Le rimesse bancarie e la revocatoria fallimentare

di Giuseppe Rebecca, Studio Rebecca & Associati di Vicenza / Schio

Indice

1) Introduzione 3
2) Le problematiche 3
3) Le disposizioni 6
4) Varie sull'azione revocatoria 8
4.1) Esecutività delle sentenze di revocatoria fallimentare delle rimesse 8
4.2) I conteggi 9
5) Gli aspetti da approfondire nella nuova revocatoria delle rimesse 10
5.1) La riduzione 10
5.1.1) Generalità 10
5.1.2) La riduzione consistente 11
5.1.3) La riduzione consistente in pratica 13
5.2) Il rientro (art. 70 l.f.) 28
5.3) La rilevanza dell'affidamento 30
5.4) Il saldo disponibile 38
5.5) Giroconti e operazioni bilanciate 39
5.6) Le altre esenzioni da revocatoria 40
5.6.1) Piano di risanamento (piano attestato) (art. 67, comma 3 lettera d) l.f.) 40
5.6.2) Altre procedure (art. 67, comma 3, lettera e) 41
5.6.3) Accordi di ristrutturazione (art. 67, comma 3, lettera e) 41
5.6.4) Atti, pagamenti, garanzie poste in essere post deposito di domanda di concordato ex art. 161, co. 6, l.f 42
5.7) La consecuzione delle procedure 42
5.7.1) Introduzione 42
5.7.2) Le tesi precedenti 42
5.7.3) La nuova consecuzione 45
5.8) La possibile incostituzionalità 45
5.9) Il periodo di riferimento 47
5.10) Una particolare gestione degli effetti rilevante ai fini della revocatoria 48
5.11) Altre tesi 49
6) Artt. 67 e 70 l.f. – Convivenza difficile 51
6.1) Analisi 51

6.2) Questione pratica: importi revocabili quantificati ex art. 70 l.f. sempre inferiori agli importi determinabili ex art. 67 l.f. 54
6.3) Una possibile soluzione 56
7) Analisi effetti varie interpretazioni 57
7.1) Premesse 57
7.2) Caso A 58
7.3) Caso B 59
7.4) Caso C 60
7.5) Caso D 61
7.6) Caso E 62
8) Le prime sentenze 63
8.1) La sentenza 3979/2008 – Tribunale di Milano 63
8.2) La Sentenza del 3/09/2008 – Tribunale di Monza 64
8.3) La sentenza 6946/2009 – Tribunale di Milano 65
8.3.1) Premessa 65
8.3.2) Analisi 66
8.3.3) Profili critici 71
8.3.4) Conclusioni 75
8.4) La terza sentenza del Tribunale di Milano, 21 luglio 2009 77
8.5) La Sentenza della Cassazione n. 20834 del 7/10/2010 82
8.6) La Sentenza del Tribunale di Udine n. 293 del 24/02/2011 86
8.7) Altre sentenze 89
8.8) La sentenza del Tribunale di Bologna n. 2167/2011 del 20/07/2011 - 04/08/2011 91
8.9) La sentenza del Tribunale di Udine n. 549/12 del 16/04/2012 93
8.10) Le sentenze del Tribunale di Ferrara n. 658/12 e n. 659/12 depositate il 14 maggio 2012 95
8.11) La sentenza del Tribunale di Udine del 24 ottobre 2012 101
8.12) Tabella di Sintesi 106
9) Conclusioni in generale 107
Allegati 109
Allegato 1 110
Allegato 2 114
Allegato 3 117
Allegato 4 118

Le rimesse bancarie e la revocatoria fallimentare

1) Introduzione

La revocatoria delle rimesse bancarie è scomparsa, secondo i più, con la riforma fallimentare del 2005 e non se ne occupano più né i curatori, né la dottrina nè la giurisprudenza.

Pochissime sono le sentenza che hanno trattato la problematica, proprio in funzione, a nostro avviso, di questo atteggiamento preconcetto.

Si tratta di una interpretazione sbagliata e in questo approfondimento cerchiamo di dimostrarlo.

Il dimezzamento del periodo di riferimento da un anno a sei mesi e i nuovi incerti limiti quantitativi hanno comportato una riduzione molto più che proporzionale di quanto ora è revocabile rispetto al periodo ante riforma, ma non per questo l'azione revocatoria è stata abolita.

La giurisprudenza ad oggi è ancora scarna, come si è detto, anche se le problematiche non mancano di certo.

I curatori fallimentari, come i CTU, hanno bisogno di trovare dei modelli pratici di riferimento e delle opzioni operative, per tradurre in pratica quanto la dottrina, e la giurisprudenza, stanno faticosamente via via elaborando.

Illustreremo quindi prevalentemente gli aspetti pratici-operativi della revocatoria delle rimesse bancarie, pur con qualche riferimento agli aspetti teorici, che, come è evidente, stanno alla base di ogni analisi.

2) Le problematiche

Il periodo di riferimento per la nuova revocatoria è stato ridotto da un anno a sei mesi e l'entità di quanto revocabile, pur con qualche problematica anche di rilevante impatto, è ora determinata dall'art. 70 l.f. nel differenziale tra il massimo importo a debito e il saldo al momento del fallimento, in definitiva nel cosiddetto "rientro".

Si ritiene comunque che in definitiva uno solo sia il vero problema di base che deve ancora trovare adeguata concorde soluzione relativamente alla "nuova" revocatoria delle rimesse bancarie: come conciliare quello che a nostro avviso è invece inconciliabile, e cioè il nuovo art. 67 con il nuovo art. 70 della legge fallimentare.

La nostra interpretazione, peraltro, già da molti condivisa, è che prevale, o meglio prevarrà, almeno dall'1 gennaio 2008, l'art. 70 della l.f. sull'art. 67 l.f., e quindi sarà revocabile, al massimo, il differenziale tra il massimo importo a debito e il saldo al momento del fallimento. L'articolo 67 l.f., con l'indefinito riferimento che fa alle rimesse che hanno comportato una riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria, di fatto non troverà applicazione; sarà solo di supporto, per lo più del tutto inutile, al prevalente criterio base stabilito dall'art. 70 l.f.. Salvo eventualmente non sposare la discussa tesi della differente previsione temporale della conoscenza dello stato di insolvenza, come meglio si illustrerà in seguito: 6 mesi per l'art. 67 l.f., nessun riferimento temporale per l'art. 70 l.f..

Le incertezze sono moltissime, ad oggi, ma non poteva che essere così.

La qualità del legislatore è ancora di più peggiorata, e le norme appaiono del tutto scoordinate; tocca così all'interprete cercare di dare attuazione a quanto non è stato in ogni caso previsto in modo corretto. Eccezioni e deroghe trovano infatti indicazioni accompagnate da "aggettivi, ripetizioni di aggettivazioni, endiadi, allitterazioni, la cui portata definitoria, come è noto, risulta sempre imprecisa e controvertibile. Basti pensare che la riduzione dell'esposizione debitoria deve essere *consistente e durevole*, i pagamenti saranno irrevocabili se effettuati nei *termini d'uso*; il piano dell'accordo stragiudiziale deve *apparire idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa… il risanamento della situazione finanziaria…* e la *ragionevolezza* deve essere *attestata…*

E' un linguaggio molto lontano dai requisiti di univocità richiesti da una disciplina tecnica, come quella delle obbligazioni nella fase dell'esecuzione concorsuale, e sembra più consono ad una trattazione meramente descrittiva degli obiettivi che si vorrebbe raggiungere, piuttosto che alla formulazione in modo chiaro ed incontrovertibile di regole giuridiche"[1].

Le problematiche ad oggi aperte sono innumerevoli. Le analizziamo tutte senza pretesa di risolvere quanto in effetti non è nemmeno risolvibile, come illustreremo, nell'intento di dare utili indicazioni a chi si occupa della materia. Ricordiamo in ogni caso come la precedente legge fallimentare abbia comportato un impegno, assurdo a ripensarci, di circa quaranta anni solo per arrivare ad un concetto di conto scoperto, concetto poi affinato nei successivi venti anni sulla base del saldo disponibile. Quindi oltre sessanta anni di dottrina e di giurisprudenza, centinaia di sentenze e decine di migliaia di pagine, per arrivare ad una soluzione pressoché pacifica, ancorché non ancora soddisfacente, almeno a nostro avviso. Ora dall'avvio della riforma sono passati 8 anni, periodo ancora comunque troppo breve per produrre soluzioni definitive.

In ogni caso, è proprio la norma di riferimento che è stata pasticciata, e dovrà essere assolutamente riscritta; a legislazione attuale, le tesi possono essere le più varie, tutte con una

[1] Da *"Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento"* a cura di Fabrizio di Marzio, ITA edizioni, p. 118

loro dignità; solo una precisa scelta normativa potrà dare definizione ad una problematica ad oggi tuttora incerta.

Sarà da chiarire perché ci siano due disposizioni in parte confliggenti: l'art. 67 e l'art. 70 l.f.. Se si revoca il rientro (art. 70 l.f.), tanto vale allora limitarsi a quello specifico semplice conteggio. Pare pacifico che, salvo casi del tutto eccezionali (rientro costante di piccole rimesse), l'importo che deriva dall'applicazione dell'art. 70 l.f. sarà sempre inferiore a qualsiasi importo derivante dai complessi conteggi previsti all'art. 67 l.f.. Questo di norma, salvo che non si fissino degli importi elevati per la consistenza e dei tempi molto lunghi per la durevolezza. Ed allora tale articolo 67 l.f. si dimostra del tutto inutile.

Si assiste oggi tutti a situazioni al limite dell'assurdo dove si fanno conteggi minuziosi, si analizzano le rimesse che hanno ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, magari si fanno anche una serie di calcoli diversi per tener conto di tesi diverse, per poi ridurre l'importo al rientro di cui all'art. 70 l. fall. Tanto lavoro per nulla.

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?

Per un breve periodo (17 marzo 2005 – 31 dicembre 2007) si anticipa subito anche un altro aspetto, del tutto sfavorevole al mondo bancario.

Il decreto correttivo (D. Lgs. 169/2007), laddove ha modificato ulteriormente l'art. 70 l.f. facendo espresso riferimento all'estinzione di posizioni passive delle banche, è stato considerato (Cass. n. 20834/2010) come norma di interpretazione autentica, ma, sembra, comunque con efficacia differita al 1° gennaio 2008, (conseguentemente per il periodo precedente la norma modificativa non dovrebbe trovare applicazione, essendo appunto ad applicazione differita).

Nella fretta di dire che l'articolo 70 l. fall. si applica anche ai rapporti bancari (taluno infatti riteneva che non fosse invece applicabile), si è sbagliato ancora, attribuendo appunto una decorrenza differita. Ciò significa che la norma non può essere applicata precedentemente. Per questo breve periodo, quindi, (17/03/2005 – 31/12/2007) sono revocabili tutte le rimesse ex art. 67 l.f., ovviamente sempreché abbiano ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, e sia provata la conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca. Nessun riferimento, quindi, al rientro reiterato dall'art. 70 l. fall., applicabile dal 1° gennaio 2008.

3) Le disposizioni

I nuovi articoli 67 e 70 della Legge Fallimentare[2] (**all. 1**), entrati in vigore il 17 marzo 2005, hanno trattato per la prima volta esplicitamente delle rimesse bancarie, ancorché in negativo, nel senso che la norma ne parla solo per esentarle da revocatoria, a certe condizioni.

Dopo aver dimezzato (da un anno a sei mesi prima del fallimento) il periodo sospetto (articolo 67, comma 2), la nuova norma dichiara non soggette all'azione revocatoria "*le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purchè non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*" (articolo 67, comma 3, lettera b) l.f..). Lo spirito che ha mosso il legislatore si evince dalla "Relazione ai primi dieci articoli sulle disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale" che così recita: "*l'istituto della revocatoria fallimentare viene rimodulato, attraverso un intervento che, da un lato, precisa meglio i presupposti per l'esercizio dell'azione (oggi sovente fonte di incertezze applicative e di contrasti giurisprudenziali) e, dall'altro, inserisce una completa disciplina di esenzioni dalla revocatoria, al fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti"* (sic; destinatario dei pagamenti in luogo del debitore!).

Si tratta di una relazione molto articolata e circostanziata, al di là dell'evidente errore, il che non è certamente usuale. Ma evidentemente nessuno se ne era allora accorto.

E' sempre ovviamente richiesta la conoscenza dello stato di insolvenza, da provare da parte del curatore fallimentare.

La decadenza dell'esercizio dell'azione inizialmente era rimasta invariata in 5 anni dalla data di fallimento. Con la riforma della legge fallimentare, dal 16 luglio 2006 "*Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto*".

Tale disposizione non si applicherà, però, a fallimenti in corso al 16 luglio 2006, per i quali varranno i precedenti termini (art. 150 del D. Lgsl 5/2006). Così si è espressa, su questo punto, la relazione al decreto: "*la norma tende ad evitare che un concorso di discipline diverse susseguentisi nel tempo nell'ambito della stessa procedura possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura stessa, alle ragioni dei creditori e alle esigenze*

[2] Sono stati introdotti dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (in G.U. 16 marzo 2005 n. 62) convertito nella legge n. 80 del 14 maggio 2005. Nel D.L. è stato integralmente trasferito il maxiemendamento approvato dal Consiglio dei Ministri ancora il 23 dicembre 2004, Atto Senato 1243 "Modifiche urgenti al R.D. 16 marzo 1942 n. 267 recante disciplina del fallimento". Abbiamo poi il D.Lgs n. 5 del 9 gennaio 2006, legge di riforma del fallimento, integrato dal correttivo, il D.Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007. Gli articoli sono riportati integralmente in allegato **(all. 1)**.

di conservazione e recupero delle componenti attive dell'impresa". In questo senso, da ultimo, vedasi Tribunale di Monza, 19 aprile 2010.

Per una sintesi della situazione si rimanda alle tabelle in calce alla presente relazione (**all.2**).

Le nuove norme si applicano a fallimenti dichiarati **dal 17 marzo 2005**.

Le nuove disposizioni dettate dagli articoli 67 e 70 l.f. sono applicabili, ex art. 2 comma 2 D.L. 35/2005, "*per azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore*" del D.L..

Il D.L. è entrato in vigore il giorno successivo dalla pubblicazione (art. 16) che è avvenuta il 16/3/05, e quindi dal 17/3/05.

Si è sottolineato quel dopo, riportato nelle disposizioni, in quanto non appare termine corretto, essendo più appropriato dal, piuttosto che dopo. Quindi le nuove norme si applicheranno per procedure iniziate dal 17 marzo 2005, non dopo il 17 marzo 2005 (e quindi non soltanto dal 18 marzo 2005).

Taluno[3] aveva anche avanzato la tesi che la decorrenza fosse dal giorno successivo all'entrata in vigore, essendo appunto previsto "dopo la data di entrata in vigore", salvo poi, *res melius perpensa*, optare per la cattiva qualità del legislatore, e dare come decorrenza il giorno di entrata in vigore della legge. In effetti, quel dopo dovrebbe dire successivamente a qualcosa, ma non è detto quanto dopo, resta indeterminato (potrebbe essere un giorno come un mese), e quindi necessariamente si deve interpretare come terminologia male utilizzata.

La Cassazione si è in ogni caso già pronunciata[4] sulla inapplicabilità delle nuove norme alle procedure precedenti.

Si ricorda come in altre realtà il periodo di riferimento per l'esperibilità dell'azione revocatoria sia fatto invece decorrere, più correttamente, dal deposito della istanza di fallimento piuttosto che dalla dichiarazione di fallimento.

[3] Michele Sandulli, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria,* in Il Fallimento n. 5/2006, p. 611

[4] Gli istituti bancari, nelle loro opposizioni alle richieste di revocatoria, sollevano o meglio sollevavano sempre la questione, chiedendo l'applicazione della norma riformata; varie pronunce di tribunale si sono già espresse sul punto ribadendo comunque l'impossibilità di applicare la nuova norma alle azioni intraprese da fallimenti dichiarati prima del 17 marzo 2005. Tra gli altri si possono ricordare: Appello Trento, 11 giugno 2007, in Il Fallimento n.11/2007 pag.1376; Tribunale di Napoli, 23 giugno 2007, in Il Fallimento n. 11/2007 p. 1376; Tribunale Monza, 12 ottobre 2007, in Il Fallimento n.2/2008 pag.244; Tribunale Bergamo, 23 gennaio 2008, in Il Fallimento n.7/2008 pag. 847 ed anche Cassazione 6 novembre 2007 n. 23107, 9 novembre 2007 n. 23393, 7 marzo 2008 n. 6190 e 20 marzo 2008 n. 7451.

L'art. 69 bis l.f., entrato in vigore l'11 settembre 2012, è poi intervenuto sull'importante tema della consecuzione delle procedure.

4) Varie sull'azione revocatoria

4.1) Esecutività delle sentenze di revocatoria fallimentare delle rimesse

Un breve cenno sulla questione della esecutività delle sentenze di revocatoria fallimentare delle rimesse.

Il contrasto giurisprudenziale sul punto è invero datato. La Cassazione era intervenuta, a Sezioni Unite (Sentenza n. 4059 del 22 febbraio 2010) e poteva ritenersi definitivamente sciolto ogni dubbio, con l'affermazione della tesi della non esecutività della sentenza di primo grado in materia di revocatoria fallimentare.

Ma la Cassazione in tale sentenza ha aggiunto anche qualcosa[5] e ha fatto una distinzione tra: "a) statuizioni condannatorie meramente dipendenti e b) statuizioni legate all'effetto costitutivo da un vero e proprio rapporto sinallagmatico".

In sintesi, questi sono i punti caratterizzanti tale sentenza:

- le pronunzie costitutive (e dichiarative) producono effetti solo con il giudicato finale;
- le correlate condanne sono anch'esse non esecutive;
- sono invece immediatamente esecutive, ancorchè provvisoriamente, le condanne conseguenti dalla pronunzia, in presenza di un effetto costitutivo, fattispecie che va verificata caso per caso.

Si osserva come, sempre sulla base di tale sentenza, si abbiano poi due diverse contrapposte ordinanze, Corte di Appello di Torino del 22 dicembre 2010, Sezione I (che si è pronunciata per la provvisoria esecutività) e Tribunale di Cuneo, 3 febbraio 2011, che si è invece pronunciato per la non provvisoria esecutività. Ambedue le sentenze, come detto, prendendo spunto dalla citata sentenza di Cassazione a Sezioni Unite, utilizzata così in modo disarmonico.

La recente sentenza sempre della Cassazione (n. 16737 del 29 luglio 2011), infine, tratta del reciproco rapporto tra provvisoria esecutività, obbligo di accantonare la somma e possibile ammissione al passivo con riserva della banca[6].

[5] Vedasi commento di Gianpaolo Impagnatiello ne Il Fallimento n. 4/2011, pagg. 463 e seguenti.
[6] Articolo di Alessandro Galimberti ne Il Sole 24 Ore "Creditori con più garanzie nel caso di rientro" e commento di Marcello Gaboardi ne Il Fallimento 12/2011 p. 1400 "La provvisoria esecutorietà dei (soli) capi condannatori della

La sentenza ha di fatto ritenuto applicabile anche a fallimenti dichiarati ante riforma le nuove disposizioni ex art. 113 L.F., ultimo comma[7].

4.2) I conteggi

Si è sempre discusso circa il grado di specificità che le azioni per revocatoria fallimentare dovessero avere, se ed in quanto fossero necessari specifici dettagliati conteggi. Sul tema è intervenuta con la sentenza n. 6789, la Corte di Cassazione (sentenza depositata il 4 maggio 2012; precedentemente vedasi Cass. n. 14552 del 30 maggio 2008 e Tribunale di Milano, 18 gennaio 2009): è sufficiente l'indicazione del conto corrente accompagnata dal saldo complessivamente richiesto. Ne consegue che la mancata indicazione dei singoli versamenti, effettuati sul conto della società fallita, e di cui si chiede la revoca, non comporta l'indeterminatezza dell'oggetto e del titolo della domanda. La sentenza sempre della Cassazione n. 7284 del 22 marzo 2013 ha ulteriormente confermato l'assunto.

Questo il caso: una curatela chiedeva la revoca delle rimesse effettuate sul conto corrente della società fallita. L'atto introduttivo del giudizio non conteneva però la precisa indicazione dei singoli versamenti da revocare, e pertanto la Banca aveva eccepito la nullità della citazione per indeterminatezza dell'oggetto e del titolo della domanda.

La Cassazione ha precisato che la mancanza di una specifica indicazione delle singole rimesse attiene al *petitum* e non alla *causa petendi*, e ha poi osservato che, in tema di nullità della citazione, l'omessa determinazione dell'oggetto della domanda è configurabile solo in caso di totale omissione o assoluta incertezza del *petitum*.

Al contrario, nella fattispecie considerata:

- l'indicazione del numero del c/c bancario su cui erano affluite le rimesse di cui era stata chiesta la revoca;
- la determinazione dei periodi di tempo rilevanti;
- la precisazione che la domanda si riferiva a tutte le rimesse, con l'indicazione dell'importo complessivo, erano tutti elementi che consentivano di individuare adeguatamente l'oggetto della domanda.

Pertanto la pretesa avanzata dalla curatela non poteva considerarsi indeterminata.

---

sentenza revocatoria fallimentare". In tale intervento è esaminata anche la sentenza di Cassazione a Sezioni Unite sopra riportata.

[7] Art. 113, ultimo comma, L.F.: "Devono essere altresì trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice delegato le somme ricevute dalla procedura per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato."

5) Gli aspetti da approfondire nella nuova revocatoria delle rimesse

I punti meritevoli di approfondimento, della nuova revocatoria sono numerosi. Li elenchiamo:

1. la riduzione;
2. il rientro;
3. la rilevanza dell'affidamento;
4. il saldo disponibile;
5. i giroconti e le operazioni bilanciate;
6. le altre esenzioni da revocatoria;
7. la consecuzione di procedure;
8. la possibile incostituzionalità;
9. il periodo di riferimento.

Esaminiamo ora uno ad uno questi diversi aspetti, anticipando sin d'ora come si tratterà di una analisi molto specifica, ma forse anche del tutto inutile. Ma non per questo ci demoralizziamo.

5.1) La riduzione

L'applicazione dell'art. 70 l.f. in molti casi, per non dire sempre, vedrà superfluo oggi applicare dei concetti che comunque qui riteniamo di applicarli, vista la previsione della norma.

5.1.1) Generalità

La norma, come già anticipato, prevede il caso in negativo, nel senso che esenta da revocatoria le rimesse che non abbiano ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria; qui ne trattiamo invece in modo positivo, nel senso che si fa riferimento alle rimesse revocabili.

E questo diverso approccio, come analizzeremo in seguito, potrebbe anche essere, in parte, l'origine delle difficoltà sorte circa la difficile convivenza degli articoli 67 e 70 l.f.

Innanzitutto il legislatore ha utilizzato il termine "rimesse" al plurale; ciò potrebbe anche comportare degli effetti pratici.

Letteralmente non si dovrebbe guardare alle singole rimesse, una per una, se siano consistenti e durevoli, ma al totale delle stesse. Una serie di piccole rimesse, non consistenti e magari nemmeno durevoli, non esime quindi dalla revocabilità, dovendo invece far riferimento al complesso delle rimesse, alla loro sommatoria, che invero ben potrebbe essere consistente e durevole. La riduzione è infatti riferita all'esposizione debitoria, non alle singole rimesse.

Ad ogni buon conto, ben potrebbe verificarsi il caso di più rimesse, magari di importo anche consistente, intervallate ad addebiti, rimesse non revocabili in quanto seguite appunto da addebiti, e di una singola rimessa, non consistente, ma pur sempre durevole, e in questo caso non revocabile in quanto appunto non consistente. Con il fatto che, come si dirà, dovrebbe prevalere l'art. 70 sull'art. 67 l.f., tutti questi discorsi vengono comunque a perdere di significato. Se si revoca il rientro, quello e solo quello sarà l'ammontare della revocatoria.

Semplificando al massimo tale aspetto, si potrebbe sostenere che con le nuove norme il legislatore ha di fatto esteso in modo significativo l'applicabilità del principio della non revocabilità delle operazioni bilanciate, operazioni che evidentemente non possono costituire rimesse che riducono in modo durevole l'esposizione debitoria verso la banca.

Ci si è anche posta la questione di chi debba provare le qualità richieste per l'esenzione delle revocatorie, e quindi la durevolezza e consistenza. A noi parrebbe pacifico che dovrà essere il curatore; taluno[8] aveva invece inizialmente ritenuto che fosse la banca, tesi anche confermata dalla Cassazione con la sentenza 20.834 del 07/10/2010, nella parte *obiter dicta*, in quanto il caso era riferito ad una azione ante riforma. La sentenza sarà oggetto di specifico successivo esame.

Analizziamo ora i due requisiti (aggettivazioni) richiesti per la riduzione: consistente e durevole.

5.1.2) La riduzione consistente

La riduzione dell'esposizione debitoria deve essere, prima di tutto, consistente, nel senso che ove non lo sia, l'art. 67 l.f. esenta da revocatoria il pagamento. La norma nulla dice circa tale quantificazione, e quindi non si sa esattamente cosa si debba intendere, ovvero se ci sia o meno un ordine di grandezza da rispettare.

I primi interventi di dottrina hanno sostenuto che la riduzione "consistente" va valutata, e solo *ex post*, in termini percentuali, e non assoluti rapportandola sia al saldo sia alla operatività media del rapporto. Esemplificando, ove si effettuasse l'analisi rimessa per rimessa, una rimessa di euro 10.000 potrebbe essere considerata consistente su un conto a debito di 30.000, e non su un conto a debito di 500.000. Analogo discorso in relazione ai movimenti medi dell'azienda. Se abitualmente le operazioni sono nell'ordine di 1.000 euro, 10.000 euro sono indubbiamente consistenti; se le operazioni sono mediamente nell'ordine di 100.000 euro, 10.000 euro non sono consistenti.

[8] Fabiani, *L'alfabeto della nuova revocatoria*, Il Fallimento 2005, p. 579, il quale ha poi cambiato parere in: *La revocatoria fallimentare* "bonsai" *delle rimesse di conto corrente*, in Foro it. 2005, I, p. 3299.

Ma la norma fa riferimento a riduzione di debito per effetto di più rimesse, non di singole rimesse; in questo caso, quindi, nessun rilievo avrebbe il singolo movimento, dovendosi necessariamente far riferimento alla sommatoria delle rimesse, o meglio ancora agli effetti di queste rimesse.

Le aggettivazioni sono quindi riferite al debito, e non alle singole operazioni, e quindi si dovrebbe aver riguardo solo ed esclusivamente al risultato.

E' anche questo uno dei motivi, come si vedrà, per i quali ha perso di valenza, come noi riteniamo, il riferimento all'affidamento. Non si revoca un importo derivante da una operazione, importo che quindi potrebbe anche trovare riferimento al fido, ma la risultanza di più operazioni.

