

## BREVI CONSIDERAZIONI SULLA NUOVA AZIONE REVOCATORIA DELLE RIMESSE BANCARIE

SOMMARIO: 1. Le questioni di costituzionalità - 2. I nuovi artt. 67 e 70: premesse ed obiettivi principali - 3. Gli emendamenti all'art. 67 ed il rapporto con l'art. 70 - 4. La soluzione prescelta dal legislatore e gli obiettivi della riforma - 5. La regola e l'eccezione introdotte dall'art. 67: esecuzione delle revocatorie e la riduzione durevole e consistente - 6. Le rimesse bilanciate - 7. L'art. 70 e il massimo scoperto: prospettive ermeneutiche.

1. – Con il D. Lgv. n. 169 del 12/9/2007 dovrebbe essersi definitivamente concluso il travagliato cammino della riforma sulla legge fallimentare, la cui attuazione, effettuata con una tecnica legislativa insolita<sup>1</sup>, è stata oggetto di numerose critiche, laddove sono stati pure avanzati sospetti di illegittimità costituzionale, non solo formale ma anche sostanziale, che potrebbero comportare possibili, e da molti auspicati, interventi della Corte Costituzionale con conseguenti, inevitabili ripercussioni sul vigente testo normativo.

A tal proposito, le notevoli perplessità espresse da molti studiosi, riguardano sia il primo provvedimento legislativo sulla riforma

---

<sup>1</sup> Cfr. E. Sabatelli, *La revocatoria degli atti <<anormali>> nella riforma del diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 989 ss., nonché M. Arato, *Fallimento: Le nuove norme introdotte con la L. 80/2005*, in *Dir. fall.*, 2006, 157, che ritiene gravi i difetti di coordinamento tra le nuove norme e non usuale ma “francamente criticabile” il sistema di introduzione delle stesse nel nostro ordinamento.

(art. 2 del D. L. n. 35 del 14/3/2005<sup>2</sup> - convertito nella L. 80/2005 - cosiddetto decreto competitività), con il quale si è provveduto a riscrivere le regole del concordato preventivo, a modificare la disciplina dell'azione revocatoria e ad introdurre l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti regolato dall'art. 182 bis, sia l'ultimo provvedimento, allo stato conclusivo, della riforma (D. Lgv. n. 169 del 12/9/2007, cosiddetto decreto correttivo), con il quale è stato tra l'altro modificato anche l'art. 70 L.F. in seguito alle critiche ed alle pressioni, provenienti soprattutto del sistema bancario, cui era stato sottoposto il D. Lgv. n. 5 del 9/1/2006, con il quale il Governo ha proceduto alla riforma organica delle procedure concorsuali sulla base della delega contenuta nella L. 80/2005.

Per quanto riguarda l'art. 2 del D.L. 35/2005 è stato, infatti, rilevato<sup>3</sup> che l'utilizzazione del meccanismo della decretazione d'urgenza, per introdurre nuove norme nel nostro ordinamento, sarebbe stato in evidente contrasto con l'art. 77, 2° comma della

---

<sup>2</sup> Il D.L. 35/2005 non ha un contenuto omogeneo in quanto ricomprende, tra le altre, pure norme che riguardano il rafforzamento doganale, il processo civile, le libere professioni, la semplificazione amministrativa, la previdenza complementare, gli ammortizzatori sociali, la ricerca, lo sviluppo infrastrutturale, ecc....

<sup>3</sup> Cfr. F. Santangeli, *Decretazione d'urgenza e norme processuali in materia fallimentare: considerazioni a margine di una recente pronuncia della Corte Costituzionale*, in *Fallimento*, 2008, 11 ss., ove vengono proposte puntuali considerazioni sulla costituzionalità delle nuove norme sulla revocatoria e sul concordato preventivo introdotte dall'art. 2 del D.L. n. 35/2005 convertito nella L. m. 80/2005; cfr. pure M. Arato, *op. cit.*, che ritiene una criticabile applicazione del requisito dell'urgenza previsto dall'art. 77 Cost. l'introduzione di alcune norme di riforma della legge fallimentare con decreto legge.

Costituzione che limita, appunto, la possibilità per il Governo di adottare provvedimenti provvisori, aventi forza di legge, soltanto in casi straordinari di necessità ed urgenza, la cui presenza non è stata ravvisata, invece, in questa particolare materia.

Tale aspetto ha assunto attualmente una maggior rilevanza alla luce di una recente decisione della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 171 del 23/5/2007<sup>4</sup>, ha affermato come l'approvazione della legge di conversione non sani il vizio del decreto legge, relativo al difetto dei requisiti di necessità ed urgenza, traducendosi tale difetto in un vizio in procedendo della stessa legge di conversione sindacabile, e perciò sanzionabile, con una pronuncia di incostituzionalità della medesima legge di conversione<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Per un attento esame e commento della sentenza cfr. P. Carnevale, *Il vizio di <<evidente mancanza>> dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. Romboli, *Una sentenza <<storica>>: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza*, ibidem; D. Trabucco, *Elasticità del decreto legge e suoi confini*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>5</sup> Ad avviso della Consulta, affermare che i vizi di un decreto legge vengano sanati dalla legge di conversione, significherebbe concedere al legislatore ordinario il “potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”.

La Corte Costituzionale non manca pure di evidenziare a tal proposito, ed a sostegno della propria decisione, che l'immediata efficacia del decreto legge condiziona certamente l'attività parlamentare, in sede di conversione, proprio perché tale effetto produce mutamenti, talvolta irreversibili, della realtà di fatto e giuridica, e che una diversa opinione (ritenere cioè che la legge di conversione sani in ogni caso i vizi del decreto legge derivanti dalla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza) comporterebbe il rischio di attribuire al Governo una funzione legislativa che potrebbe risultare non controllabile nella sua concreta esplicazione (cfr. F. Santangeli, *op.cit.*, sulla possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della legge di conversione per quei vizi, propri del decreto legge, consistenti nel difetto dei requisiti previsti nell'art. 77, 2° co. Cost.).

Anche il decreto correttivo 169 del 16/9/2007 non si sottrae, per molti commentatori<sup>6</sup>, a dubbi di costituzionalità, sotto il profilo dell'eccesso di delega e della ragionevolezza.

Tale decreto, infatti, è stato emanato dal Governo (che in tale circostanza potremmo definire ri-delegato) in virtù di un meccanismo artificioso<sup>7</sup>, consistente nella proroga della delega, già ricevuta con l'art. 1 della L. 80/2005, attuata mediante l'inserimento di un nuovo comma – il 5 bis – in detto art. 1; inserimento intervenuto con il D.L. 173 del 12/5/2005 – convertito nella L. 228 del 12/7/2006 - recante appunto la proroga dei termini per l'emanazione di atti di natura regolamentare e ulteriori proroghe per l'esercizio di deleghe legislative.

E' stato però osservato, in proposito<sup>8</sup>, che la semplice proroga di una delega (peraltro già di per sé discutibile) non può certo legittimarne l'ampliamento, così come si è verificato con l'emanazione del cosiddetto decreto correttivo, che ha riformulato sia la disciplina del concordato preventivo, sia l'art. 70 L.F.,

---

<sup>6</sup> Cfr. G. Lo Cascio, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fallimento* 2007, 865; M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.* 2007, part. 233; P. Menti, *La revoca delle rimesse bancarie dopo il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Fallimento* 2007, 127 ss.; contra T. Pavia 19.4.2006, in *Fallimento* 2007, 890; T. Milano 30.4.2007, *ivi*, 2007, 1484, secondo le quali non sarebbe ravvisabile alcun vizio di legittimità costituzionale, né sotto il profilo della ragionevolezza, rispondendo alla prioritaria esigenza di certezza dei rapporti giuridici preteriti, né sotto il profilo di uguaglianza, trattandosi di scelta legislativa incidente in modo identico su tutti i rapporti successivi alla riforma (cfr. pure Cass., Sez. I, n. 5346/2007, in *Fallimento*, 2007, 968).

