affermazioni contenute nella Relazione che accompagnava il decreto legge, non è tuttavia chiara la motivazione della modifica della disciplina della revocatoria. Quanto all'esigenza di uniformità in un'ottica comparatistica - che invero

terzo comma dell'art. 67, sottolineano invece la generale revocabilità stabilita dal secondo comma della stessa norma, dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili.

È da obiettare peraltro che i primi due commi disciplinano gli atti soggetti a revocatoria mentre il terzo comma si riferisce a quelli che non sono soggetti all'azione revocatoria ricomprendendo tra questi espressamente le rimesse bancarie, salva l'eccezione indicata.

⁷³ Il criterio differenziale del resto non è una novità assoluta e fu già proposto tempo addietro per contenere le azioni revocatorie fallimentari dei curatori che espongono le banche a restituzioni ritenute eccessive e sproporzionate rispetto ai pagamenti effettivamente ricevuti, (cfr., V. DOTI, *Revocatoria fallimentare dei versamenti sul conto corrente bancario con saldo debitore*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 526; F. MAIMERI, *Sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, p. 787); esso fu quindi accolto da una parte della giurisprudenza di merito (cfr., App. Milano, 16 gennaio 1979, *Ivi*, 1980, II, p. 118; App. Bologna, 2 ottobre 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 420)

qualche autore aveva intravisto come *ratio* del provvedimento⁷⁴-, secondo altro modo di vedere in realtà non sussisterebbe, soprattutto riguardo alla riduzione a sei mesi del periodo sospetto⁷⁵. Rimane dunque la considerazione che il legislatore – visto l’asserito uso strumentale delle azioni revocatorie promosse dai curatori fallimentari - avrebbe inteso porre un argine al proliferare delle stesse⁷⁶. Di certo v’è comunque da rilevare che l’esito positivo di molte azioni revocatorie fallimentari era stato determinato anche dalla difficoltà delle banche di fornire la prova documentale dell’esistenza di un affidamento, decisiva per escludere la natura solutoria delle rimesse e, conseguentemente, la revocabilità delle stesse.

Con la normativa vigente, stante il regime di esenzione dalla revocatoria salva l’ipotesi dell’eccezione, è la curatela a dover dimostrare che sussistono – oltre i generali presupposti della revocatoria⁷⁷ - anche gli estremi per applicare la suddetta eccezione (cioè la riduzione consistente e durevole dell’esposizione debitoria verso la banca)⁷⁸.

⁷⁴ Si osserva (P. PAJARDI - A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2008, p. 419) che la *ratio* dell’esenzione sarebbe da ricercare in ragioni comparatistiche (dato che, secondo la relazione, solo in Italia il problema si poneva in termini così conflittuali) oltre che in motivazioni – forse più pertinenti – relative all’esigenza di favorire la continuità dei rapporti bancari considerati essenziali per la vita dell’impresa, pur in un momento di crisi.

⁷⁵ Cfr., L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2007, p. 1044, che, con riferimento specifico alla riduzione a sei mesi del periodo sospetto, nega che vi sia uniformità a livello degli ordinamenti europei

⁷⁶ Si è infatti osservato che «le revocatorie, negli anni 2002-2005, erano cresciute moltissimo, anche a causa della difficoltà di provare l’esistenza del fido, minacciando di diventare un peso eccessivo per il sistema bancario italiano nel suo complesso. Ed ecco allora che, in luogo di cercare di trovare soluzioni diverse, senza appiattirsi nella consolidata interpretazione della Cassazione, e senza lanciarsi in tesi non sostenibili, [...] si è introdotta la nuova norma, con il D.Lgs. 35/2005» così G. REBECCA – M. MARCHETTI, *Rilevanza o meno dell’affidamento nella «nuova» revocatoria fallimentare delle rimesse*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 790

⁷⁷ I presupposti generali di revocabilità comunque preesistono all’applicazione del criterio limitativo della riduzione consistente e durevole. Cfr., altresì, S. BONFATTI, *La disciplina dell’azione revocatoria*, Milano, 2005, p. 123.

⁷⁸ Cfr. A. FABIANI, *La revocatoria fallimentare “bonsai” delle rimesse in conto corrente*, in *Foro it.*, 2005, I, p. 3298; C. D’ALONZO, in AA.VV., *Le azioni revocatorie: la disciplina il processo*, a cura di U. VITALONE - U. PATRONI GRIFFI – R. RIEDI, *sub art. 67, co. 3, lett. b)*, Torino, 2014.

Va peraltro osservato che la Cassazione aveva invece affermato sia pure incidentalmente, che di tale onere sarebbe gravata la banca (cfr., Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834, in www.unijuris.it, secondo cui: «secondo il regime ora vigente, considerato il conto nel complesso delle operazioni in esso transitate, dunque nella loro unitarietà siccome in effetti, come si osserva in dottrina, possono costituire tanto rientri quanto essere semplicemente operative, resta invariato l’onere del curatore di dimostrarne la scoperta rispetto al limite dell’affidamento, mentre la banca, per sottrarsi all’obbligo di restituzione, è onerata della prova che le rimesse non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l’esposizione debitoria - concetto di natura commerciale di non semplice qualificazione giuridica. In difetto di tale prova, ovvero nel caso risulti il contrario, la revoca viene disposta limitando l’obbligo di restituzione secondo il criterio del massimo scoperto previsto dalla L. Fall., art. 70, che, compreso tra gli effetti della revocazione, di cui fissa il limite, opera quindi in funzione di norma di chiusura, eliminando, in un’ottica unitaria, dal panorama giurisprudenziale definitivamente la revocabilità delle singole rimesse». (Il corsivo non è originale). Tale posizione suscita peraltro dubbi, dovendosi tener conto del dato testuale (art. 67, comma 3, lett. b, l. fall.) che stabilisce un’esenzione dalla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario salvo eccezione (*non sono soggette a revocatoria le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*): per cui l’onere probatorio dovrebbe incombere sul curatore secondo le

Va comunque ricordato che nel testo legislativo riformato con l'intervento del 2005, sono state espressamente menzionate le «rimesse effettuate su un conto corrente bancario». In realtà in precedenza le rimesse non avevano un'autonoma considerazione e pertanto occorre che fosse loro riconosciuta, in sede applicativa, la natura di «pagamenti di debiti liquidi ed esigibili»⁷⁹; inoltre, con la modifica del testo dell'art. 70, terzo comma, si è fatto riferimento anche agli «atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di *conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati*»⁸⁰.

È comunque da osservare che le rimesse, se da un lato sono state considerate per la prima volta in modo diretto dal legislatore (indipendentemente cioè dalla loro eventuale qualificazione in sede interpretativa come atti che costituiscono «pagamenti di debiti liquidi ed esigibili»), dall'altro, nella disciplina riformata, non rilevano più singolarmente ma quale espressione generale. Ai fini della revocatoria occorre, in altri termini, che esse siano state idonee complessivamente a determinare un rientro dall'esposizione debitoria e quindi a soddisfare, anche se non in modo definitivo, le pretese creditorie della banca nel periodo sospetto⁸¹.

regole generali in quanto parte attrice e perché è la parte che invoca la sussistenza dei requisiti previsti per l'eccezione e ha, pertanto, l'onere di provarla.

Perpetua purtroppo (ignorando che *errare humanum est, perseverare...*) nell'equivoco, Cass., 9 dicembre 2015, n. 24868, in <http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/151211130601.PDF>, p. 9 che riporta le affermazioni della sentenza del 2010. Ad esse si uniforma App. Trieste, 28 ottobre 2016, in https://www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Corte%20d%27Appello%20di%20Trieste%2028%20Ottobre%202016_0.pdf

Ricostruisce invece correttamente la ripartizione dell'onere probatorio, Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014, in www.altalex.com, che rileva come gravi «sulla curatela fornire prova che le rimesse revocabili abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca, la quale deve, invece, eccepire tempestivamente, all'esito dell'assolvimento di tali oneri a carico della Procedura, il limite previsto dal successivo art. 70 che pone il cosiddetto criterio differenziale, introdotto con il decreto legis. n. 169 del 2007». E ancora, il tribunale piacentino osserva come dalla formulazione dell'art. 67, comma 3, lett. b., l. fall., emerga «in primo luogo, come sia onere della Curatela, interessata ad ottenere la revocatoria di rimesse fornire la prova, sotto il profilo soggetto, della conoscenza dello stato di insolvenza della fallita, all'epoca delle stesse da parte della banca, nonché, sotto il profilo oggettivo, come le rimesse medesime abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito»

⁷⁹Il particolare non è indifferente, in quanto come si vedrà in seguito, l'espressa menzione delle «rimesse» avrebbe assunto, secondo un'opinione, un preciso significato giuridico, evidenziando la volontà del legislatore di superare la distinzione delle stesse in ripristinatorie e solutorie; di conseguenza, potrebbero considerarsi revocabili anche le prime: così Trib. Bologna 4 agosto 2011, in www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Tribunale%20di%20Bologna%204%20agosto%202011.pdf.