Le rimesse ritenute revocabili potrebbero essere considerate al lordo di eventuali somme poi addebitate, o al netto. Noi siamo decisamente per la tesi del lordo; se è consistente, il rientro, allora l'intera rimessa è revocabile, al di là di un suo parziale utilizzo. Se invece l'utilizzo fosse totale, o pressoché totale, ecco allora che l'intera rimessa non costituirebbe rientro consistente.

La consistenza va intesa come valore relativo che dipende dall'entità massima della esposizione debitoria nel periodo, dall'entità dell'esposizione debitoria nel momento in cui le rimesse sono effettuate, dall'entità media dei versamenti in entrata e dall'entità delle uscite. (Tribunale di Siracusa, n. 3192 del 20/04/2011).

"*L'ipotesi che propone una percentuale sconta la difficoltà di determinare sia l'entità della percentuale, sia l'importo cui applicare la percentuale.*

Si ritiene, al contrario, che la qualificazione della consistenza non debba essere approcciata esclusivamente con criteri relativi, ma che in prima battuta possa essere applicato un criterio assoluto, secondo cui la consistenza delle rimesse può essere fissata di per se, a prescindere dai valori del passivo, dalle rimesse precedenti, dal carattere anomalo; non si ravvisa infatti una necessaria correlazione tra la consistenza e l'esposizione del conto.

In questa ipotesi, la media fra l'entità complessiva delle rimesse e il loro numero in un periodo di tempo precedente potrà essere utilizzato quale criterio sussidiario, per determinare eventuali parametri di consistenza inferiori rispetto a quelli assoluti che, quindi, verrebbero a costituire il limite sopra il quale le rimesse sono sempre consistenti[9]".

E proprio quest'ultima tesi è quella che ora ci trova invece più concordi.

Probabilmente si dovrà tornare a questa primitiva impostazione, magari rettificata per tener conto del caso specifico, ma si dovrà far riferimento ad un importo fisso oppure potrebbe anche

[9] Dr Federico Clemente*, Revocatoria fallimentare e istituti di credito,* Bergamo*,* 23 novembre 2011. Minimaster Ordine Dottori Commercialisti di Bergamo.

andare bene la fissazione di una percentuale, ma con un limite inferiore già determinato con cifra fissa, nel senso che gli importi superiori sarebbero revocabili.

La tesi che inizialmente aveva avuto anche il nostro favore, una percentuale rapportata al rientro o alle operazioni medie, non pare invece soluzione corretta e può comportare effetti irrazionali di tutta evidenza.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui si ritenga di applicare una percentuale (esempio 10%) al rientro.

Ora, se il rientro è limitato, nessun problema particolare.

Ma se il rientro è, in cifra assoluta, importante (si pensi, ad esempio, a 1 milione di Euro) ecco allora che il 10% dell'importo revocabile ammonta a 100.000. Nel caso concreto, difficilmente ci saranno operazioni singole superiori a tale ammontare. E in ogni caso il rientro sarebbe consistente, indiscutibilmente.

Ed ecco che il 10% non andrebbe più bene, e dovrebbe essere ricalcolato, determinato magari in un 1%. Ed allora, tanto vale fare una cifra fissa; il risultato è esattamente lo stesso.

Un forte elemento distorsivo è proprio ora legato a tale percentuale al rientro; maggiore è il rientro, maggiore sarà la soglia di esenzione di rientro. È evidente che un tale collegamento non è razionale e appare rinviato all'origine. Si tratta quindi di un concetto non applicabile, a nostro avviso.

5.1.3) La riduzione consistente in pratica

Vista la finalità essenzialmente pratica del nostro intervento, si è ritenuto di partire da una esemplificazione numerica di un estratto conto estremamente semplificato, per poi verificare le diverse modalità di inquadramento delle operazioni.

E' chiaro che, a prescindere dal criterio adottato, tanto più si terrà alto il limite della consistenza tanto meno sarà possibile individuare rimesse che lo rispettano, e quindi minori saranno le operazioni revocabili (poche ma di importo rilevante).

Si tratta sempre per semplicità di rimesse, ovvero di accrediti nelle diverse forme generalmente considerate effettivi pagamenti a favore della banca (assegni, contanti, bonifici, giroconti ecc…).

Estratto conto

DATA	ADDEBITI	ACCREDITI	SALDO
01/1/08			-100.000
10/1/08		10.000	-90.000
25/1/08		15.000	-75.000
27/1/08	-2.000		-77.000
03/2/08	-7.000		-84.000
11/2/08		20.000	-64.000
15/2/08		4.000	-60.000

Dati essenziali:

Rimesse totali = 49.000

Addebiti totali = 9.000

Rientro = 40.000

Si possono avere diverse impostazioni, su questo particolare aspetto, di riduzione consistente e più precisamente far riferimento a uno di questi **otto** concetti:

- **importo assoluto;**
- **importo rapportato al saldo debitore (iniziale, finale, massimo, prima di ogni rimessa);**
- **importo rapportato ai versamenti del periodo;**
- **importo rapportato a tutte le operazioni del periodo;**
- **importo rapportato al rientro;**
- **importo rapportato al debito medio e alle operazioni medie;**
- **importo percentuale su raffronto tra saldo medio e operazioni medie;**
- **importo rapportato al debito e superiore a una determinata cifra fissa.**

Per quanto concerne il periodo di riferimento è anche stata sostenuta la tesi di far riferimento di sei mesi anteriori il periodo sospetto[10].

[10] Dr Federico Clemente, *Revocatoria fallimentare e istituti di credito*, Bergamo, 23 novembre 2011. Minimaster Ordine Dottori Commercialisti di Bergamo.

5.1.3.1) Importo assoluto

Con riferimento ad un importo assoluto si può considerare consistente una riduzione del debito, ovvero una rimessa, che sia almeno pari ad una cifra fissa; è sicuramente metodo assai semplice o meglio semplicistico, ma merita comunque di essere preso in considerazione.

Se nel nostro esempio si considera consistente qualsiasi accredito pari ad almeno 10.000, risultano tali 3 rimesse per complessivi euro 45.000, mentre resta escluso solo l'ultimo accredito di 4.000.

5.1.3.2) Importo rapportato al saldo debitore

La cifra viene definita in percentuale fissa rispetto al valore di riferimento, che può essere il saldo debitore:

- iniziale;
- finale;
- massimo;
- prima di ogni rimessa.

In tale caso si ragiona in termini relativi; resta la discrezionalità nella scelta sia del valore percentuale sia del valore di riferimento.

Ad esempio, ipotizzando una percentuale del 15%, l'importo consistente sarebbe pari a 15.000 se riferito al saldo iniziale, e pari a 9.000 se riferito al saldo finale. Nel primo caso risultano consistenti solo 2 rimesse, per complessivi 35.000; nel secondo caso le rimesse consistenti diventano 3 per complessivi 45.000.

Ancora, si può pensare di ragionare sul saldo debitore medio, che è un dato più preciso e anche più elaborato, ma per questo meno immediato da calcolare. Nel nostro esempio il saldo debitore medio più immediato potrebbe essere 80.000 ((100.000 + 60.000) : 2), ma conteggi più precisi richiederebbero di considerare anche il numero dei giorni.

Taluno[11], in mancanza di riferimenti, ha ritenuto di riferirsi al rapporto di un quarto dettato al n. 1) del comma 1 dell'art. 67 l.f. per gli atti a titolo oneroso che presentano una sproporzione tra prestazione e controprestazione. Quindi, sarebbero revocabili le rimesse di importo superiore al 25% dell'esposizione debitoria. Riteniamo però che tale principio sia stato dettato per aspetti del

[11] M. Vacchiano, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare nel nuovo art. 67 l.f.* in Impresa, n. 12/2005 p. 1738 e Geppino Rago, *Manuale delle revocatorie fallimentari,* Cedam, 2006, p. 981

tutto differenti, e che quindi non sia applicabile alla fattispecie; applicando comunque questa percentuale al nostro saldo medio avremmo un importo consistente pari a 20.000 (80.000 x 25%), e solo una rimessa, appunto di 20.000, rispetterebbe tale parametro.

Infine, facendo riferimento ad una percentuale sul saldo prima di ogni rimessa, ove la percentuale fosse del 10% sarebbero revocabili le prime tre rimesse (Euro 10.000, Euro 15.000 ed Euro 20.000 per complessivi Euro 45.000, esclusa invece l'ultima di Euro 4.000).

5.1.3.3) Importo rapportato ai versamenti del periodo

Il concetto di consistenza può essere visto come derivato dall'ordine di grandezza delle operazioni effettuate sul conto nel periodo interessato dalla revocatoria, ad esempio considerando l'importo medio degli accrediti.

Nel nostro esempio la cifra consistente sarebbe pari a 12.250, ovvero 49.000 diviso 4 operazioni. Rispettano tale requisito solo 2 rimesse, per complessivi 35.000.

5.1.3.4) Importo rapportato a tutte le operazioni del periodo

Rispetto al metodo precedente, potrebbe essere considerato più preciso calcolare la consistenza rispetto all'ordine di grandezza di tutte le operazioni effettuate sul conto nel periodo interessato dalla revocatoria.

Nel nostro esempio la cifra consistente, ovvero la media di tutte le operazioni, sarebbe pari a 9.666, ovvero 58.000 diviso 6 operazioni. Rispettano tale requisito 3 rimesse, per complessivi 45.000.

5.1.3.5) Importo rapportato al rientro

Il parametro di raffronto "importo rapportato al rientro" per determinare la consistenza delle rimesse ha assunto una maggiore autorevolezza a seguito della sentenza del Tribunale di Milano del 27 marzo 2008.

Effettivamente rapportare la consistenza all'ammontare del rientro pareva rappresentare un valido criterio, poiché aveva i pregi della relatività e della specificità, in quanto si adattava alla situazione specifica del rapporto intercorso tra la banca e il fallito.

Se applichiamo al nostro esempio la percentuale individuata dalla citata pronuncia milanese, pari al 10% del rientro, otteniamo una cifra minima consistente di 4.000 (40.000 x 10%). In questo caso tutte le rimesse dell'esempio possono essere considerate consistenti, per complessivi 49.000.

Se invece proviamo ad applicare una percentuale più alta pari al 20% del rientro, otteniamo una cifra minima consistente di 8.000 (40.000 x 20%). In questo caso non tutte le rimesse dell'esempio possono essere considerate consistenti, ma solo 3 per complessivi 45.000.

Abbiamo già indicato come la tesi non ci trovi concordi.

5.1.3.6) Importo rapportato al debito medio e alle operazioni medie

Sempre nell'ottica di trovare un criterio relativo e quindi il più "personalizzato" possibile rispetto all'andamento del conto corrente, si può ipotizzare di far riferimento a due diverse entità: il saldo debitore medio e l'importo medio delle operazioni.

Nel nostro esempio abbiamo un saldo debitore medio di 78.572 e una operatività media di 9.667; applicando il 15% al saldo medio otteniamo 11.786, e i due limiti coordinati (prevedendo l'importo massimo) fanno sì che siano consistenti solo 2 rimesse, per complessivi 35.000.

5.1.3.7) Importo percentuale su raffronto tra saldo medio e operazioni medie

La sentenza del Tribunale di Milano (25 maggio 2009) ha quantificato la consistenza nel modo seguente:

a) determinato l'importo della rimessa media;

b) determinato il saldo medio del conto dopo le singole rimesse;

c) calcolato il rapporto percentuale tra rimesse medie e saldo medio;

d) considerate consistenti le rimesse che hanno ridotto il saldo di una percentuale superiore (nella fattispecie 31,78%).

Dalla lettura della decisione pare di capire che il confronto sia stato fatto con il saldo post rimessa, mentre a nostro avviso sarebbe stato comunque da usare il saldo ante rimessa. Non pare neppure chiaro se il saldo medio sia calcolato rispetto a tutti i saldi o utilizzando solo i saldi successivi ad un accredito.

Nel nostro esempio abbiamo un saldo debitore medio di 78.572 e una operatività media di 9.667; il rapporto è pari al 13%. Applicando tale percentuale ai saldi ante rimesse vediamo che risultano consistenti solo 2 rimesse, per complessivi 35.000.

5.1.3.8) Importo rapportato al debito e superiore a una determinata cifra fissa

Sempre cercando sistemi per quantificare in modo relativo la consistenza, un ulteriore metodo può essere dato dall'abbinare una cifra minima assoluta, magari decisa dopo aver valutato l'andamento delle rimesse, con una cifra legata all'andamento del conto ovvero il saldo medio.

Con le cifre del nostro esempio potremmo avere un importo minimo di 10.000, collegato al 15% del saldo medio di 80.000 pari a 12.250; in tal modo risultano consistenti solo 2 rimesse per complessivi euro 35.000.

5.1.4.1) La riduzione durevole

La riduzione dell'esposizione debitoria deve essere, oltre che consistente, anche "durevole". Pure questo requisito non è stato esplicitato dalla norma.

Da una parte potrebbe ritenersi che la "durata" della riduzione debba protrarsi fino alla chiusura del rapporto, in modo che la banca abbia conseguito un effettivo "rientro" a discapito degli altri creditori. In tale modo "durevole" verrebbe a significare praticamente "definitivo", e quindi l'importo revocabile dovrebbe coincidere con il rientro medesimo.

D'altro canto, da altri potrebbe essere considerata durevole una riduzione dell'esposizione debitoria protrattasi per qualche giorno, o per qualche settimana, anche se poi nuove operazioni di addebito l'abbiano riportata ai livelli precedenti.

Anche per la durevolezza si è in presenza di un concetto relativo; il parametro temporale potrebbe ad esempio essere valutato in rapporto alla tempistica usuale delle operazioni sullo specifico conto corrente. Posto che la riduzione durevole è richiesta per l'esposizione debitoria ridotta con più rimesse, non sarà certamente considerata durevole, e quindi non sarà revocabile, una rimessa subito seguita da un addebito, magari nella stessa giornata. Deve essere durevole la riduzione dell'esposizione, non le singole rimesse.

Sarà soltanto da decidere se il concetto di "durevole" debba esistere anche al momento del fallimento, e quindi si consideri il "rientro" a quel preciso momento, oppure se possa essere considerato anche un rientro precedente, pur durevole, ancorchè poi seguito da più rimesse che lo hanno successivamente ridotto.

In definitiva, la locuzione "consistente e durevole" costituisce una endiadi che esprime appunto "la "definitività", la "stabilità", la "solidità" della riduzione del debito del correntista verso la banca la quale così intesa – e chiudendosi in tal modo il cerchio dell'argomentazione – non può che coincidere con quella differenza fra l'ammontare massimo raggiunto dalle pretese della banca e l'ammontare residuo delle stesse al momento dell'apertura del concorso"[12].

Durevole sta quindi a significare rimessa che ha inciso effettivamente sul saldo, riducendo l'esposizione debitoria, e che per un certo periodo di tempo, se non in modo definitivo (come alcuni sostengono), non è stata seguita da addebiti in grado di annullarla (o meglio comprometterne la consistenza netta).

Più precisamente, riteniamo che un accredito possa essere seguito a breve da un addebito che, se no lo riduce al di sotto del limite della consistenza, non ne inficia la durevolezza; in pratica è la consistenza a dover essere durevole.

Il requisito della durevolezza ha anch'esso carattere relativo, consistendo non in una riduzione definitiva del credito, ma in una sua riduzione non transitoria, la cui durata va determinata in concreto tenendo conto della frequenza delle movimentazioni del conto. In presenza di un conto corrente caratterizzato da entrate legate quasi esclusivamente ad incassi POS di importi ridotti e ad alcuni versamenti più cospicui e da successivi prelevamenti, è stato ritenuto che i versamenti non evidenziassero un'apprezzabile stabilità della riduzione del saldo e non costituissero rimesse revocabili. (Tribunale di Siracusa, n. 3192 del 20/04/2011).

Esaminiamo ora gli aspetti pratico / operativi.

Si può ritenere che solo gli **addebiti** "**significativi**" vadano presi in considerazione per limitare la durevolezza, ovvero quelli che incidono effettivamente sul saldo.

Con esempi numerici cercheremo di quantificare la durevolezza e di dare conto del legame diretto che esiste con la consistenza, di come in pratica si possa ritenere revocabile solo una rimessa che è risultata consistente in modo durevole.

Riportiamo per comodità la parte di tabella già utilizzata per la consistenza, aggiungendo altre operazioni successive:

[12] Marco Farina, *Alla ricerca delle rimesse revocabili. Spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67, comma III, lett. b), l.f.,* Fallimento.ipsoa.it

Estratto conto

DATA	ADDEBITI	ACCREDITI	SALDO
01/1/08			-100.000
10/1/08		10.000	-90.000
25/1/08		15.000	-75.000
27/1/08	-2.000		-77.000
03/2/08	-7.000		-84.000
11/2/08		20.000	-64.000
15/2/08		4.000	-60.000
05/3/08	-14.000		-74.000
31/3/08		17.000	-57.000
04/4/08	-11.000		-68.000
30/4/08		8.000	-60.000
06/5/08	Chiusura conto		-60.000
01/7/08	Fallimento		-60.000

Dati essenziali:

Rimesse totali = 74.000

Addebiti totali = 34.000

Rientro = 40.000

Si analizzano le seguenti **sei** diverse impostazioni:

- **numero giorni assoluto;**
- **durata rapportata alla tempistica usuale;**
- **durata rapportata al numero di operazioni consistenti;**
- **durata rapportata all'entità del rientro;**
- **durata e successivi addebiti;**
- **altre tesi.**

Tutti i parametri temporali, come detto, devono riferirsi alle capacità dell'accredito di restare consistente al netto degli addebiti "rilevanti". Una volta verificata la consistenza netta, potrà essere legittimo revocare l'accredito lordo, senza considerare gli addebiti poiché in quel caso non si tratta di operazioni bilanciate.

5.1.4.2) Numero giorni assoluto

Si può ritenere durevole una rimessa che non sia annullata (in tutto o in gran parte) da un addebito per un numero minimo di giorni; considerato che il periodo oggetto di revocatoria è di soli sei mesi, potrebbero essere sufficienti pochi giorni. Certo che un numero assoluto mal si combina con un criterio relativo quale quello della consistenza, ma può comunque essere ragionevole. In ogni caso si dovrà anche considerare che importanza dare all'entità dell'addebito, se ciò si intenda che la rimessa non sia seguita da nessun addebito, oppure da addebiti limitati, e in questo caso determinandone l'entità.

Se ad esempio si ipotizza che una rimessa debba essere lasciata integra per una settimana, nel nostro esempio avremmo che l'accredito di 15.000 è ridotto dopo 2 giorni da un addebito di 2.000 che però non lo porta sotto la soglia della consistenza, considerando che 13.000 resta pur sempre sopra il valore consistente di quasi tutte le esemplificazioni viste precedentemente.

Ove si dovesse ritenere che il numero di giorni "liberi" della durevolezza debba essere pari a 10, allora vediamo che l'accredito di 15.000 viene ridotto da due addebiti per complessivi 9.000, restando così un netto di 6.000 che spesso, nelle esemplificazioni sopra elaborate, non viene considerato consistente. Stesse considerazioni per l'accredito di 17.000, che viene ridotto a 6.000 dall'addebito di 11.000.

Come già segnalato per la consistenza, esiste una interpretazione curiosa[13], secondo la quale anche la durevolezza dovrebbe essere determinata applicando la percentuale del 25% stabilita all'art. 67, comma 1 n. 1 per determinare la eventuale sperequazione tra le prestazioni, e quindi proprio un periodo di 1 mese e mezzo (6 mesi x 25%) ovvero 45 giorni.

Aumentando la durata richiesta della durevolezza, aumenta il numero di addebiti che possono andare a ridurre gli accrediti; chiaro poi che gli ultimi accrediti, a ridosso della chiusura del conto (o del fallimento), restano durevoli ugualmente anche se "durano" meno, poiché diventano definitivi.

Nel nostro esempio, considerando la durevolezza di 45 giorni, sicuramente il primo accredito viene falciato dagli addebiti, che così assorbiti liberano il secondo accredito; il terzo accredito di 20.000 viene bloccato dall'addebito di 14.000, liberando l'accredito di 4.000. Infine l'accredito di 17.000 è stralciato dall'addebito di 11.000, mentre l'ultimo accredito resta definitivo poiché dopo non succede nulla. In totale, revocabili secondo questa tesi 23.000.

[13] Geppino Rago, cit., p. 891

5.1.4.3) Durata rapportata alla tempistica usuale

I giudici di Milano, nella citata sentenza del 27 marzo 2008, hanno ritenuto che fosse necessario far ricorso ad un criterio relativo e non assoluto, dipendente dalla valutazione della frequenza delle movimentazioni del conto; nel caso specifico hanno valutato equa una quantificazione della stabilità della rimessa in **dieci giorni**.

La durevolezza va quindi vista in relazione al numero delle operazioni registrate in conto e alla loro frequenza, valutando caso per caso; la tempistica usuale delle operazioni fa da riferimento, ma come rapportarvi la durevolezza? In altri termini, una rimessa è durevole se rispetta la tempistica media o la deve superare? E di quanto? Il concetto è tutto da interpretare. I giudici milanesi hanno spiegato la loro decisione esemplificando che "qualche giorno di stabilità sarà sufficiente solo in presenza di un conto con rimesse e prelevamenti infragiornalieri"; ciò pare significare che la durevolezza è durata superiore alla media.

Ipotizzando, come nel caso della sentenza milanese, che il conto sia movimentato quasi tutti i giorni, potrebbero bastare 10 giorni per considerare una rimessa durevole; con tale limite vediamo che l'accredito di 15.000 viene ridotto da due addebiti per complessivi 9.000, restando così un netto di 6.000; non rispetta quindi i requisiti, ove si seguisse la tesi della riduzione netta, mentre gli altri 3 accrediti successivi sono durevoli. Stesse considerazioni per l'accredito di 17.000, che viene ridotto a 6.000 dall'addebito di 11.000, mentre l'ultimo accredito resta durevole.

Chiaramente, riducendo la cifra limite della consistenza a 5.000, i due accrediti netti di 6.000 sarebbero revocabili, e al lordo (15.000 e 17.000)!

L'altra sentenza di Milano, 25 maggio 2009, estensore Dr Roberto Craveia, ha fatto riferimento a **8 giorni**.

5.1.4.4) Durata rapportata al numero di operazioni consistenti

Rispetto al criterio precedente, si può ritenere che non tutte le operazioni debbano essere prese in considerazione per quantificare la durata media, ma solo quelle significative, ovvero gli accrediti consistenti.

Certo il calcolo si fa più complicato, poiché si devono prima individuare gli accrediti consistenti, e poi conteggiare i giorni liberi che li separano da un altro accredito o da un addebito che li riduce sotto tale soglia.

DATA	ADDEBITI	ACCREDITI	GIORNI
10/1/08		10.000	15 fino al 25/1
25/1/08		15.000	9 fino al 3/2
27/1/08	-2.000		
03/2/08	-7.000		
11/2/08		20.000	23 fino al 5/3
15/2/08		4.000	Non consistente
05/3/08	-14.000		
31/3/08		17.000	4 fino al 4/4
04/4/08	-11.000		
30/4/08		8.000	6 fino al 6/5
06/5/08	Chiusura conto		
01/7/08	Fallimento		

Con questi dati avremmo: (15+9+23+4+6) = 57 diviso 5 movimenti = 11,4 giorni. Il risultato è analogo a quello dell'esempio precedente (10 giorni). Le rimesse che non rispettano i requisiti di consistenza e durevolezza sono quelle di 15.000, 4.000, 17.000; l'ultima resta definitiva in ogni caso.

Tutto da dimostrare, poi, che sia corretto valutare la durata (diversa dalla durevolezza) di un accredito fino all'accredito successivo, piuttosto che solo guardando agli addebiti che ne compromettono la consistenza (e quindi la durevolezza), oppure, ancora, agli addebiti di una certa rilevanza.

Un metodo analogo è quello suggerito dalla sentenza del Tribunale di Milano (25 maggio 2009), che però rapporta l'intero periodo oggetto di revocatoria (180 giorni) con il numero delle operazioni consistenti. Nel nostro esempio avremmo 116 giorni (poiché il conto è stato chiuso ante fallimento) diviso 5 operazioni, con una durevolezza di 23 giorni.

5.1.4.5) <u>Durata rapportata all'entità del rientro</u>

Taluni hanno ipotizzato che la rimessa sarebbe durevole quando non più riutilizzata, praticamente lasciata definitivamente sul conto realizzando il rientro; è in pratica definitiva, più che durevole.

Ciò non dovrebbe comunque significare che siano da considerare durevoli in modo definitivo solo le rimesse che non sono più seguite da alcun addebito, poiché si andrebbe a forzare la

volontà del legislatore, ma sicuramente si potrebbe valutare la durevolezza tenendo ben presente l'andamento del rientro.

Chiaramente questa interpretazione verrebbe a limitare notevolmente il numero delle operazioni revocabili, ma semplificherebbe i conteggi e forse non si discosterebbe troppo da quello che resta comunque il cardine della nuova revocatoria, cioè il rientro.

Nel nostro esempio, se guardiamo quali sono gli accrediti che più si avvicinano ai concetti di consistenza e durevolezza, vediamo che sono senz'altro il primo e l'ultimo; a certe condizioni anche il terzo, quindi gli importi di 10.000, 20.000, e 8.000, per un totale di 38.000.

Il rientro ammonta a 40.000, e quindi nello specifico le rimesse revocabili vengono quasi a coincidere con il limite stabilito dall'art.70 l.f..

5.1.4.6) Durata e successivi addebiti

Quanto alla durevolezza, è da considerare il numero di giorni durante i quali l'accredito deve rimanere consistente.

Ad esempio, ponendo la durevolezza pari a 5 giorni, un accredito è considerato consistente e durevole (e quindi eventualmente revocabile) se, una volta sottratti gli addebiti (rilevanti) dei 5 giorni successivi, soddisfa ancora il requisito della consistenza.

Ciò può essere effettuato in due modalità differenti, che chiameremo un po' semplisticamente calcolo LIFO e calcolo FIFO.

Con il "Calcolo LIFO" gli accrediti sono erosi dapprima dall'ultimo addebito (non utilizzato) dell'n-simo giorno successivo, poi dal penultimo, e così via "risalendo";

Con il "Calcolo FIFO" gli accrediti sono erosi dapprima dal primo addebito "libero" immediatamente successivo, poi dal secondo, e così via "scendendo" fino all'n-simo giorno.