<sup>7</sup> Cfr. M. Arato *op. cit.*

<sup>8</sup> Cfr. P. Menti, *op. cit.*

ignorato dalla delega originaria, introducendo espressamente, nella sua precedente formulazione, la previsione delle posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancari.

Il rischio che sulla riforma fallimentare possa intervenire la Corte Costituzionale non è però solo formale. Si ritiene<sup>9</sup>, infatti, che vi siano profili di incostituzionalità sostanziale, per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, in quanto non appare ragionevole la disparità di trattamento tra pagamenti ricevuti dalle banche (revocabili solo se essi riducono, in maniera durevole e consistente, l'esposizione debitoria del fallito) e pagamenti ricevuti da altri soggetti (revocabili a prescindere dall'entità). Questo particolare aspetto sembra che si possa individuare nel nuovo art. 67 L.F. che ha introdotto, per le banche, l'esenzione dalla revocatoria degli atti solutori non consistenti e durevoli, comportando, in tal modo, una sorta di "franchigia" non riconosciuta per gli altri creditori<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> S. Ambrosini, *Cenni sulla nuova disciplina della revocatoria (con particolare riferimento alle operazioni bancarie)*, relazione al Convegno "La soluzione delle crisi d'impresa: ruoli e protagonisti alla luce della riforma" Milano, 06 maggio 2006; G. Ribecca, *La nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente profili tecnico-contabili*, in *Dir. fall.* 2006, I, 1213.

<sup>10</sup> Va comunque segnalata, in merito ai su rilevati profili di incostituzionalità, nonché a quelli, pur ventilati, relativi al possibile contrasto con gli artt. 3, 24 e 41 Cost. (in considerazione del fatto che la nuova normativa si applica solo ai giudizi derivati da procedure fallimentari aperte dopo il 17 marzo 2005) la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 5962 del 05 marzo 2008 secondo cui: "*L'affermazione che il legislatore abbia disciplinato situazioni analoghe in modo non uniforme, perché possa giovare a sostenere il sospetto di incostituzionalità, suppone che sia riferita a situazioni identiche anche ratione temporis, identità che non va però considerata sotto il profilo della contemporaneità degli atti revocandi, ma va integrata dalla loro inerenza alle procedure di insolvenza, essendone elemento costitutivo la insolvenza*".

2. – Prescindendo dai su accennati profili di possibile illegittimità costituzionale della riforma, senz'altro di rilievo, va subito detto che uno degli aspetti focali e maggiormente controversi della medesima è senza dubbio rappresentato dalla nuova disciplina dell'azione revocatoria fallimentare e, in particolare, di quella concernente le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, delle quali il legislatore finalmente si occupa esplicitamente nei nuovi artt. 67 e 70 L.F., così dando adeguata risposta alle pressanti istanze, provenienti da più parti, e non solo dal mondo bancario, di fornire una adeguata regolamentazione dei suoi presupposti, anche in considerazione dei consolidati risultati

---

*in quel modo databile; sicchè l'analogia viene meno ove, pur trovando la medesima collocazione temporale, alcuni atti siano stati compiuti da un'impresa dichiarata insolvente, in base a regole di diritto vigenti all'atto della dichiarazione, e altri invece provengano da imprese la cui dichiarazione di fallimento sia regolata da una normativa successiva, per essere intervenuta nel vigore di essa. In tal caso la diversità della disciplina trova fondamento nella successione delle leggi e nel principio di irretroattività della nuova norma (articolo 11 disp.gen.) e la diversità della fattispecie – che non è costituita soltanto dall'atto di cui si chiedi la inefficacia, ma anche dal procedimento con il quale si collega – esclude qualunque dubbio sulla disparità di trattamento e sull'applicabilità dell'articolo 3 Cost. e ancor più delle altre disposizioni richiamate (24 e 29 Cost.), in ordine alle quali manca, peraltro, del tutto la esplicitazione delle ragioni di illegittimità costituzionale. Non va infine sottaciuta la finalità della riforma dell'azione revocatoria fallimentare, volta a sollecitare nuove intraprese nell'economia. Il Decreto Legge n. 35 del 2005 è conosciuto come "provvedimento sulla competitività", frenata dal timore della insolvenza, concepito per il futuro anche immediato e volto ad assicurare una migliore tutela agli interlocutori di chi si fosse proposto di avviare nuove iniziative e di garantire, in tal modo, a quest'ultimo una rinnovata fiducia nel mercato, una volta rimosse le preoccupazioni in particolare del mondo bancario, per la irrecuperabilità delle risorse finanziarie concesse ovvero per la obbligatorietà di restituirle, una volta recuperate nel periodo sospetto; al punto da rendere addirittura ingiustificata l'applicazione alle "vecchie" insolvenze. Né può il sospetto di incostituzionalità essere riguardato sotto il profilo dell'articolo 77 cpv. Cost., poiché il presupposto della necessità e dell'urgenza trova conferma proprio nella esigenza, divenuta ineludibile e così apprezzata dalla discrezionalità del legislatore, di sollecitare nuove intraprese economiche valide allo sviluppo dell'economia, e non ha trovato ragione di essere riguardata in passato, non avendo le vicende pregresse, culminate nella insolvenza dichiarata, alcun interesse ad essere regolate secondo la logica della promozione della "competitività".*

interpretativi conseguiti in materia dalla giurisprudenza degli ultimi 25 anni<sup>11</sup>.

E' ben noto, d'altronde, che uno degli obiettivi principali della riforma sia stato proprio quello di attenuare, con particolare urgenza, il rigore del sistema revocatorio, disciplinato dalla legge del '42, mediante la decisione di anticiparne l'introduzione per decreto legge.

Molti fattori spingevano infatti in tale direzione. Innanzitutto la pressione delle banche, che si consideravano vittime designate di una vera e propria aggressione da parte delle curatele; in secondo luogo l'esigenza di allineare la nostra normativa alle soluzioni accolte nella maggior parte degli altri ordinamenti comunitari, al

---

<sup>11</sup> L'orientamento su cui da oltre un ventennio la giurisprudenza si era consolidata, concernente la netta distinzione tra rimesse affluenti su conto "passivo", da qualificarsi come atti ripristinatori della provvista e perciò non revocabili in linea di massima, e rimesse affluenti su conto "scoperto", da valutarsi perciò come atti solutori e quindi revocabili ai sensi dell'art. 67, 2° co., l. fall. (vecchia disciplina), è stato inaugurato da Cass., Sez. I, 18 ottobre 1982, n. 5414, in Foro it., 1982, I, 2779 e 1983, I, 70, con nota di A. Nigro, e da ultimo confermato con Cass., Sez. I, 23 novembre 2005, n. 24588, in Fallimento 2006, 967, e Cass., Sez. I, 6 novembre 2007, n. 23107. Tale soluzione è stata frutto di un "onorevole compromesso" (l'espressione è di F. Bonelli, in *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: la giurisprudenza della cassazione a partire dal 1982*, in Giurisprudenza Commerciale, 1987, I, 217) e come tale non in grado di comporre definitivamente la diatriba tra Curatori e Banche che caratterizza questa materia. Prova ne sia che a ben 25 anni di distanza ci si è comunque interrogati ancora sulla possibilità di estendere l'ambito di operatività della revocatoria a quelle rimesse che, pur confluendo in un conto corrente affidato e mantenendosi nei limiti della linea di credito stessa, risultino, con valutazione ex post, dirette a ridurre l'esposizione debitoria del correntista nei confronti della Banca (principio di cui si trova affermazione in Cass. 28/5/1998 n. 5269, in Fallimento 1999, 386, secondo cui le rimesse possono avere natura solutoria anche se affluiscono in un conto "passivo", nonché in Cass., Sez. I, 6 novembre 2007, n. 23107, la quale però esclude che tale valutazione possa operarsi ex post, e non invece con riferimento al momento della effettuazione dei singoli versamenti, a meno che risulti provata, dopo l'esecuzione delle rimesse, la chiusura anticipata del conto o il blocco dello stesso con condotte negoziali sintomatiche come ad esempio il rifiuto di consegnare i blocchetti assegni).