⁸⁰ Si è osservato che «da nuova disciplina postula che la rimessa abbia prodotto un accreditamento su un rapporto definibile *conto corrente bancario*; che è tale solo fino a quando non sia risultato chiuso, nel qual caso è espressivo solamente di un debito, il cui eventuale pagamento è soggetto alle revocatorie ordinarie», così, S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., p. 6

⁸¹ Sembra aver pienamente colto questo aspetto la giurisprudenza di merito quando afferma che «il duplice riferimento alla durevolezza e alla consistenza indicato può anche essere inteso come riferimento a una riduzione dell'esposizione che permanga durevole, cioè che sia di importo e di durata tale da attestare come il rientro non sia fisiologico alla vita di un conto attivo per la vita della società, cioè caratterizzato da continue movimentazioni, *ma sia divenuto di fatto funzionale a soddisfare il credito della banca che si riduca stabilmente con rientri consistenti anche se non necessariamente definitivi*», così, Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014, cit.

Inoltre, come si è osservato, il legislatore ha utilizzato e introdotto, nella normativa della revocatoria *de qua*, una terminologia tipicamente bancaria⁸², e ciò costituirebbe un ulteriore indizio dell'intento di tutela delle esigenze e degli interessi del mondo bancario⁸³.

Ciò premesso, va rilevato che i problemi interpretativi riguardano molteplici questioni.

Il primo problema concerne la necessità o meno, al fine della revocatoria, di continuare a distinguere le rimesse effettuate sul conto corrente in solutorie e ripristinatorie (e quindi la rilevanza dell'accertamento relativo alla natura di conto scoperto o meramente passivo); altra fondamentale questione interpretativa è la definizione concreta della nozione di «esposizione del debitore verso la banca» la cui riduzione costituisce ragione giustificatrice della eccezione all'esenzione dalla revocatoria; infine da un lato il significato concreto da attribuire agli aggettivi «consistente» e «durevole» che qualificano la riduzione dell'esposizione del debitore causata dalle rimesse effettuate sul conto nel periodo sospetto, e, dall'altro, la definizione dei rapporti tra la disciplina tra le due distinte disposizioni (con la seconda che stabilisce le modalità di restituzione dei rientri fissandoli nella differenza tra la massima pretesa della banca nel momento della conoscenza dello stato di insolvenza e il residuo della stessa al momento dell'apertura della procedura concorsuale).

6. Va preliminarmente osservato che in effetti, subito dopo l'entrata in vigore della mini-riforma del 2005, si è posta all'attenzione degli interpreti la questione se la distinzione tra conto scoperto e conto passivo fosse ancora da considerare presupposto rilevante e necessario al fine di individuare la natura delle rimesse (solutorie o ripristinatorie) effettuate su un dato conto corrente bancario nel periodo sospetto, onde pervenire alla decisione di considerarle o meno revocabili. In altri termini, occorre chiarire se le conclusioni faticosamente ottenute dalla giurisprudenza fossero ancora utilizzabili nel nuovo quadro normativo.

E in effetti, una corrente interpretativa ha sostenuto che il legislatore della riforma abbia inteso superare la distinzione, con la conseguenza di dover ritenere

⁸²G. REBECCA – M. MARCHETTI, *Rilevanza o meno dell'affidamento nella «nuova» revocatoria fallimentare delle rimesse*, cit., p. 792, rilevano, riguardo alle nozioni di “rimessa” e di “esposizione debitoria” come sia stata utilizzata «la terminologia bancaria, per la quale alla parola rimessa non può essere associato il significato di pagamento, come precedentemente inteso. In ogni caso l'esposizione debitoria rappresenta il saldo debitore omnicomprendente del conto corrente, perdendosi così la distinzione tra saldo debitore e saldo scoperto»

⁸³ Come riconoscono dottrina e giurisprudenza: se da un lato infatti un giudice di merito (Trib. di Milano 25 maggio 2009, n. 5676, in *Fallimento*, 2010, p. 602, con nota di G. FEDERICO, *Consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria nella revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*), giunge ad affermare che lo spirito della riforma fallimentare risulta essere «già grandemente a vantaggio del ceto bancario», dall'altro fa eco in dottrina chi, dopo aver rilevato che «il legislatore, con una sorta di “effetto sorpresa”, ha introdotto una vera e propria esenzione per le banche» conclude che «forse, neppure il ceto bancario, che tanto ha spinto per una riforma della revocatoria fallimentare, ambiva ad un così benevolo intervento» (così, M. LACATENA, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario* in www.dirittoefinanza.it, p. 10)

irrilevante accertare che le rimesse siano state effettuate su un conto scoperto (o comunque oltre il fido concesso)⁸⁴. Alla tesi che nega la rilevanza della distinzione delle rimesse in solutorie e ripristinatorie ha aderito buona parte della giurisprudenza di merito⁸⁵, in qualche caso senza particolari approfondimenti⁸⁶, in altre occasioni cercando di fornire una argomentata giustificazione della tesi. La giurisprudenza ha anche precisato che, per effetto della nuova disciplina, potrebbero ricomprendersi tra quelle revocabili (ove si verificassero le circostanze previste dalla norma) anche le rimesse meramente ripristinatorie⁸⁷.

In virtù di tale orientamento, l'esistenza o meno di un affidamento (e quindi anche l'eventuale sconfinamento dai suoi limiti), non costituirebbe l'elemento decisivo al fine di individuare le rimesse revocabili. Si è quindi rilevato che il termine «rimesse» comparso nel testo della norma riformata, prescinderebbe dalla distinzione fra atti e pagamenti, «con la conseguenza che l'esposizione debitoria va riferita al debito che il correntista ha verso la banca a prescindere dall'utilizzo o meno di linee di credito formalmente accordate o di semplici tolleranze di scoperto o fidi di fatto» e che quindi mediante un giudizio successivo si debba «valutare se le rimesse in questione unitariamente considerate abbiano determinato una situazione di riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria»⁸⁸.

⁸⁴Cfr., M. ARATO, *Le nuove norme introdotte con la legge 80/2005*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 156; S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *La disciplina dell'azione revocatoria* a cura di S. Bonfatti, Milano, 2005, p. 123; A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Fallimento*, 2005, p. 846; G. CAVALLI, *Commento all'art. 67 comma 3, lett. b)*, in A. Jorio - M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2007, p. 970; E. GRANATA, *La nuova legge fallimentare "alla prova dei fatti"*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"* a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2008, p. 31

⁸⁵ Trib. Udine, 28 gennaio 2013, in <http://www.unijuris.it/node/1703>; Trib. Udine, 24 ottobre 2012, in <http://www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Tribunale%20di%20Udine%2024%20ottobre%202012.pdf>; Trib. Bologna, 4 agosto 2011, cit., Trib. Udine, 24 febbraio 2011, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3439.pdf>; Tribunale Monza, 3 settembre 2008, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2009, p. 91; Trib. Pordenone, 17 marzo 2015 e Trib. Pordenone 2 aprile 2015, in www.unijuris.it; Trib. Reggio Emilia, 31 agosto 2017, n. 862, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/18196.pdf>

⁸⁶Ad esempio, Trib. Milano, 25 maggio 2009, cit., che afferma che «atteso il tenore letterale della norma e lo spirito della riforma, diventa irrilevante accertare se il conto corrente in esame fosse o meno affidato e cioè se le operazioni contestate ricadessero nell'ambito della disponibilità del fido concesso all'esito del contratto di apertura di credito»

⁸⁷ Così, Trib. Bologna 4 agosto 2011, cit., che afferma: «il testo riformato fa espresso riferimento alle "rimesse" bancarie, termine prima assente dalla legge fallimentare, che all'art. 67 comma due si occupava solamente di "pagamenti". Tale cambiamento è di notevole rilievo, perché tutte le poste affluite sul conto sono astrattamente suscettibili di revoca [...] mentre in precedenza alla inefficacia si perveniva solamente se di "pagamento" si trattasse e da ciò si era desunto che le rimesse non aventi efficacia solutoria, ma unicamente ripristinatoria della disponibilità, in ipotesi di conto affidato, non potessero essere revocabili»

⁸⁸ Tribunale Udine, 24 ottobre 2012, cit., p. 4 della sentenza. Il tribunale friulano osserva inoltre che «quello che conta è il risultato finale al momento della chiusura del rapporto. È infatti evidente sotto tale profilo che anche una rimessa affluita su mero conto passivo, pur ripristinando la provvista, può comportare un rientro definitivo della banca, quando il correntista non possa più utilizzare la disponibilità in questione per il congelamento del rapporto o per il recesso dal contratto o perché il rapporto si chiuda per il fallimento del correntista e per converso come una rimessa affluita su conto scoperto non comporti

All'opinione che ritiene superata la necessità di distinzione tra rimesse ripristinatorie o solutorie e cioè che nega che sia imprescindibile accertare che afferiscano «a conto passivo o a conto scoperto, giacché quel che rileva è unicamente la consistenza e durezza degli effetti estintivi dell'esposizione debitoria», ha aderito anche la Cassazione⁸⁹.