Ad esempio, in caso di durevolezza fissata a 2 giorni, con i dati che seguono:

Data	Addebiti	Accrediti
01/02/2007		10.000,00
02/02/2007	9.000,00	
03/02/2007		20.000,00
03/02/2007	4.000,00	
08/02/2007		8.000,00

Nel caso del "Calcolo LIFO" l'accredito di 10.000 è eroso dapprima dall'addebito di 4.000 (2 giorni dopo) e poi da quello da 9.000, mentre l'accredito di 20.000 non viene eroso (in quanto l'addebito di 4.000 è già stato "consumato") – di conseguenza, sono interamente revocabili gli accrediti di 20.000 e di 8.000;

Nel caso del "Calcolo FIFO" l'accredito di 10.000 è eroso dall'addebito di 9.000 e l'accredito di 20.000 dall'addebito di 4.000 – di conseguenza, sono revocabili gli accrediti di 10.000 per 1.000 (10.000-9.000), di 20.000 per 16.000 (20.000-4.000) e per intero quello di 8.000.

L'opzione "Calcolo FIFO" è di più immediato utilizzo e riscontro.

5.1.4.7) Durevolezza, altre tesi

Su questo tema è recentemente intervenuto il collega Dr Federico Clemente[14] il quale ha approfondito in particolare due aspetti della durevolezza:

"1) come determinare l'arco temporale;

2) quando ci sia la permanenza della rimessa.

1) l'arco temporale

La determinazione del periodo idoneo a qualificare come durevole una rimessa comporta la necessità di fissare un numero di giorni di permanenza della rimessa sul conto, in funzione del normale andamento del conto".

Piuttosto che la frequenza delle rimesse, "sembra più corretto valutare la frequenza degli addebiti (in quanto sono questi ad erodere od annullare gli effetti delle rimesse consistenti), o quanto meno la frequenza dei "movimenti". La media degli addebiti, inoltre, dovrà essere estrapolata da un periodo di ordinaria gestione, quindi antecedente al momento a partire dal quale si ritiene provata la conoscenza dello stato di insolvenza.

Disposta la media degli addebiti, le rimesse in prima battuta saranno durevoli quando la loro permanenza sul conto si protrarrà oltre tale media.

Anche questo approccio peraltro non manca di esprimere possibili contraddizioni" (addebiti di modesto importo).

"Conseguentemente, l'analisi non può che essere condotta caso per caso, muovendo dall'andamento del conto in un periodo di normale operatività. In definitiva, la determinazione di

[14] Articolo in corso di pubblicazione, *La durevolezza nella revocatoria delle rimesse bancarie: ipotesi applicative*.

un lasso temporale cui riferire la durevolezza non va tanto affidata a metodi matematici, quanto al motivato "colpo d'occhio" sulla specifica situazione.

2) La permanenza della rimessa

La durevolezza va indubbiamente accompagnata alla consistenza; pertanto, solo per le rimesse consistenti va verificata la durevolezza, che si traduce nella permanenza della rimessa sul conto per un determinato lasso di tempo, e quindi nell'assenza di prelievi atti a vanificare gli effetti della rimessa stessa.

Questo indirizzo, peraltro, apre ad ulteriori ipotesi, ossia:

a) si ha durevolezza quando il versamento consistente non viene utilizzato integralmente in un lasso di tempo successivo. Tale lasso di tempo potrebbe essere determinato, come richiamato, avuto riguardo all'andamento dello specifico rapporto tra banca e cliente in un periodo di ordinaria attività, o comunque antecedente il periodo sospetto;

b) si ha durevolezza quando il versamento consistente non viene utilizzato per un importo tale da ricondurlo al di sotto della soglia di consistenza, per il periodo di tempo predeterminato;

c) si ha durevolezza quando non vi è utilizzo, nelle distinte ipotesi sub a e b, per un lasso di tempo superiore alla media di giorni senza prelievi nel periodo sospetto".

"Si pone a questo punto un ulteriore problema, nel caso in cui nel periodo di tempo in base al quale viene vagliata la durevolezza, si registrano sia rimesse consistenti che rimesse non consistenti, seguite da addebiti atti a ridurre sotto la soglia di consistenza il rientro determinato dalla rimessa consistente[15].

[15] Esemplificazione: "Un esempio può meglio chiarire la fattispecie.

Si ipotizzi che le rimesse siano ritenute consistenti ove maggiori o uguali a 100, che la durevolezza sia rapportata ad un lasso di tempo pari o superiore a 10 giorni di permanenza delle rimesse consistenti sul conto, e che la sequenza delle operazioni riportata sul conto sia la seguente:

data	importo	descrizione	saldo progressivo
1/1			- 650
2/1	+ 150	rimessa consistente	- 500
3/1	+ 50	rimessa non consistente	- 450
4/1	+ 30	rimessa non consistente	- 420
5/1	- 90	addebito	- 510

Al termine dei dieci giorni, il saldo permane il medesimo del 5/1, ossia - 510.

Ove l'addebito di 90, avvenuto nei 10 giorni, venga imputato alla rimessa consistente di 150, questa si ridurrebbe al di sotto della soglia di consistenza, e diverrebbe per tale via esente da revocatoria.

Si verificherebbe pertanto a favore dell'istituto di credito un rientro di 140 esente da revocatoria, il che francamente pare contrario allo spirito della norma.

Si ipotizza pertanto, quale soluzione logica, che l'addebito di 90 venga imputato in primo luogo alle rimesse non consistenti (50 e 30), e in secondo luogo (per il residuo 10) a quella consistente, che quindi non perde la qualifica della consistenza.

L'impostazione permette di superare le problematiche, riscontrate nel caso di specie, relative a molteplici accrediti e addebiti successivi all'accredito della rimessa consistente, ed alla loro imputazione. Si pensi, ad ulteriore integrazione della riflessione, al caso di una rimessa consistente seguita da una operazione bilanciata. Se l'addebito di cui a quest'ultima operazione venisse imputato a decurtazione della rimessa consistente, facendolo divenire irrevocabile, il risultato non rispecchierebbe assolutamente la circostanza per cui la banca era rientrata con la rimessa consistente, ed ha poi evitato grazie ad una operazione bilanciata di aggravare nuovamente l'esposizione.

Analoga riflessione può valere anche allorché gli accrediti non consistenti seguano l'addebito, anziché precederlo.

Mutuando l'esempio che precede:

data	importo	descrizione	saldo progressivo
1/1			- 650
2/1	+ 150	rimessa consistente	- 500
3/1	- 90	addebito	- 590
4/1	+ 30	rimessa non consistente	- 560
5/1	+ 50	rimessa non consistente	- 510

In altri termini, ove vi sia una rimessa consistente e, a far data da questa, al termine del lasso temporale fissato per la durevolezza, lo scoperto del conto sia diminuito per un importo superiore al limite della consistenza, la rimessa consistente permane revocabile. Perdono quindi di rilevanza gli accrediti e gli addebiti intermedi, che si neutralizzano reciprocamente.

Si consideri, quale metodo alternativo, che ogni addebito venga imputato alla prima rimessa consistente, fino al limite della sua riduzione al di sotto del limite di consistenza, e in seguito alle successive rimesse consistenti, di volta in volta fino al limite di riduzione delle stesse al di sotto del limite di consistenza.

Con un esempio:

limite consistenza 35

data	importo	descrizione	saldo progressivo
1/1			- 200
2/1	+ 50	rimessa consistente	- 150
3/1	+ 40	rimessa consistente	- 110
4/1	- 22	addebito	- 132

Si ipotizzi che in seguito il conto non abbia più avuto movimenti, e quindi permanga un saldo negativo di 132.

Se l'addebito di 22 viene imputato quanto a 16 all'accredito di 50 e quanto a 6 all'accredito di 40, secondo l'ipotesi formulata tali accrediti perderebbero la consistenza e non sarebbero revocabili, nonostante il conto sia rientrato di 68 in pochi giorni.

Anche secondo tale autore "l'applicazione del solo articolo 70 l.f. sarebbe ad avviso di chi scrive sufficiente a conseguire la finalità pratica dell'azione revocatoria, ossia la restituzione da parte del creditore delle somme percepite e che gli hanno consentito una diminuzione dell'esposizione, con una contestuale limitazione dei noti effetti distorsivi che le azioni revocatorie comportavano prima che fosse introdotta la limitazione dello stesso articolo 70, comma 3 l.f.".

5.2) Il rientro (art. 70 l.f.)

L'art. 70, comma 3, l.f. adotta la soluzione sulla revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario già proposta in passato: è revocabile il cosiddetto "rientro", e quindi l'importo compreso fra "massimo scoperto" e "saldo finale" del conto.

A dire il vero c'era chi inizialmente aveva ipotizzato che l'art. 70 l.f. non riguardasse le rimesse bancarie, anche se la dottrina maggioritaria riteneva invece chiaramente applicabile la disposizione anche alle rimesse, trattandosi di un rapporto continuativo e reiterato[16].

Ad ogni buon conto, la modifica normativa introdotta dal D.Lgs. 169/2007 ha aggiunto l'espressione "posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario", eliminando così ogni possibile incertezza.

Tale variazione è entrata in vigore il 1° gennaio 2008 e, come prevede l'art. 22 di tale Decreto Legislativo, si applica ai procedimenti per la dichiarazione di fallimento pendenti a tale data e a quelli successivi.

Con il metodo sopra proposto, al contrario, posto che nell'arco temporale previsto per la durevolezza permane un rientro dell'esposizione in misura consistente, la prima rimessa di 50 mantiene la propria caratteristica di consistenza e diviene quindi revocabile.

Sempre a titolo di opinione personale, peraltro, vi è forse una ulteriore ipotesi, che viene ad affrancarsi dal tema dei tempi di "durata".

Nel caso di conto di fatto congelato nella propria operatività, in cui non figurano se non in misura estremamente modesta addebiti su ordine del correntista (bonifici o di terzi, assegni, ritiro di ricevute bancarie di fornitori eccetera), e quindi di conto posto all'evidenza al rientro, si può ritenere che il concetto di durevolezza venga a perdere di incisività (e forse anche quello di consistenza).

Ogni accredito, infatti, è evidentemente finalizzato al rientro, e diviene quindi durevole, ancorché sul conto figurino addebiti (di norma di spettanze della banca, quali interessi, commissioni, insoluti).

Ove si applichi tale teoria, dovrà guardare alla sola consistenza.

[16] In questo senso, da ultimo vedasi anche L. Guglielmucci (ne Il Fallimento n. 5/2011).

La relazione del governo a commento di tale Decreto Legislativo ha sottolineato che "innanzitutto" i conti correnti bancari meritavano di essere ricompresi nella nozione di "rapporti continuativi".

Quid Juris per i fallimenti dichiarati precedentemente?

Non si dovrebbe poter ritenere come interpretativa, questa norma, essendo appunto stabilita una specifica decorrenza successiva. Ed allora ne consegue che non sarebbe applicabile per procedure dichiarate dal 17 marzo 2005 al 31 dicembre 2007. In base alla norma, letteralmente così dovrebbe essere.

Sotto l'aspetto pratico ne deriverebbe che per procedure dichiarate nell'intervallo temporale sopra indicato non si applicherebbe la limitazione dell'art. 70 l.f..

Sul punto, per la non applicabilità, si è pronunciato il Tribunale di Milano, Sentenza n. 6946 del 29/05/2009, estensore Dr Roberto Craveia. Anche la Cassazione si è interessata al tema (Cassazione n. 20834 del 7/10/2010), ma l'interpretazione, data *obiter dicta*, non è assolutamente convincente. È stato infatti affermato che si tratta di norma interpretativa, ancorché di applicazione differita. È evidente il contrasto logico, per cui ne deriva, a nostro avviso, la sostanziale inapplicabilità della norma stessa.

È stato anche già sollevato un rilevante profilo di incostituzionalità per eccesso di delega, essendo il legislatore del D.Lgs. privo di legittimità, nell'intervento specifico[17].

Un altro elemento di discussione è l'ambito del rientro, ovvero se sia corretto limitarsi ad esaminare singolarmente i vari rapporti che il fallito ha intrattenuto con la banca, o piuttosto valutarne la posizione debitoria complessiva.

Noi riteniamo che il rientro, visto come riduzione delle pretese creditorie della banca, debba fare riferimento alla sommatoria dei vari conti, che possono essere ordinario, anticipi, di finanziamento ecc.. In questo senso, L. Quagliotti[18]: "La scelta letterale di non riferirsi ad alcuna delle ben note nozioni di "saldo", preferendo far ricorso ad una espressione inedita [esposizione debitoria], si coniuga dunque con l'istanza di abbandono dell'approccio disaggregato sia ai rapporti banca-fallendo, sia al singolo conto corrente. L'alternativa è univocamente data dalla deframmentazione (per la riconduzione ad unità) del conto corrente e dei rapporti ivi regolati, con le relative esposizioni (appunto) debitorie o creditorie. Se è la risultante del complesso di tali rapporti ad essere rilevante ai fini della revocabilità, allora "l'esposizione debitoria" identifica

[17] P. Menti, *La revoca delle rimesse bancarie dopo il decreto correttivo della riforma fallimentare*, Il Fallimento 2007 pag. 1279.

[18] Leonardo Quagliotti, "il conto corrente bancario, le rimesse e l'esposizione debitoria nel nuovo corso della revocatoria fallimentare" , in Il Fallimento 1/09 pagg. 103 ss.

la sommatoria delle passività del correntista nei confronti della banca, fotografate in un dato momento sulla base di ciò che emerge dai (normalmente) plurimi rapporti tra le parti."

Questo fatto comporta il dover verificare anche i rapporti tra tali conti, valutando ad esempio i giroconti che solo a certe condizioni possono essere considerati rimesse revocabili.

Entra così in gioco il concetto della revocatoria azionabile sui diversi conti del fallito; a certe condizioni sarà da mettere in relazione il rientro complessivo con le rimesse effettuate su conti diversi.

In questo senso si veda la sentenza del Tribunale di Udine (n. 293 del 24/02/2011).

Anche la valutazione della consistenza potrebbe risentire dell'esposizione debitoria complessiva, ma forse dovendosi individuare le singole rimesse su ogni conto i valori di riferimento resteranno limitati al conto specifico (es. saldo medio o rientro).

Segnaliamo anche quella che ci pare una incoerenza applicativa.

Abbiamo appurato che il nuovo articolo 70 l.f. è applicabile, secondo i più, per procedure dichiarate dopo tale data. Ma ovviamente si va a ritroso, nel calcolo dei sei mesi, e ben può verificarsi, per fallimenti dichiarati entro il 30 giugno 2008, che la norma si renda di fatto applicabile ancora prima della sua applicazione, nel 2007.

Come vedremo, il problema della nuova revocatoria è tutto dato proprio dal coordinamento, difficile, tra le diverse disposizioni, artt. 67 e 70 l.f..

L'argomento sarà oggetto di uno specifico successivo approfondimento. Completiamo qui invece l'elencazione delle problematiche.

5.3) La rilevanza dell'affidamento

L'elaborazione giurisprudenziale aveva faticosamente e lentamente raggiunto (in oltre sessanta anni) una impostazione abbastanza condivisa, anche se a nostro avviso comunque non ancora definitiva, prevedendo una netta distinzione tra conto scoperto (con saldo eccedente il fido oppure con fido revocato, ancorché solo di fatto) e conto passivo (con saldo nei limiti dell'affidamento), considerando le rimesse solutorie o ripristinatorie, revocabili nel primo caso e non revocabili nel secondo caso.

Soluzione oramai pressoché univoca, ma non ancora soddisfacente. Ricordiamo in proposito come qualche anno fa sia intervenuta la "irridente" sentenza della Corte di Appello di Firenze (28/1/2004 in *Foro.it*, 2004, I, 1714), assolutamente fuori dal coro, che se non altro ha avuto

l'effetto di creare un po' di scompiglio fra gli addetti ai lavori, anche se senza effetti pratici. La Cassazione, comunque, è già intervenuta su questo aspetto[19], richiamando la consolidata giurisprudenza e, invero inopinatamente, le Norme Bancarie Uniformi, peraltro non più applicabili.

La giurisprudenza era stata forse portata a proporre questa tesi prevalentemente per calmierare, seppure solo in parte, le richieste dei curatori.

Le nuove disposizioni, che per la prima volta si riferiscono esplicitamente alle "rimesse effettuate su un conto corrente bancario" o meglio esentano da revocatoria determinate rimesse, ricomprendendone quindi le altre, espressione mai utilizzata precedentemente dalla norma, cambiano ora tutto. Manca ora il concetto di debito liquido ed esigibile; si parla di "**esposizione debitoria**" (art. 67, c. 3, lettera b)) e di "**pretese**" (art. 70, c. 3).

La norma prevede esplicitamente la revocatoria delle rimesse (ancorché la previsione sia, come già detto, in negativo, nel senso che esenta da revocatoria certe rimesse, assoggettandone per esclusione le altre), e non più la revocatoria dei pagamenti, almeno nell'art. 67 comma 3 l.f..

La norma fa anche riferimento all'"esposizione debitoria".

Si tratta di concetti che mal si legano con il concetto di conto scoperto[20]. Ne deriva, quindi, che tutta la costruzione giurisprudenziale di questi anni, sul punto, pare inutilizzabile.

Ma il secondo comma dello stesso articolo 67 l.f. prevede ancor oggi la revocatoria dei "pagamenti di debiti liquidi ed esigibili". Sotto questo aspetto non ci sarebbe invece nulla di

[19] Sentenza della Corte di Cassazione n. 23393 del 9 novembre 2007 che ha cassato Corte di Appello di Firenze del 23 giugno 2003, inedita (però analoga a quella del 28 gennaio 2004, cassata da Cassazione n. 8953 del 14/04/2010).

[20] Altri, tra cui Alfredo Haupt – Alberto Jarach, *Le procedure concorsuali*, Giuffre' Editore, 2008, pag. 161, sostengono invece che esposizione non significa scoperto.
La dottrina appare un po' divisa, sul concetto di affidamento. Si sono espressi per la validità del fido: Marco Farina in Il Fallimento n. 2/2006 p. 229, Giovanni Nardecchia, Giudice del Tribunale di Como, Incontro di Studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: "La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare" – Roma 14-16 luglio 2008.
Si sono invece pronunciati per la irrilevanza degli affidamenti: Gian Mario Perugini sul suo sito www.studiogmperugini.it, Nicolo' Abriani e Leonardo Quagliotti in Il Fallimento n. 4/2008 p. 377 "An e quantum della nuovissima revocatoria delle rimesse bancarie", Bartolomeo Quatraro "Considerazioni in tema di azione revocatoria fallimentare", Sido Bonfatti "Fallimento e altre procedure concorsuali" UTET 2009, Di Amato "Le rimesse di conto corrente" "La riforma della Legge Fallimentare: azione revocatoria e concordato preventivo" Ancona 2005 p. 49, Grossi "La riforma della legge fallimentare" Milan 2006 p. 937; Bonfatti e Censoni, La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006, 108 ss.; Guglielmucci, La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente, in Dir. fall., 2005, 807 ss.; Fabiani, La revocatoria fallimentare «bonsai» delle rimesse in conto corrente, in Foro.it, 2005, I, 3297 ss.; Tarzia, Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma, in Fall., 2005, 841; Tedeschi, Manuale diritto fallimentare, 2007, 312, posizioni su cui è pervenuto anche il Tribunale di Milano con la sentenza 25 maggio 2009.

differente rispetto a prima, per cui, a rigore, dovrebbe ritenersi ancora applicabile tutta la questione del conto scoperto.

Si tratta allora di cercare di conciliare le due previsioni dell'art. 67: la prima (comma 2), che fa riferimento, di fatto, al conto scoperto, e la seconda (comma 3, lettera b), che invece non fa riferimento alcuno al conto scoperto, ma al solo debito.

Tenuto però conto che la specificazione che il comma 3, lettera b) fa alle esenzioni ricomprende tutti i rapporti di c/c, scoperti o solo a debito, nessuno escluso, non dovrebbe avere effetto alcuno il richiamo al comma 2, a questo punto del tutto ininfluente.

La nuova normativa parla infatti di "rimesse effettuate su conto corrente bancario", e non di pagamenti, e ciò rileva sotto due aspetti:

1) qualsiasi annotazione a credito sul conto corrente può essere definita rimessa, e quindi non ci dovrebbero più essere i problemi di distinzione tra versamenti veri e propri e anticipi concessi dalla banca;

2) non dovrebbe più avere importanza il concetto del carattere solutorio. La norma utilizza la terminologia bancaria, per la quale alla parola rimessa non può essere associato il significato di pagamento. In ogni caso l'esposizione debitoria rappresenta il saldo debitore onnicomprensivo del conto corrente, perdendosi così la distinzione tra saldo debitore e saldo scoperto.

In senso contrario potrebbe peraltro obiettarsi che l'art. 67 comma 3, lett. b) l.f. si riferisce alla *"riduzione dell'esposizione debitoria"* e quindi potrebbe anche sostenersi che, se il saldo è nei limiti dell'affidamento, non c'è esposizione debitoria e quindi nessun debito esigibile.

L'art. 70, comma 3 l.f., si riferisce invece all'"*ammontare massimo raggiunto*" dalle pretese del terzo (in sostanza ammontare massimo del debito), e anche questo concetto potrebbe staccarsi dalla distinzione che attualmente si fa tra saldo scoperto (ovvero fuori fido) e saldo passivo del conto corrente (nei limiti del fido).

L'art. 70 non parla di sconfinamento, ma di differenza di saldi, concetto nuovo e quindi del tutto staccato dalle "vecchie" delimitazioni giurisprudenziali; e proprio a tale circostanza è

anche collegata la ritenuta prevalenza dell'art. 70 l.f. rispetto all'art. 67 l.f. nella determinazione della somma revocabile, in quanto "rientro" (aspetto analizzato più avanti).

Già precedentemente si riteneva in ogni caso revocabile anche il c.d. "rientro finale", puranche se nei limiti del fido; in proposito il conto formalmente passivo (in quanto affidato) poteva in effetti essere in realtà congelato, e quindi in sostanza scoperto.

Certo, si tratta comunque di ipotesi interpretative, che per loro natura potrebbero anche essere completamente rovesciate, solo basandosi sulla analisi letterale dei termini utilizzati dall'art. 70: il riferimento, infatti non è più fatto alle rimesse, che appaiono solo nel testo dell'art. 67. Questi i termini utilizzati dall'art. 70:

- "atti estintivi di rapporti";
- "ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese".

Abbiamo quindi due concetti che a ben vedere parrebbero non del tutto conciliarsi con la tesi sopra esposta, cioè della ininfluenza del fido. Qui non si parla più di rimesse in generale, ma di atti estintivi e di pretese, concetti che potrebbero anche coesistere con la vecchia tesi del conto scoperto. Anzi, queste espressioni sono più vicine al concetto di conto scoperto piuttosto che al concetto di debito.

Si potrebbe anche arrivare alla conclusione che mentre l'art. 67 l.f. non fa più alcun riferimento all'affidamento, questo è invece richiesto dall'art. 70 l.f.. Già mal si conciliano tra loro questi due articoli; l'aspetto fidi ne complicherà ancor più la coesistenza. Però è subito da osservare che l'art. 70 l.f. in realtà revoca il rientro, e questo era revocabile anche in base alle norme precedenti, al di là di ogni affidamento. Il fido, infatti, non era influente nemmeno con la precedente norma, trattandosi appunto di rientro.

Taluno potrebbe anche arrivare a constatare che si tratta di norme inconciliabili.

Ad ogni buon conto, l'interpretazione comune è per la non rilevanza degli affidamenti, ai fini della nuova revocatoria, cosicché pare corretto affermare che la nuova revocatoria comprende ora rimesse che non erano invece revocabili con la vecchia normativa[21].

La sentenza della Corte di Cassazione n. 20834 del 7 ottobre 2010 considera il riferimento al fido per la "nuova" revocatoria, ma solo per le rimesse che non hanno ridotto l'esposizione in

[21] In questo senso, Sido Bonfatti, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, UTET 2009, pag. 627: *"acquista pertanto credito l'idea che i nuovi criteri di individuazione dei presupposti di revocabilità delle rimesse su conto corrente bancario prescindano ormai dalla risalente distinzione tra saldo debitore inerente un conto bancario (solo) "passivo" e saldo debitore inerente un conto bancario "scoperto"".*
La dottrina appare un po' divisa, sul considerare o meno l'affidamento. Si sono espressi per la validità del fido: Marco Farina in *Il Fallimento* n. 2/2006, p. 229; Giovanni Nardecchia, Giudice del Tribunale di Como, Incontro di Studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: "La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare" – Roma 14-16 luglio 2008. Si sono invece espressi per la irrilevanza del fido: Gian Mario Perugini, sul sito www.studiogmperugini.it; Nicolo' Abriani e Leonardo Quagliotti, in *Il Fallimento* n. 4/2008, p. 377; Bartolomeo Quatraro "Considerazioni in tema di azione revocatoria fallimentare"; Sido Bonfatti, "Fallimento e altre procedure concorsuali", UTET, 2009; Di Amato, "Le rimesse di conto corrente", "La riforma della Legge Fallimentare: azione revocatoria e concordato preventivo", Ancona, 2005; Grossi. "La riforma della legge fallimentare", Milano, 2006.

misura non consistente né durevole. Per le altre rimesse, quindi, e sono quelle che interessano, pare che il riferimento al fido non sia applicabile [22].

La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 24.418 del 2 dicembre 2010, Relatore R. Rordorf, da taluno ora richiamata, in effetti si riferisce alla costruzione della Giurisprudenza ante riforma, e quindi pone l'accento sul conto scoperto o conto semplicemente passivo, su rimesse solutorie o ripristinatorie; non pare però aver alcun effetto per la nuova revocatoria.

Sempre nel senso di escludere il riferimento al fido, per la nuova revocatoria si ha anche Corte di Appello, L'Aquila, 30 marzo 2011, estensore Dr.ssa Rita Carosella. Tale sentenza precisa che sono revocate le rimesse "purchè presentino il duplice e concorrente carattere della consistenza e durevolezza, le rimesse su conto corrente bancario con saldo passivo, anche se assistito da apertura di credito, sono sempre revocabili, a prescindere dalla loro natura, solutoria o ripristinatoria, ciò che è consentito di argomentare dall'uso da parte del legislatore del solo termine generico "rimessa" senza lacuna altra specificazione; dal riferimento dell'incidenza riduttiva della rimessa all'"esposizione debitoria" termine atecnico e che pare pertanto compatibile con un saldo debitore tanto di conto passivo che di conto scoperto, ovvero comprensivo non soltanto dei debiti riferibili allo sconfinamento dal fido concesso dalla Banca, ma a qualsiasi altra posizione di debito del correntista verso quest'ultima che si registri sul conto".

"La disposizione "(art. 70)" si segnala, ai fini che interessano il presente giudizio, per il suo riferimento, giustappunto, alle posizioni passive in conto corrente, apportando un nuovo argomento, testuale, in favore della tesi del definitivo superamento della distinzione, al fine dell'individuazione della rimessa revocabile, tra posizione di scopertura e di mera passività del conto".