fine di impedire che un regime revocatorio troppo rigido, capace di compromettere ogni certezza, in merito alla stabilità degli acquisti e dei pagamenti, si trasformasse in una vera e propria penalizzazione sul piano della concorrenza<sup>12</sup>; infine, ma non da ultimo in ordine di importanza, la speranza di eliminare un insormontabile ostacolo alle operazioni di consolidamento finanziario e di ristrutturazione aziendale.

E' invero a tutti noto che la riconducibilità alla categoria dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili di ciascuna rimessa di carattere solutorio, transitata sui conti correnti del fallendo imprenditore, aveva determinato l'erompente utilizzo dello strumento revocatorio da parte delle curatele e conduceva spesso, ed anzitempo, alla rottura cautelativa del delicato rapporto intercorrente tra banca ed imprenditore in crisi<sup>13</sup>.

L'insoddisfacente adattabilità della revocatoria fallimentare alla connotazione, sempre più dinamica, del patrimonio dell'impresa<sup>14</sup> rappresentava anzi, insieme all'insufficienza ed alla rigidità degli

---

<sup>12</sup> Cfr. Arato, *op. cit.*, 178, secondo cui la consolidata applicazione della revocatoria fallimentare è stata considerata un freno alla competitività del nostro sistema industriale e finanziario rispetto ad altri ordinamenti a tal punto da fare assestare alla stessa, da parte del nuovo legislatore, "un colpo quasi mortale".

<sup>13</sup> L. Stanghellini, *La struttura economica della revocatoria delle rimesse bancarie*, in *La revocatoria delle rimesse bancarie* a cura di L. Predieri, Torino, 1999, 74 s.s.

<sup>14</sup> F. Corsi, *L'azione revocatoria dalla natura indennitaria alla tipologia dei pagamenti*, in *Fallimento 2004*, 1181 ss.



strumenti di prevenzione, uno dei principali ostacoli alla nuova strategia concorsuale, orientata alla tutela degli interessi dei creditori, attraverso la salvaguardia del valore oggettivo dell'impresa<sup>15</sup>.

3. – Mediante gli emendamenti effettuati all'art. 67 L.F. (D. L. 35/2005 conv. L. 80/2005), che hanno preceduto il varo della riforma complessiva sulle procedure concorsuali, provocando un notevole ridimensionamento dell'ambito di applicazione dell'istituto della revocatoria e, in particolare, della sua utilizzabilità rispetto alle rimesse bancarie, destinatarie dell'esenzione introdotta con il terzo comma lett. b), in base al quale non sono assoggettabili all'azione revocatoria quelle che "... non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca", si è voluto adeguare il dettato normativo alle nuove esigenze di un mercato profondamente trasformato.

Sembra evidente, da tale disposizione, che i confini dell'esenzione non sono tali da escludere in ogni caso l'utilizzabilità di siffatto strumento ripristinatorio. Tuttavia, la semestralizzazione del

---

<sup>15</sup> Cfr. M. Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, 612, che sottolinea una concezione dell'azione revocatoria sempre più condizionata da esigenze ulteriori rispetto alla realizzazione della *par condicio creditorum* rilevando che il legislatore della riforma, nel delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi di tutela dei creditori e di tutela del credito ha scelto quest'ultimo così dando adeguata risposta alla diffusa istanza di certezza dei rapporti giuridici tanto importante in una economia di mercato globalizzato.

periodo sospetto, aggravata dalla sua decorrenza a ritroso dalla data del fallimento (altra modifica introdotta che comporterà per i giudici l'esigenza di accelerare al massimo l'istruttoria), la non agevole esegesi dell'esenzione<sup>16</sup> ed il controverso rapporto con il nuovo successivo art. 70 terzo comma, nonché alcune prime letture del nuovo assetto normativo, hanno sinora rappresentato le concause di un ingiustificato e preoccupante crollo delle iniziative delle curatele, tendenti al recupero alla massa attiva dei fallimenti delle somme derivanti dai rientri operati attraverso i conti correnti del fallito<sup>17</sup>.

Da una ricerca svolta dalla Assonime<sup>18</sup>, pubblicata nel settembre 2007, risulta infatti che le azioni revocatorie sarebbero drasticamente diminuite presso la quasi totalità dei tribunali (- 100% Bari, - 99% Milano, - 90% Roma, - 80% Firenze e così via).

---

<sup>16</sup> Cfr. S. Bonfatti, *La disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario nella nuova legge fallimentare*, in S. Bonfatti, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, 123; A. Silvestrini, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Fallimento*, 2005, 847; A. Castiello D'Antonio, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente e degli atti estintivi dei rapporti continuativi e reiterati*, in *Diritto fall.*, 2006, 639; nonché, per maggiori riferimenti, G. Cavalli, *Art. 67, 3° comma lett.b*, in A. Jorio-M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, 970.

<sup>17</sup> Cfr. al riguardo Nisivoccia, *La revocatoria non ha più tempo. Il dimezzamento del periodo sospetto paralizza l'azione. Decisive anche le novità sulle rimesse bancarie* in *Il Sole24ore*, 22 sett. 2007, 29. Non è però da escludere che la responsabilità della drastica riduzione delle azioni revocatorie possa ascriversi anche ai curatori fallimentari come ipotizza M. Fabiani *op. cit.* sull'immotivata tendenza all'abbandono della revocatoria fallimentare da parte dei curatori cfr. pure N. Abriani-L. Quagliotti, *An e quantum della novissima revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, 377.

<sup>18</sup> Cfr. Osservatorio della riforma delle procedure concorsuali. Il primo anno di riforma. Rapporto di sintesi Roma 2007.

Si tratta di una situazione certamente non auspicata né immaginata dal legislatore, quanto meno perché il rischio di estinzione, gravante sulla revocatoria delle rimesse bancarie, può fortemente ridurre l'interesse delle banche verso gli innovativi strumenti di prevenzione della crisi dell'impresa introdotti dalla riforma, che hanno proprio nella partecipazione delle banche il loro punto di maggior forza<sup>19</sup>.

4. - Non si può negare, comunque, che la problematica, concernente le rimesse, presenta alcune peculiarità delle quali occorre tenere conto, per interpretare in maniera corretta il nuovo dato normativo<sup>20</sup>.