E ciò è di particolare rilievo perché un pronunciamento diretto dei giudici di legittimità su tale questione era certamente atteso, posto che, in precedenza, la Cassazione aveva assunto una posizione non certo lineare⁹⁰. Se da un lato, infatti, sia pure attraverso un *obiter*, riconosceva che le nuove disposizioni avevano riformato l'impianto stesso della revocatoria fallimentare delle rimesse sovvertendo il principio che ammetteva la revocabilità delle sole rimesse solutorie e quindi «rimuovendo dallo scenario esegetico il distinguo tra natura solutoria e ripristinatoria dei versamenti effettuati in c/c», dall'altro osservava come non avesse subito variazioni l'onere del curatore di dimostrare «la scoperta rispetto al limite dell'affidamento». A parte il rilievo che nel sistema previgente gravava sulla banca l'onere di provare l'esistenza dell'affidamento e quindi che si fosse entro i limiti dello stesso⁹¹ (e ciò al precipuo fine di pervenire all'esclusione della revocabilità delle rimesse effettuate sul conto), con tale precisazione i supremi giudici indirettamente (e contraddittoriamente rispetto al ragionamento che volevano fare) pervenivano a confermare la rilevanza della distinzione delle rimesse appena negata⁹². In ogni caso va ribadito che, contrariamente a quanto affermato nella sentenza della Cassazione n. 20834 del 2010, non gravava sulla banca, bensì sul curatore, l'onere di

un rientro durevole o definitivo della banca, quando il correntista riutilizzi le somme affluite sul conto». Conf., E. GRANATA, *op. loc. cit.*, nella nota 21; G. REBECCA – M. MARCHETTI, *Rilevanza o meno dell'affidamento nella «nuova» revocatoria fallimentare delle rimesse*, cit., p. 792

⁸⁹ Cass., 9 gennaio 2019, n. 277, in <http://www.italggiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20190116/snciv@s10@a2019@n00277@tS.clean.pdf>

⁹⁰ Cfr., Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834, in www.unijuris.it

⁹¹ Cfr., sul punto, Cass. 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 264, secondo cui la banca ha l'onere di provare «sia l'esistenza alla data di effettuazione di esso del contratto di apertura di credito, sia l'esatto ammontare dell'affidamento accordato al correntista alla medesima data».

⁹²Cass., 7 ottobre 2010, n. 20834, cit., che afferma: «Secondo il regime ora vigente, considerato il conto nel complesso delle operazioni in esso transitate, dunque nella loro unitarietà siccome in effetti, come si osserva in dottrina, possono costituire tanto rientri quanto essere semplicemente operative, resta invariato l'onere del curatore di dimostrarne la scoperta rispetto al limite dell'affidamento, mentre la banca, per sottrarsi all'obbligo di restituzione, è onerata della prova che le rimesse non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria - concetto di natura commerciale di non semplice qualificazione giuridica. In difetto di tale prova, ovvero nel caso risulti il contrario, la revoca viene disposta limitando l'obbligo di restituzione secondo il criterio del massimo scoperto previsto dalla L. Fall., art. 70, che, compreso tra gli effetti della revocazione, di cui fissa il limite, opera quindi in funzione di norma di chiusura, eliminando, in un'ottica unitaria, dal panorama giurisprudenziale definitivamente la revocabilità delle singole rimesse». La Cassazione con tale sentenza ha inoltre escluso la natura interpretativa (e quindi retroattiva) delle disposizioni di cui alla riforma difettandone i presupposti (le nuove norme non sono «suscettibili di applicazione autonoma» e non già assumono valore «ricognitivo di quelle precedenti») e pertanto esse si applicano solo ai fallimenti dichiarati dopo l'entrata in vigore delle stesse.

Conf., Cass. 4 maggio 2012, n. 6789, in www.personaedanno.it

provare che le rimesse avessero ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria verso la banca⁹³.

Con la recentissima pronuncia pertanto, la Cassazione ha preso invece una netta, motivata e coerente posizione a favore della tesi che sostiene l'irrilevanza, alla luce della vigente normativa, dell'accertamento in concreto della finalità ripristinatoria o solutoria delle rimesse, nonché della distinzione tra conto scoperto e conto passivo.

Appare inoltre da condividere l'osservazione secondo cui si potrebbe eventualmente pervenire a una potenziale estensione della revocatoria fallimentare anche alle rimesse ripristinatorie⁹⁴ che, invece, nel precedente contesto normativo-interpretativo, erano inesorabilmente sempre escluse. E ciò, oltre a porsi in controtendenza rispetto agli intenti della riforma (dichiaratamente comunque tesi a limitare e giammai ad ampliare la revocabilità delle rimesse), determinerebbe un argine anche agli stessi atteggiamenti scettici dei curatori come dimostrano i dati empirici statistico-giudiziari⁹⁵ che attestano

⁹³ La ripartizione dell'onere probatorio è individuata conformemente alla legge invece da Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014 in <https://www.personaedanno.it/.../Trib.%20Piacenza,%20est.%20Schiaffino%20sent.%...>, che esattamente osserva che dalla formulazione del comma 3 dell'art. 67 l. fall. «ben emerge, in primo luogo, come sia onere della Curatela, interessata ad ottenere la revocatoria di rimesse, fornire la prova, sotto il profilo soggettivo, della conoscenza dello stato di insolvenza della fallita, all'epoca delle stesse da parte della banca, nonché, sotto il profilo oggettivo, come le rimesse medesime abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito»

⁹⁴ Cass., 9 gennaio 2019, n. 277, cit., p. 8, che osserva come «la revocatoria sarebbe oramai esperibile anche con riferimento» alle rimesse ripristinatorie. Inoltre i giudici di legittimità rilevano che il termine «rimesse» ormai contemplato nella norma, «comprende sia i veri e propri atti solutori che quelli di ripristino della provvista: ed è palesemente incongruo opinare che il legislatore abbia mutuato quel termine dalle pronunce della giurisprudenza per poi conferirgli un significato diverso».

Cfr., inoltre, Trib. Udine, 24 febbraio 2011, in www.unijuris.it, p. 6 della sentenza, ove rileva che «la riforma affronta in termini radicali e diretti il problema prevedendo la revocabilità – a prescindere dall'esistenza o meno di un affidamento - di tutte quelle rimesse che invece di essere utilizzate per espletare il “servizio cassa” cioè di intermediazione nel pagamento - che costituisce la funzione principale del conto corrente in cui la banca opera quale mandataria incaricata di ricevere ed eseguire pagamenti per conto del cliente – vengono “dirottate” per ripianare rapporti interni tra correntista e banca correlati all'espletamento di una diversa funzione della banca, quella creditizia, in modo da ottenere una sostanziale riduzione del fido, sanzionabile, ove concorrano gli altri requisiti previsti dalla legge, con la revocatoria». E deduce che la scopertura del conto non è fattore determinante per la individuazione della funzione solutoria (in quanto non espressamente in alcun modo richiamato dalla norma riformata) essendo gli unici fattori determinanti quelli della consistente e durevole diminuzione del debito verso la banca «a prescindere dalla circostanza che la rimessa operi nell'ambito del fido o piuttosto extrafido».

Cfr., altresì, Trib. Udine 24 ottobre 2012, cit.

In dottrina, sulla irrilevanza della distinzione fra rimesse su conto corrente passivo e rimesse su conto corrente scoperto, cfr., L. GUGLIELMUCCI, *La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 807; S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, p. 123; M. FARINA, *Alla ricerca delle rimesse revocabili: spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67 terzo, comma, lett. b), l. fall.*, in *Fallimento*, 2006, p. 233

⁹⁵ Osserva L. QUAGLIOTTI, *I finanziamenti a fini ristrutturativi*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, a cura di I. Demuro, Torino, 2010, p. 273, che l'utilizzo dello strumento della revocatoria dapprima utilizzato su larga scala, dopo la riforma è «ritenuto invece da molti curatori – spesso del tutto ingiustificatamente – non idoneo ad alcun proficuo recupero»

una drastica riduzione delle azioni revocatorie fallimentari promosse contro le banche, avutasi dopo l'entrata in vigore della riforma del 2005.

Occorre peraltro un approfondimento proprio in relazione ad alcune considerazioni di ordine sistematico che attengono alla natura dei contratti e degli stessi conseguenti rapporti giuridici intercorrenti tra banca e cliente, oltre che per altre conseguenze (come l'eventuale responsabilità della banca per concessione abusiva di credito).

In realtà, secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente prima dell'intervento riformatore del 2005, occorre qualificare giuridicamente le rimesse effettuate in conto corrente in termini solutori o meramente ripristinatori. Tale operazione veniva effettuata nonostante di per sé la remessa fosse un atto interno (tecnico-contabile e «neutro»⁹⁶). Di modo che soltanto con un procedimento indiretto veniva concretamente attribuito o negato alle rimesse il significato giuridico di «pagamento», ponendolo in relazione al contratto posto in essere (mero conto corrente bancario o conto corrente «con affidamento») e alla conseguente situazione concreta che caratterizza il conto (come scoperto o meramente passivo).

Tuttavia, una remessa effettuata su un dato conto corrente bancario (l'accredito di una posta sul conto corrente) avrebbe potuto rivelarsi una mera partita contabile (perché semplicemente atta a ripristinare una disponibilità a suo tempo concessa) ma anche essere effettivamente diretta a estinguere un debito (a fronte di un credito liquido ed esigibile); ciò perché è vero, come si è osservato, che «in un conto affidato ed utilizzato nei limiti del fido possono affluire rimesse con effetti solutori» e che, al contrario, «è ben possibile che in un conto non affidato o in posizione di sconfinamento non si verifichi alcun effettivo rientro» nel caso in cui «il correntista, con il consenso della banca» riutilizzi «le somme versate, onde lo scoperto, al termine di tutte le movimentazioni, può presentare un saldo pari o addirittura superiore a quello iniziale»⁹⁷.