Sempre fido ininfluente anche per il Tribunale di Siracusa, sentenza n. 453 del 20/04/2011, estensore dottoressa Viviana Urso. Un'ultima annotazione: è evidente che si considera sempre e comunque il fido per cassa, superando definitivamente la questione del cumulo (che era peraltro escluso) degli affidamenti SBF ed altri aventi natura analoga (export, anticipi fatture ecc.).

[22] Per quanto concerne il riferimento o meno all'affidamento, la Cassazione afferma che "resta invariato l'onere del curatore di dimostrarne la scopertura rispetto al limite dell'affidamento" e così va in pieno contrasto con quanto affermato nella prima parte della sentenza. Non si tratta di un errore; lo stesso concetto è ribadito anche successivamente "le rimesse bancarie sono revocabili se, nel periodo sospetto dimezzato a sei mesi, hanno ridotto l'esposizione maturata sul conto **oltre il limite dell'affidamento** in maniera **non** consistente **né** durevole, ma l'obbligo di restituzione della banca non le riguarda, come secondo regola generale, nella loro sommatoria. Il quantum dell'azione, ove questa abbia esito favorevole alla curatela, non può in conclusione superare il limite del differenziale posto dal suddetto criterio legale" (il grassetto è nostro). In questa frase il riferimento al fido parrebbe quindi interessare solo le rimesse che non rispettano i nuovi parametri di consistenza e durevolezza! Cosa può voler dire, la Cassazione? Che oltre il fido si considerano le rimesse non consistenti e non durevoli, mentre entro il limite del fido le rimesse consistenti e durevoli? Non è assolutamente chiaro.

Ricordiamo in ogni caso, per completezza, la questione della prova dell'affidamento.

Affinché questa sia opponibile al curatore, dovrà avere la data certa, e questo quasi mai accade.

Molti giudici di merito non consideravano quale prova di data certa la spedizione di una lettera con timbro postale (la cosiddetta "autoprestazione"); sarebbe mancata infatti la prova che il foglio spedito fosse completo già prima della spedizione stessa. La Cassazione (Sentenza n. 8438 del 28 maggio 2012) su una sentenza della Corte di Appello che riteneva che il timbro dovesse essere apposto in modo da "sormontare la firma per accettazione delle proposta", ha sostenuto che, "se la scrittura privata non autenticata forma un corpo unico con il foglio sul quale è impresso il timbro, la data risultante da quest'ultimo deve ritenersi data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita. Grava sulla parte che contesti la certezza della data di provare la redazione del contenuto della scrittura in un momento diverso; a tal fine basta la prova contraria non occorrendo far ricorso alla querela di falso".

Anche l'eventuale riscontro dell'entità dell'affidamento nelle comunicazioni della Centrale Rischi della Banca d'Italia non vale come prova, non essendo considerate valide le presunzioni.

Tabella di sintesi – Importanza dell'affidamento nelle nuova revocatorie

"Vecchia revocatoria"	Revocabile il conto scoperto (oltre fido o senza fido). Revocabile comunque anche il rientro finale.
"Nuova revocatoria". Concetto di: - esposizione debitoria (67, c. 3 lett. e) - pagamento di debito liquido ed esigibile (art. 67, c. 2) - pretesa (art. 70, c. 3) - rimesse e non pagamenti.	

Tabella di sintesi – Importanza dell'affidamento nelle nuove revocatorie

"Vecchia revocatoria"	**"Nuova revocatoria: D.Lgs.35/2005"**
Revocabili le rimesse affluite su conto scoperto (oltre fido o senza fido). Revocabile, comunque, anche il rientro finale. Si riteneva, infatti, che le rimesse di carattere solutorio fossero destinate a estinguere, anche se solo parzialmente, il credito della banca. Non revocabili le rimesse di carattere ripristinatorio cioè affluite su un "conto passivo", ossia su un conto con saldo debitore assistito da apertura di credito di cui non è stato superato il limite. Si riteneva che i versamenti entro il limite del fido costituissero una mera ricostituzione della provvista nella disponibilità del correntista.	Concetti di: esposizione debitoria (67 c.3 l.*e*); pagamento di debito liquido e esigibile (art.67 c.2); pretesa (art.70 c.3); rimesse e non pagamenti. Ma si potrebbe anche arrivare a constatare che si tratti di concetti inconciliabili. Non rilevanza degli affidamenti ai fini della revocatoria, cosicché pare corretto affermare che la nuova revocatoria comprende ora rimesse che non erano invece revocabili con la vecchia normativa (e viceversa).

Diversi orientamenti sul punto "riferimento al fido"[23]

VALIDITA' DEL FIDO	IRRILEVANZA DEL FIDO
Tribunale di Milano, n. 3879 del 27/03/2008	Tribunale di Monza del 3/09/2008
Tribunale di Milano del 21/07/2009	Tribunale di Milano, n. 6946 del 25/05/2009
Cassazione n. 20834 del 7/10/2010[24]	Tribunale di Udine, n. 293 del 29/02/2011
	Corte di Appello, L'Aquila, n. 334 del 30/03/2011
	Tribunale di Siracusa, n. 453 del 20/04/2011
	Tribunale di Bologna, n. 2167 del 4/08/2011
	Tribunale di Ferrara, n. 658 e 659 del 14/05/2012
	Tribunale di Udine del 24/10/2012

VALIDITA' DEL FIDO	IRRILEVANZA DEL FIDO
M.Farina	L.Guglielmucci (da ultimo, Il Fallimento n. 5/2011)
G.Nardecchia	M.Fabiani
De Crescienzo-Panzani e Federico-Vivaldi	Zucchetti Sg S.r.l.
Castiello, D'Antonio, Inzitari e Limitone	M.Grossi
	A.Silvestrini
	Santangeli
	S.Di Amato
	S.Bonfatti
	N.Abriani e L.Quagliotti
	B.Quatraro
	G.Tarzia
	C. Costa

[23] Per una analisi più dettagliata, vedasi il nostro lavoro "Rilevanza o meno dell'affidamento nella nuova revocatoria fallimentare delle rimesse" di Giuseppe Rebecca e Moira Marchetti, Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali, CEDAM, n. 6/2010, pag. 788.

[24] Ma solo per rimesse né consistenti né durevoli, quindi di fatto inapplicabile. Ad ogni buon conto il caso trattato riguardava la vecchia revocatoria e i giudici hanno sentenziato uscendo dal caso esaminato.

5.4) Il saldo disponibile

Un altro punto controverso è se i conteggi vadano comunque effettuati in base al saldo contabile o al saldo disponibile, riferimento ormai pacifico nella vecchia revocatoria. Tenuto conto che il saldo disponibile è solitamente più scoperto del saldo contabile, poiché gli accrediti vengono in parte posticipati rispetto agli addebiti, il rientro quantificato in questo modo risulterebbe più rilevante. Non si vede ragione alcuna per cambiare tutta l'impostazione che, anch'essa molto faticosamente, era stata raggiunta in questi anni. Tenuto conto delle modalità applicative della nuova revocatoria, però, gli effetti saranno di norma assai limitati.

Segnaliamo come taluno[25] abbia ritenuto invece che tutta la questione del saldo disponibile non abbia più valenza alcuna. "La scelta letterale di non riferirsi ad alcuna delle ben note nozioni di "saldo", preferendo far ricorso ad una espressione inedita, si coniuga dunque con l'istanza di abbandono dell'approccio disaggregato sia ai rapporti banca-fallendo, sia al singolo conto corrente". "La sovrapponibilità della nozione di "esposizione debitoria" e di quella di saldo del conto corrente (non rileva a questi fini se saldo contabile, di valuta o disponibile) è in definitiva configurabile solo nelle situazioni all'evidenza marginali perlomeno per l'imprenditore commerciale "dimensionato" ex art. 1, secondo comma l.f. in cui intercorra un unico rapporto giuridico tra la banca e il correntista".

Va infine ricordata la questione del saldo infragiornaliero, ovvero l'ordine delle operazioni aventi la stessa data disponibile.

L'ordine delle operazioni può variare l'ammontare del saldo disponibile, e quindi il calcolo del rientro revocabile.

La giurisprudenza di Cassazione ha da tempo stabilito il principio, favorevole in ogni caso alle banche, dell'anteposizione degli accrediti rispetto agli addebiti, in mancanza di diversa prova, e pressoché tutti si sono adeguati, eccetto talora il Tribunale di Milano che in qualche sentenza ha sostenuto come sia corretto seguire sempre e soltanto l'ordine delle operazioni così come registrate in estratto conto.

Anche il concetto della anteposizione degli accrediti rispetto agli addebiti dovrebbe ritenersi applicabile nella nuova revocatoria, ancorché gli effetti siano ora limitati, per via dell'articolo 70 l.f..

[25] Leonardo Quagliotti, *Il conto corrente bancario, le rimesse e l'esposizione debitoria nel nuovo corso della revocatoria fallimentare*, Il Fallimento n. 1/2009 pag. 109.

5.5) Giroconti e operazioni bilanciate

Con la nuova revocatoria, nulla cambia sostanzialmente per quanto concerne i giroconti che provengono da terzi o da conti del fallito presso altre banche: restano normali accrediti revocabili.

Se il giroconto proviene invece da un altro conto del fallito presso la stessa banca, vi è da chiedersi se sia ancora revocabile posto che non va ad incidere sulla complessiva esposizione debitoria del soggetto.

Stesse perplessità possono dirsi di un giroconto che costituisce l'accredito sul c/c ordinario di una anticipazione SBF, che ha comportato l'addebito di pari importo su un conto apposito.

Se poi si dovesse verificare che l'anticipazione accreditata fosse andata insoluta, dovrebbero valere tutte le considerazioni espresse per la vecchia revocatoria.

Per quanto concerne le operazioni bilanciate, queste non possono mai costituire rimesse revocabili, poiché in pratica, se un accredito è bilanciato da un addebito, non si verifica la condizione richiesta della riduzione consistente e durevole, né un rientro.

Nella nuova revocatoria, in sostanza, verrebbero meno per forza di cose tutte le questioni relative alla coincidenza e contestualità tra accredito e addebito, nonché alla volontà delle parti, che la Suprema Corte ha anche recentemente ribadito essere essenziale (Cass. 09/11/2007 n. 23393 e 28/01/2009 n. 2183, 30/03/2010 n. 7734).

5.6) Le altre esenzioni da revocatoria

Le esenzioni che possono riguardare la revocatoria delle rimesse bancarie sono la vera novità delle nuove disposizioni. Sono tre e sono tutte indicate nell'art. 67, comma 3.

In sintesi sono queste:

1) rimesse che non hanno ridotto in modo nè consistente né durevole l'esposizione debitoria;

2) pagamento eseguito per effetto di piano attestato art. 67 l.f. c. 3 lettera d);

3) pagamento eseguito per effetto di un piano di risanamento nell'esecuzione di un:

   - concordato preventivo;
   - amministrazione controllata;
   - accordo omologato ex art. 182-bis l.f.;

4) atti, pagamenti e garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso del cosiddetto "concordato prenotativo" o, più semplicemente "concordato in bianco".

Esaminiamo ora le previsioni n. 2, 3 e 4.

5.6.1) Piano di risanamento (piano attestato) (art. 67, comma 3 lettera d) l.f.)

Si deve trattare di pagamenti effettuati in esecuzione di un piano di risanamento, pagamenti che sono esentati da revocatoria.

Sinteticamente, si tratta di un piano che appare idoneo a:

- consentire il risanamento della esposizione debitoria dall'impresa;
- assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria;
- la cui ragionevolezza sia attestata, ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile.

Come si vede, quindi, tre requisiti.

Si tratta in ogni caso di un piano che non richiede molto, oltre all'attestazione dell'esperto. I creditori non sono coinvolti, né il piano deve essere obbligatoriamente comunicato a chicchessia, anche se i presupposti, e quindi i pagamenti, per poter essere effettuati in base al piano debbono essere stati necessariamente precedentemente comunicati. Ora (Decreto

Sviluppo) è prevista la possibilità che il piano sia iscritto nel Registro delle Imprese, su richiesta del debitore stesso. La norma si disinteressa in ogni caso dall'aspetto economico dell'azienda, riguardando solo l'aspetto finanziario.

Il fatto che non sia possibile accertarne la condivisione, da parte dei creditori, e che sia del tutto assente ogni vaglio giustifica, come è stato sollevato, un "alto rischio di possibili utilizzi strumentali o collusivi e di distrazione preferenziale a favore di alcuni creditori e a danno di altri"[26].

In ogni caso dovrà essere fornita una data certa a tale piano; taluno ha ipotizzato l'allegazione ad un verbale di assemblea che lo approva. Per il piano di risanamento dovrebbe comunque interessare anche l'aspetto economico, tenuto conto dell'esplicito richiamo che la norma fa all'art. 2501 *bis*, quarto comma c.c..

5.6.2) Altre procedure (art. 67, comma 3, lettera e)

Sono esentati da revocatoria i pagamenti effettuati in esecuzione di concordato preventivo, o di amministrazione controllata, in generale.

Così era peraltro già dai più ritenuto, anche precedentemente. Dal 16 luglio 2006 è stato eliminato ogni riferimento all'amministrazione controllata, non più prevista dalle norme.

5.6.3) Accordi di ristrutturazione (art. 67, comma 3, lettera e)

I pagamenti eseguiti per effetto di un accordo omologato ex art. 182 bis l.f. non sono revocabili, come è precisato dalla lettera e) del comma 3 del nuovo art. 67 l.f.

Tale accordo è istituto del tutto autonomo rispetto al concordato preventivo[27].

I creditori devono aver dato il loro assenso per almeno il 60% (del valore dei crediti, si ritiene).

Tenuto conto che l'accordo ha efficacia dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese, ne consegue che i pagamenti esentati da revocatoria sono quelli effettuati in base a tale piano, a decorrere da quella data.

[26] Minutoli, Dir. Fall.re 2005, I, 814, p. 816.
[27] Tribunale di Bari, 21/11/2005, decreto, in Ipsoa.it – Il fallimento on line

5.6.4) Atti, pagamenti, garanzie poste in essere post deposito di domanda di concordato ex art. 161, co. 6, l.f.

Con il Decreto Sviluppo (estate 2012) è stata introdotta una nuova fattispecie, il cosiddetto "concordato prenotativo" o "concordato in bianco". Ora sono esenti da revocatoria tutti gli atti compiuti legalmente post deposito della domanda. Dovrà sicuramente trovare adeguata interpretazione l'espressione "legalmente". Ovviamente il tutto condizionato al buon esito della presentazione della documentazione entro i termini concessi.

5.7) La consecuzione delle procedure

5.7.1) Introduzione

Relativamente all'aspetto consecuzione delle procedure, tre erano le tesi avanzate prima del cosiddetto Decreto Sviluppo, che a nostro avviso ha risolto in modo abbastanza chiaro la questione. Vediamo innanzitutto le tesi precedenti.

5.7.2) Le tesi precedenti

1) tutto è come prima;

2) le cose sono variate, relativamente al requisito dell'insolvenza;

3) la consecuzione è inapplicabile.

Secondo la prima tesi, si farà riferimento all'inizio della prima procedura; siamo anche noi di questo avviso.

Concordato preventivo e conseguente fallimento costituiscono due fasi di uno stesso procedimento, per cui ne consegue l'unitarietà dei procedimenti. Tesi questa che trova giustificazione nell'identità dei presupposti sostanziali (stesso tribunale, stesso giudice delegato, coincidenza quasi sempre tra commissario e curatore) e la tutela giurisprudenziale garantita.

Si ha così una traslazione degli effetti del concordato sul fallimento, appunto l'anticipazione degli effetti del fallimento sul concordato.

Altri hanno invero interpretato per un possibile cambiamento (seconda tesi), essendo state dettate norme diverse, e comunque essendo il piano di risanamento o di ristrutturazione non più necessariamente legato alla insolvenza.

Altri ancora (terza tesi) sostengono che in ogni caso non tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento potrebbero retroagire, e tra questi indicano l'azione revocatoria, per la quale, quindi, non avrebbero effetto eventuali situazioni di insolvenza precedenti (concordato preventivo).

La Cassazione (Sentenza n. 18437 del 6/08/2010), contrariamente a quanto poteva ritenersi, ha precisato che il principio della consecuzione delle procedure trova applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare, in base alla quale il fallimento non può essere dichiarato d'ufficio, ma richiede l'iniziativa o di un creditore o del Pubblico Ministero e l'accertamento in concreto sia dei requisiti di cui alla L. Fall., art. 1 (identici tanto per il fallimento che per il concordato preventivo) sia dello stato di insolvenza dell'imprenditore, di cui alla L. Fall., art. 5; la sentenza di fallimento costituisce infatti l'atto terminale del procedimento, non assumendo rilievo l'abbandono in sede normativa dell'automatismo della dichiarazione di fallimento. Pertanto quando si verifichi a posteriori – con sentenza passata in giudicato – che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato in realtà coincideva con lo stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data della presentazione della predetta domanda. Secondo il Tribunale di Venezia (Sentenza n. 1237/11 del 14/15 novembre 2011), dichiarato improcedibile il concordato, non sussistono i presupposti per ritenere che la società sia tornata in *bonis*, con conseguente cessazione degli effetti del decreto di ammissione; il lasso temporale intercorrente tra la dichiarazione di improcedibilità del concordato e la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce infatti il tempo utile necessario, allo stato della legislazione vigente, per proporre, da parte d'uno dei soggetti legittimati, l'istanza di fallimento e per l'adozione del conseguente provvedimento da parte del Tribunale. La sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta dopo soli 28 giorni, comprova, ex post, che lo stato di crisi in base al quale l'imprenditore ha chiesto di essere ammesso a concordato preventivo, era in realtà uno stato di insolvenza; sicché l'identità del presupposto porta ad escludere la possibilità di ammettere l'autonomia delle due procedure con conseguente retrodatazione alla domanda di ammissione al concordato della data di opponibilità della compensazione. Da parte nostra siamo dell'avviso dell'invarianza, rispetto a prima. Certamente dovrà trattarsi di consecuzione di procedure senza soluzione di continuità, e quindi con la sentenza di fallimento dichiarata pendente la domanda di ammissione al concordato preventivo oppure di brevi lassi temporali.

Si sono pronunciati per il principio della consecuzione delle procedure:

- Prof. Paolo Felice Censoni, Manuale Diritto Fallimentare, Cedam, 2009, pagg. 465.
- Tribunale di Siracusa, Sentenza del 19 novembre 2010, Relatore Dr Giuseppe Artino Innaria (in www.unijuris.it).

Il Tribunale ha confermato il principio della consecuzione delle procedure che sono quindi considerate in modo unitario. Più in particolare, ha affermato che ai fini dell'applicazione delle nuove norme si fa riferimento alle procedure in essere al 17 marzo 2005.

- Corte di Cassazione, Sezione I, 6 agosto 2010 n. 18437, Relatore Fioretti (in www.ilcaso.it).
  La Cassazione conferma che anche con la riforma si applica il principio della consecuzione delle procedure. Ne consegue la retrodatazione alla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo del conteggio degli interessi e della data di opponibilità delle compensazioni, essendo irrevocabile lo stato di crisi accertato dal Tribunale.
  "Il Collegio ritiene che il principio della consecuzione delle procedure debba trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare".
  Dalla sentenza pare comunque che il principio sia applicabile solo quando, dalla sentenza di fallimento, emerga che l'insolvenza che lo ha determinato sussistesse già all'epoca della domanda di concordato preventivo.
- Corte di Cassazione, Sezione I, 26 marzo 2010, n. 7273, Relatore Fioretti
  La Corte nega l'applicazione del principio della consecuzione delle procedure ai crediti personali nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, in quanto l'efficacia del concordato preventivo della società riguarda i soli debiti della stessa.
  Indirettamente, è così confermato il principio per gli altri casi.
- Tribunale di Mantova, 9 aprile 2009, Relatore Alessandra Venturini
  Il Tribunale si è pronunciato per consecuzione, anche se fa una premessa di esistenza di stato di insolvenza.
- Prof. Danilo Galletti, "Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il "nuovo" curatore fallimentare ne Il Fallimentarista – Numero Zero - Giuffrè.
- Tribunale di Monza, 5 gennaio 2011, estensore Giani.

Consecuzione di procedure – Tabella di sintesi

Applicabilità
Prof. Paolo Felice Censori
Prof. Danilo Galletti
Tribunale di Mantova, 09/04/2009
Cassazione n. 7273 del 26/03/2010 (indirettamente)
Cassazione n. 18.437 del 06/08/2010
Tribunale di Siracusa, 19/11/2010
Tribunale di Monza, 05/01/2011

5.7.3) La nuova consecuzione

Ma, come anticipato, ora è intervenuto il cosiddetto Decreto Sviluppo, che ha precisato (art. 69-bis, c. 2) che i periodi che ci interessano decorrono dalla data di deposito della domanda di concordato al Registro delle Imprese.
Il caso previsto è un fallimento che segua la domanda di concordato preventivo, senza ulteriore specificazione. Non è quindi detto se debba esserci necessariamente una continuità temporale, oppure se possa esserci un qualche intervallo. Noi siamo per quest'ultima tesi, stante la dizione normativa.
E tutto ciò, ovviamente anche nel caso di presentazione del cosiddetto "concordato in bianco".

5.8) La possibile incostituzionalità

Si esamina la questione delle possibili eccezioni di incostituzionalità delle nuove norme, che prevedono trattamenti diversi per fattispecie identiche (versamenti su conto corrente nello stesso giorno) relative a due fallimenti dichiarati uno prima e uno dal 17 marzo 2005 in poi.

Le nuove disposizioni non sono applicabili per azioni revocatorie iniziate successivamente alla data di entrata in vigore della nuova norma, il che avrebbe anche potuto giustificare il

ricorso alla decretazione di urgenza, ma per azioni relative a fallimenti dichiarati dopo l'entrata in vigore del DL (e quindi dal 17/3/2005).

E' quantomeno curioso che si sia fatto ricorso ad un DL per una fattispecie di questo tipo.

E proprio il riferimento ai fallimenti dichiarati dal 17 marzo 2005, e non alle azioni revocatorie iniziate dal 17 marzo 2005, ha fatto avanzare da più parti la tesi della incostituzionalità.

Altri sostengono invece che si è trattato della cosa più corretta[28].

"Considerata la notevole compressione dell'efficacia di tale azione derivante dalla L. 50/2005, che non si limita ad aggiungere qualche ipotesi di esenzione ma riduce drasticamente l'ambito di operatività dell'istituto".

"Un diverso regime transitorio che avesse utilizzato quale *discrimen* un criterio squisitamente **processuale**, quale ad esempio l'instaurazione del giudizio, pur nell'ambito della stessa procedura fallimentare ed indipendentemente dalla data di perfezionamento dell'atto impugnato, sarebbe stato **effettivamente iniquo** ed **irragionevole**.

[28] Guido Federico – Roberta Vivaldi, "*La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*", Maggioli Editore, 2005, p. 66.

La scelta legislativa, correttamente, esclude la possibilità di attribuire un trattamento differenziato ad atti compiuti nel medesimo contesto temporale e quadro normativo di riferimento, limitando la nuova disciplina alle sole procedure nuove, consentendo così a **tutti i contraenti** di tener conto della nuova disciplina nell'esercizio della propria **attività negoziale"**[29].

Anche la Suprema Corte (Cass. 05/03/2008 n. 5962, in Il Fallimento n.5/2008 pag.508) ha ribadito come sia infondata la questione di incostituzionalità nella disparità di trattamento dei fallimenti ante 14/03/2005.

Nello stesso senso si era espresso anche il Tribunale di Milano (14/11/2006 n. 12403 e 8/01/2008, G.U. Vitiello).

Conforme il Tribunale Pavia del 19 aprile 2006.

Una curiosità relativa alle esenzioni, sempre con riferimento alla revocatoria. La norma pare avere in se stessa il rischio dell'incostituzionalità, come è stato rilevato[30].

Del resto, lo stesso legislatore, nella Relazione al disegno di legge delega, così si è espresso:

"*il sistema di esenzioni si presta al rischio di censure di incostituzionalità, ma la scelta del legislatore è stata quella di privilegiare situazioni nelle quali di volta in volta vi siano comunque evidenti vantaggi per la massa o al contrario evidenti iniquità per la parte in bonis".*

Altro punto sospetto di incostituzionalità riguarda una interpretazione, tra le tante, della coesistenza degli articoli 67 e 70 l.f.. Ove venisse inteso, come da più parti è stato, che l'art. 67 determina l'*an*, e l'art. 70 il *quantum*, l'eccezione di incostituzionalità potrebbe essere avanzata per due motivazioni:

- la prima perché in questo caso, il sistema bancario godrebbe di un requisito (la limitazione qualitativa), per l'esperibilità della revocatoria, che altri creditori non hanno.

  Non paiono infatti esserci particolari interessi meritevoli di tutela per dettare una disciplina particolare;

- la seconda relativa alla limitazione quantitativa.

[29] Come evidenziato da Trib. Monza, 20 luglio 2001, in *Giur. Mil.,* 2002, p. 284, l'azione revocatoria fallimentare ha infatti anche una finalità preventiva, consistente nella capacità di incidere sui comportamenti dei soggetti che entrano in contatto con il debitore prima che il suo stato di decozione divenga conclamato e di incentivarli a rifiutare di protrarre le proprie relazioni economiche con l'imprenditore insolvente.

[30] G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge,* in *Il fallim.,* 2004, 361.

5.9) Il periodo di riferimento

Nell'affermare che gli articoli 67 e 70 della legge fallimentare concernono fattispecie diverse, ci si è spinti[31] anche un po' più in là, ritenendo che anche la conoscenza dello stato di insolvenza abbia dei presupposti diversi, nei due diversi articoli.

L'art. 67, comma 2, richiede la prova, da parte del curatore, della conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca; lo stesso articolo prevede il periodo temporale massimo di 6 mesi.

L'art. 70, invece, mentre non pone alcun riferimento temporale, esplicitamente fa riferimento al "periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza". Come si vede, sono state utilizzate espressioni indubbiamente assai differenti.

L'art. 70 l.f. non include la limitazione del semestre, è una norma senza riferimento temporale.

"La lettera della norma, quindi, consente di ritenere che quel "periodo" sia diverso dal semestre precedente la dichiarazione di fallimento e che non possa dirsi, quindi, limitato ad esso; se si accedesse alla tesi che vuole questo periodo coincidente con i sei mesi precedenti il fallimento non si capirebbe, invero, l'utilizzo da parte del legislatore di quell'espressione assai vaga e generica"[32].

Bonfatti ha giustificato invece la genericità dell'espressione utilizzata ritenendo che vi siano ricompresi sia il termine semestrale (comma 2) che quello annuale (comma 1). Ma a ben vedere, per il comma 1 è richiesta la prova della non conoscenza dell'insolvenza, mentre per il comma 2 è richiesta la prova della conoscenza.

Ove fosse ritenuta valida questa tesi, sarebbe trovata una ragion d'essere circa la coesistenza dei due articoli, il 67 e il 70 l.f..