Si deve considerare, infatti, che il legislatore s'è trovato di fronte ad una duplice esigenza: per un verso, ha dovuto chiarire, una volta per tutte, che le rimesse non sono pagamenti e che non possono essere revocate, a prescindere dal fatto che vengano ad incidere su un conto corrente passivo o su un conto corrente scoperto<sup>21</sup>;

---

<sup>19</sup> Cfr. F. Monelli *op.cit.* e, più diffusamente, N. Ariani-L. Quagliotti *op. cit.*, 377, nonché P. Menti, *La revoca dei pagamenti nelle'sercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria* delle Sezioni Unite, in *Fallimento*, 2007, 1284.

<sup>20</sup> M. Arato, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel <<nuovo>> art. 67 l. fall.* in *Fallimento* 2006, 853, e, per una più approfondita analisi delle differenti interpretazioni sulla riforma, M. Arato "Le nuove norme introdotte con la legge 80/2005, in *Dir. fall.* 2006, I, 156; G. Lo Cascio, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano 2007.

<sup>21</sup> Cfr. M. Arato *op. cit.*, S. Bonfatti *op. cit.*, A. Castiello D'Antonio *op. cit.*, secondo i quali la rimessa, in quanto accredito di una posta sul conto corrente, è movimento di per se neutro e, talvolta, addirittura una mera partita contabile, mentre l'azione revocatoria attinge atti o pagamenti, ossia disposizioni patrimoniali affettive.

per altro verso, però, è sembrato altrettanto doveroso impedire che le banche possano approfittare della predetta immunità, per imporre ai clienti dei rientri dalla loro esposizione debitoria, o per estinguere dei veri e propri rapporti creditizi, facendo passare i relativi pagamenti attraverso il meccanismo del conto corrente.

Il problema era stato risolto dalla Commissione «*Trevisanato*» collegando l'esenzione dalla revocatoria al concetto di «*regolare movimentazione del conto*», così superando la consolidata distinzione tra rimesse affluite su conti correnti *passivi* e rimesse effettuate su conti correnti *scoperti*, giacché l'accento della disciplina non cadeva più sugli effetti prodotti dal singolo versamento (di pura e semplice estinzione del debito, o di contestuale reintegrazione del credito disponibile, e cioè sulla distinzione tra rimesse solutorie – le prime – e ripristinatorie – le seconde), ma si spostava sulla complessiva regolarità dei flussi monetari in entrata ed in uscita dal conto, e perciò sul continuo susseguirsi d'accrediti e d'addebiti, a prescindere dalla circostanza che l'entità delle poste passive avesse superato, in qualche caso, il limite del fido formalmente accordato dalla banca al proprio cliente. Del resto, tale soluzione aveva un innegabile fondamento logico perché, se il conto viene movimentato con regolarità, finisce con

l'autoalimentarsi (dato che le entrate si compensano con le uscite) e, quindi, finisce con l'espletare una funzione che non è più di carattere prevalentemente finanziario, bensì di semplice supporto ad un «*servizio di cassa*».

La soluzione che, alla fine, è stata scelta dal legislatore della riforma si pone appunto nel solco tracciato dal progetto «*Trevisanato*», con l'aggiunta di due ulteriori obiettivi:

a) quello di eliminare ogni dubbio sul fatto che la «*regolarità*» della movimentazione del conto va cercata nell'uniformità e nella costanza dei flussi monetari che l'attraversano, mentre non ha nulla a che vedere con l'esistenza d'eventuali scoperture (le nuove disposizioni muovono, infatti, dal presupposto che l'esistenza di conti scoperti non incide sulla disciplina privatistica dei rapporti instaurati dalla banca con la clientela);

b) e quello di chiarire che le rimesse restano soggette a revocatoria, non solo quando il conto è «*sostanzialmente*» immobilizzato (sebbene sul piano formale risulti ancora aperto), ma anche quando la banca impone al correntista un rientro, chiedendogli di ridurre l'utilizzazione del fido, sia pure in maniera graduale e senza bloccare il funzionamento del rapporto.

Sul primo punto, l'impostazione seguita dalla riforma è molto diversa da quella accolta dalla giurisprudenza a partire dalla nota sentenza della Suprema Corte, n. 2745 del 1982.

Con quella pronuncia la Cassazione aveva riconosciuto infatti che le rimesse, in alcuni casi, possono essere esentate dalla revoca, sebbene abbiano prodotto un effetto estintivo sull'esposizione debitoria del correntista nei confronti della banca; com'è noto, però, il Supremo Collegio aveva collegato tale immunità alla distinzione tra rimesse effettuate su un conto corrente passivo e rimesse affluite su un conto corrente scoperto<sup>22</sup>.

In un primo tempo, la soluzione era sembrata un «*onorevole compromesso*»<sup>23</sup> tra le tesi rigoriste (secondo le quali si sarebbero dovuti revocare tutti i versamenti effettuati su conti correnti passivi, in quanto avrebbero prodotto un effetto estintivo sull'esposizione del correntista nei confronti della banca) e quelle che, attribuendo alle rimesse la funzione di commutare moneta legale in moneta scritturale, ne sostenevano l'irrevocabilità per assenza di danno.

Ben presto ci si doveva accorgere, tuttavia - ed era agevole prevederlo - che il «*compromesso*», in pratica, non funzionava,

---

<sup>22</sup> Cfr. G. Terranova, *Conti correnti bancari e revocatoria fallimentare*, Milano 1982, nonché la nota 11 per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>23</sup> Cfr. F. Bonelli, *op.cit.*

perché non riusciva a tenere indenne il sistema bancario da una sommatoria di azioni revocatorie, che superavano di gran lunga l'entità dei fidi accordati dalle aziende di credito ai propri clienti.

Né è a dirsi<sup>24</sup> che le banche, se avessero voluto, avrebbero potuto sottrarsi alle azioni revocatorie, proprio per effetto della suddetta decisione della Cassazione, stipulando con i propri clienti contratti di apertura di credito formalmente validi, ogni qual volta si fosse verificata una eccedenza rispetto al fido precedentemente concesso.

Tale “espediente” infatti non era praticabile non solo perché le banche preferiscono tenere sotto pressione i clienti in difficoltà e lucrare laute commissioni sul massimo scoperto, ma soprattutto perché una serie d'eventi (il ritorno d'effetti insoluti, l'addebito d'interessi, l'immediata disponibilità - informalmente concessa al cliente - del netto ricavo da anticipazioni su titoli ceduti per l'incasso o su mandati a riscuotere, e così via dicendo) finivano col creare dei temporanei, ma reiterati, debordi dal fido accordato, con l'effetto di provocare una serie di sconfinamenti, dei quali la banca spesso non era neppure consapevole, giacché emergevano solo in sede fallimentare, allorquando il conto veniva «*rivisitato*» dai tecnici della

---

<sup>24</sup> Cfr. A. Nigro, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in Dir. banc, merc. Finanz. 2005, 341 ss.

curatela, sulla base, peraltro, di un diverso sistema di calcolo, che dava rilievo — secondo quanto insegnato dalla Suprema Corte — ai saldi disponibili, invece che ai puri e semplici saldi contabili giornalieri.

Tutto ciò aveva creato una situazione insostenibile, che ha sicuramente influito sull'intervento normativo, volto a valorizzare - come s'è detto — la regolarità dei flussi e la funzione economica delle operazioni registrate sul conto, anziché gli effetti prodotti dal singolo versamento.