Pertanto in tale quadro di riferimento ben si comprende perché la norma vigente richieda, per la revocabilità delle rimesse, che le stesse abbiano ridotto in maniera «consistente e durevole l'esposizione del debitore verso la banca». Dunque, proprio l'individuazione del significato da attribuire alla locuzione «esposizione» del debitore - la cui riduzione (se consistente e durevole) costituisce il presupposto perché vi possa essere l'eccezione all'esonero dalla revocatoria - rappresenta uno dei principali problemi interpretativi posti dalle norme. Si è osservato come essa sarebbe da intendere in realtà

⁹⁶Conf. A. PATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano Di Pepe, Padova 2007, p. 203, il quale osserva come la remessa costituisca «accredito di una posta sul conto corrente» ed è «movimento di per sé neutro (talvolta, addirittura mera partita contabile), mentre l'azione attinge *atti o pagamenti*, ossia disposizioni patrimoniali effettive». Di tal che secondo l'A., sarebbe «tuttora attuale l'elaborazione giurisprudenziale in materia, al fine di enucleare nell'andamento del conto corrente [...] pagamenti (ossia non rimesse *tout court*, ma di natura solutoria), nel periodo di sei mesi rilevante»

⁹⁷E. GRANATA, *op. loc. ult. cit.*

quale complesso delle passività dell'impresa verso la banca⁹⁸, e che con tale locuzione si debbano intendere ricompresi anche i debiti relativi a pretese creditorie non ancora esigibili, come quelli derivanti da un affidamento in corso. La conseguenza sarebbe quindi – e, come già accennato, in netta contrapposizione alla dichiarata *ratio* della riforma⁹⁹ e sia pure dal punto di vista concettuale – una potenziale estensione e non già una contrazione dell'oggetto della revocatoria, posto che potrebbero essere ricomprese anche le rimesse che, essendo effettuate per ripristinare l'ampiezza dell'affidamento, abbiano comunque contribuito a ridurre l'*esposizione debitoria* in maniera consistente e durevole¹⁰⁰.

Emerge quindi la consapevolezza che il problema – che sembra ruotare, ai fini della revocatoria fallimentare, intorno all'accertamento del significato della locuzione «esposizione del debitore verso la banca» – in realtà non possa prescindere anche da una doverosa presa d'atto dei comportamenti tenuti dalla banca, perchè essa, dato il proprio potere contrattuale, ha l'oggettivo controllo della situazione potendo, ad esempio, revocare il fido al cliente subito dopo l'effettuazione di rimesse meramente ripristinatorie, piegando così quelle rimesse alla funzione di rientro.

Per le cose dette sembra plausibile ritenere che la locuzione «riduzione dell'esposizione del debitore verso la banca» debba correlarsi a una valutazione complessiva dei rapporti in essere tra la banca e l'impresa (anche derivanti da più fonti e contesti contrattuali) e, di conseguenza, ben possa esser riferita alle situazioni in cui i crediti della banca nei confronti del correntista non siano ancora esigibili (perchè il rapporto contrattuale era in corso e la compensazione legale sarebbe avvenuta solo con il saldo finale, ma anche perchè la banca conservando il “controllo” dei rapporti contrattuali avrebbe potuto ovviamente in qualunque momento revocare il fido concesso e dunque trasformare crediti non scaduti in esigibili).

Cionondimeno, un opposto orientamento interpretativo, confutando la tesi riferita, aveva ritenuto ancora rilevante al fine dell'ammissibilità della revocatoria fallimentare, distinguere le rimesse in solutorie e ripristinatorie. Infatti, altri giudici di

⁹⁸ N. ABRIANI – L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della «novissima» revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, p. 383, secondo cui l'esposizione debitoria si deve intendere il «complesso di passività del correntista nei confronti della banca esistenti in un dato momento e derivanti dai rapporti giuridici che trovano nel conto corrente la loro regolazione».

⁹⁹ *Ratio* che è da individuare nel tentativo di superamento del consolidato indirizzo giurisprudenziale formatosi dopo l'intervento della Cassazione del 1982. Che peraltro tale tentativo sia stato coronato da successo (cioè che la riforma sia riuscita a delineare una disciplina giuridica che possa essere interpretata univocamente in coerenza con la auspicata finalità) è peraltro da verificare.

¹⁰⁰ Osserva G.U. TEDESCHI, *Gli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 16, *Impresa e lavoro*, II, Torino, 2011, p. 228, che la riduzione dell'esposizione debitoria verso la banca, può verificarsi sia in presenza di un conto scoperto che di un conto che, pur essendo passivo, non abbia mai superato i limiti del fido, e ciò perchè rilevante è l'esistenza, al momento dell'effettuazione della rimessa, di una esposizione debitoria verso la banca, derivante non solo dall'apertura di credito, ma da qualunque altra forma di agevolazione o concessione creditizia in essere effettuata dalla banca.

merito¹⁰¹ avevano osservato come la riforma della legge fallimentare non avesse eliminato il presupposto secondo cui le rimesse oggetto di azione revocatoria sono solo quelle aventi natura solutoria, cioè quelle operate in assenza di affidamento o sullo scoperto di sconto.

Dunque, secondo questa tesi minoritaria, sarebbe ancora rilevante, ai fini della revocatoria, distinguere la natura delle rimesse, e pertanto la diminuzione consistente e durevole non potrebbe prescindere dalla situazione di scopertura del conto poiché l'obbligo di tenere a disposizione del cliente la disponibilità concessa sarebbe suscettibile solo di generare rimesse ripristinatorie della stessa disponibilità e non riduzioni (cioè atti estintivi) del debito. In altri termini la riduzione (in modo consistente e durevole) dell'esposizione debitoria dovrebbe essere intesa nel senso di riduzione di debiti relativi a crediti oltre che liquidi anche esigibili; quindi, secondo questa tesi, sarebbe ancora rilevante accertare se sussista o meno la disponibilità previamente concessa dalla banca (ovviamente sulla base di un valido accordo contrattuale) che renderebbe le rimesse semplici ricostituzioni della provvista e non già «rientri». Inoltre, si fa osservare che il riferimento alla diminuzione consistente e durevole, già contenuto nel testo riformato nel 2005 dell'art. 67 l. fall., assumerebbe significato solo qualora fosse messo in relazione ad una situazione che va oltre o prescinde dalla concordata disponibilità.

In effetti, come si è già accennato, il problema consiste nel chiarire se la «riduzione dell'esposizione debitoria» di cui discorre l'art. 67, terzo comma, lett. b, della l. fall., (ora l'art. 166, codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza fa riferimento alla «riduzione dell'esposizione del debitore verso la banca»), debba essere riferita esclusivamente a una parziale estinzione del debito (e quindi presupponga la natura solutoria delle relative rimesse) ovvero si riferisca anche alla riduzione di mere passività del conto cui (ancora) non corrispondono, nel momento in cui avviene l'effettuazione delle rimesse, crediti esigibili della banca.

Il problema può trovare soluzione alla luce di quanto si è precedentemente osservato. È ben vero infatti che una rimessa effettuata su un conto corrente con affidamento durante l'esistenza del contratto di apertura di credito non possa provocare giuridicamente riduzioni del debito in quanto non v'è ancora in capo alla controparte un credito liquido ed esigibile (che vi sarà infatti solo al momento di estinzione del contratto, con la formazione del saldo finale) e dunque si tratterà solo di ricostituzione della provvista necessaria alla realizzazione delle finalità del contratto; ma è anche vero come la banca possa, in qualunque momento, attraverso l'esercizio del diritto di recesso (revoca del fido) trasformare la mera passività in vero e proprio debito e quindi abbia,

¹⁰¹Trib. Milano, 27 marzo 2008, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 21 luglio 2009, in www.unijuris.it; Trib. Udine 16 aprile 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo 28 aprile 2014, in <http://www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Tribunale%20di%20Bergamo%2028%20aprile%202014.pdf>, considera la disposizione che fa riferimento alla consistente e durevole diminuzione dell'esposizione debitoria un'eccezione al principio generale della revocabilità dei pagamenti di debiti liquidi e esigibili e ritiene che anche dopo la riforma del 2005 mantenga «rilievo la distinzione tra rimesse ripristinatorie della provvista e rimesse solutorie»

per così dire, il dominio e controllo della situazione. E poiché non si può ignorare che la norma abbia fatto riferimento alla riduzione dell'«esposizione del debitore»¹⁰² invece che alla riduzione del debito, è più che fondato il dubbio che - anziché trattarsi di una mera imprecisione tecnica o di una generosa quanto inutile concessione alla terminologia bancaria - ciò assuma invece il significato di un superamento della distinzione tra conto scoperto e conto passivo¹⁰³. In altri termini sembra che il legislatore abbia voluto rimarcare - mediante il riferimento alle «rimesse bancarie in conto corrente» operato dalla norma - la necessità di una valutazione complessiva dell'andamento del conto corrente bancario come riflesso di tutti i rapporti intercorsi tra la banca e l'impresa e soprattutto evidenziare come occorra valutare anche il comportamento tenuto dalla banca¹⁰⁴.