Il 70 determina l'ammontare massimo revocabile, senza alcuna limitazione temporale alla conoscenza dello stato di insolvenza; saranno poi da determinare le singole rimesse revocabili solo nei sei mesi precedenti.

Si revocherà, poi, il minore dei due importi.

[31] Marco Farina, cit.

[32] Marco Farina, cit.; nello stesso senso Dante Lanfredi, "*Il limite all'importo revocabile di cui all'art. 70, comma 3, legge fallimentare: spunti per una particolare ipotesi applicativa*", Il Caso.it, 11 novembre 2008, doc. n. 126. Da ultimo, Leonardo Quagliotti, Il Fallimento n. 1/2009, pag. 106. Vedasi anche Alfredo Haupt – Alberto Jarach, ne *Le procedure concorsuali* – Giuffre' Editore, 2008, pag. 157.

5.10) Una particolare gestione degli effetti rilevante ai fini della revocatoria

Si è riscontrata nella pratica una particolare gestione degli effetti, caratterizzata dalla mancata contabilizzazione dell'incasso dell'effetto stesso nel c/c ordinario. In buona sostanza, al correntista è concesso un affidamento su specifiche fatture (talvolta un affidamento per ciascuna operazione) e viene dato un anticipo, spesso dell'80%.

Non viene utilizzato alcun altro conto, o meglio non viene comunicato al correntista il conto di appoggio.

Al momento del pagamento da parte del cliente del correntista, la banca, a ciò precedentemente autorizzata, trattiene direttamente l'importo incassato, non operando come invece di norma si fa. Non accredita il pagamento a favore del correntista, incassa e trattiene l'importo pari all'anticipo a suo tempo concesso, e accredita solo la differenza nel c/c ordinario.

Si tratta di tutta evidenza di una modalità inusuale, che potrebbe essere anche considerata anomala, ed in quanto tale revocabile con il maggior termine temporale dell'anno (Art. 67 l.f., 1° comma, n. 2).

E il tutto indipendentemente da quanto previsto dall'art. 70 l.f., essendo esclusa tale operazione da quanto previsto in tale disposizione.

Osserviamo il diverso "trattamento" previsto per pagamenti di debiti bancari liquidi ed esigibili rispetto alle rimesse in c/c. Le rimesse in c/c sono revocabili solo se hanno ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione debitoria (art. 67 co. 3), i pagamenti di debiti bancari liquidi ed esigibili sono invece revocabili sempre (art. 67 co. 2), a prescindere dall'effetto sull'esposizione debitoria. In altri termini, sulla base di un'interpretazione "letterale" dell'art. 67, l'esenzione di cui al co. 3 b) parrebbe non essere applicabile in caso di pagamenti relativi a rapporti non regolati in conto corrente (non costituendo rimesse), che rientrerebbero quindi nella più generale regola di revocabilità di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili. Non sarebbe nemmeno applicabile l'esenzione per i pagamenti di beni e servizi effettuati nei termini d'uso ex art. 67 co. 3 a), in quanto non si è in presenza né di beni né di servizi, ma di pagamenti di somme[33].

I pagamenti effettuati dai clienti (italiani o esteri), non transitati sul c/c ordinario e destinati dalla Banca a diretta decurtazione dei finanziamenti concessi potrebbero così rientrare nei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili di cui al co. 2, revocabili a prescindere da durevolezza e consistenza della riduzione dell'esposizione debitoria.

[33] Sul punto, ci permettiamo di rimandare al nostro "Le operazioni bancarie esenti da revocatoria", ne Il Diritto Fallimentare n. 5/2009, settembre/ottobre 2009, 710.

5.11) Altre tesi

Recentemente è intervenuto sull'argomento revocatoria delle rimesse bancarie il Prof. Lino Guglielmucci[34] il quale ha espresso più tesi interessanti. Dopo la riconferma del mancato riferimento al fido, nella nuova revocatoria, e della ritenuta applicabilità dell'art. 70 l.f. anche ante correttivo, tesi che condividiamo, avanza una tesi particolare: in caso di conto scoperto (ma allora il riferimento al fido ci sarebbe), le rimesse revocabili ex art. 67 l.f. sarebbero anche quelle né consistenti né durevoli, escluse invece in caso di conto coperto. Le limitazioni varrebbero quindi solo ed esclusivamente nel caso di conto coperto.

Nel caso di rimesse che siano utilizzate per pagamenti di debiti verso la banca (ad es. finanziamenti), il Prof. Guglielmucci afferma che a poco importa che non siano durevoli, si revocano comunque, ex art. 67 l.f., secondo comma. Anche su questo siamo dello stesso avviso, senza alcuna remora, non per una analisi specifica del rapporto di c/c, ma proprio per il fatto che si tratta di un pagamento di un debito, e per i debiti bancari non vale l'esclusione da revocatoria per legge, prevista soltanto per specifici pagamenti relativi a debiti contratti per l'acquisto di beni o di servizi.

Ma arriviamo al punto forse più interessante, sempre relativamente ai pagamenti: le cosiddette operazioni "autoliquidanti". La banca concede un anticipo, e l'operazione di norma si chiude con il pagamento del terzo (anticipi s.b.f. o export) o con la vendita di quanto acquistato (anticipo import).

Da qui secondo il Prof. Guglielmucci, tale pagamento, considerato operazione bilanciata, e perciò non revocabile, potrebbe essere invece revocabile ex art. 67, comma 2. Il ragionamento non pare però del tutto lineare e convincente.

In ogni caso, l'esposizione deve essere intesa in senso globale, come sommatoria di tutti i rapporti.

Sul tema degli anticipi è intervenuto anche il Prof. Giorgio Tarzia[35] a commento di una sentenza della Cassazione sul tema, peraltro relativamente alla questione ante riforma (Cassazione n. 13449 del 20 giugno 2011, Rel. Cristiano).

La banca sosteneva la non revocabilità dell'anticipo per la presentazione di effetti, in quanto l'esposizione complessiva verso la banca rimaneva inalterata con tale operazione (il conto effetti aumenta il saldo a debito e il conto ordinario riduce l'esposizione di un correlato importo).

A nostro avviso giustamente, la Cassazione ha ribadito quanto più volte affermato: l'anticipazione di un effetto poi andato a buon fine è revocabile, essendo il c/effetti un conto di servizio.

Invero, da parte nostra sosteniamo, e come si vedrà anche Tarzia così sostiene, che ben potrebbe invece essere revocato, ovviamente solo in via alternativa, che altrimenti si revocherebbe due volte lo stesso importo, il pagamento da parte del terzo debitore.

[34] Ne Il Fallimento, n. 5/2011, "Revocatoria delle rimesse e tipologia degli addebiti in conto corrente"

[35] Ne Il Fallimento n. 11/2011, "Giroconto ed annotazioni sul conto anticipi nelle revocatorie bancarie"

Ma siamo appunto nell'ambito della "vecchia" revocatoria.

Il Prof. Tarzia nel citato intervento illustra le diverse tesi giurisprudenziali relativamente alla compensazione tra più conti correnti ex art. 1853 c.c., evidenziando peraltro come la Cassazione da ultimo la escluda.

Venendo alla "nuova" revocatoria, il Prof. Tarzia presenta due opzioni, una per la revocabilità degli anticipi, e l'altra per la compensazione ex art. 1853 c.c.. Ma allora in quest'ultimo caso, ex art. 70 L.F., non si revocherebbe nulla.

Alla fine si spinge ad ipotizzare che sarebbe più corretto revocare proprio questa seconda operazione (il pagamento del terzo) piuttosto che la prima (l'anticipazione dell'effetto con relativo giroconto), e che tale modalità sarebbe preferibile anche nella c.d. nuova revocatoria.

Con la nuova revocatoria, inoltre, il rischio di duplicazione sarebbe evitato grazie al limite posto dall'art. 70, considerando che il rientro va calcolato tenendo conto di tutti i rapporti intercorsi tra la banca e il correntista fallito.

La tesi della revocabilità del pagamento del terzo, quindi alla scadenza, ci trova del tutto concordi.

6) Artt. 67 e 70 l.f. – Convivenza difficile

6.1) Analisi

Trattiamo ora del vero problema della nuova revocatoria, e cioè la coesistenza delle due norme, articolo 67 e articolo 70 l.f., poiché non è chiaro se l'articolo 70 sia applicabile solo come tetto massimo, dopo che si siano verificati i presupposti di revocabilità previsti dall'articolo 67, oppure se invece prevalga l'articolo 70. Ciò al di là dei diversi riferimenti temporali, più sopra analizzati. Sono sostenibili tre differenti tesi, e precisamente:

1) sono applicabili tutti e due gli articoli (art. 67 e art. 70 l.f.).

   In questo caso la revocatoria ha il limite del rientro, ma solo se consistente e durevole.

2) è sempre applicabile l'art. 70 l.f., che prevale.

   In questo caso si revoca sempre ed in ogni caso il rientro, senza alcun riferimento a riduzione di debiti consistenti e durevoli. Ma allora si dimostrerebbe del tutto inutile l'art. 67;

3) è sempre applicabile l'art. 67 l.f., che prevale.

Ed allora l'art. 70 l.f. sarebbe inutile, nella fattispecie specifica.

Negli esempi proposti successivamente si tiene conto delle tre interpretazioni, con evidenziazione dei diversi effetti.

Dottrina e giurisprudenza dovranno comunque trovare quel coordinamento tra l'art. 67 e l'art. 70 l.f. che oggi parrebbe pressoché impossibile.

Del resto, come già segnalato, la precedente legge fallimentare ha comportato un impegno della dottrina e della giurisprudenza di circa quaranta anni per arrivare dapprima ad un concetto di conto scoperto, affinato nei successivi venti anni sulla base del saldo disponibile. Ci sono quindi voluti oltre sessanta anni di dibattiti, talvolta anche accesi, per arrivare ad una soluzione pressoché pacifica, ancorché non soddisfacente.

Vediamo un po' più approfonditamente le varie tesi che sono state avanzate sul difficile rapporto tra gli articoli 67 e 70 l.f..

Innanzitutto (prima tesi) c'è chi li ha considerati del tutto scollegati, divisi[36], per cui si tratterebbe in definitiva di una libera scelta del curatore se riferirsi ad uno o all'altro.

[36] Marco Farina, cit.

E' una tesi che non convince, anche perché non si capisce perché dovrebbe essere il curatore, in questo caso, a scegliere, e non la banca. In ogni caso i due articoli trattano due aspetti della stessa problematica, non coordinati tra loro, è vero, ma non certamente due aspetti distinti. La stessa modifica dell'art. 70 lo ha evidenziato.

Gran parte degli interpreti (seconda tesi)[37] è arrivata a concludere che l'art. 67 concerne l'*an*, e l'art. 70 determina il *quantum*. Altra tesi (terza tesi)[38] risolve il rapporto tra i due articoli in base al criterio di specificità. Posto che tra i due articoli c'è un rapporto di *genus* (art. 70, rapporto creditore) e *species* (conto corrente), l'art. 67 avrebbe la preferenza.

Come vedremo, anche dalle esemplificazioni, si tratta comunque di interpretazioni insoddisfacenti.

In questo senso anche Adriano Patti[39] secondo il quale le rimesse non devono però essere atomisticamente considerate "in modo isolato, ma al contrario collocate nel cotesto dell'andamento del rapporto di conto corrente: con la possibilità di individuazione, nel periodo sospetto, anche di più rimesse consistentemente e durevolmente riduttive dell'esposizione debitoria, con effetto restitutorio comunque limitato, nel quantum, alla differenza indicata dal nuovo art. 70, terzo comma, soltanto così recuperato ad una sua autonoma portata precettiva".

Sempre tale autore, analizzando i due articoli 67 e 70 nella loro *sedes materiae* osserva che "mentre la prima disposizione è prevista all'interno della disciplina degli atti, pagamenti e garanzie revocabili (in funzione della loro esatta individuazione e del regime di esenzione), la seconda è invece compresa tra gli effetti della revocatoria (con determinazione del destinatario effettivo dell'azione, nel caso di pagamento a mezzo di intermediari specializzati o procedure di compensazione, del diritto di credito del soggetto attinto dall'azione, del limite restitutorio per gli atti estintivi di rapporti continuativi e reiterati, appunto)…".

"… i piani di previsione delle due disposizioni non sono omologhi, ma nettamente diversi: quello dell'art. 67 terzo comma lett. b), delimitativo del perimetro di revocabilità delle rimesse, che abbiano i requisiti di consistenza e di durevole riduzione dell'esposizione debitoria, secondo i criteri sopra indicati; quello dell'art. 70, terzo comma, individuativi del quantum da restituire, entro il limite differenziale del massimo scoperto (enunciato nel modo detto)".

[37] Tra gli altri, Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 37, e M. Arato, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel nuovo art. 67 l.f.* ne Il Fallimento, 2006, pag. 853/858.

[38] Tesi illustrata, tra gli altri, da Tarzia, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dell'azione revocatoria fallimentare nelle vecchie revocatorie,* Il Fallimento 2005, p. 841

[39] *L'esenzione da revocatoria delle rimesse bancarie*, Il fallimento n. 2/2006 p. 238.

Esistono anche altre tesi; secondo taluno[40], l'art. 70 non costituisce deroga all'art. 67, essendo quindi del tutto inutile.

Un'altra tesi: in presenza di una pluralità di conti, ai fini dell'applicazione dell'art. 70 l.f., per definire il rientro si dovrà fare riferimento alla sommatoria delle esposizioni oppure invece solo ai singoli conti? Ed anche, come rilevato dal Prof. Concetto Costa[41], come considerare i "fidi temporanei", visto che l'art. 70 l.f. parla di rapporti continuativi?

Si segnala infine la nostra analisi personale.

La revocatoria delle rimesse non era e non è prevista dalla norma; è solo prevista la revoca del rientro.

E' benvero che, nelle norme, è stata specificata per la prima volta l'esenzione da revocatoria di determinate rimesse, ma ciò è stato fatto esclusivamente a titolo di esenzione. Se ne può trarre la conclusione, argomentando *a contrariis*, che le rimesse che hanno ridotto in modo consistente e durevole il debito saranno revocabili, anche se il legislatore non aveva in mente un concetto positivo, bensì una esenzione, e proprio a quella si è riferito. Ecco perché pare difficile conciliare l'art. 70 con il 67, ove non si parla di esenzione, ma di riduzione di debito, appunto non esentata.

La previsione di base è inserita nell'art. 70 l.f., che si applica sempre.

Se nell'ambito di questo rientro si dovessero verificare i presupposti dell'esenzione ex art. 67 (rientro non consistente né durevole), ecco che queste riduzioni di debito sarebbero esentate.

In tutti gli altri casi, piena applicazione dell'art. 70 l.f..

Il Tribunale di Milano, nella più volte citata sentenza del 27 marzo 2008, ha adottato tale interpretazione, andando ad individuare le rimesse consistenti e durevoli (ex art. 67) e determinandone l'ammontare massimo revocabile nel limite del rientro (ex art. 70). Lo stesso tribunale, con la sentenza più recente del 25 maggio 2009, ha invece affermato che il limite ex art. 70 vale solo per i fallimenti dichiarati dal primo gennaio 2008, ritenendo quindi la norma nuova e non semplicemente interpretativa.

[40] Tra gli altri, Silvestrini, *La nuova disciplina delle rimesse sul conto corrente bancario,* Il Fallimento 2005, p. 845

[41] Il Diritto Fallimentare, n. 1/2010 p. 60 *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: problematiche attuali*.

6.2) Questione pratica: importi revocabili quantificati ex art. 70 l.f. sempre inferiori agli importi determinabili ex art. 67 l.f.

Si desidera dare una dimostrazione grafica dell'assunto secondo il quale gli importi revocabili ex art. 70 l.f. (il cosiddetto "rientro") sono sempre inferiori o al massimo uguali, mai superiori ai conteggi effettuati in base all'art. 67 l.f., qualsiasi sia l'impostazione data, tra quelle possibili.

Ciò comunque, con una evidente limitazione: ove il rientro fosse consistente, e la percentuale di consistenza determinata in una percentuale elevata (ad esempio 10%), ecco che rimesse superiori a tale entità parrebbero difficilmente esistenti, o comunque molto limitate, peraltro a fronte di un sicuro rientro, in astratto revocabile.

Questo è un aspetto, semplice e chiaro, che la dottrina non ha ancora fatto proprio. Con l'applicazione pratica della normativa emerge in tutta la sua evidenza e, se vogliamo, semplicità.

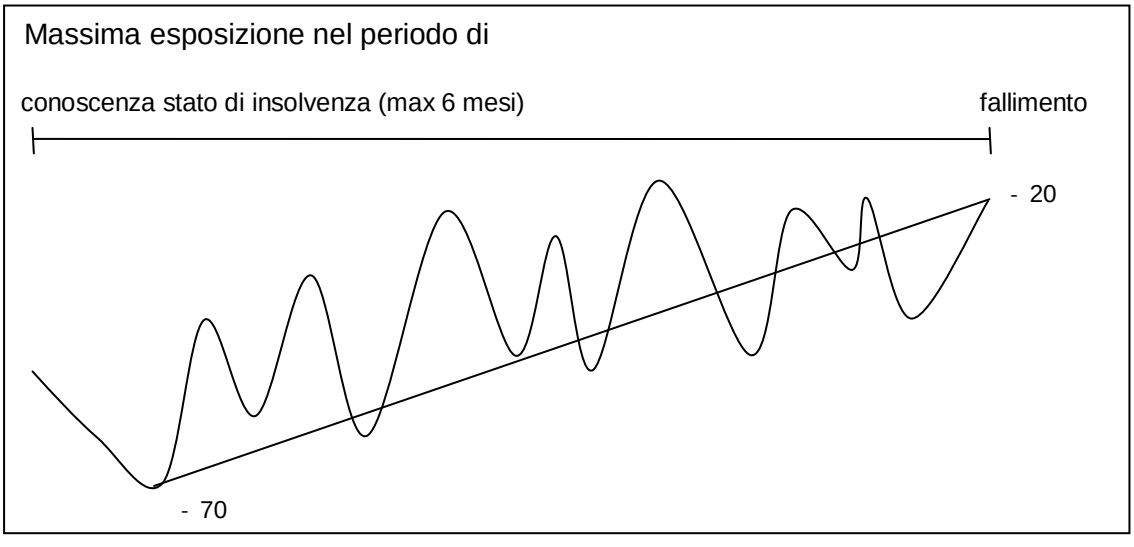
A questo proposito è significativa la sentenza del 2008 del Giudice Mauro Vitiello di Milano, la prima che si è occupata in modo completo della nuova problematica e per questo sicuramente apprezzabile. Proprio dalla lettura della sentenza si capisce che il giudice sembra sorprendersi del fatto che gli importi revocabili ex art. 70 l.f. siano inferiori a quelli calcolati ex art. 67 l.f. Ma non può che essere così, sempre.

Diamo una dimostrazione grafica.

Con la retta si uniscono i due saldi di riferimento dell'art. 70 l.f. con il rientro determinato appunto come differenza tra saldo al momento del fallimento e la maggiore esposizione nel periodo di conoscenza dello stato di insolvenza.

Con la linea ondulata si illustra il saldo debitore che deriva dalla serie delle rimesse e degli addebiti. Ovviamente la serie può essere più o meno mossa, ma nella sostanza l'andamento sarà sempre più o meno lo stesso.

Questo il grafico:



Ora, appare pacifico che il rientro ex art. 70 l.f. è, nel caso specifico, di 50, dato dalla differenza tra -70 e -20.

Le rimesse che hanno ridotto l'esposizione in maniera consistente e durevole sono state illustrate con la linea curva. Possono essere tutte o solo una parte delle rimesse, questo non è importante. Ma ad ogni buon conto resta il fatto che la sommatoria dei movimenti è sempre sicuramente e necessariamente superiore al dislivello evidenziato dalla retta; ciò ovviamente salvo esclusioni sulla base di percentuali di consistenza. Pertanto sono da considerare tutte le linee che dal punto più basso arrivano di volta in volta al punto più alto.

Non importa, come detto, che siano tutte o solo parte.

È in ogni caso pacifico che gli importi che ne risulteranno saranno sempre superiori a quanto evidenziato dalla linea retta. Il disegno illustra chiaramente l'assunto.

6.3) Una possibile soluzione

Per cercare di giustificare la presunta antinomia dei due articoli, difficili da conciliare tra loro, si possono individuare due ipotesi di soluzione:

- una è il diverso riferimento temporale (6 mesi per l'art. 67, nessun riferimento per l'art. 70);
- l'altra è il riferimento al fido (da tenerne conto per un articolo e non per l'altro).

Per quanto concerne il termine, come si è visto l'art. 70 non ne indica alcuno, contro i 6 mesi dall'art. 67.

Ed allora, ecco la soluzione (o meglio una delle soluzioni possibili): si individua l'importo massimo revocabile nel "rientro", determinato dall'art. 70, "rientro" verificatosi nel periodo in cui si prova la conoscenza dello stato di insolvenza senza alcuna limitazione temporale.

Si potranno poi revocare rimesse, nel solo periodo massimo dei 6 mesi, che portino al massimo a quanto calcolato ex art. 70 l.f.. Quindi, due riferimenti temporali distinti.

L'altra ipotesi riguarda il riferimento o meno al fido. Ricordiamo come tutta la costruzione della revocatoria ante riforma fosse basata sul conto scoperto, e quindi sull'extra fido.

Potrebbe essere inteso che il riferimento al fido possa valere per uno solo dei due articoli, e non per l'altro. Nell'art. 67 si parla di "esposizione debitoria" e di "pagamento di debiti liquidi ed esigibili"; nell'art. 70 si parla invece di "pretese" .

Si potrebbe allora sostenere che il riferimento al fido sia pertinente all'art. 67 e non al 70.

Ne deriverebbe un motivo in più di convivenza dei due articoli e una differente giustificazione degli importo revocabili. Certo si tratta di una interpretazione spinta, da approfondire, interpretazione che non è ancora stata oggetto di esame da alcuno.

E' comunque evidente che siamo nel campo delle antinomie contigue (stessa norma che pare dire cose in contrasto).

In questo caso si deve preferire la tesi interpretativa che salva l'applicabilità delle norme, la natura delle stesse. Ed allora, ecco che le due possibili soluzioni sopra indicate potrebbero soccorrere o singolarmente o addirittura assieme: un diverso riferimento temporale (6 mesi o senza termini) e/o riferimento o meno al fido.

7) Analisi effetti varie interpretazioni

7.1) Premesse

Analizziamo qui di seguito cinque differenti casi, pratici di revocatoria indicati con le lettere A, B, C, D ed E. I casi sono caratterizzati da differenti andamenti del conto corrente, e per ogni analisi indico gli effetti in base a tre diverse interpretazioni possibili; la tesi della libertà di scelta tra le due norme, da parte del curatore, non viene qui trattata, stante la sua specificità.

E' ipotizzata la conoscenza dello stato di insolvenza anteriore al semestre considerato, che è dall'1/1/2008 al 30/6/2008. Ricordiamo che le tre interpretazioni, più sopra dettagliate, sono in sintesi le seguenti:

1) applicabilità congiunta art. 67 e 70 l.f.;

2) prevalenza articolo 70 l.f.;

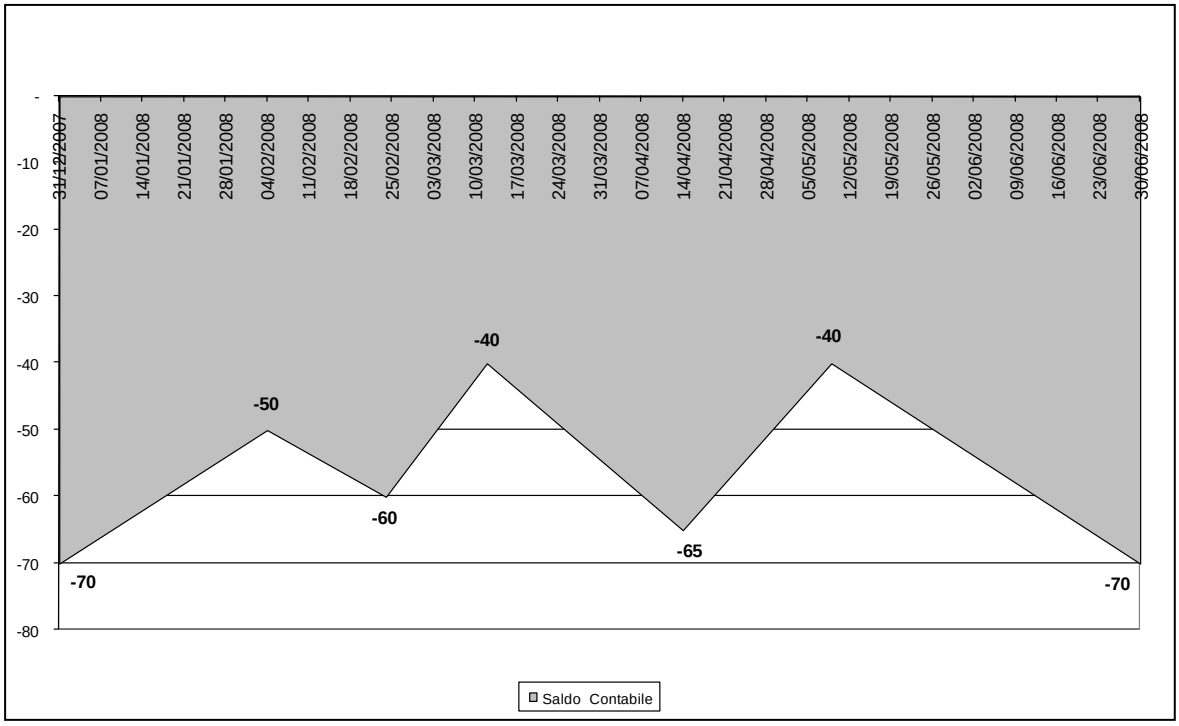
3) prevalenza articolo 67 l.f..

7.2) Caso A

In questo caso, definito A, si ipotizzano tre distinti rientri sul conto corrente, dati dall'effettuazione di rimesse consistenti che hanno ridotto l'esposizione debitoria in modo ritenuto durevole (un paio di settimane), seguiti da addebiti anch'essi consistenti; dopo il terzo rientro c'è stato un ultimo addebito che ha riportato il saldo nella situazione iniziale, ovvero con un saldo finale pari alla massima esposizione debitoria del periodo. In tale situazione i tre rientri sarebbero revocabili ai sensi dell'art. 67 l.f., ma non per l'art. 70 (secondo questo articolo il limite massimo della cifra revocabile sarebbe solo il differenziale tra il debito massimo e il saldo finale, e quindi zero; nessun rientro).
Vediamo i singoli movimenti (dati in migliaia di euro):
1) rimesse portano il saldo da -70 a -50, rientro di 20;
2) successivo addebito di 10, saldo a -60;
3) successive rimesse portano il saldo da -60 a -40, rientro di 20;
4) successivo addebito di 25, saldo a -65;
5) successive rimesse portano il saldo da -65 a -40, rientro di 25;
6) ulteriore addebito di 30, saldo finale a -70

(si utilizza, per semplicità, il saldo contabile).