Del resto, la distinzione tra rimesse affluite su conti correnti passivi e quelle effettuate su conti correnti scoperti, poggiava su basi teoriche assai fragili, sia perché la funzione dell'atto - dalla quale dipende la sua qualificazione tipologica ed il conseguente giudizio sulla soggezione alla revocatoria — non ha nulla a che vedere con le condizioni nelle quali si trova casualmente il conto, sia pure perché la predetta distinzione finiva col dare rilievo a dati di natura esclusivamente contabile, che non definiscono il carattere economico dei rapporti intercorsi tra le parti, sia infine perché il cosiddetto «*credito disponibile*» è una situazione soggettiva assai più labile delle comuni pretese pecuniarie, giacché presuppone la collaborazione della banca, nella *consegna* delle somme promesse



in prestito e non è, quindi, molto diverso dal cosiddetto fido «*di fatto*» (cioè quel fido concesso per fatti concludenti) al quale la recente sentenza della Cassazione n. 14470/2005 ha dato rilievo, pur nella costante ed uniforme precedente giurisprudenza contraria.

Meno dirompente, rispetto al passato, è la precisazione che le rimesse continuano ad essere assoggettate all'azione revocatoria, quando l'atteggiamento del correntista è «*pilotato*» dalla banca, per ottenere una significativa riduzione della sua esposizione debitoria.

Al riguardo, infatti, è opportuno ricordare come la Suprema Corte abbia avuto modo di precisare, in molte occasioni<sup>25</sup>, come le rimesse debbono ritenersi soggette all'impugnativa, anche quando cadono su un conto corrente formalmente «*affidato*», ma sostanzialmente chiuso (come accade, quando la banca si rifiuta di consegnare al cliente i  *carnet* d'assegni necessari per utilizzare le somme messe a sua disposizione).

La riforma perciò si pone nel solco tracciato dal Supremo Collegio, ma in un certo senso lo amplia, giacché contempla anche le ipotesi nelle quali l'azienda di credito non ha chiuso il rapporto, ma si è

---

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 6 novembre 2007, n. 23107, con “Osservazioni” di G. Cavallaro in Fallimento 2008/525 ss. anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali riportati.

limitata ad ordinare un parziale rientro. A ben guardare, anche in questo caso, emerge un'anomalia nel funzionamento del conto, giacché alcune rimesse, invece d'essere utilizzate per espletare il servizio di cassa, vengono dirottate a ripianare i rapporti interni tra correntista e banca, con una sostanziale riduzione del fido, da sanzionare sul piano revocatorio.

5. - Così chiariti gli obiettivi della riforma, diventa senz'altro più agevole verificare se l'intento del legislatore si è tradotto in congrue ed efficaci formule normative.

A tal proposito, è opportuno, innanzi tutto, richiamare l'attenzione sul fatto che l'enunciato normativo in esame ha una struttura binaria, giacché può essere idealmente diviso in due parti. La prima pone la regola, secondo la quale «*Non sono soggette all'azione revocatoria: ... le rimesse effettuate su un conto corrente bancario*», mentre la seconda contiene l'eccezione: che l'atto non abbia «*ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*».

Il rilievo, per quanto elementare, è importante, dato che il precetto normativo, in primo luogo, ritiene che le rimesse «*di norma*» sono esentate dall'impunativa, mentre successivamente, ma sempre nella stessa disposizione, viene individuato il criterio in base al

quale ripartire l'onere della prova, giacché toccherà al curatore dimostrare che l'atto può essere revocato.

Una volta assodato, infatti, che un certo versamento viene effettuato su un conto corrente bancario (e che, di conseguenza, deve essere qualificato come «rimessa»), spetta all'attore dimostrare che esso ha ridotto «*in maniera consistente e durevole*» l'esposizione del fallito, nei confronti dell'azienda di credito.

In proposito, dopo aver chiarito che l'esenzione dalla revoca si fonda sulla regolarità del flusso monetario, e dopo aver specificato che l'eccezione si riferisce alle fattispecie nelle quali la banca ha imposto un rientro al correntista, appare di tutta evidenza che, per valutare se la riduzione dell'esposizione debba ritenersi «*consistente e durevole*», occorre prendere in esame la precedente movimentazione del conto, al fine d'accertare, perciò ex post, quale sia stato il livello d'indebitamento normalmente tollerato dalla banca e con quale ritmo le rimesse ed i riutilizzi si sono, di solito, susseguiti nel tempo<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Ciò che appare certo è il definitivo superamento di una valutazione atomistica delle rimesse, isolatamente considerate, in favore di una considerazione complessiva dell'andamento del rapporto nel periodo monitorato per l'esercizio della revocatoria (cfr. G. Cavalli, *op. cit.*, M. Arato, *op. cit.*, e A. Castiello D'Antonio, *op. cit.*)

In altre parole, occorre verificare: *a)* se i saldi intermedi e, soprattutto, il saldo finale presentano una notevole divergenza rispetto all'ordinario livello d'esposizione del conto; *b)* se tale divergenza deve ritenersi occasionale, perché poi è rientrata a seguito di concreti riutilizzi da parte del cliente, e non per effetto del solo addebito d'interessi e provvigioni; *c)* se la riduzione dell'esposizione del cliente era destinata, invece, a stabilizzarsi, in quanto rispondeva ad un preciso disegno dell'azienda di credito, volto a ridurre i rischi su quella determinata posizione.

Consegue, quindi, da quanto sopra:

- che la riduzione dell'esposizione del correntista (sulla quale si fonda, ora, la revocabilità dell'atto) possa essere provocata anche da una serie di rimesse, inframmezzate da riutilizzi, purché si riscontri una «*anomalia*», rispetto al pregresso andamento del conto;

- che la riduzione è «*consistente*» quando supera le normali oscillazioni del livello d'utilizzazione del fido, sì da farla apparire preordinata ad un progressivo «*rientro*» del correntista (in proposito può ritenersi che il requisito della consistenza deve essere riferito alla riduzione dell'indebitamento complessivo del cliente, non alla singola rimessa, giacché i versamenti da revocare

potrebbero essere di piccolo importo, purché s'inseriscano in un disegno complessivo di rientro);

- che non è possibile individuare a priori quale misura debba avere la predetta riduzione, per essere rilevante ai fini che qui interessano, anche se qualcuno ha proposto la soglia del 25%<sup>27</sup>, in analogia con quanto ora previsto per la revoca dei contratti a prestazioni sperequate, ma l'accostamento non sembra pertinente perché il principio dettato dal n. 1) del I comma dell'art. 67 L.F. tende alla regolamentazione di aspetti del tutto differenti<sup>28</sup>.

- che per accertare se la riduzione sia «*durevole*», occorre valutare in concreto l'andamento del conto, con specifico riferimento alla sua funzione (un conto corrente, sul quale

---

<sup>27</sup> Cfr. L. Quagliotti, *Il conto corrente bancario, le rimesse e l'esposizione debitoria nel nuovo corso della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2009, 103; M. Fabiani, *La revocatoria fallimentare <<bonsai>> delle rimesse in conto corrente*, in *Foro it.* 2005, 3298.