In conclusione si deve osservare che se l'accertamento dell'esistenza del titolo giuridico giustificativo della concessione del finanziamento non è un problema che può essere sottovalutato, è indubbio peraltro come esso rilevi soprattutto al fine, ad esempio, della (eventuale) responsabilità della banca per concessione abusiva di credito. E va ribadito come una fonte giuridicamente valida dell'affidamento non possa essere rinvenuta in un mero atteggiamento tollerante della banca (che, oltretutto, potrebbe essere anche diretto a realizzare interessi non meritevoli¹⁰⁵), ma debba scaturire da un accordo contrattuale consacrato nella forma scritta¹⁰⁶.

Infine va altresì ricordato come la rilevanza della distinzione tra conto corrente bancario affidato e conto corrente privo di affidamento sia stata sostenuta dalla Suprema Corte anche - e in maniera certamente più incisiva rispetto alle conseguenze in tema di revocatoria fallimentare - in un altro contesto interpretativo e per altre finalità: cioè per

¹⁰² Concetto ritenuto invece dai giudici di legittimità «di natura commerciale di non semplice qualificazione giuridica»: cfr., Cass., 7 ottobre 2010, n. 20834, cit., (v. la precedente nota 92)

¹⁰³ La distinzione conserverebbe invece la sua rilevanza per valutare i comportamenti tenuti dalla banca al fine, ad esempio, di un eventuale accertamento della responsabilità civile per concessione abusiva di credito

¹⁰⁴ Conf., Cass. 9 gennaio 2019, n. 277, cit., che osserva come debba ritenersi «escluso che l'esenzione dalla revocatoria dipenda da un elemento (il mancato recesso della banca dal contratto di apertura di credito) che potrebbe dipendere da circostanze casuali o, peggio, da condotte strumentali dell'istituto di credito (interessato ad evitare che le rimesse operate dal correntista continuino ad affluire su di un conto assistito da una linea di credito, così da poterne opporre, in un secondo momento, la natura ripristinatoria)».

¹⁰⁵ Tale atteggiamento spesso può rivelare un comportamento giuridicamente censurabile della banca che continua a far credito (o addirittura lo concede oltre i limiti del fido e, in qualche caso, prescindendo da esso) proprio per scongiurare o ritardare gli effetti negativi che potrebbero realizzarsi a suo danno dall'inevitabile (futuro) fallimento dell'impresa: cfr., sul punto Cass. 3 aprile 2002, n. 4759, in *Fallimento* 2003, p. 143. Con tale pronuncia i supremi giudici affermarono che non potesse essere esclusa la *scientia decotiois* della banca che avesse continuato a tenere in piedi un rapporto contrattuale e di credito, in quanto tale comportamento era diretto non certo ad esprimere una valutazione positiva circa le prospettive di ripresa economica dell'impresa, ma soltanto ad evitare perdite ulteriori per la banca arretrate dall'eventuale fallimento

¹⁰⁶ Circa la questione della nullità dell'apertura di credito non stipulata nella forma scritta e le implicazioni sulla revocatoria fallimentare delle rimesse, v. il precedente § 4

accertare il *dies a quo* dal quale decorre il termine di prescrizione dell'azione di restituzione dell'indebitato in relazione ai rapporti relativi al conto corrente bancario¹⁰⁷.

In ogni caso non è sufficiente affermare che l'esposizione debitoria - trattandosi di rapporti regolati mediante un conto corrente bancario - debba essere riferita al «saldo debitore» del conto. Occorre, infatti, stabilire concretamente a quale saldo sia necessario fare riferimento. Si è rilevato in merito che «la giurisprudenza attribuisce rilievo al criterio di successione cronologica delle operazioni ordinate in base all'attitudine ad incidere sulla "provvista" del correntista, in tal modo comparando l'entità dell'esposizione, sulla quale ciascuna "rimessa" incide con il livello del saldo "disponibile" (e considerando revocabili solo le "rimesse" che, e nei limiti in cui, riducano un'esposizione eccedente il saldo "disponibile")»¹⁰⁸. Si è altresì rilevato come la successione cronologica non sempre

¹⁰⁷ Cfr. Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, cit., secondo cui: «l'azione di ripetizione di indebitato, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebitato, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del "solvens" con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'"accipiens"». La Corte ha dunque stabilito che la data dell'annotazione in conto corrente non può automaticamente essere considerata il momento da cui calcolare la decorrenza della prescrizione decennale dell'azione di ripetizione (*dies a quo*), in quanto detta annotazione di per sé non rappresenta un pagamento. Il momento da cui decorre la prescrizione può così essere ritenuto coincidente non solo con la data della chiusura definitiva del conto, ma anche in quella dei singoli versamenti qualora gli stessi avessero avuto natura solutoria, cioè fossero stati effettuati su conto scoperto o oltre il limite del fido concesso.

Tale posizione ha determinato la necessità per la banca - contrariamente a quanto accadeva, prima dell'introduzione della riforma, in materia di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente, in cui la banca aveva l'interesse opposto - di dimostrare invece che le rimesse stesse abbiano natura solutoria (e non già ripristinatoria dell'affidamento) onde giovare come *dies a quo* della prescrizione decennale della data dell'annotazione, rispetto alla data (successiva) di chiusura del conto.

Tuttavia, in senso contrario e cioè per la negazione dell'onere probatorio a carico della banca e per l'affermazione che tale onere sia a carico del correntista, cfr. Trib. Mantova, 15 ottobre 2014, in www.iusletter.com, che motiva tale opinione sia a causa della difficoltà di una prova negativa sia per quella di ammettere una presunzione generale di ripristinatorietà delle rimesse. Afferma infatti il giudice mantovano che occorre sostenere «l'orientamento secondo cui la banca adempie al proprio onere di prova dell'eccezione allegando e deducendo il decorso del termine decennale dalla rimessa spettando invece a chi vuol far valere un decorso successivo, e quindi una diversa natura della rimessa, la prova della sua ripristinatorietà»; cfr., altresì, Trib. Torino, 20 giugno 2014, in www.assoctu.it

In contrario si può rilevare che per la banca non si tratterebbe di prova negativa (consistente nella inesistenza di un fatto) come ha ritenuto il giudice *de quo*.

¹⁰⁸ S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., p. 14.

L'A infatti precisa che la successione cronologica non sempre è coincidente con la "disponibilità": infatti vi sono operazioni che generano "provvista" alla data stessa di effettuazione (ad esempio versamento in conto di danaro contante), altre invece (come ad esempio la negoziazione di assegni bancari tratti su altre banche) che riducono il saldo "contabile", ma non [...] il saldo "disponibile" (fino all'estinzione del titolo): così che le successive operazioni di addebitamento per prelevamenti (o per operazioni equivalenti) producono un'ulteriore espansione della esposizione per saldo "disponibile", la quale costituisce la premessa per l'attribuzione di un carattere solutorio a tutte le "rimesse" effettuate successivamente».

coincida con la «disponibilità», potendo esservi operazioni che, pur riducendo immediatamente il saldo «contabile», non operano anche una immediata riduzione del saldo “disponibile”: ciò avviene, ad esempio, nel caso di negoziazione di assegni bancari tratti su altre banche e fino all’estinzione del titolo. E si è concluso che il riferimento alla successione cronologica espressiva del saldo “disponibile”, invece che a quella espressiva del saldo “contabile”, evidenzerebbe «sempre maggiori livelli di esposizioni “sconfinata”» e, conseguentemente, rileverebbe un numero sempre maggiore di «rimesse caratterizzate da effetti solutori, e quindi revocabili»¹⁰⁹.

7. È di tutta evidenza come l’attribuzione di un significato concreto alle nozioni di «consistente» e «durevole» diminuzione dell’esposizione debitoria sia divenuto ben presto un problema da risolvere al fine della definizione del giudizio promosso dal curatore fallimentare contro la banca e avente ad oggetto l’azione revocatoria delle rimesse effettuate dall’impresa sul conto corrente. Non a caso un autore, a breve distanza di tempo dall’emanazione della mini-riforma del 2005, elencando i punti critici della nuova normativa aveva posto prioritariamente il quesito: «Quando la riduzione dell’esposizione nei confronti della banca può ritenersi consistente e durevole?»¹¹⁰

Al riguardo, un rilievo preliminare attiene al metodo. Si è, al riguardo, osservato come non sia possibile enucleare fattispecie di rimesse connotate dalla consistenza della riduzione dell’esposizione debitoria verso la banca ricorrendo semplicemente a criteri astratti e generali essendo necessario, al contrario, fare riferimento alla situazione concreta¹¹¹. Questa critica è condivisibile. È incisiva e convincente l’osservazione secondo cui, con specifico riferimento al requisito della consistenza, ciò che in certe dimensioni del rapporto in essere può apparire molto rilevante, al contrario può non esserlo affatto in altri casi, nei quali potrebbe essere addirittura insignificante.