Si propone il grafico seguente per visualizzare la situazione esemplificata:
Grafico 1 – Riduzioni consistenti e durevoli. Rientro ZERO.



Questi gli importi revocabili nelle tre ipotesi sopra evidenziate:
1) 0 (applicazione congiunta dei due articoli, l'art. 70 limita l'importo revocabile);
2) 0 (prevale l'art. 70);
3) 65 (prevale l'art. 67 l.f.).

Se l'art. 67 non risentisse del limite dell'art. 70 l.f., sarebbero revocabili le tre rimesse in quanto hanno ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione (le singole esposizioni), ed hanno di fatto costituito tre rientri, quindi 65 (20 + 20 + 25).

7.3) Caso B

Si supponga che nel semestre vi siano stati due distinti rientri sul conto corrente, dati dall'effettuazione di rimesse consistenti che, pure al netto di qualche addebito, hanno ridotto l'esposizione debitoria in modo durevole (un paio di mesi); dopo il primo rientro c'è stato un nuovo aumento dell'esposizione debitoria, cui è infine seguito il rientro definitivo fino alla data del fallimento. In tale situazione entrambi i rientri sarebbero revocabili ai sensi dell'art. 67 l.f., ma per l'art. 70 l.f. vale solo il differenziale tra il debito massimo e il saldo finale, e quindi l'art. 70 l.f. costituisce il limite massimo della cifra revocabile.

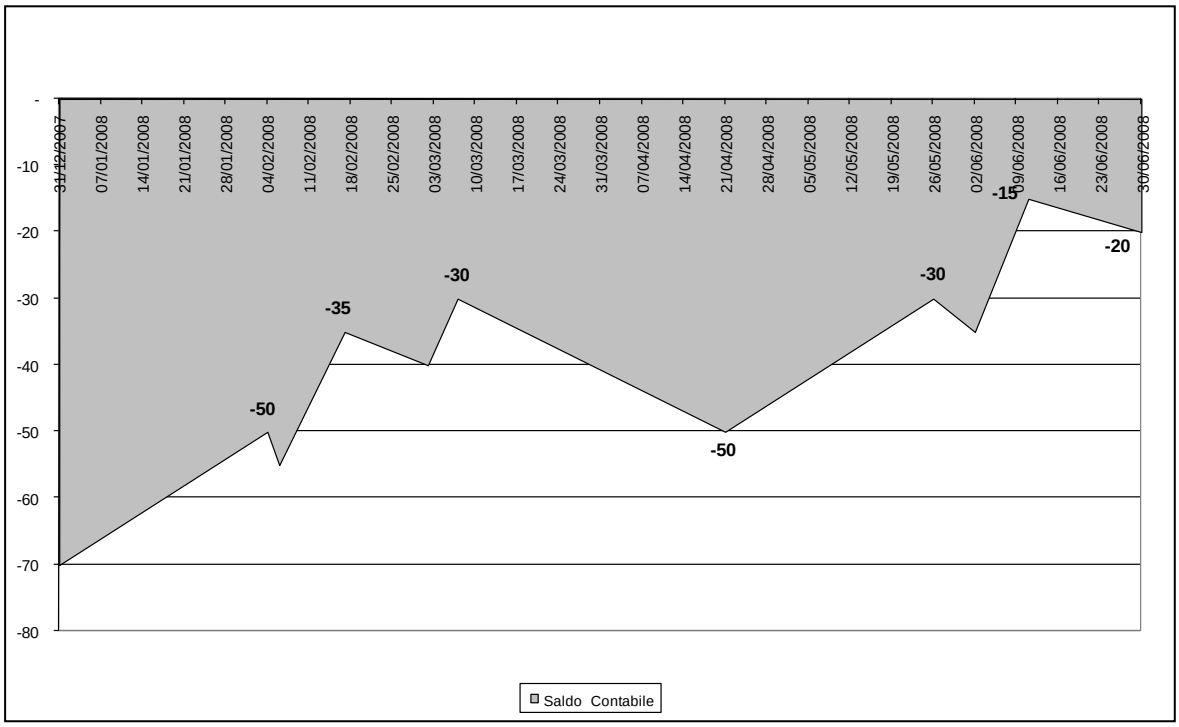
Vediamo i numeri (dati in migliaia di euro):

1) più rimesse portano il saldo da -70 a -30, rientro di 40;
2) successivo addebito di 20, saldo a -50
3) successive rimesse portano il saldo da -50 a -20 (saldo finale), rientro di 30.

Si propone il grafico seguente per visualizzare la situazione esemplificata:

Grafico 2 – Riduzioni consistenti e durevoli superiori all'importo del rientro

Rientro



Questi gli importi revocabili nelle tre ipotesi sopra evidenziate:

1) 50 (l'art. 70 limita l'importo);
2) 50 (prevale l'art. 70);
3) 70 (prevale l'art. 67) (40+30).

Se l'art. 67 non risentisse del limite dell'art. 70, si potrebbe sostenere la revocabilità di entrambi i gruppi di rimesse, al netto degli addebiti, che hanno di fatto costituito due rientri, quindi 70 (il primo è di 40, dato da -70 a -30, il secondo è di 30, da -50 a -20). Se prevale l'art. 70, l'importo revocabile diventa di 50 (70-20).

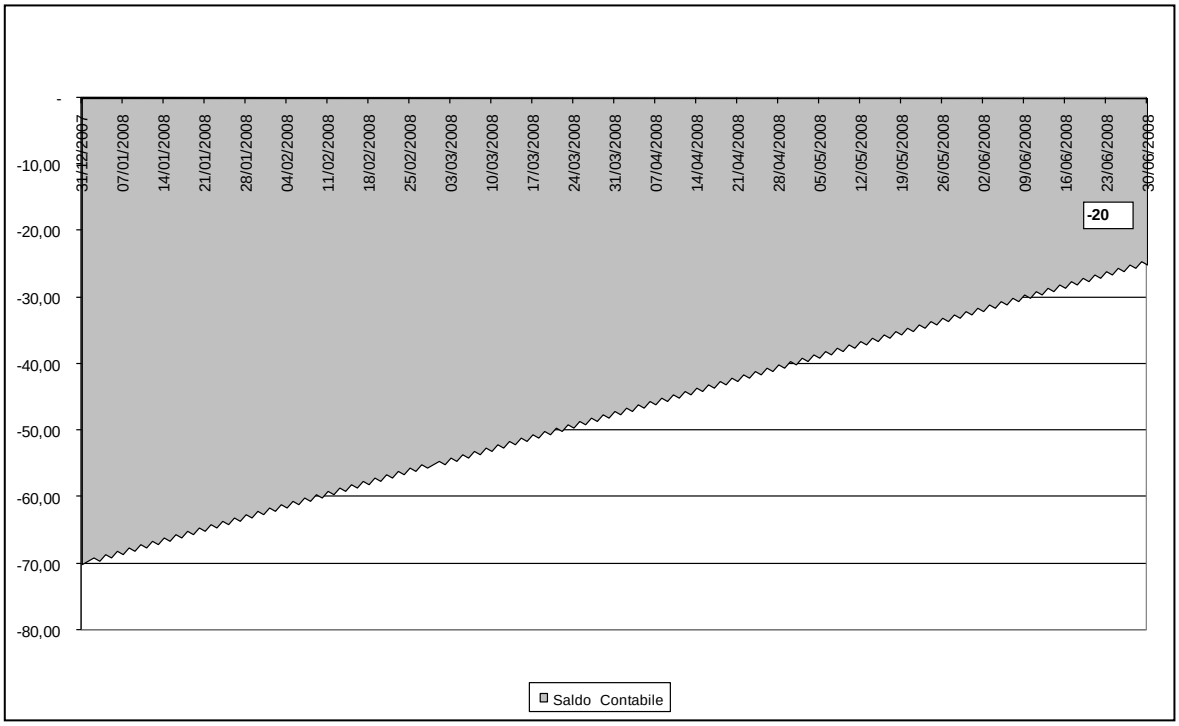
Gli altri rientri non sono considerati durevoli.

7.4) Caso C

Esaminiamo il caso di una riduzione ottenuta con una serie di rimesse di importo limitato parzialmente annullate da piccoli addebiti più o meno contestuali, che concretizza un rientro come previsto dall'art. 70 l.f..
Vediamo i numeri (dati in migliaia di euro):
1) rimesse (di 0,5 seguite da addebiti di 0,4 per vari mesi);
2) tali rimesse comunque portano il saldo da -70 a -20, rientro di 50 ai sensi art. 70.

Si propone il grafico seguente per visualizzare la situazione esemplificata:

Grafico 3 – Riduzione consistente e durevole – Rientro – Singole rimesse né consistenti né durevoli



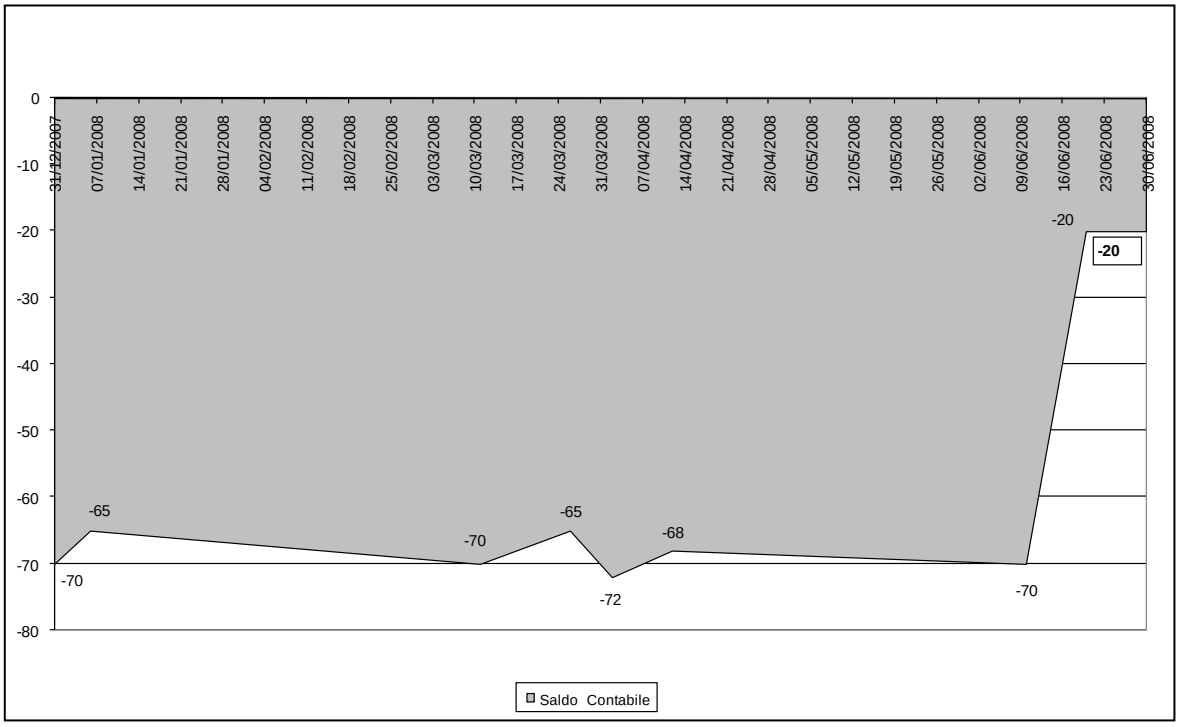
Questi gli importi revocabili nelle tre ipotesi sopra evidenziate:
1) 0 non c'è la consistenza;
2) 50 (prevale l'art. 70);
3) 0 (prevale l'art. 67).

Qualora invece si potesse (o dovesse) considerare rimessa per rimessa, e non la sommatoria delle rimesse, nell'ipotesi n. 1 l'importo revocabile sarebbe pari a 0, mancando tutti e due i requisiti. Nell'ipotesi n. 2 l'importo sarebbe pari al rientro, e quindi 50, mentre nell'ipotesi n. 3 l'importo si ridurrebbe anche in questo caso a 0.

7.5) <u>Caso D</u>

Nel periodo, rimesse e addebiti limitati, con rientro consistente ante fallimento.

Grafico 4 – Più rimesse e addebiti non consistenti, salvo un rientro consistente



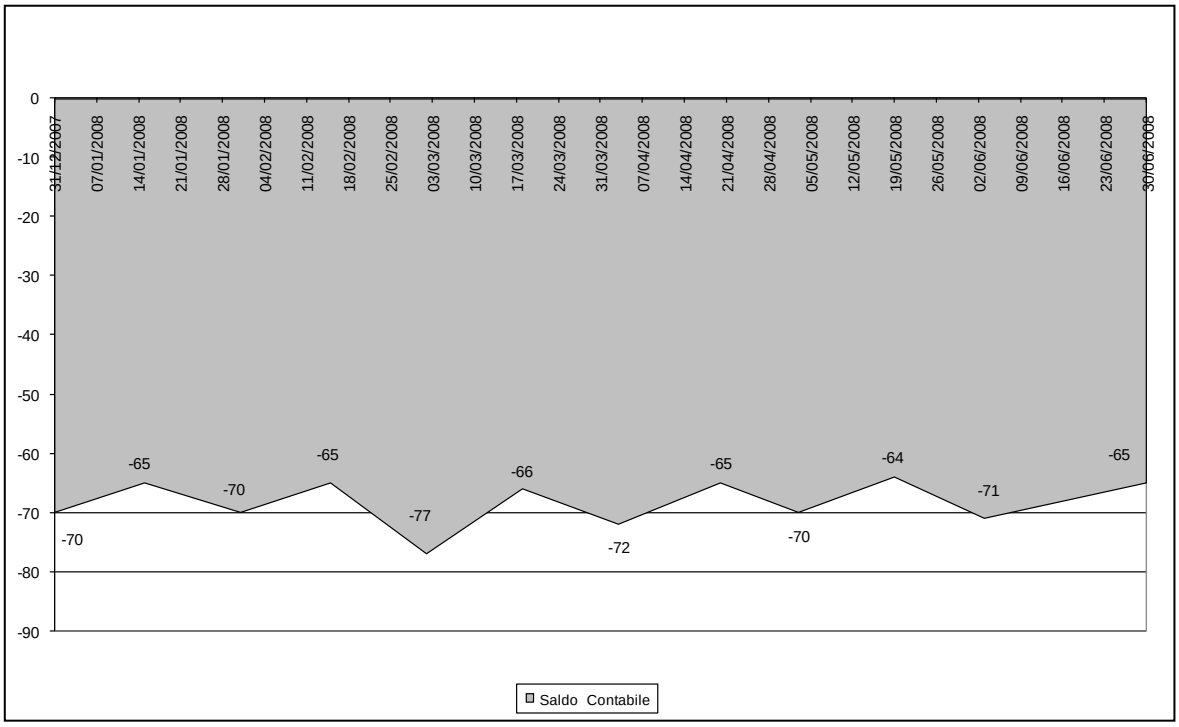
In questo caso, questi gli importi revocabili:
1) 50 (l'art. 70 limita l'importo);
2) 50 (prevale l'art. 70);
3) 50 (prevale l'art. 67).

Nell'ipotesi tre la riduzione del debito è considerata durevole non perché lunga, ma perché è divenuta definitiva, essendo seguito il fallimento. Ove così non si dovesse ritenere, l'importo revocabile sarebbe <u>0</u>.

7.6) <u>Caso E</u>

Il rapporto è caratterizzato da una serie di movimenti, non consistenti e nemmeno durevoli, con un rientro finale non consistente.

Grafico 5 – Serie di rimesse e addebiti non consistenti né durevoli. Piccolo rientro finale



In questo caso, questi gli importi revocabili:

1)	0	(l'art. 70 limita l'importo);
2)	12	(prevale l'art. 70) (77 – 65);
3)	0	(prevale l'art. 67).

Nel caso 1 e 3 si è indicato 0 in quanto le rimesse non sono né consistenti né durevoli.

8) Le prime sentenze

8.1) La sentenza 3979/2008 – Tribunale di Milano

Ad oggi si conoscono ancora poche sentenze pubblicate che hanno trattato della applicazione pratica della "nuova" revocatoria delle rimesse bancarie[42].

In primis ci riferiamo alla sentenza, non esente da critiche, da molti commentata, del **Tribunale di Milano n. 3979**, estensore dr **Mauro Vitiello**, del **27 marzo 2008**.

Questa è la massima: "Anche dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 35/2005, le rimesse in conto corrente bancario oggetto di azione revocatoria devono avere natura solutoria, nel senso che devono essere intervenute su conto scoperto o non assistito da contratto di apertura di credito.

Poiché si deve ritenere che l'intento del legislatore fosse quello di escludere dall'ambito di applicazione della revocatoria fallimentare quelle operazioni che non sono idonee a depauperare in modo significativo il patrimonio del fallito, il criterio di valutazione della natura consistente della restituzione alla banca può essere espresso in termini percentuali e, in mancanza di indicazioni da parte del legislatore, riferito all'importo massimo revocabile indicato all'art. 70 legge fall. (Nel caso di specie, il tribunale ha ritenuto che dovessero essere considerate rimesse con effetto solutorio consistente quelle superiori al 10% della differenza tra il massimo scoperto nel periodo cd. Sospetto ed il saldo al momento del fallimento).

La natura durevole di una rimessa in conto corrente bancario oggetto di azione revocatoria fallimentare andrà individuata nell'apprezzabile stabilità nel tempo dell'effetto solutorio e detta stabilità dovrà essere valutata facendo ricorso ad un criterio relativo dipendente dalla frequenza delle movimentazioni del conto".

In definitiva, questi i punti salienti della sentenza di Milano:

1) si riconferma la necessità che si tratti di conto scoperto (tesi che non si condivide);

2) la "consistenza" del rientro è determinata dal 10% dell'importo massimo revocabile;

3) la "durevolezza" è determinata, trattandosi di un conto molto movimentato, in 10 giorni;

4) l'art. 70 costituisce il limite massimo revocabile.

Come detto, si tratta di un primo intervento, primo tentativo di soluzione delle problematiche che indiscutibilmente esistono e che, qui in parte sollevate hanno trovato una prima soluzione. Si

[42] Per un dettaglio, vedasi la Tabella di sintesi alla fine del presente paragrafo.

può prevedere che lungo sarà l'iter giurisprudenziale, su questo punto, prima di trovare una soluzione adeguata e condivisa.

Determinare una percentuale fissa può determinare evidenti incongruenze, in caso di rientro consistente in assoluto. In questo caso saranno da variare i parametri di riferimento.

8.2) La Sentenza del 3/09/2008 – Tribunale di Monza

Vediamo ora la seconda sentenza in merito, la **Sentenza del Tribunale di Monza, Sez. III, 3 settembre 2008**[43], estensore la Dr.ssa **Alida Paluchowski**.

Il Giudice ha ribadito innanzitutto che per l'esercizio dell'azione revocatoria è sempre richiesto il presupposto della conoscenza dello stato di insolvenza, e che per il Tribunale di Monza esistono, sono disponibili al pubblico, le rubriche delle esecuzioni, dei pignoramenti e dei decreti ingiuntivi. Nella fattispecie comunque il conto era congelato.

Queste le precisazioni tratte dalla sentenza:

- si deve ritenere, innanzitutto, che durevole sia certamente la rimessa dopo la quale il conto non opera più, ad esempio perché interviene il fallimento.

  Durevole indubbiamente esprime la certezza che la rimessa non rappresenta una semplice variazione oscillatoria del conto passivo, dovuta ad eventi contingenti e involontari (ad esempio un ritardo nell'accredito di rimesse in corso di cui la banca ha già notizia od addirittura il bene fondi, per cui eroga il credito oltre il limite in modo occasionale, contingente e assolutamente temporaneo). Inoltre certamente significa non istantaneo, non coevo, non contestuale, né formalmente, né logicamente. Esprime una diversità evidente rispetto al termine permanente (con il quale si reputa che non possa coincidere se non eccezionalmente), ma presuppone il decorso di un apprezzabile periodo di tempo (come potrebbe essere per le rate periodiche di un piano di rientro);

- l'uso dell'aggettivo consistente (il cui significato si potrebbe riassumere con rilevante, non trascurabile) fa sì che possa ritenersi revocabile astrattamente solo il versamento di entità apprezzabile. Poiché appare fondamentale stabilire i parametri di riferimento della valutazione di consistenza, si aprono due possibili scenari, la scelta cioè di un parametro assoluto, avulso dal rapporto con la esposizione globale, oppure di un parametro di relatività che abbia quale riferimento quantitativo globale la esposizione e, probabilmente, anche l'ammontare dei fidi concessi;

[43] Nella banca dati Leggi d'Italia Professionale.

- nel caso in esame le rate del piano di rientro sono da ritenersi consistenti in termini relativi con riferimento alla entità dell'indebitamento, circa 150.000 Euro iniziali, via via riducentisi, rispetto ai quali il cliente rientrava ogni volta di 10.000 o 12.000 Euro mensilmente, comportando ogni volta una riduzione del 7%, percentuale crescente, ed una riduzione dell'indebitamento totale del 30% circa al termine dei pagamenti;

- infine, circa l'affidamento e la scopertura o meno del conto, la norma individua quali rimesse sono revocabili, e quindi quali rimesse sono pagamenti, fornendo una lettura diversa da quella che la giurisprudenza ne ha dato fino ad ora. Perciò non sembra obbligatorio il recupero della giurisprudenza precedente.

8.3) La sentenza 6946/2009 – Tribunale di Milano

8.3.1) Premessa

Successivamente abbiamo la sentenza **n. 6946/2009 del 25/05/2009 del Tribunale di Milano** (Giudice Estensore dr **Roberto Craveia**).

Si tratta di una sentenza decisamente interessante, con prospettazioni del tutto nuove, pur se in ogni caso non condivisibili. La si può considerare una conferma delle difficoltà interpretative della norma, ed è un nuovo contributo alla ricerca di una soluzione univoca e definitiva che comunque appare ancora lontana. Analizziamo brevemente il procedimento illustrato nella sentenza, nel tentativo di trarne spunti critici e evidenziarne i limiti intrinseci.

Secondo quanto sintetizzato nella massima, infatti, «*i passaggi per individuare le rimesse da assoggettare a revocatoria sono i seguenti:*

1) *determinazione dell'importo medio dei versamenti e del saldo medio determinato a seguito dei versamenti;*

2) *determinazione della incidenza media percentuale (rapporti tra rimessa media e saldo medio di conto derivato dalla rimessa);*

3) *considerazione delle sole rimesse che di volta in volta hanno avuto una incidenza (riduzione) percentuale sul saldo di conto superiore a quella media;*

4) *individuazione della durata media delle rimesse consistenti (in relazione al periodo di 180 giorni);*

5) *considerazione, quali rimesse consistenti, solo di quelle la cui giacenza non ha avuto utilizzi per almeno la durata media.*»

Il metodo adottato dal CTU della causa, il Dottore Commercialista Mario Doni di Milano, e poi fatto proprio dal Giudice dr Craveia presenta difficoltà di carattere applicativo, oltre ad incongruenze di tipo sistematico; ciò nonostante, come anticipato, propone validi spunti di riflessione.

8.3.2) Analisi

Analizziamo preliminarmente i diversi punti che caratterizzano questa sentenza:

- esistenza del fido;
- partite bilanciate;
- saldo disponibile;
- ordine delle operazioni;
- consistenza;
- durevolezza;
- art. 70 l.f.;
- validità delle tesi;
- ultra petita;
- insolvenza.

Esistenza del fido

In questa sentenza il Giudice esclude qualsiasi riferimento al fido. Queste le espressioni usate: «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 di fido concesso all'esito del contratto di apertura del credito».

Si concorda con tale impostazione: in presenza di un saldo a debito in c/c, l'eventuale rientro è dato dalla riduzione (effettiva) del debito, a nulla rilevando il dato (meramente formale) del fido concesso. E' proprio la struttura stessa della nuova revocatoria che stride con il concetto stesso di affidamento, il quale è escluso dalla maggioranza degli interpreti.

La nuova normativa prevede “rimesse effettuate su conto corrente bancario”, e non pagamenti. Ciò può rilevare sotto due aspetti:

a) ogni annotazione a credito sul conto corrente può essere definita rimessa;

b) l’esposizione debitoria rappresenta il saldo debitore onnicomprensivo del conto corrente, perdendosi così la distinzione tra saldo debitore e saldo scoperto.

Partite bilanciate

Nella sentenza, è più volte richiamato il concetto di partita bilanciata.

Il perito, così come richiesto nel quesito, ha tenuto «conto delle c.d. partite bilanciate, cioè delle rimesse finalizzate a costituire la provvista per l’esecuzione di uno specifico ordine di pagamento accettato ed eseguito dalla banca, che pur affluendo su un conto scoperto non vanno considerate alla stregua di pagamenti, poiché costituite da versamenti con imputazione specifica di pagamento a favore di terzi (Cass. Sez. I – 26/01/99 n. 686)». In particolare, il CTU ha ritenuto «necessario che vi sia sostanziale coincidenza di data e di importo in dare e avere; inoltre occorre che la banca abbia immediata certezza della disponibilità della somma in capo al cliente che intende disporne immediatamente […]».

In realtà, si tratta di una falsa questione, dato che l’impostazione stessa della nuova revocatoria tiene conto in re ipsa delle partite bilanciate: se sono revocabili solo le rimesse che hanno ridotto in modo consistente e durevole l’esposizione, le operazioni bilanciate, anche se consistenti, non sono mai durevoli, per loro stessa natura. L’analisi delle operazioni bilanciate appare pertanto del tutto ultronea alla “nuova” revocatoria.

Saldo disponibile

Il CTU si è attenuto ai criteri standard (elaborati già per la c.d. “vecchia” revocatoria) per la determinazione del saldo disponibile, e il giudice ha poi condiviso.

Impostazione condivisibile: tutte le problematiche sulla “disponibilità”, risolte per la “vecchia” revocatoria dopo molti anni di giurisprudenza, vengono ora ragionevolmente riconfermate.

Ordine delle operazioni

Nella fattispecie concreta è stato mantenuto l'ordine dell'estratto conto; non si è, quindi, seguito l'orientamento definito per la c.d. "vecchia" revocatoria, più favorevole alle banche, di anteporre tutti gli accrediti a tutti gli addebiti, ovviamente a pari data disponibile. Al contrario, si è seguito il criterio dettato da altre sentenze proprio dello stesso Tribunale di Milano.

«Il CTU ha proceduto operando per i saldi infragiornalieri secondo il criterio più prudente per cui i movimenti vanno annotati virtualmente secondo l'ordine indicato nell'estratto conto, dal momento che l'estratto è un documento che viene inviato al correntista e che se non contestato deve considerarsi approvato dal cliente.»