<sup>28</sup> E' principio ormai pressochè pacifico che la riduzione "consistente" andrà valutata, soltanto ex post, in termini non assoluti in relazione sia al saldo sia all'operatività media del rapporto. La nuova disciplina ha, invero, definitivamente superato la valutazione atomistica di ogni rimessa isolatamente considerata, in favore di una considerazione complessiva, o di durata, dell'andamento del rapporto nel periodo monitorato per l'esercizio della revocatoria, comportato dall'apprezzamento di una riduzione complessiva dell'esposizione debitoria. Ed è proprio su tale esposizione debitoria che dovrebbe calibrarsi l'entità "consistente", piuttosto che sulla singola rimessa, sicchè tale qualità è da intendersi in termini non già quantitativi ma qualitativi, e pertanto non assoluti, ma senza dubbio relativi (alla riduzione) da apprezzarsi con riferimento sia alle diverse rimesse affluite nel periodo, sia all'entità dell'esposizione debitoria anche riguardo all'affidamento accordato (cfr. G. Cavalli, *Art. 67, 3 comma lett. b)*, in A. Jorio - M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2007). In buona sostanza, la ratio dell'esenzione induce ad attribuire all'aggettivo "consistente" il significato di soglia quantitativa il cui conseguimento è da valutarsi nel corso di un arco temporale ed in termini (ovviamente non assoluti ma) percentuali rispetto all'impatto generato sull'esposizione debitoria dalla sommatoria delle rimesse. Di certo, in proposito, l'opera della giurisprudenza potrà in qualche modo agevolare quale sarà il significato pratico da attribuire al termine "consistente".

s'appoggia un castelletto di sconto di titoli o di ricevute, è di solito utilizzato con maggiore discontinuità, rispetto ad un conto corrente volto a pagare le spese minute);

- che le due accennate caratteristiche - il fatto, cioè, che la riduzione dell'indebitamento sia «*consistente e durevole*» — debbono sussistere entrambe, ai fini dell'impugnativa: ciò che conta, infatti, è una valutazione «*per masse*», volta a mettere in luce l'andamento complessivo dell'esposizione del correntista nei confronti della banca, durante il periodo sospetto;

- che l'individuazione delle rimesse revocabili (in quanto avrebbero provocato quella riduzione dell'esposizione del correntista nei confronti della banca, di cui sopra) è solo un primo passo verso il recupero delle somme versate sul conto, giacché si deve tenere presente che la revoca, in ogni caso, è destinata a produrre effetti solo nei limiti del cosiddetto «*massimo scoperto*» (art. 70 L.F.).

Su quest'ultimo punto, però, occorre fare subito chiarezza, perché la norma contenuta nel terzo comma dell'articolo 70 L.F. è stata fonte d'equivoci di non poco momento<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. S. Bonfatti, *Art. 70*, in A. Jorio-M- Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2007 e, per riferimenti, S. Ambrosini, *Gestione ordinaria e revocatoria: un nodo irrisolto nei recenti progetti di riforma*, in *Giur. Comm.*, 2001, 708.

Qualche autore<sup>30</sup> ha sostenuto, infatti, che le rimesse sarebbero sottoposte a due distinte forme di revocatoria: quella prevista dall'art. 67 L.F. per i versamenti «*atipici*», nel senso sopra precisato, e quella prevista dalla norma da ultimo citata.

In realtà la tesi sostenuta non appare convincente dato che l'articolo 70, come indica la sua rubrica, si limita a regolare gli «*effetti della revocazione*» e, quindi, presuppone che siano stati già individuati gli atti da revocare; fermo restando che, una volta accertati i presupposti dell'azione, l'impugnativa non provocherà la restituzione alla massa dell'intero ammontare dei versamenti dichiarati inefficaci, ma si limiterà al recupero di una somma, calcolata secondo le indicazioni fornite dalla disposizione *de qua*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. G. Tarzia, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2006, 841, secondo cui vi sarebbe una sostanziale sovrapposizione delle due disposizioni, con prevalenza di quella dettata dall'art. 67, terzo comma, lett. b), quale norma speciale da preferire a quella generale dell'art. 70, terzo comma, dettata per tutti i rapporti continuativi e reiterati (in senso contrario, senza tuttavia chiarire una interpretazione alternativa, M. Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, 613).

Per una concorrenza, invece, tra le due norme, nel senso che la prima individui l'ambito della revocabilità delle rimesse che abbiano i requisiti previsti di consistenza e durevolezza, e la seconda – all'interno di tale ambito – l'area di effettiva restituzione cfr. A. Patti, *L'esenzione da revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2006, 244.

Nel senso che l'art. 70 comma 3 costituisca, invece, una sorta di interpretazione autentica dell'art. 67 comma 6 lett. 3, cfr. S. Vincore, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, in *Riv. Dir. proc.*, 2005, 877.

<sup>31</sup> Nel senso che la previsione dell'art. 70 rappresenta solo il limite massimo della revocatoria e che questa sia la tesi da privilegiare cfr. S. Fortunato, *La natura dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare*, in *La riforma delle legge fallimentare*, Milano 2005, 7; E. Granata, <<*Esenzione della revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*>>, *ibidem*, 143.

In poche parole, si può affermare che le due norme non si pongono sullo stesso piano (nel qual caso sarebbero ridondanti o, addirittura, contraddittorie), ma disciplinano due fasi diverse del procedimento: l'art. 67, comma terzo, lettera *b*), prevede la revocabilità di determinate rimesse, il cui importo complessivo può essere inferiore o superiore alla differenza tra il massimo scoperto e l'ammontare residuo dell'esposizione del debitore nei confronti della banca alla data del fallimento; l'art. 70, comma terzo, dispone invece che, qualora l'ammontare delle rimesse revocabili superi l'accennata differenza tra il massimo scoperto ed il debito residuo, gli effetti della revoca non potranno in alcun caso debordare da tale limite; se le rimesse dichiarate inefficaci dovessero restare, infine, al di sotto della predetta soglia, non ci sarebbe materia per l'applicazione della norma da ultimo citata.

6. - L'impostazione, seguita dalla riforma, consente di risolvere, in maniera più soddisfacente, anche l'annosa questione delle rimesse bilanciate.

Com'è noto, la Cassazione, in un primo tempo, aveva ritenuto che, al fine di valutare l'esistenza di uno sconfinamento, non si doveva dare rilievo ad eventuali saldi infragiornalieri, ma solo al saldo contabile di fine giornata. In un secondo momento - quando si



chiarì che il saldo rilevante ai fini della revocatoria non era quello contabile, ma quello disponibile (calcolato presuntivamente sulla base del saldo per valuta) - si ritenne di far salvi i versamenti diretti a creare la provvista per specifici pagamenti, con la conseguenza di sottrarre all'impugnativa le rimesse «bilanciate» da successivi riutilizzi di pari importo, o d'importo pressappoco equivalente. Di recente si è assistito, infine, ad un progressivo irrigidimento della giurisprudenza (prima di merito, poi anche di legittimità), con la conseguenza di restringere l'esenzione a quelle sole rimesse per le quali fosse stata già individuata - all'atto del versamento e magari per iscritto — la specifica destinazione delle somme depositate dal correntista<sup>32</sup>.

A dire il vero, tanto rigore era fuori luogo perché, se il cliente mette a disposizione della banca delle somme (in genere rappresentate da assegni o da altri titoli), da utilizzarsi non per ridurre l'esposizione pregressa, ma soltanto per compiere liberamente alcuni pagamenti a favore di terzi, non si vede quale frode possa essere addebitata all'intermediario, anche se i nominativi dei

---

<sup>32</sup> Cfr. per l'evoluzione della problematica connessa alla individuazione delle operazioni bilanciate, Cass., sez. I, 21 maggio 2004, n. 9698 in Giust. civ. 2005, 3I, 741; Cass., sez. I, 29 dicembre 2004, n. 24084, in Giust. civ. Mass. 2005, 1; nonché, per l'inasprimento della prova da offrire, Cass., sez. I, 09 novembre 2007, n. 23393, in Giust. civ. Mass. 2007, 11, e pure Cass., sez. I, 07 marzo 2008, n. 619 ibidem 2008, 3.

beneficiari non sono individuati, all'atto del versamento, o qualora le somme non saranno immediatamente utilizzate.