Del pari si è pure sostenuto che il riferimento alla consistenza e durevolezza indicato dalla norma, costituirebbe in realtà un solo requisito per cui i due termini dovrebbero

¹⁰⁹ S. BONFATTI, *op.loc.cit.*, il quale osserva come «in fatto, il riordino delle operazioni bancarie secondo la successione cronologica espressiva del saldo “disponibile”, invece che secondo quella espressiva del saldo “contabile”, evidenzia sempre maggiori livelli di esposizioni “sconfinata”, e conseguentemente rileva sempre un maggior numero di “rimesse” caratterizzate da effetti solutori, e quindi revocabili»

¹¹⁰ G. PRESTI, *La funzione della nuova revocatoria fallimentare. Cosa è cambiato rispetto al passato*, cit., p. 8

¹¹¹ G.U. TEDESCHI, *Gli atti pregiudizievoli ai creditori*, cit., p. 229, il quale conclude che «per stabilire se l’esposizione debitoria sia oppure no “consistente” si deve fare riferimento al singolo rapporto e non tener conto di principi generali che sarebbero completamente fuori luogo e condurrebbero a risultati inutili e talora impossibili».

Conf., Trib. Reggio Emilia, 31 agosto 2017, cit., p. 5, che afferma: «la consistenza non è un parametro assoluto ed oggettivo, ma deve essere comparata e declinata nella fattispecie, avuto cioè riferimento sia alla entità massima del debito, alla entità dello stesso al momento della rimessa, alle peculiarità del rapporto e, quindi, alla entità ricorrente dei versamenti eseguiti tra le parti ed, eventualmente dei prelievi»

essere intesi come un'endiadi, con una conseguente unica qualificazione della riduzione dell'esposizione debitoria¹¹².

Ciò premesso, alcune decisioni giurisprudenziali – anche sulla base dell'osservazione di chi ha rilevato la mancanza di una chiara indicazione del legislatore¹¹³ - e, considerata la necessità di individuare comunque un criterio applicabile alla fattispecie concreta, si sono pronunciate per l'adozione di un criterio percentuale al fine di determinare la consistenza. In altri termini, secondo questa impostazione sarebbe da ritenere consistente quella riduzione dell'esposizione debitoria che raggiunge o supera una certa percentuale, tenendo conto della differenza tra il massimo scoperto nel periodo sospetto e il saldo al momento del fallimento¹¹⁴.

Contro questa tesi sono state espresse perplessità in dottrina¹¹⁵.

La tesi che utilizza il criterio percentuale per valutare la consistenza delle rimesse, è stata comunque rifiutata, come si è fatto cenno, da altra parte della giurisprudenza.

¹¹² Tra i primi commenti, si era infatti affermato che in realtà si trattasse di un solo requisito per cui si era sostenuto che i due termini dovessero essere riferiti, come un'endiadi, ad un'unica qualificazione della riduzione dell'esposizione debitoria: cfr., in tal senso, S. VINCRE, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.* 2005, p. 880 segg.

Si pone in tale direzione Trib. Udine 24 ottobre 2012, in <http://www.unijuris.it/sites/default/files/sentenze/Tribunale%20di%20Udine%2024%20ottobre%202012.pdf>, che afferma: «il termine consistente utilizzato dal legislatore non può essere disgiunto dal termine durevole e tale requisito esplicitato dalla norma va considerato piuttosto sotto il profilo qualitativo come mero rafforzativo del termine durevole, nel senso che la formula consistente non esprime un diverso concetto rispetto al termine durevole, ma rappresenta una endiadi che vale a rinforzare quest'ultimo aspetto che è quello realmente rilevante (ed è rappresentato dall'alterazione del ritmo di movimentazione del conto rispetto ai parametri normali di utilizzo dello stesso) e “ consistente “ significa pertanto “ non effimero” o che persiste stabilmente nel tempo, avendo consentito un rientro della banca se non definitivo comunque persistente e tale da poter essere qualificato come pagamento di un debito liquido e esigibile».

¹¹³ G.U. TEDESCHI, *op. loc. cit.*, osserva come non vi siano nella legge «parametri per calcolare la consistenza dell'esposizione debitoria».

¹¹⁴ Si segnalano, tra le decisioni favorevoli all'adozione del criterio percentuale, quelle che considerano sussistente il requisito della consistenza della riduzione dell'esposizione debitoria verso la banca operata dalle rimesse che concretamente si attestano su una percentuale oscillante tra il 7 e il 10 per cento (calcolata in base alla differenza tra massimo scoperto e saldo finale del conto all'apertura del fallimento). Cfr., Trib. Milano 27 marzo 2008, cit., ha ritenuto che la misura del 10% indichi una riduzione consistente, cioè gli importi superiori al 10% della differenza tra il massimo scoperto nel periodo sospetto e il saldo al momento del fallimento; Conf. sulla misura del 10% Trib. Milano, 21 luglio 2009, cit.; Trib. Venezia, 1 febbraio 2013, in www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/8970/pdf; propende invece per il 7%, Trib. Monza 3 settembre 2008, in <http://studium.unict.it/dokeos/2012/courses/56882C1/document/Trib. Monza - Trib. Milano - rimesse banc.-.pdf>.

V'è peraltro chi ha ritenuto che la percentuale che indica una «consistente» riduzione dell'esposizione debitoria sia quella del 25%, elemento che potrebbe essere ricavato dalla legge stessa (arg. ex art. 67, comma 1, n. 1): cfr., G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 871

¹¹⁵ In senso critico si rileva l'opinabilità dell'individuazione della percentuale oltre cui considerare consistente la riduzione dell'esposizione debitoria (cfr., V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs 12/9/2007, n. 169*, Torino, 2008, p. 134).

Del pari, altra opinione osserva come il criterio percentuale appaia comunque «sfuggente» e «di difficile determinazione» così G. SCOGNAMIGLIO, *La revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., p. 680

In alternativa al criterio percentuale, si è dunque proposto di tener conto della media matematica delle rimesse nel periodo sospetto. In altri termini, secondo questa diversa opinione, occorrerebbe calcolare la media di tutte le rimesse effettuate nel periodo sospetto per cui, seguendo tale criterio, risulterebbe consistente la riduzione determinata dalle rimesse che superano la media rilevata. Infatti – dopo aver considerato addirittura arbitraria la determinazione operata in base a una percentuale – alcune pronunce propendono per una valutazione dell'andamento delle rimesse nel loro complesso, al fine di accertare la realizzazione dell'intento della banca di ottenere il rientro dall'esposizione¹¹⁶. Con onestà intellettuale si riconosce in giurisprudenza che tale soluzione comporta dei rischi (il principale dei quali consisterebbe nell'attribuzione di una larga discrezionalità al giudicante). In ogni caso, la tesi ha riscosso consensi anche in dottrina¹¹⁷, dato che la tendenza rilevabile va nella direzione favorevole all'adozione del criterio «matematico della media» secondo cui è rilevante per la consistenza ciò che è sopra la media delle rimesse¹¹⁸ accertata in base a consulenza tecnica.

Sembra dunque riscuotere maggiori consensi anche in giurisprudenza, superato il criterio percentuale fisso, la necessità di considerare l'operatività media del rapporto¹¹⁹. In particolare la soglia rilevante (oltre la quale sussisterebbe il requisito della consistenza) dovrebbe scaturire dal rapporto tra l'importo medio delle rimesse effettuate sul conto nel periodo sospetto (ricavata dalla divisione tra la somma complessiva delle rimesse effettuate e il loro numero) e il saldo medio del conto nel suddetto periodo (che si

¹¹⁶Trib. Bologna 4 agosto 2011, cit., che considera la scelta adottata da alcuni giudici di predeterminare un parametro in termini percentuali, individuato concretamente nel 10% dell'importo fissato dall'art. 70 ultimo comma, «utile ma che pare arbitraria, in assenza di dati testuali o desumibili in via interpretativa che la legittimino...» e conclude che sia il tenore letterale che la *ratio* della norma «conducano a ritenere rilevante non l'entità specifica delle singole rimesse [...] ma solamente l'andamento complessivo del conto, che dimostri come nel semestre "sospetto" la banca abbia inteso condurre al rientro dell'esposizione...». Il giudicante tuttavia si rende conto che questo modo di valutare comporta una «valutazione di larga discrezionalità» comprendendo così le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza ad adottare il parametro percentuale, anche se conclude che «raramente potrà condurre a risultati iniqui per la banca creditrice, rimanendo sempre fermo il limite fissato dall'art. 70 l.f.»

Conf., Trib. Ferrara, 14 maggio 2012, in www.unijuris/sites/default/files/sentenze/Tribunale%20di%20Ferrara%2014%20maggio%202012.pdf, p. 16, ove afferma che la misura percentuale costituisce «una modalità utile ma arbitraria in assenza di un riferimento testuale o di un criterio interpretativo che le conferisca legittimità».

Ancora, si esprime contro l'adozione del criterio percentuale e in favore di una «verifica necessaria da svolgere [...] caso per caso e non secondo criteri percentuali fissi...», Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014, cit.

¹¹⁷ Cfr., G. REBECCA, *Le rimesse bancarie e la revocatoria fallimentare*, in <http://www.osservatorio-oci.org>, p. 12 del documento pdf, il quale - modificando l'opinione precedentemente espressa (cfr. ID., *La revocatoria delle rimesse bancarie. Teoria e pratica operata dalla revocatoria fallimentare delle rimesse dopo la riforma*, Milano, 2010, p. 83) - si esprime a favore dell'adozione di criteri assoluti e rifiuta una valutazione della consistenza della riduzione dell'esposizione debitoria rapportata a criteri relativi.