Si tratta di una posizione del tutto minoritaria, comunque.

Consistenza

Circa l'aggettivo "consistente" così si afferma, nella sentenza: «quanto al termine "consistente" questo è sinonimo di "ingente" o di "cospicuo"; ovviamente non è possibile fissare un valore assoluto per la generalità dei consociati (sic) oltre la cui soglia la riduzione è consistente. Per identificare la c.d. soglia nei singoli casi bisogna nel caso singolo tenere conto dell'andamento fisiologico del conto corrente e utilizzare solo la singola rimessa e non all'insieme delle rimesse che siano state idonee a ridurre l'esposizione in misura consistente».

Si tratta di una interpretazione largamente condivisa.

Nel caso specifico, il CTU ha adottato il criterio della media, procedendo nel seguente modo:

1. determinazione della rimessa media (dividendo la somma delle rimesse per il numero delle stesse);
2. determinazione del saldo medio del conto dopo le singole rimesse;
3. calcolo del rapporto percentuale tra rimessa media (punto 1.) e saldo medio (punto 2.); in sostanza, questo calcolo equivale al rapporto tra sommatoria delle rimesse e sommatoria dei saldi immediatamente successivi;
4. considerate consistenti le rimesse che hanno ridotto il saldo di una percentuale superiore a quella del rapporto al punto 3. (quindi per ogni singola rimessa applicazione di una percentuale fissa al relativo saldo post rimessa).

Si tratta di una interpretazione nuova. Non condividiamo però il riferimento al saldo post rimessa. A nostro avviso, posto comunque che sia corretto operare in questo modo, il

riferimento dovrebbe essere eventualmente fatto al saldo ante rimessa, non post rimessa. Infatti la consistenza è riferita al saldo in quel momento (in sostanza, il debito che la rimessa va a ridurre), non dopo la rimessa stessa (quindi, il debito già ridotto).

Si vedrà come tutta la costruzione poggi su basi assolutamente non condivisibili.

Durevolezza

«Anche per il termine "durevole" si deve identificarlo in concreto nel confronto con il ritmo usuale delle operazioni rispetto al periodo di osservazione caso per caso.»

Nel caso specifico la banca aveva sostenuto che durevole «sarebbe solo la rimessa posta in essere quando il conto corrente non opera più, il che [e questa è la sentenza] è una apodittica visione del carattere solutorio dei versamenti.»

Nel caso specifico, per determinare la "durevolezza" il CTU ha fatto un calcolo semplice: ha diviso il periodo, 180 giorni, per il numero delle rimesse consistenti, e ha così trovato una media.

Nel caso della sentenza qui analizzata: 180 giorni / 23 rimesse = 7,83 arrotondato a 8.

Sono state considerate consistenti le rimesse che abbiano avuto una durata di almeno 8 giorni (7,83).

«Sono state quindi considerate quali rimesse "consistenti" che abbiano ridotto (anche) in maniera durevole l'esposizione debitoria solo quelle la cui giacenza non ha avuto utilizzi per almeno 8 giorni.» (la sottolineatura è nostra).

Anche per il concetto di durevolezza si dimostrerà come lo stesso non poggi su basi corrette.

Art. 70 l.f.

Il giudice ha ritenuto che l'art. 70 l.f. non fosse applicabile ai rapporti di conto corrente bancario. Si ricorda che, ante integrazione dell'art. 70 l.f., c'era chi sosteneva questa tesi, in dottrina. Poiché la nuova versione dell'art. 70 l.f. (che fa espressamente riferimento ai rapporti bancari) si applica ai fallimenti dichiarati dall'1 gennaio 2008 (o ai procedimenti per la dichiarazione di fallimento pendenti a tale data), ne deriva indirettamente che, secondo il Tribunale di Milano, trattandosi evidentemente di norma nuova, e non interpretativa, non è applicabile a procedure ante 01/01/2008, come quella di cui alla sentenza.

Secondo questa tesi, quindi, ai fallimenti dichiarati dal 17 marzo 2005 al 31 dicembre 2007 non si applica mai l'art. 70 l.f..

Ovviamente per fallimenti dichiarati dopo l'1/1/2008 (oppure per procedimenti per dichiarazioni di fallimento pendenti a tale data) tale tesi non potrà più essere sostenuta, e la coesistenza tra i due articoli rimane sempre molto difficile, come già sostenuto dalla dottrina.

Validità delle tesi

La banca ha ritenuto, nella causa de quo, che non si possono dare interpretazioni nuove, nella sentenza. In merito, così si esprime il giudice: «la giurisprudenza è fatta di evoluzione e a nulla rileva che il criterio oggi seguito e suggerito dal CTU sia un assoluto precedente: il diritto sarebbe fermo all'anno zero senza il suo fisiologico adattamento all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.» Non si può che concordare, ovviamente.

Ultra petita

Il Tribunale ha ritenuto revocabili rimesse per un importo superiore a quello di cui alla stessa citazione. Saremmo nella fattispecie della ultra petizione.

Questa la motivazione, nella sentenza: «a nulla rileva che il fallimento ha modificato il "petitum" in sede di precisazione delle conclusioni perché: egli ha suggerito al Giudice in prima istanza un criterio di conteggio ma non ha affermato che quello era l'unico richiesto, il Giudice è libero nel decidere di attribuire la veste giuridica al fatto narrato e in essa attività è ricompresa anche l'interpretazione delle norme, l'interpretazione delle norme determina anche come nel caso in esame la quantificazione della pretesa azionata, il fallimento nel chiudere la sua domanda in origine ha – come sempre avviene – fatto riserva della maggiore o minore somma che sarà accertata in corso di causa.» Si tratta di tesi indubbiamente interessante, ma non sempre condivisa.

Insolvenza

Circa la conoscenza dello stato di insolvenza, la sentenza ricalca la giurisprudenza esistente, «a corredo va detto che è fatto notorio che le banche hanno strutture finalizzate ad accertare l'esistenza di procedimenti monitori ovvero azioni esecutive contro i loro clienti: la banca convenuta non ha fornito la prova contraria per cui anche questo elemento va a rafforzare la presunzione di conoscenza in argomento. Da ultimo il conto corrente in esame è stato utilizzato

solo con moduli da sportello senza la possibilità di emissione di assegni: anomalia di condotta nel rapporto contrattuale e esistenza di protesti sono elementi che dicono semplicemente che la banca non si fidava dell'impresa perché non poteva non sapere che era insolvente. Irrilevante il fatto che la banca abbia continuato il rapporto sapendo dello stato di crisi irreversibile che aveva colpito la fallita in bonis poiché il rischio di impresa è insito nella attività commerciale e non è antitetico con la speranza recondita della stessa di un auspicabile superamento della crisi finanziaria che colpiva la controparte.»

Nulla di nuovo, quindi, sotto questo aspetto.

8.3.3) Profili critici

Si intendono qui avanzare critiche al metodo adottato dal CTU ed accolto dal Tribunale. Le osservazioni riguardano i due principali aspetti della "nuova" revocatoria, e cioè:

- la determinazione della consistenza;
- la determinazione della durevolezza.
- determinazione della consistenza

I principali dubbi di carattere applicativo derivano proprio dalle modalità operative alle quali il CTU ha fatto ricorso per determinare la media.

Esempio n. 1

Si propone l'e/c di un c/c di fatto congelato, su cui affluiscono nel semestre soltanto accrediti:

DESCRIZIONE	ADDEBITI	ACCREDITI	SALDO	INCIDENZA su saldo POST	INCIDENZA su saldo ANTE
Saldo a debito	150		-150		
Accredito		40	-110	36%	27%
Accredito		70	-40	175%	64%
Accredito		20	-20	100%	50%

RIENTRO ex art. 70 l.f.	130

Applicando il metodo suggerito dal CTU, si avrebbe:

- rimessa media: (40+70+20) / 3 = 43,33
- saldo medio post rimesse: (-110-40-20) / 3 = 56,67
- incidenza media: 43,33 / 56,67 = 76%

e sarebbero revocabili le sole rimesse che hanno inciso sul saldo immediatamente successivo in percentuale superiore al 76%. Sarebbero quindi revocabili rimesse per 90 (70+20), ed esclusa la rimessa di 40.

Ecco quindi un primo limite di carattere algebrico: resterebbero escluse da revocatoria rimesse di importo superiore, rispetto ad altre di importo inferiore che sarebbero invece revocabili.

Esempio n. 2

Si ripropone l'e/c dell'esempio n. 1 (c/c congelato), ma con un diverso ordine degli accrediti.

DESCRIZIONE	ADDEBITI	ACCREDITI	SALDO	INCIDENZA su saldo POST	INCIDENZA su saldo ANTE
Saldo a debito	150		-150		
Accredito		70	-80	87%	47%
Accredito		40	-40	100%	50%
Accredito		20	-20	100%	50%

RIENTRO ex art. 70 l.f.	130

Applicando il metodo suggerito dal CTU, si avrebbe:

- rimessa media: (40+70+20) / 3 = 43,33
- saldo medio post rimesse: (-80-40-20) / 3 = 46,67
- incidenza media: 43,33 / 46,67 = 93%

e sarebbero revocabili le sole rimesse che hanno inciso sul saldo immediatamente successivo in percentuale superiore. Sarebbero quindi revocabili rimesse per 60 (40+20), ed esclusa la rimessa di 70.

Ecco quindi un secondo limite, di carattere sia algebrico che logico, che costituisce una specificazione del precedente: se il saldo di c/c va migliorando (presupposto peraltro dell'azione revocatoria), una rimessa incide maggiormente sul saldo nel periodo finale della revocatoria (saldo a denominatore più vicino a zero) rispetto al periodo iniziale (saldo a denominatore più elevato); quindi rimesse di importo limitato alla fine del semestre potrebbero essere revocabili, a fronte di rimesse di importi ben superiori ad inizio semestre non revocabili (come nell'esempio).

Un terzo limite è di carattere logico-sistematico, ed è riferibile ad entrambi gli esempi: anche se negli esempi tutte le rimesse determinano una riduzione consistente (e durevole) del debito (in assenza di utilizzi), per effetto della metodologia di calcolo alcune sono escluse.

Esempio n. 3

Si propone l'e/c di un c/c il cui saldo oscilla tra attivo e passivo.

DESCRIZIONE	ADDEBITI	ACCREDITI	SALDO	INCIDENZA su saldo POST	INCIDENZA su saldo ANTE
Saldo a debito	150		-150		
Accredito		70	-80	87%	47%
Addebito	10		-90		
Accredito		100	10	???	???
Accredito		20	30	--	--
Addebito	60		-30		
Accredito		10	-20	50%	33%

RIENTRO ex art. 70 l.f.	130

Applicando il metodo suggerito dal CTU, pur in presenza di qualche incertezza, come indicato più avanti, si avrebbe:

- rimessa media: (70+100+20+10) / 4 = 50
- saldo medio post rimesse: (-80+10+30-20) = -60
- incidenza media: 50 / 60 = 83,33%

In questo caso, emergono fin da subito alcuni dubbi di carattere operativo:

- come considerare la rimessa di 100, solo parzialmente su c/c passivo, per il calcolo della rimessa media?
- ancora, conteggiare o meno la rimessa di 20, avvenuta su c/c con saldo attivo, per la determinazione della rimessa media?

Infine, una considerazione: nel conteggio del saldo medio la presenza di saldi a debito (segno -) ed a credito (segno +) comporta di fatto delle compensazioni, ed una riduzione del saldo medio; in altri termini, il saldo medio (a denominatore) diminuisce, implicando un aumento dell'incidenza richiesta per la consistenza.

Ecco quindi un quarto limite: il sistema presenta difficoltà di carattere operativo in presenza di c/c in parte a debito ed in parte a credito.

- Durevolezza - Determinazione

Quanto alla determinazione della durevolezza, il CTU propone (una volta determinate le rimesse consistenti) di dividere il numero di giorni del semestre (circa 180) per il numero di rimesse consistenti.

Il fatto di ancorare la determinazione del numero di giorni di durevolezza alle (sole) rimesse consistenti potrebbe però comportare risultati poco logici. Forse la media andrebbe più correttamente calcolata su tutte le rimesse, non solo su quelle consistenti. Così facendo, infatti, si potrebbe "catturare" meglio la movimentazione del c/c.

Ad esempio, da conteggi del CTU: 3 rimesse consistenti "richiederebbero" una durevolezza di 60 giorni (2 mesi!), 6 rimesse consistenti di 30 giorni, 20 rimesse consistenti una durevolezza di 9 giorni (ossia di oltre 1 settimana!)

Tenuto conto che la durevolezza (secondo il CTU) sarebbe da intendersi come (totale) assenza di addebiti per il numero di giorni conteggiati, è evidente come nella pratica sia estremamente difficile riscontrare tale caso per periodi prolungati.

Altra questione riguarda proprio il non utilizzo della rimessa. Anche qui non pare logico considerare solo le rimesse che non siano state utilizzate, prescindendo quindi completamente dall'entità stessa di questo utilizzo. Un utilizzo rilevante avrebbe sicuramente annullato il requisito della durevolezza; ma se l'utilizzo è ridotto, non può comportare gli stessi effetti.

L'utilizzo dovrebbe essere in un qualche modo rapportato all'entità delle rimesse.

8.3.4) Conclusioni

In conclusione, si ritiene che la metodologia di calcolo suggerita dalla sentenza n. 6946/2009 del Tribunale di Milano non sia condivisibile per motivazioni di ordine logico applicativo. Infatti:

- quanto al requisito della consistenza, può portare a risultati poco logici, escludendo da revocatoria anche rimesse che hanno pacificamente ridotto in modo consistente e durevole il debito;
- quanto al requisito della durevolezza, richiede una prolungata assenza di utilizzi della rimessa, ben difficile da riscontrare nella pratica.

Sussistono inoltre dubbi sulla "tenuta" del procedimento in casi particolari, quali c/c alternativamente a debito ed a credito.

Interessante appare invece l'impostazione di fondo di non adottare il limite posto dall'art. 70 l.f., in presenza di una procedura aperta precedentemente l'1/1/2008, ed ovviamente dal 17 marzo 2005.

SINTESI - <u>Contenuto Sentenza del Tribunale di Milano n. 6946 del 25 maggio 2009</u>

Estensore Dr Roberto Craveia

Fido	No.
Saldo	Disponibile.
Ordine operazioni	Da estratto conto.
Operazioni consistenti	Incidenza superiore a quella della rimessa media sul saldo medio <u>post</u> accredito.
Operazioni durevoli	Intervallo medio tra rimesse consistenti e utilizzo (anche ridotto) superiore all'intervallo medio delle rimesse consistenti.
Art. 70 l.f.	Inapplicabile per fallimenti dichiarati ante 01/01/2008 (o procedure di dichiarazione di fallimento pendenti a tale data).
Ultra petita	Esclusa, in quanto nella citazione sono indicati i criteri, al di là degli importi (nel caso inferiori).

<u>Rilievi sollevati</u>:

Sulla metodologia di calcolo	Rispetto alla consolidata giurisprudenza (in materia di "vecchia" revocatoria) il CTU tiene conto dell'ordine delle operazioni da e/c, senza anteporre gli accrediti.
	Il saldo medio e l'incidenza della rimessa sul saldo andrebbero più correttamente calcolati sul saldo ante accredito (ossia sul saldo che la rimessa va a ridurre), anziché sul saldo a debito già decurtato.

Consistenza	Restano escluse da revocatoria rimesse di importo superiore, rispetto ad altre di importo inferiore che sarebbero invece revocabili.
	Se il saldo di c/c va migliorando, una rimessa incide maggiormente sul saldo nel periodo finale della revocatoria rispetto al periodo iniziale ➔ rimesse di importo limitato a fine semestre potrebbero essere revocabili, a fronte di rimesse di importo ben superiore ad inizio semestre non revocabili.
	Anche qualora tutte le rimesse determinino una riduzione consistente (e durevole) del debito, in assenza di utilizzi, per effetto della metodologia di calcolo alcune sono escluse.
	La metodologia di calcolo presenta difficoltà di carattere operativo in presenza di c/c in parte a debito ed in parte a credito.
Durevolezza	Ancorare la determinazione del numero di giorni di durevolezza alle (sole) rimesse consistenti potrebbe portare a risultati poco logici.
	Non si condivide il requisito della totale assenza di utilizzi come parametro richiesto per la durevolezza.

8.4) La terza sentenza del Tribunale di Milano, 21 luglio 2009

Analizziamo ora la terza sentenza in materia di revocatoria delle rimesse bancarie pronunciata dal Tribunale di Milano, la seconda con estensore il giudice dr **Mauro Vitiello** (**sentenza 21 luglio 2009**).

La sentenza è un po' sulla falsariga della precedente (27/03/2008) dello stesso relatore, però con qualche interessante ulteriore spunto e con qualche problematica in più.

1. Conoscenza dello stato di insolvenza

Per quanto concerne la prova della conoscenza dello stato di insolvenza, il Tribunale ha così sentenziato:

"In generale, ai fini della possibilità di inferire dai bilanci la sussistenza del requisito soggettivo dell'azione revocatoria fallimentare si richiede che i relativi dati siano univocamente indicativi dello stato di insolvenza della società e non si prestino ad interpretazioni diverse. Soltanto in tal caso, infatti, gli stessi sono dotati delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza tali da consentire l'ammissibilità della prova presuntiva...".

"Non rileva, al contrario, la circostanza, circa la mancata interruzione del rapporto col cliente ed il mantenimento dell'affidamento già concesso. Tali risultanze, invero, non assumono valenza decisiva ai fini della esclusione della "*scientia decoctionis*", in quanto l'istituto potrebbe essere stato indotto a proseguire il rapporto col cliente per le motivazioni più varie come, ad esempio, quella di ottenere dei pagamenti parziali, o di accrescere le proprie garanzie o, ancora, di aiutare il fallendo a superare la crisi economica (v. Cass. Civ., Sez. 1, n. 1617 del 22/01/2009; n. 27390 del 12/12/2005)".

Si tratta di una ulteriore conferma; per provare la conoscenza dello stato di insolvenza è necessario che gli elementi, concordanti, siano più di uno.

Difficilmente sarà sufficiente un solo elemento, per provare la conoscenza dello stato di insolvenza, e in questo senso una riduzione del capitale sociale, da sola, non appare sufficiente.

2. Applicabilità dell'art. 70 l.f.

Il Tribunale ritiene applicabile l'art. 70 anche nel periodo 17/3/2005 – 31/12/2007.

Ricordiamo come invece sia già avvenuta una interpretazione che esclude l'applicabilità dell'art. 70 l.f. ai fallimenti dichiarati nel periodo 17 marzo 2005 – 31 dicembre 2007. La nuova versione dell'art. 70 l.f., quella che prevede esplicitamente il riferimento alle operazioni bancarie di conto corrente, è stata infatti introdotta con effetto 1 gennaio 2008. Ora, trattandosi di norma innovativa, e non interpretativa, appare logica conseguenza che non sia applicabile ai periodi precedenti.

Ciò può creare situazioni poco razionali, sotto l'aspetto equitativo, ma le cose stanno così.

3. Fido

Il Tribunale ritiene applicabile il concetto del rientro solo se su conto scoperto, non su conto a debito (e quindi considera valido il riferimento al fido). Tra l'altro, sommando anche l'affidamento del conto anticipi.

Tutta la costruzione della nuova revocatoria è però nel senso di non dare più rilevanza al concetto di fido, e quindi di rendere possibile la revoca di rimesse senza far riferimento a conti necessariamente scoperti. La dottrina comunque non è univoca, sul punto, ma prevalentemente è per la tesi della non applicabilità del concetto di fido.

Dai conteggi riportati in sentenza non parrebbe però che poi sia stato fatto riferimento al fido.

4. Saldo

Il Tribunale pare considerare, ma non ne siamo sicuri, il saldo contabile, non il saldo disponibile, con ciò sovvertendo tutta la costruzione precedente.

La questione della validità del concetto di saldo disponibile è stata ovviamente posta anche per la nuova revocatoria, e per lo più si è ritenuto che non ci fossero motivi per cambiare impostazione. In ogni caso, manca ogni motivazione, in sentenza.

5. Revocabilità del conto anticipi

Il Tribunale si pronuncia per la revocabilità di un accredito sul conto anticipi.

Ricordiamo il funzionamento del conto anticipi.

Nel caso specifico, il conto anticipi (si ritiene su fatture, e non su s.b.f.) funziona con accredito del conto ordinario e addebito del conto anticipi, alla presentazione delle fatture (nella sentenza

non è detto se ci fosse o meno uno scarto). Al momento del successivo pagamento da parte del debitore, pagamento effettuato sul conto ordinario, viene effettuato lo storno, con giroconto dal conto ordinario (addebito) e accredito al conto anticipi.

Risulta così che, in presenza dei necessari presupposti, si potrebbe revocare due volte lo stesso importo (o quasi lo stesso importo, ove fosse applicato uno sconto), ragione per cui la revoca può riguardare l'accredito fatto al momento dell'anticipo, da parte della banca, e il versamento da parte del terzo, alla scadenza. Ovviamente in presenza dei presupposti, come si è detto.

Nel caso specifico, il Tribunale ha ritenuto revocabile il giroconto fatto alla banca al momento del pagamento del terzo; è stato anche fatto riferimento al fido, ma non si capisce se di c/c o del conto anticipi e nemmeno che effetto ciò abbia comportato.

6. Concetto di consistenza e durevolezza

Consistenza

E' confermato ancora una volta che si tratta di un concetto relativo. I riferimenti teorici di base, indicati dalla sentenza, sono:

- entità massima della esposizione;
- entità media dei versamenti e delle uscite dal conto;
- ammontare del debito al momento delle rimesse.

Detto questo, il Tribunale ritiene poi che siano revocabili unicamente le rimesse superiori al 10% dell'importo massimo revocabile, così come determinato dall'art. 70 l.f..

Dei tre riferimenti sopra indicati anche se il Tribunale afferma che la soluzione "discende" dall'applicazione dei parametri di riferimento indicati, non è così, essendo l'unico riferimento fatto proprio dal Tribunale l'entità del rientro ex art. 70 l.f., che appunto esula quantomeno dalla media dei versamenti.

Durevolezza

Il Tribunale interviene anche sul concetto di durevolezza, intesa come riduzione durevole dell'esposizione debitoria determinata appunto dalle rimesse.

"La "durevolezza" consiste nell'apprezzabile stabilità nel tempo dell'effetto solutorio della rimessa stessa. Tale effetto si intende realizzato solo ove il versamento non sia seguito, per un

determinato lasso di tempo, la cui entità dipenderà dalla maggiore o minore intensità di movimentazione del singolo conto corrente, da prelievi in grado di ridurre il ripianamento al di sotto della soglia di consistenza".

Il Tribunale, nel caso specifico, ha esaminato tutti e due i conti correnti.

Afferma che i due conti "costituiscono l'espressione e lo sviluppo di un rapporto unitario". Ed in effetti per la "nuova" revocatoria si deve far riferimento all'esposizione complessiva.

"L'unicità di rapporto discende dall'intenso collegamento funzionale tra i due conti, realizzato attraverso il meccanismo, sopra descritto, dell'anticipazione delle fatture e si evince, altresì, dalla circostanza che entrambi i conti correnti sono stati accesi presso la medesima filiale dell'istituto di credito. Ciò induce a ritenere che l'istituto di credito, in ogni fase della gestione negoziale, abbia avuto immediatamente e contemporaneamente a disposizione i dati inerenti al conto ordinario ed al conto anticipi ed abbia quindi provveduto ad analizzarli ed a raffrontarli, al fine di operare una stima complessiva dapprima del profilo della solvibilità della propria cliente ed in seguito del suo progressivo indebitamento".

I conti però paiono non quadrare.

Questi infatti i dati:

- fido euro 100.000 (non si sa se di c/c o s.b.f.);
- rientro ex art. 70 l.f. euro 64.706,47;
- soglia della consistenza: 10% del rientro, e quindi euro 6.470,65;
- giroconto considerato 127.600,00;
- durevolezza: una settimana dopo il giroconto è stato effettuato un versamento (sic.) di euro 30.446,43. Essendo così breve il lasso di tempo, il principio della durevolezza parrebbe non rispettato.

Ed allora, è revocabile solo la differenza (127.600 – 30.446,43) pari ad euro 97.153,57. Ma il Tribunale dice anche che la soglia così non è rispettata, il che pare difficile da comprendere.

Ma in ogni caso, un versamento non potrà mai ridurre una rimessa, quanto piuttosto eventualmente costituire anch'esso importo astrattamente revocabile. Nella sentenza due volte è specificato che si tratta di versamento, anche se invero potrebbe trattarsi di addebito.

Ove fosse così, non avrebbe senso alcuno quanto affermato dal giudice.

In ogni caso, è revocabile il minore importo risultante dall'applicazione dell'art. 70 l.f.

Indubbiamente si tratta di un insieme di concetti poco chiari; forse con l'esame della documentazione di cui al caso specifico si potrebbe capire di più.

Sintesi della Sentenza Tribunale di Milano, 21 luglio 2009, estensore Dr Mauro Vitiello:

Fido	Si (anche se poi non se ne tiene conto). Non è indicato se di c/c o anticipi su fatture o s.b.f.
Conto anticipi (o s.b.f.)	Considerato come un c/c ordinario, da sommare
Consistenza	10% del rientro ex art. 70 l.f.
Durevolezza	maggiore di una settimana
Art. 70 l.f.	Applicabile anche a fallimenti dichiarati nel periodo 17/3/2005 – 31/12/2007
Rimesse revocabili	Al netto di addebiti (pare di capire, anche se si parla di accrediti)

8.5) La Sentenza della Cassazione n. 20834 del 7/10/2010

La sentenza n. 20834 del 7 ottobre 2010 è la prima sentenza della Cassazione in materia di determinazione degli importi revocabili in base alle nuove disposizioni.

Invero il caso trattato riguardava una revocatoria ante riforma, ma su sollecitazione della banca la Corte si è a lungo pronunciata, *obiter dicta*, anche sulla riforma, in parte confermando prese di posizione già assunte dalla stessa Corte, in parte prendendo posizione per la prima volta.

Chiaramente si tratta di una fonte autorevole, ma quanto espresso è viziato appunto dall'essere andata, la Cassazione, *obiter dicta*. Non si tratta quindi di una sentenza, ma di semplice dottrina, ancorché di fonte giudiziaria. Pare più un ossimoro che una fattispecie reale.

Molti i punti toccati da questa sentenza; gli aspetti collegati con la "nuova" revocatoria delle rimesse bancarie riguardano:

1) la pregiudiziale comunitaria;

2) l'eccezione di incostituzionalità;

3) la negata anticipata applicabilità dell'art. 70 l.f.;

4) il riferimento al fido;

5) la determinazione della consistenza e della durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria.

Esaminiamo sinteticamente i vari punti.