Adesso, sulla scorta della recente riforma legislativa, si dovrebbe ritenere che il problema sia stato definitivamente risolto, tenuto conto che, se la rimessa compiuta, con le finalità dianzi descritte, è seguita, a poca distanza di tempo, da concreti atti di riutilizzo, non si verifica quella riduzione «*durevole*» dell'esposizione del correntista, nei confronti della banca, che costituisce uno dei presupposti dell'impugnativa.

Qualche difficoltà può sorgere, tuttavia, nella ipotesi delle cosiddette scoperture momentanee, quando cioè la banca consente l'immediata utilizzazione del netto ricavo di un titolo ceduto salvo buon fine, o quando anticipa l'importo di una pretesa, per la quale le venga conferito un mandato irrevocabile all'incasso.

In questi casi, infatti, l'esposizione del cliente, dapprima si eleva dell'intero importo delle somme utilizzate, per poi ridursi - in maniera definitiva - allorché l'intermediario riscuote quanto dovuto dal terzo. Lo stesso problema si pone, poi, per tutte le ipotesi di conti tenuti sempre ai limiti massimi del fido accordato, sui quali si verificano momentanee scoperture, prontamente ripianate da un pagamento del correntista.

In tali circostanze, infatti, occorre distinguere caso da caso e quindi giungere alla conclusione che, se le scoperture, pur essendo momentanee, sono frequenti e reiterate, non vi dovrebbe essere alcun margine per la revocatoria, giacché il nuovo sistema non si fonda sulla distinzione tra conti coperti e conti scoperti, ma sulla regolarità dei flussi e sulla ripetitività delle oscillazioni del conto.

Il problema appare più complesso, invece, se la scoperta, oltre ad essere momentanea, è anche isolata. Al riguardo, tuttavia, non si può fare a meno di considerare la natura dell'operazione sottostante, perché, se si tratta del pagamento di un assegno o dell'anticipazione di un credito già scaduto, la prestazione creditizia da parte della banca assume un ruolo puramente strumentale (dato che la funzione principale del rapporto è di pura e semplice intermediazione nel pagamento) e, quindi, non si può parlare di un aumento e di una successiva riduzione dell'esposizione debitoria del correntista, nei confronti dell'intermediario, se non su un piano puramente contabile e formale.

Questa tesi, del resto, trova conforto nel rilievo che i rapporti tra il cliente e la banca debbono essere oggi valutati per masse, tralasciando le variazioni puramente episodiche dei saldi contabili, soprattutto se il momentaneo aumento del debito del correntista è

bilanciato da una cessione *pro solvendo* o da un mandato all'incasso, dato che queste forme indirette di garanzia indirizzano le pretese della banca nei confronti del terzo, con una sorta di beneficio d'escussione, che impedisce - almeno sul piano economico - d'individuare un vero e proprio aumento dell'esposizione debitoria del correntista. Neppure, per converso, si potrebbe eccepire che la norma possa mettere in rilievo i requisiti della consistenza e della durevolezza solo con riferimento alle variazioni in riduzione della predetta esposizione del fallito, e non anche a quelle in aumento, giacché è la logica complessiva della norma ad imporre di non tenere conto di variazioni del tutto momentanee dei saldi.

Proprio questi rilievi, per contro, portano alla soluzione opposta (e cioè alla revocabilità dell'atto), qualora vi sia una consistente *distantia temporis* tra la messa a disposizione del netto ricavo e la data di scadenza del credito da riscuotere, giacché in questo caso acquisterebbe rilievo la prestazione creditizia, con la conseguente esigenza di far rispettare la *par condicio creditorum*.

Qualora, infine, le scoperture, oltre ad essere isolate, traessero origine dall'addebito di somme dovute a titolo d'interessi e commissioni, o di effetti insoluti, l'unica tutela, per la banca,

sarebbe costituita dall'applicazione dell'art. 70 L.F., giacché si tratta di fattispecie che non hanno nulla a che vedere con l'interposizione nei pagamenti e con la funzione monetaria del conto, ma rivelano solo una situazione di stallo, che prelude alla chiusura di fatto del rapporto.

7. - Per concludere, sembra senz'altro opportuna ed utile un'ultima breve riflessione sul novellato art. 70 L.F. con il quale, in seguito alla integrazione introdotta dal decreto correttivo 169/2007, è stato tradotto in legge il principio del massimo scoperto tanto osteggiato, con inesauribile costanza, dalla Cassazione che, nonostante i numerosi tentativi delle banche e le non poche favorevoli decisioni dei giudici di merito<sup>33</sup>, lo ha sempre respinto perseverando nella valenza pedagogica della sua storica decisione n. 5413 del 18/12/1982, con la quale è stata introdotta la distinzione tra rimesse su conto passivo (non revocabili) e rimesse su conto scoperto (revocabili).

La suddetta riflessione è stimolata da una recente sentenza del Tribunale di Pavia del 19/4/2006 (in *Fallimento*, 2007, 89) in

---

<sup>33</sup> Alla teoria del massimo scoperto, accolta anche di recente da qualche giudice di merito (cfr. tra le altre T. Roma 9.7.1982 in *Fallimento* 1983, 192; C. App. Milano 25.1.1985 ivi 1985, 372; C. App. Firenze 28.1.2004 ivi 2005, 31 e *Foro it.* 2004, I, 1, 2845 con nota critica di M. Fabiani) è stata sempre contraria la Corte regolatrice (cfr. Cass., Sez. I, 17.7.1997 n. 6558 in *Fallimento* 1998, 50).

relazione alle deluse aspettative delle banche che, per quanto riguarda la revocatoria delle rimesse bancarie, si aspettavano – ed auspicavano – una immediata e generalizzata applicazione della nuova disciplina anche alle azioni revocatorie già pendenti e relative a procedure concorsuali precedenti alla entrata in vigore della riforma.

La sentenza citata infatti se, per un verso, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, 2° comma, D.L. 35/2005, convertito nella L. 80/2005, diretto a sottrarre all'applicazione della nuova disciplina, in materia di revocatoria fallimentare, i giudizi pendenti per le azioni promosse nell'ambito di procedure già in corso all'entrata in vigore del medesimo decreto perché (recita testualmente la sentenza): *“è ragionevole e legittima la scelta legislativa di evitare il sacrificio dell'esigenza di certezza dei rapporti preteriti nonché dei presupposti che avevano determinato le valutazioni delle procedure e l'instaurazione di giudizi di revocatoria, senza che tale scelta possa ritenersi lesiva dei diritti costituzionalmente garantiti”*, per altro verso ha però pure testualmente affermato che *“il confronto tra l'entità massima raggiunta dallo scoperto di conto corrente in un determinato periodo ed il residuo saldo finale può costituire indice di valutazione della*

*solutorietà delle rimesse (e perciò della loro revocabilità), poiché è evidente che la somma dei pagamenti per l'estinzione del debito derivante dallo scoperto di conto non può superare l'entità del debito stesso".*

Si ricava chiaramente, dalla motivazione su riportata, che il Tribunale di Pavia ha integralmente recuperato, in un giudizio precedente all'entrata in vigore della riforma, la teoria del massimo scoperto, seppur al limitato fine di individuare il carattere solutorio delle rimesse oggetto della proposta azione revocatoria.

Il problema posto dalla suddetta sentenza e da numerose altre, che sempre più frequentemente si registrano, persino in secondo grado, è perciò quello di verificare se i nuovi artt. 67 e 70 della legge fallimentare possano ritenersi compatibili, nella loro intrinseca natura, con una prognosi di retroattività, in quanto disposizioni interpretative dell'assetto normativo previgente<sup>34</sup>.