¹¹⁸ Cfr. al riguardo, S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in AA.VV., *La disciplina dell'azione revocatoria* a cura di S. Bonfatti, cit., p. 127; A. PATTI, *sub art. 67 l. fall.*, in G. LOCASCIO, *Codice commento del fallimento*, Milano, 2008, p. 547.

¹¹⁹ Trib. Ferrara 11 luglio 2016, in <https://www.unijuris.it/node/3004>

ottiene dividendo la somma dei saldi successivi ad ogni accredito per il numero delle rimesse)¹²⁰.

In ogni caso, anche a voler prescindere dal criterio da adottare per giungere all'individuazione della consistenza delle rimesse, non può essere omessa una considerazione generale. Si deve, infatti, rimarcare come la soluzione del legislatore sia apparsa criticabile per avere introdotto un elemento «quantitativo» che invece, sinora, era stato considerato assolutamente estraneo al soddisfacimento delle particolari esigenze cui tende l'istituto della revocatoria. Sì che, con riferimento alla rilevanza della sua entità, potrebbero finanche essere configurati profili di legittimità costituzionale, data la configurabilità di una violazione del principio di uguaglianza che concretamente si potrebbe prospettare nell'ambito del trattamento riservato ai creditori¹²¹.

Non minori incertezze interpretative sono poi state registrate in ordine all'altro criterio, quello della durevolezza. Premesso che anche tale requisito può essere valutato solo con un giudizio posteriore¹²², specificamente in base agli effetti nel tempo dei versamenti, e che dato comune è quello di ritenere che la durevolezza voglia significare un'apprezzabile stabilità nel tempo dell'effetto solutorio, il problema emergente è relativo alla determinazione dei casi in cui l'indicata stabilità possa essere ritenuta concretamente «apprezzabile». Inoltre, come si accennava in precedenza¹²³, non sono mancate opinioni che considerano in maniera unitaria il criterio indicato dalla norma, e che, in tale ambito, ritengono che la durevolezza costituisca il requisito «realmente rilevante»¹²⁴.

La «durevolezza» è quindi da mettere in relazione alla effettiva stabilità nel tempo dell'effetto solutorio, da valutare con riguardo alla frequenza delle movimentazioni del conto sino a individuare detto «periodo di stabilità». In altri termini, secondo questa interpretazione, dovrebbe essere considerata durevole quella riduzione avvenuta tramite versamenti non compensati da ulteriori successivi prelevamenti che facciano venir meno tale requisito, entro un dato termine, da individuare concretamente.

¹²⁰ In tal senso, cfr., Trib. Pordenone, 15 marzo 2015, cit., p. 10 della sentenza

¹²¹ Così G. CAVALLI, *Commento all'art. 67 comma 3, lett. b)*, cit., p. 969, il quale rileva come l'inefficacia di un atto lesivo della *par condicio* non possa dipendere dalla maggiore o minore entità della lesione, onde evitare un'irragionevole disparità di trattamento con conseguente trattamento di favore per il creditore banca.

Altri profili di illegittimità costituzionali sono segnalati da D. GALLETI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 178 e seg.; A. NIGRO, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente tra insipienza del legislatore e fantasia dei giudici*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2009, I, p. 103 segg.

¹²² M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare "bonsai" delle rimesse in conto corrente*, cit., p. 3301, che si sofferma sulla necessità di "indagare su ciò che è avvenuto sul conto dopo il versamento";

¹²³ V. la precedente nota 112

¹²⁴ In tal senso, Trib. Udine 24 ottobre 2012, cit., che afferma che «la formula consistente non esprime un diverso concetto rispetto al termine durevole, ma rappresenta una endiadi che vale a rinforzare quest'ultimo aspetto che è quello realmente rilevante (ed è rappresentato dall'alterazione del ritmo di movimentazione del conto rispetto ai parametri normali di utilizzo dello stesso) e "consistente" significa pertanto "non effimero" o che persiste stabilmente nel tempo, avendo consentito un rientro della banca se non definitivo comunque persistente e tale da poter essere qualificato come pagamento di un debito liquido e esigibile».

Il periodo rilevante ai fini della durevolezza dovrebbe coincidere con il lasso di tempo concretamente superiore alla media dei giorni senza prelevamenti nel periodo sospetto¹²⁵.

La stabilità o meno nel tempo (che quindi determinerebbe una riduzione «durevole» dell'esposizione debitoria verso la banca) dipende concretamente dalla frequenza delle movimentazioni del singolo conto. In tal modo, alcune decisioni di merito hanno individuato il requisito della durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria, in quelle rimesse che, dopo aver inciso effettivamente sul saldo non siano state seguite, in un certo periodo se non in modo definitivo, «da addebiti in grado di comprometterne la consistenza netta»¹²⁶. In tale quadro, il requisito della durevolezza (cioè la stabilità nel tempo riduzione dell'esposizione debitoria verso la banca) sarebbe sussistente con riferimento a quelle rimesse «la cui persistenza temporale nel conto superi la persistenza media»¹²⁷.

Infine in maniera condivisibile la giurisprudenza ha ritenuto che, nel caso di un conto anomalo (come ad esempio nella fattispecie di un conto «congelato» ovvero nel caso in cui la banca abbia imposto dei rientri o privato, «di fatto, il cliente della disponibilità di prelevare dal conto»), «tutte le rimesse oggetto di revocatoria siano in realtà durevoli»¹²⁸. E ciò è concretamente ravvisabile quando l'andamento del conto sia stato «costantemente teso al rientro [...] e nessuna altra operazione passiva» sia «stata consentita al cliente»¹²⁹.

8. L'accertamento che vi sia stata una consistente e durevole riduzione dell'esposizione debitoria verso la banca (come già indicato dall'art. 67, terzo comma, lett. b, l. fall. e, nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, dall'art. 166, *Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, comma 3), presupposto per la revocabilità delle rimesse (che può consentire di superare la generale esenzione prevista) non è comunque di per sé sufficiente a quantificare la somma da restituire, posto che essa è fissata da un'altra norma (in precedenza, dall'art. 70, comma 3, l. fall. e poi dall'art. 171, *Effetti della revocazione*, comma 3, del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), nella differenza tra l'ammontare

¹²⁵ Orbene tale lasso di tempo è stato individuato da un giudice in dieci giorni: cfr., Trib. Milano, 27 marzo 2008, cit., che ha individuato nel termine di dieci giorni il periodo che attesterebbe la durevolezza;

Contra, S. BONFATTI, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, cit., p. 17, il quale rileva che il requisito della durevolezza dovrebbe intendersi rapportato alla diminuzione dell'esposizione «sino alla chiusura del conto [...] o sino alla dichiarazione di fallimento». E aggiunge che «in questa prospettiva, certamente revocabili risulteranno le rimesse che hanno prodotto un "rientro programmato" – di norma rateale – da una determinata esposizione debitoria del correntista nei confronti della banca»

¹²⁶ Così Trib. Pordenone, 15 marzo 2015, cit., p. 11

¹²⁷ Trib. Pordenone, 15 marzo 2015, loc. cit. Tale decisione sulla base dei calcoli effettuati dal CTU, ha individuato concretamente la durata media di persistenza dividendo i giorni per il numero delle rimesse effettuate.

Al criterio della «durevolezza media» (intendendo la determinazione della durata media della riduzione in relazione al periodo di osservazione) fa riferimento Trib. Ferrara 11 luglio 2016, cit., che considera sussistente il criterio della durevolezza quando sia superata appunto la media del periodo

¹²⁸ Così, Trib. Reggio Emilia, 31 agosto 2017, n. 862, cit., p. 4;

¹²⁹ Trib. Reggio Emilia, 31 agosto 2017, n. 862, cit., p. 6

massimo raggiunto dalle pretese della banca nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza e l'ammontare residuo delle stesse alla data di apertura del concorso. Si pone così il problema del coordinamento tra le due norme riformate che si presenta, invero, non meno complesso.

Deve essere ricordato, al riguardo, come sia stata rilevata la difficile convivenza tra le due norme e, conseguentemente, siano state evidenziate notevoli difficoltà interpretative che avevano fatto emergere, nei primi commenti, non solo la tesi della prevalenza di una sull'altra¹³⁰ (in un ambito di relazione tra genere e specie), ma anche affermare l'inutilità della prima¹³¹. Si deve pure tenere presente che dal combinato disposto delle due norme si è tratto spunto per dedurre che sarebbero le rimesse in quanto tali (e non in quanto atti di pagamento) ad assumere giuridica rilevanza (pur nei limiti della consistenza e durezza della riduzione dell'esposizione debitoria) al fine della revocatoria fallimentare anche se poi, concretamente, vi sarebbe l'ulteriore e distinto limite della differenza tra massimo scoperto e saldo finale¹³².

Tutto ciò premesso, sembra di poter accogliere la tesi che scioglie i dubbi del coordinamento ritenendo che la prima disposizione si riferisca all'*an* della revocatoria, mentre la successiva stabilisca il *quantum*¹³³.