La deroga, infatti, a quello che costituisce un ineliminabile principio generale del nostro ordinamento, cioè l'irretroattività della legge, consegue come effetto naturale allorché alla norma possa attribuirsi natura interpretativa autentica, secondo quanto si desume dall'art.

---

<sup>34</sup> App. di Firenze 28 gennaio 2004, in Dir. fall. 2004, II, 469; Trib. Napoli 15 dicembre 2005, in Fallimento 2006, 478; App. Venezia 9 febbraio 2006 n. 223 (fallimento Carinvest) ove peraltro è presente l'affermazione, in via incidentale, della natura interpretativa delle nuove norme.

11, comma 1, delle preleggi, in base al quale appunto non può escludersi, sia pure in via di eccezione, che la legge possa avere efficacia retroattiva per sua stessa previsione esplicita o implicita.

Nella ipotesi che ci occupa, però, tutti gli interpreti sembra che non dubitino del carattere irretroattivo delle nuove norme, proprio perché esse non possono qualificarsi interpretative, ma assolutamente innovative<sup>35</sup>, rispetto a quelle preesistenti, anche se non hanno scardinato i tratti fondamentali del sistema revocatorio, pur ridefinendone la disciplina con l'introduzione delle esenzioni che abbiamo visto, e legalizzando il cosiddetto principio del massimo scoperto.

E' quindi difficile, in siffatta situazione, non convenire sulla volontà del legislatore di dettare disposizioni valide solo per il futuro anche se ciò potrebbe determinare una possibile collisione con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella disparità di trattamento, che sarebbe conseguente rispetto a situazioni perfettamente identiche e, in ipotesi, verificatesi nel medesimo spazio temporale, come può

---

<sup>35</sup> A parte qualche perplessità iniziale (espressa in particolare da E. Bruschetta, in *La disciplina transitoria dell'azione revocatoria fallimentare*, in S. Bonfatti, op. cit., 56) e posizioni assolutamente minoritarie, nel senso della individuazione, in quelle riformate, di norme di interpretazione autentica, aventi pertanto efficacia retroattiva (così A. Castiello D'Antonio, *op. cit.*), non pare potersi dubitare della loro natura innovativa. Appaiono orientati in tal senso, fra gli altri, A. Silvestrini, *op. cit.*; G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge alla miniriforma per decreto legge*, in *Fallimento*, 2005, 361; M. Fabiani, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, ibidem 573; S. Fortunato, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2005, 597.



accadere allorché la revocatoria riguardi due conti correnti di diversi soggetti falliti, per operazioni analoghe effettuate anche nello stesso giorno, ma che subiscono un trattamento diverso in quanto la dichiarazione di fallimento è intervenuta in data diversa (perché uno dei suddetti soggetti è fallito il 15/3/2005 e l'altro il 18/3/2005).

Non potendo quindi affermarsi l'efficacia retroattiva dell'art. 70 L.F., che ha introdotto il principio del massimo scoperto, sulla base della sua natura interpretativa, non individuabile se non attraverso inaccettabili forzature, ed escludendone la immediata applicabilità in virtù di una sua possibile configurazione quale disposizione di carattere processuale, stante la innegabile portata sostanziale della stessa, c'è da chiedersi quale sia stato il percorso logico seguito dal Giudice di Pavia e da tutti gli altri, che si sono confrontati con tale problema, per dare ingresso nel processo alla teoria del massimo scoperto.

Una plausibile risposta al riguardo potrebbe essere quella del recupero interpretativo della soluzione ermeneutica, già affacciatasi in dottrina ed in giurisprudenza in tempi passati<sup>36</sup>, che teneva conto del principio del massimo scoperto, soprattutto se si tiene presente

---

<sup>36</sup> Così Trib. Napoli, 6 febbraio 2006, e pure Trib. Napoli, 15 dicembre 2005, in Fallimento, 2006, 478.

la colorita motivazione di alcune sentenze<sup>37</sup>, secondo cui lo scostamento interpretativo dal consolidato orientamento della Suprema Corte, in tema di revocatoria di rimesse bancarie, dipenderebbe non tanto dalle esenzioni introdotte dall'art. 67 comma 3 (di certo destinate *ratione temporis* ad esplicare effetto solo per il futuro), bensì in forza della (testuali parole di dette sentenze) “opzione legislativa di cui al novello art. 70 comma 3 L.F..... per la ricostruzione del massimo scoperto”.

Non è dunque postulando l'applicazione retroattiva delle nuove norme che si pretende di rinnovare gli effetti dei precedenti orientamenti interpretativi, ma piuttosto di rivalutare una chiave di lettura del fenomeno revocatorio, sulla scorta delle nuove risorse esegetiche, che il riformato orizzonte normativo può offrire, in una prospettiva di interpretazione che potrebbe definirsi evolutiva della legge dato che, nell'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità dell'ordinamento, non può prescindere dalle dinamiche intrinseche del contesto, che è chiamata a regolare. Quindi, l'esigenza di una interpretazione evolutiva della legge, intesa come rispondenza della stessa ai principi di un ordinamento che è perennemente in

---

<sup>37</sup> La prima delle decisioni edite che hanno recentemente riproposto la teoria del massimo scoperto risulta App. Firenze, 28 gennaio 2004, in Foro. it., 2004, I, 1714, con nota di M. Fabiani, e in Fallimento, 2005, 35, con nota di Stanuovo Polacco.

evoluzione, per le spinte centrifughe portate dalla progressiva complessità dei rapporti economici sottostanti, costituisce uno dei presupposti che hanno motivato la novella legislativa.

In questa nuova prospettiva, quella che anni addietro veniva vista come una sfida della giurisprudenza di merito al consolidato orientamento della Corte di Cassazione sul massimo scoperto, si arricchisce oggi di ben altri accenti esegetici e sistematici, ai quali numerosi giudici di merito non sono rimasti insensibili, tanto è vero che, nei giudizi di revocatoria pendenti e sottratti all'applicazione delle nuove norme, hanno ritenuto di acquisire, attraverso l'indagine affidata al consulente tecnico d'ufficio, l'elemento informativo, costituito appunto dalla differenza contabile del massimo scoperto.

In buona sostanza, la giurisprudenza di merito si è in buona parte attestata sull'affermazione del principio che la revocatoria delle rimesse bancarie non può aver ad oggetto tutte quelle movimentazioni finanziarie, che non rappresentano una acquisizione patrimoniale per la Banca, in quanto esse sono rivolte a beneficio di un terzo, rispetto al quale la rimessa funge semplicemente da creazione di provvista, allo scopo di effettuare un pagamento.

Basterebbe, perciò, una auspicabile valorizzazione ed un ampliamento del criterio di identificazione delle operazioni bilanciate (certamente non aderente ai principi affermati dalla Cassazione, che recentemente ha persino richiesto, per la individuazione delle stesse, la prova scritta dell'ordine di pagamento a favore del destinatario della provvista creata con la rimessa<sup>38</sup>), al fine di consentire un giudizio di revocabilità più coerente con l'effettiva acquisizione patrimoniale, da parte della Banca, della rimessa, che sarà perciò revocabile soltanto se ed in quanto la stessa costituisca adempimento dell'obbligazione pecuniaria vantata dalla Banca medesima, piuttosto che strumento finalizzato alla esecuzione di pagamento a favore del terzo.

Sembra questo il percorso logico seguito dal Tribunale di Pavia, che propone l'utilizzo del concetto del massimo scoperto, quale parametro di valutazione dell'effettiva natura solutoria delle rimesse.

---

<sup>38</sup> Cfr. nota 31.