Anche la Cassazione si è pronunciata in tal senso sul problema del coordinamento tra le due norme. Infatti la Suprema Corte pur partendo dalla contestabile premessa¹³⁴ che «*la banca per sottrarsi all'obbligo di restituzione*», è «*onerata della prova che le rimesse non abbiano ridotto*

¹³⁰ V'è infatti chi (G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nelle vecchie revocatorie*, in *Fallimento* 2005, p. 841) ritiene che l'art. 67 prevarrebbe in quanto norma specifica dedicata alle rimesse in conto corrente. Va peraltro rilevato come la successiva modifica dell'art. 70 abbia fatto riferimento ai pagamenti estintivi di passività del conto corrente bancario, riportando anche detta norma alla specificità del conto corrente bancario.

¹³¹ A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina delle rimesse sul conto corrente bancario*, in *Fallimento*, 2005, p. 845.

Si è poi rilevato come il sistema andrebbe rivisto in quanto «di fatto il 3° comma dell'art. 67 lettera b) L.F. non serve praticamente a nulla, e ben potrebbe essere eliminato...» e costringe gli operatori (avvocati che predispongono la citazione sulla base dei calcoli delle rimesse revocabili ex art. 67 e art. 70; il giudice che «deve chiedere al CTU di fare i doppi conteggi, per poi buttare tutto...») ad un lavoro in parte inutile, così G. REBECCA, *La pasticciata revocatoria delle rimesse bancarie. Come migliorare le norme*, in www.unijuris.it/sites/default/altrifiles/La%20pasticciata%20revocatoria.pdf, p. 2; Id., *Una provocazione sulla revocabilità delle rimesse bancarie*, in <http://www.studiorebecca.it/2015/una-provocazione-sulla-revocabilita-delle-rimesse-bancarie.html>, che inoltre afferma: «Ma in effetti i legali si trovano nelle necessità di predisporre la citazione per revocatoria fallimentare facendo i conti, dettagliati, delle rimesse revocabili ex art. 67 ed anche ex art. 70 l.f.; il giudice, a sua volta chiederà al CTU di fare i doppi conteggi, magari con più varianti, per poi gettare via il tutto. E' evidente che qualcosa non va. Ma ci si domanda: che senso ha una norma del tutto inutile?»

¹³² Trib. Bologna 4 agosto 2011, cit.

¹³³ L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 37; M. ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l.f.*, in *Fallimento*, 2006, p. 853 e segg.; conf. A. PATTI, *L'esenzione da revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2006, p. 238

¹³⁴ Si è avuto modo di osservare in precedenza, infatti, che tale aspetto non sembra condivisibile alla luce del decisivo rilievo che la regola introdotta stabilisce l'esenzione dalla revocabilità delle rimesse con un'eccezione: da ciò discende che la prova incombe su chi vuol far valere l'eccezione (avendo l'onere di dimostrare i presupposti della stessa) e non già sulla controparte (nei cui confronti è, invece, stabilita l'esenzione)

in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria» ha poi ritenuto che l'applicazione delle due norme debba avvenire nel senso che «*in difetto di tale prova, ovvero nel caso risulti il contrario, la revoca viene disposta limitando l'obbligo di restituzione secondo il criterio del massimo scoperto previsto dalla L. Fall., art. 70, che, compreso tra gli effetti della revocazione, di cui fissa il limite, opera quindi in funzione di norma di chiusura, eliminando, in un'ottica unitaria, dal panorama giurisprudenziale definitivamente la revocabilità delle singole rimesse»*¹³⁵.

È condivisibile ritenere che la norma che definisce gli effetti della revocatoria e ne fissa i limiti nella differenza tra massimo scoperto e saldo finale, costituisca un criterio di determinazione dell'entità concreta delle somme oggetto dell'eventuale revocatoria delle rimesse, e che la revocatoria sia comunque subordinata all'esito positivo della prova della riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria. Va tuttavia ribadito che non è la banca convenuta a dover fornire tale prova (in negativo) bensì è la curatela a dover dimostrare l'avvenuta consistente e durevole riduzione del debito. Fornita tale prova, spetterà invece alla banca eccepire, tempestivamente, che non può essere oltrepassato il limite (cioè il *quantum*) fissato dalla seconda disposizione normativa.

9. Se pur non appaiono dubbi che il legislatore della mini-riforma del 2005 avesse inteso accogliere in qualche modo il pressante appello del mondo bancario¹³⁶ per una sensibile limitazione della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario onde realizzare un risultato favorevole per le banche¹³⁷, sembra tuttavia che, sulla base del diritto positivo che ne è scaturito, e che risulta confermato dalle norme del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, possano ricavarsi conclusioni articolate. Innanzitutto, al fine dell'individuazione della revocabilità delle rimesse effettuate, si evince il superamento della necessità di distinzione tra conto affidato e conto non affidato (o eventuale accertato sconfinamento) e che tale distinzione non sia dunque determinante, nella fattispecie concreta, al fine di escludere *a priori* la possibilità di revocatoria. E, come

¹³⁵Cass., 7 ottobre 2010, n. 20834, cit.

¹³⁶Si è già ricordato (v. nota 3) che la soluzione in favore di un'esenzione per le banche dalla revocatoria delle rimesse in conto corrente era stata invocata dall'Abi (cfr., al riguardo il documento *Posizione comune sulla riforma del diritto fallimentare*, Ottobre 2002, in http://www.abi.it/DOC_Info/Audizioni-parlamentari/tmp1038914679732_11Audizione_diritto_societario.pdf). Al punto 3.3. si legge: «*Esenzione dalla revocatoria: deve essere esclusa l'esperibilità dell'azione per quegli atti coerenti con la gestione ordinaria dell'impresa, fra i quali ad esempio debbono essere ricomprese le rimesse affluite su un conto corrente che abbia mantenuto la elasticità che gli è propria, le operazioni "mano contro mano" (in cui il versamento della somma è contestuale al trasferimento a terzi della medesima) e le operazioni bilanciate (nelle quali la rimessa presenta, già all'atto del deposito, una specifica destinazione a favore di terzi)*».

¹³⁷Come si riconosce in dottrina e giurisprudenza: ad un giudice di merito (Trib. di Milano 25 maggio 2009, cit.) che giunge ad affermare che lo spirito della riforma fallimentare risulta essere «già grandemente a vantaggio del ceto bancario», fa eco in dottrina chi, dopo aver rilevato che «il legislatore, con una sorta di "effetto sorpresa", ha introdotto una vera e propria esenzione per le banche» conclude che «forse, neppure il ceto bancario, che tanto ha spinto per una riforma della revocatoria fallimentare, ambiva ad un così benevolo intervento» (così, M. LACATENA, *La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario* in www.dirittoefinanza.it, p. 10).

in precedenza si è osservato, la non necessarietà della distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie potrebbe anche, al limite, provocare effetti non certo limitativi.

Il secondo dato rilevabile è che occorre una valutazione delle rimesse nel loro complesso al fine di accertare le conseguenze sul rapporto debitorio impresa/banca¹³⁸, non essendo rilevanti le rimesse singolarmente considerate.

In definitiva, nonostante in questi anni la normativa emanata in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie in conto corrente abbia determinato nell'applicazione interpretativa, come si è visto, alcune incertezze e contraddizioni, pare tuttavia di poter affermare che una logica interessante e innovativa possa essere comunque estrapolata da tale impianto normativo. Infatti, ciò che emerge nel pur variegato e complesso quadro connotato dalle richiamate criticità, è il tentativo di una valutazione generale non solo e non tanto dell'andamento del conto corrente bancario dell'impresa nel periodo più critico prima dell'epilogo infausto, ma di tutti i rapporti intrattenuti con la banca che poi si riverberano anche nella gestione del conto corrente: e cioè verificare se questi rapporti abbiano avuto un corso regolare ovvero se la banca, dall'alto della collocazione in un «osservatorio privilegiato» e forte del proprio potere contrattuale, utilizzando modalità operative rinvenienti da prassi consolidate nel tempo (ma talora di dubbia legittimità), abbia potuto trarre dei vantaggi dalla situazione di crisi dell'impresa con pregiudizio degli altri creditori.

Sarebbe dunque questo il significato logico-giuridico da attribuire alla stessa scelta di fondo costituita dal singolare binomio esenzione-eccezione, che in altri termini prevede sì un'esenzione (generale) dalla revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario, ma con un'eventuale eccezione proprio nel caso in cui sia avvenuta una consistente e durevole riduzione dell'esposizione del debitore verso la banca. Si allude, in altri termini, alla sussistenza di una fattispecie in cui risulti accertato (mediante la prova della presenza di un pregiudizio arrecato alla massa) che la banca abbia comunque tratto vantaggi dalla gestione dello specifico rapporto contrattuale intrattenuto con l'impresa.

¹³⁸Trib. Piacenza, 23 dicembre 2014, in www.altalex.com, che sostiene che: «la valutazione [...] deve necessariamente essere tendenziale, cioè rapportata all'andamento del conto nel periodo di osservazione, peraltro molto contenuto, di soli sei mesi, secondo un criterio *non circoscritto all'esame delle singole rimesse, ma al loro andamento complessivo*, tenuto anche conto dell'importo medio di esse rapportato, ad esempio all'importo medio dell'esposizione debitoria del correntista»