1) <u>La pregiudiziale comunitaria</u>

La Corte di Cassazione molto sinteticamente ha condiviso l'orientamento della Corte di Appello di Roma (n. 4456/2007) la quale ha ritenuto di respingere l'eccezione di pregiudizialità comunitaria, relativamente alle nuove disposizioni.

Ciò in quanto la revocabilità appare solo una mera eventualità, non un'"onere fisso". In senso conforme, Cassazione n. 5962 del 5 marzo 2008.

2) L'eccezione di incostituzionalità

Ancora una volta la Corte si è espressa affermando, senza peraltro soffermarsi, la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità della norma transitoria di cui al D.L. n. 35/2005, art. 2, comma 2.

In senso conforme, Cassazione n. 5962 del 5 marzo 2008.

3) La negata anticipata applicabilità dell'art. 70 l.f.

La Cassazione ha precisato che l'art. 70 l.f. non si applica a fallimenti dichiarati ante entrata in vigore della riforma fallimentare, e quindi ante 17 marzo 2005, come peraltro confermato anche da altre sentenze (Cassazione n. 5346/2008 e n. 5962/2008).

Le modifiche normative non hanno però certamente chiarito le norme precedenti sulla revocatoria delle rimesse bancarie; piuttosto ne hanno riformato l'impianto. La Cassazione prosegue analizzando quanto afferma la Relazione ministeriale al D.L. n. 35/2005; è benvero che tale relazione ha ritenuto di specificare che le nuove norme tendono e "eliminare incertezze apprezzate e contrasti giurisprudenziali", ma ciò risulta del tutto contraddittorio.

Infatti il legislatore rinnova, e quindi non pare possibile ritenere la norma interpretativa.

La relazione pertanto, secondo la Cassazione, non è idonea a confortare la natura interpretativa delle modifiche. Si tratta di una norma del tutto nuova, inconciliabile con una ipotesi interpretativa.

La Corte si fa però trascinare in una affermazione poco rigorosa quando sostiene che la successiva disposizione, il correttivo D.Lgs. n. 169/2007, è intervenuta sull'art. 70 l.f. come norma di interpretazione autentica, rispetto alla prima stesura dell'articolo riformato nel 2005. Tale articolo faceva riferimento a rapporti continuativi e lasciava, a taluno, dubbi circa l'inclusione o meno tra questi dei conti correnti bancari. D'altra parte, anche la giurisprudenza di merito non è concorde sul punto; ad esempio, Tribunale di Milano, 20/03/2008 e 21/07/2009, ritiene che l'art. 70 l.f. sia applicabile alla revocatoria di rimesse bancarie anche per i fallimenti dichiarati prima dell'1/01/2008, data di entrata in vigore del correttivo, così in pratica considerando la modifica del testo di legge alla stregua di un chiarimento di quanto già sostenuta dagli interpreti della riforma.

Viceversa, Tribunale di Milano 25/05/2009 considera applicabile l'art. 70 l.f. ai soli fallimenti dichiarati dall'1/01/2008, e quindi con inapplicabilità nel periodo 17 marzo 2005 – 31 dicembre 2007, data di entrata in vigore del nuovo articolo 70 l.f..

Così si esprime la Cassazione:

"*Il D.Lgs n. 169 del 2007, intervenendo sulla disposizione, questa volta sicuramente con norma d'interpretazione autentica, ha applicato il criterio ivi sancito agli atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti bancari*".

Ma così affermando, la Cassazione non si accorge che viene a cozzare contro la decorrenza differita della nuova norma.

Le variazioni normative apportate dal D.Lgs. 169/2007 hanno infatti effetto, per legge, dall'1 gennaio 2008, ed allora, come si fa a dire che una norma, approvata nel 2007, ha valenza interpretativa, ma differita, entrando in vigore successivamente, il 1° gennaio 2008. E' un controsenso bello e buono; da un punto di vista razionale non si può sostenere quanto afferma la Cassazione: norma interpretativa, ma differita.

Il decreto correttivo non può quindi avere, a nostro avviso, natura interpretativa, stante in ogni caso la specifica ritardata entrata in vigore (1° gennaio 2008). Personalmente si è dell'avviso che l'art. 70 l.f. (in presenza di atti estintivi di rapporti continuativi o periodici, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare della pretesa e l'ammontare al momento dell'apertura del concorso) sia applicabile fin da subito ai rapporti bancari; ove si dovesse sostenere il contrario, ecco allora la mancata applicabilità (17/03/2005 – 31/12/2007) con applicazione soltanto dell'articolo 67 l.f. nel breve periodo.

4) <u>Riferimento al fido</u>

La Cassazione, nel sostenere la non retroattività delle disposizioni, nel senso di non ritenere applicabile l'art. 70 l.f. ai giudizi in corso (rectius, ai fallimenti dichiarati ante 17 marzo 2005) fa peraltro una precisazione che si pone in evidente contrasto, a nostro avviso, come si vedrà, con quanto successivamente affermato. Con riferimento all'affidamento così precisa la Cassazione: "*le modifiche che hanno interessato la revocatoria delle rimesse bancarie certamente non chiariscono il significato delle disposizioni fallimentari vigenti; ne hanno invece riformato l'impianto stesso, sovvertendo il principio che ammetteva la revocabilità delle sole rimesse solutorie, cioè affluite su conto scoperto, attraverso l'introduzione di regole ed eccezioni* (sic) *alla stessa azione del tutto nuove, che hanno inciso su(l) sistema, di certo non segnato da incertezze esegetiche, quanto piuttosto assestato su univoche linee direttrici formatesi nel diritto vivente con pressoché unanime orientamento*".
Quindi, non più revocabilità delle sole rimesse solutorie, è detto esplicitamente; conseguentemente, "*Nuova è la disciplina quanto all'oggetto della revoca che, specificamente*

individuato nelle rimesse bancarie, così distinte dai pagamenti, rimuove dallo scenario esegetico il distinguo tra natura solutoria e ripristinaroria dei versamenti affluiti sul c/c".

Ulteriore conferma, quindi, del cessato riferimento al fido, elemento che distingue appunto la natura dei versamenti, solutori o ripristinatori.

Però più oltre, per quanto concerne il riferimento o meno all'affidamento, afferma che "*resta invariato l'onere del curatore di dimostrarne la scopertura rispetto al limite dell'affidamento*" e così va in pieno contrasto con quanto affermato nella prima parte della sentenza. Non si tratta di un errore; lo stesso concetto è ribadito anche successivamente "*le rimesse bancarie sono revocabili se, nel periodo sospetto dimezzato a sei mesi, hanno ridotto l'esposizione maturata sul conto* ***oltre il limite dell'affidamento*** *in maniera* ***non*** *consistente* ***né*** *durevole, ma l'obbligo di restituzione della banca non le riguarda, come secondo regola generale, nella loro sommatoria. Il quantum dell'azione, ove questa abbia esito favorevole alla curatela, non può in conclusione superare il limite del differenziale posto dal suddetto criterio legale*" (il grassetto è nostro). In questa frase il riferimento al fido parrebbe quindi interessare solo le rimesse che non rispettano i nuovi parametri di consistenza e durevolezza!

Cosa può voler dire, la Cassazione? Che oltre il fido si considerano le rimesse non consistenti e non durevoli, mentre entro il limite del fido le rimesse consistenti e durevoli? Non è assolutamente chiaro.

5) La determinazione della consistenza e della durevolezza

La sentenza fa un breve cenno anche ai concetti, indeterminati, di consistenza e durevolezza.

Più in particolare, quanto alla consistenza e durevolezza, "*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*".

E questa specificazione la dovrà dare la banca, non la procedura.

Ma aggiunge qualcosa in più: "*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, eliminado, in un'ottica unitaria, dal panorama giurisprudenziale definitivamente la revocabilità delle singole rimesse*" (il grassetto è nostro).

Quindi, la Cassazione dà, anche se non motiva in alcun modo, una nuova interpretazione dell'applicazione congiunta degli articoli 67 e 70 l.f..

Ora, se la banca prova che le rimesse non hanno ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, nessuna revocabilità (ex art. 67 l.f. e conseguentemente anche ex art. 70 l.f.). Ma se manca tale prova, o se le rimesse hanno ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, ecco che si applica l'art. 70 l.f.. Quindi si applica sempre l'art. 70 l.f., che prevale, sempreché le rimesse abbiano ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole.

Ai fini pratici ciò significa che si revoca il rientro, e che i conteggi per la determinazione della consistenza e della durevolezza servono solo per l'eventuale applicazione dell'art. 70 l.f..

In definitiva, tutti i rientri sono revocabili, eccetto quelli caratterizzati da una costante serie di rimesse di limitato ammontare.

Interpretazione molto interessante, ma non adeguatamente motivata.

In sintesi, questi i punti rilevanti della sentenza:

- nessuna pregiudiziale comunitaria;
- manifestata infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità;
- la modifica all'art. 70 l.f. ex D.Lgs. 169/2007 ha natura interpretativa, e quindi è applicabile dal 17 marzo 2005 (strana natura interpretativa a validità differita);
- fido: non più rilevante, se non nel caso di rimesse non consistenti né durevoli;
- la banca deve provare l'eventuale rientro non consistente né durevole dell'esposizione;
- l'art. 70 l.f. prevale sull'art. 67 l.f..

Ad ogni buon conto tutta l'analisi *obiter dicta* non ha valenza alcuna, essendo del tutto ultronea, dottrina del tutto svincolata dal caso concreto.

8.6) La Sentenza del Tribunale di Udine n. 293 del 24/02/2011

Interessante è indubbiamente la Sentenza del Tribunale di Udine del 24 febbraio 2011 n. 293/2011.

Questi i principi affermati dalla Sentenza, giudice relatore Dottoressa Maria Antonietta Chiriacò:

1) nella "nuova revocatoria" non ha più rilevanza la questione dell'affidamento, ovvero la distinzione tra conto passivo e conto scoperto;
2) per valutare consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria ex art. 67 l.f. ci si deve riferire all'effetto finale sul debito complessivo del correntista fallito nei confronti della banca;
3) il c.d. rientro fissato dall'art. 70 l.f. come limite massimo dell'importo revocabile va quantificato da parte della banca, tenendo conto della complessiva esposizione debitoria del correntista, considerando quindi non solo il c/c ordinario, ma anche i vari conti anticipi e i finanziamenti.

Vediamo i singoli punti nel dettaglio.

1) Irrilevanza dell'affidamento

Circa la questione dell'irrilevanza dell'affidamento nella nuova revocatoria, si tratta di una ulteriore conferma di quello che pare, o sarebbe il caso di dire parrebbe, essere oramai l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza.

2) Riferimento al debito complessivo

La dottrina ha già evidenziato come la nuova revocatoria (art. 67 l.f.) si basi sui concetti di consistenza e durevolezza, di difficile definizione pratica e legati alle caratteristiche del rapporto specifico di conto corrente intercorso tra il fallito e la banca.

Il Tribunale di Udine ha affrontato un caso particolare, in cui una rimessa sicuramente consistente (300.000 Euro) era stata utilizzata dalla banca quasi esclusivamente (per 263 mila euro) per portare in attivo il c/c e rimborsare il proprio credito per finanziamenti import-export in precedenza erogati alla società fallita.

L'operazione si era concretizzata con giroconti in addebito nel conto ordinario e in accredito sui conti di finanziamento.

A prima vista, quindi, l'accredito non era stato durevole, poiché il c/c ordinario era tornato in pochi giorni ad un saldo debitore analogo a quello precedente l'accredito; anzi, successivamente la banca aveva operato ulteriori giroconti per chiudere le porzioni di finanziamento, portando così ad un notevole peggioramento del saldo debitore del c/c ordinario.

Elemento caratterizzante il rapporto banca-fallito era costituito dal fatto che la banca non aveva dato corso praticamente a nessuna operazione di pagamento a favore di terzi, trattenendo a proprio favore le disponibilità usate dal fallito sul proprio c/c.

In questa ottica i giudici di Udine hanno individuato come durevole la riduzione dell'esposizione debitoria complessiva del cliente verso la banca, non limitandosi alla lettura del saldo debitore del solo c/c ordinario. In realtà, per la parte relativa a pagamenti di anticipazioni, si trattava a nostro avviso più propriamente di pagamenti di debiti, revocabili ex art. 67, comma 2, al di fuori quindi della questione rimesse, e senza l'ombrello protettivo dell'esenzione da revocatorie dei pagamenti, in quanto non applicabile a pagamenti di debiti contratti non per acquisti di merci e servizi, come meglio evidenziato in altra parte della presente relazione.

3) Determinazione rientro ex art. 70 l.f. da parte della banca

La valutazione della posizione globale di debito della fallita nei confronti della banca è stata mantenuta anche nella quantificazione del c.d "rientro" ex art. 70 l.f.

Nel caso specifico la banca aveva eccepito solo la mancanza del requisito della durevolezza, indicando che il saldo debitore finale del c/c era superiore al saldo iniziale del semestre, e non aveva fornito documentazione ulteriore per quantificare il debito complessivo iniziale del semestre. Il Tribunale ha concordato con la ricostruzione operata dal CTU, che ha ipotizzato che l'ammontare massimo delle pretese della banca fosse dato dalla somma tra il saldo finale

del c/c (su cui erano stati addebitati i giroconti di chiusura dei finanziamenti) e l'accredito iniziale revocabile (263 mila euro).

In tal modo il rientro è venuto a coincidere con l'accredito consistente e durevole, e l'importo che ne è conseguito è risultato revocabile sia ex art. 67 che ex art. 70 l.f..

Sono stati così affermati due principi nell'applicazione dell'art. 70 l.f., entrambi molto interessanti:

- è la banca che deve quantificare il c.d. rientro, visto che ha a disposizione la documentazione necessaria a tale determinazione, e che è un importo che va a limitare le rimesse revocabili (c.d. condizione impeditiva);
- il rientro ex art. 70 va quantificato in riferimento alla posizione complessiva del correntista fallito.

Per quanto riguarda l'onere di dimostrare la non revocabilità delle rimesse che astrattamente rientrerebbero tra i pagamenti o gli atti a titolo oneroso, è evidente che l'art. 70 è norma che tutela la parte banca, che quindi dovrà attivarsi per dimostrarne l'applicabilità al caso concreto.

Si è già detto sopra che l'art. 67 l.f. prevede una norma che esonera da revocatoria le rimesse che "non abbiamo ridotto in maniera consistente e durevole …". A nostro avviso non è ancora stato adeguatamente esaminato il fatto che tale previsione sembra rovesciare l'onere di dimostrare la revocabilità delle rimesse: è la banca a dover sostenere l'applicabilità dell'esonero a proprio favore. Il curatore dovrà individuare le rimesse che sono pagamenti (ma allora revocabili ex art. 67, comma 2) o atti a titolo oneroso, e la banca a sua volta dovrà dimostrarne l'esonero, sia ex art. 67 l.f. sia ex art. 70 l.f..

4) <u>Una critica</u>

Il giudice di Udine somma c/c ordinario con il conto anticipi e li considera unitariamente. In realtà si tratta di conti del tutto differenti, con il conto anticipi che di norma è un conto di servizio. Certo la rimessa del terzo a pagamento di quanto dalla banca anticipato appare revocabile, ma non in quanto versato sul c/c, quanto piuttosto pagamento di debito da parte di terzi. Ad ogni buon conto, mal si adatta, per non dire che non si adatta del tutto, a questa fattispecie il concetto di consistenza e durevolezza, dipendendo tra l'altro da terzi.

In realtà la procedura potrebbe revocare l'anticipo dei singoli crediti (ove non oggetto di cessione modificante) oppure i pagamenti del terzo; e l'una scelta necessariamente esclude l'altra.

8.7) Altre sentenze

Abbiamo anche la sentenza del **Tribunale di Pescara n. 4 dell'8 febbraio 2008 / 14 marzo 2008**[44], la prima che si è pronunciata in questa materia (giudice relatore dottoressa Anna Fortieri).

Questi i principi fissati dal Tribunale di Pescara:

- consistenza e durevolezza: valutate con riferimento all'entità dello scoperto, alle movimentazioni e all'andamento generale del conto;

- durevolezza; è riferita al rientro, ancorchè come tendenza.

In particolare è stato considerato duraturo il periodo di 2 mesi, escluso comunque come riferimento, dovendo guardare invece, appunto, alla tendenza dell'andamento del conto, peraltro non meglio definita.

Ad ogni buon conto, dalle cifre indicate in sentenza non è dato modo di capire come siano stati effettuati i conteggi. La **Corte di Appello dell'Aquila** (**sentenza n. 334 del 30 marzo 2011** estensore Dr.ssa Rita Carosella) ha confermato la sentenza del Tribunale di Pescara, precisando ulteriormente che la nuova revocatoria prescinde comunque dal concetto di affidamento.

Quanto all'articolo 70 l.f., lo si è ritenuto applicabile come limite massimo, ed è stato determinato come differenza tra il massimo scoperto del periodo e il saldo finale.

C'è poi la sentenza del **Tribunale di Brescia** (**sentenza 29 aprile 2008**[45]) la quale è intervenuta su una fattispecie specifica di conto chiuso. Queste le massime:

- "*l'esenzione da revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario non è applicabile ai pagamenti effettuati dopo la chiusura del conto corrente per estinguere o ridurre l'esposizione debitoria verso la banca*";

- "*gli eventuali pagamenti effettuati alla banca dopo la chiusura dei rapporti intercorsi con il correntista non rientrano nel concetto di rimesse su conto corrente bancario e sono revocabili, in quanto riferibili a debiti liquidi ed esigibili, sulla base della disposizione di cui all'art. 67, secondo comma l.f.*".

La sentenza è decisamente interessante perché può essere estensivamente applicata, a nostro avviso, anche tutte le volte in cui il c/c non sia stato revocato, ma di fatto sia bloccato nella sua

[44] Pubblicata in www.centrostudiconcorsuali.it
[45] Pubblicato ne Il Fallimento n. 1/2009 pag. 101.

operatività (nessun addebito e/o nessun assegno addebitato). Si tratta del cosiddetto "conto bloccato" o congelato, il che equivale, a questi fini, al conto chiuso[46].

Infine, la sentenza, **Tribunale di Pescara n. 1315/11 del 26 luglio 2011,** giudice estensore dr Angelo Zaccagnini.

Il caso verteva su un rientro, e il giudice ha considerato revocabile appunto il rientro dato dalla differenza "tra **l'ammontare massimo** del saldo contabile (e non per valuta) passivo per il correntista nel periodo dei 6 mesi antecedenti la dichiarazione di fallimento e **l'ammontare residuo** del saldo contabile finale. Con la precisazione che per saldo contabile (massimo e residuo) deve intendersi il *saldo risultante dalla somma algebrica delle annotazioni attive e passive secondo l'ordine cronologico delle operazioni contabilizzate negli estratti conto*."

Invero non è motivata la scelta per il saldo contabile, piuttosto che il saldo disponibile, essendo in ogni caso logica la non applicabilità del saldo per valuta.

A fronte della richiesta della banca di ridurre l'importo revocabile per effetto di contestabili pagamenti fatti a terzi e per rimesse da fidejussiori, il giudice l'ha respinta in quanto "la norma, per la determinazione del *quantum* revocabile, non prende a riferimento operazioni intermedie né la causa delle singole operazioni antecedenti o successive rispetto alla rimessa, ma considera esclusivamente la massima esposizione debitoria da cui va detratto l'ammontare residuo.

Si tratta di criterio legale al quale non è dato poter sovrapporre modalità diverse di determinazione o di calcolo che finirebbero per rendere incerti gli importi revocabili.

Peraltro davvero non si vede quale logica, giuridicamente conforme al precetto normativo contenuto nell'art. 70 l.f., dovrebbe portare ad inserire elementi variabili per la individuazione della *massima esposizione*."

Invero non è dato modo di comprendere la tesi della banca, in quanto si è in presenza di riduzione di una esposizione, e quella appunto è stata correttamente revocata.

Il **Tribunale di Siracusa** (**sentenza n. 1123/2011 del 12/10/2011** estensore dottoressa Viviana Urso) è intervenuto sulla consistenza e durevolezza, affermando che "ai fini della revocabilità le rimesse devono determinare la riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria: consistenza e durevolezza quindi sono concetti che non devono essere riferiti né alle rimesse, né all'esposizione debitoria, ma al rapporto tra tali due elementi, per cui ciò che rileva è la consistenza del rientro.

[46] In questo senso, vedasi Tribunale Milano 9 luglio 2004 in Banca, Borsa e Titoli di credito, 2005, II, 286.

La “consistenza” pertanto non va intesa come un valore assoluto, ma come un valore relativo che dipende dall’entità massima dell’esposizione debitoria nel periodo, dall’entità dell’esposizione debitoria al momento in cui le rimesse sono effettuate, dall’entità media dei versamenti in entrata e dall’entità delle uscite.

Allo stesso modo anche il requisito della durevolezza della riduzione dell’esposizione debitoria determinata dalla rimessa deve essere inteso non in senso assoluto, come riduzione definitiva del credito, ma in senso relativo, come riduzione non transitoria, la cui durata sarà determinata in concreto tenendo conto della frequenza delle movimentazioni del conto: la durevolezza richiederà un tempo più o meno lungo a seconda che il conto presenti una movimentazione occasionale o invece a frequenza anche infragiornaliera.”

Il concetto non pare di facile applicazione pratica.

8.8) La sentenza del Tribunale di Bologna n. 2167/2011 del 20/07/2011 - 04/08/2011

Esaminiamo ora la sentenza del **Tribunale di Bologna n. 2167/2011**, estensore dr Giuseppe Colonna, sentenza che tocca più temi relativamente alla questione della revocatoria. Si tratta di un fallimento dichiarato nel 2006 e quindi ante correzione dell’art. 70 l.f..

Appunto su tale aspetto così si esprime la sentenza: “le parti nelle loro difese non hanno mai posto in dubbio che l’art. 70 c. 3 debba essere applicato, come del resto è logico che sia, perché la specificazione da ultimo introdotta rappresenta un mero chiarimento di ciò che era comunque già desumibile in via interpretativa (in tal senso Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834).”

Come si è visto, tesi non condivisa dai più.

Per quanto concerne il fido, anche questa sentenza ne esclude il riferimento “il criterio posto per la revocabilità è del tutto diverso rispetto a quello formatosi in via giurisprudenziale nel vigore della precedente normativa, ponendo come limite la riduzione consistente e durevole, non della scopertura del conto, ma della esposizione debitoria, con ciò dovendosi intendere l’entità complessiva dei debiti del fallito verso la banca.”

Per quanto concerne la determinazione delle rimesse revocabili e l’applicazione della percentuale del 10% sul rientro indicata dalla sentenza del Tribunale di Milano del 27/03/2008 così afferma Bologna: “Si tratta di scelta certamente utile ma che pare arbitraria, in assenza di dati testuali o desumibili in via interpretativa che la legittimino e, del resto, l’intento del legislatore è stato quello di sanzionare con l’inefficacia l’intento della banca di attuare il rientro del debitore, a scapito dei pagamenti che avrebbe potuto effettuare a favore di terzi – essendo già questo indizio significativo della *scientia decoctionis* – e tale dato si ricava dall’andamento

delle rimesse nel loro complesso, nel caso in cui la media dei saldi in un periodo di tempo significativo sia volta alla diminuzione della esposizione del debitore considerata nel suo complesso."

Le conclusioni del giudice di Bologna sono nel senso che "sia il tenore letterale della norma, che si occupa della irrevocabilità delle "*rimesse effettuate….purchè non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria*" e, dunque, tratta dell'andamento complessivo del conto e non di singole rimesse, sia la *ratio* sottesa al mutamento, individuabile nell'esigenza di colpire con la sanzione di inefficacia i comportamenti pregiudizievoli per la *par condicio*, individuati nel rientro dalla esposizione, conducano a ritenere rilevante non l'entità specifica delle singole rimesse (nel caso di specie alcune sono modestissime), ma solamente l'andamento complessivo del conto, che dimostri come nel semestre "*sospetto*" la banca abbia inteso condurre al rientro dalla esposizione, fermo restando che sotto il profilo strettamente restitutorio si considera solamente l'effettivo danno (art. 70 l.f. differenza tra massimo scoperto e saldo finale).

Si tratta indubbiamente di valutazione di larga discrezionalità (e questo rende ragione della giurisprudenza che tende a fissare, parametri), ma che comunque raramente potrà condurre a risultati iniqui per la banca creditrice, rimanendo sempre fermo il limite fissato dall'art. 70 l.f."

Osservazione che condividiamo appieno anche se, tenuto conto dell'art. 70 l.f., si tratta di analisi priva di effetto pratico, come peraltro tutti i conteggi effettuati ex art. 67 l.f., come già più volte enunciato.

Quanto alla <u>quantificazione</u> delle rimesse revocabili a fronte delle eccezioni formalizzate dalla banca secondo la quale il CTU sarebbe andato *ultra petita,* avendo considerato rimesse non comprese nell'atto di citazione, il Tribunale ha citato la Cassazione (n. 14552/2008) che ha "chiarito essere sufficiente, ai fini della *edictio actionis*, indicare il conto corrente ed il periodo di riferimento e manifestare la volontà di ottenere la declaratoria di inefficacia delle relative rimesse; dunque non è necessaria alcuna specifica indicazione delle rimesse che si ritengono revocabili e nel caso di specie v'è stata indicazione del *quantum* richiesto in restituzione, mentre i conteggi allegati assolvevano a funzione meramente esplicativa dell'azione svolta, ma non ne vincolavano il contenuto né per ciò che concerne la *causa petendi* né per il *petitum*, perché la concreta individuazione delle rimesse revocabili è questione di diritto che, una volta delimitato l'ambito di indagine, compete al giudicante, dovendosi anche sottolineare che in caso contrario si verrebbe a penalizzare la parte che ha specificato i metodi di calcolo adottati, rispetto a chi si limita ad indicazioni assolutamente generiche e tuttavia sufficienti."

Infine il giudice ha confermato l'applicazione del criterio dell'anteposizione degli accrediti agli addebiti (Cassazione 10869/1994) "non ravvisandosi ragioni che nel vigore dell'attuale normativa, consiglino di mutare avviso" (tesi favorevole alle banche).

8.9) La sentenza del Tribunale di Udine n. 549/12 del 16/04/2012

Il Tribunale di Udine del 16 aprile 2012 n. 549/12 ha revocato una rimessa effettuata al rientro, su conto corrente con fido di fatto revocato, mentre non si sono revocati i pagamenti di due rate di mutuo.

Siamo ancora lontani da una soluzione che possa essere ritenuta condivisibile e soprattutto corretta sulla base delle previsioni normative, invero poco chiare e, a nostro avviso, inconciliabili (ci riferiamo alla difficile, se non impossibile, convivenza dell'art. 67 che fa con l'art. 70 l.f.).

Secondo questa sentenza, rivive con la nuova revocatoria la distinzione tra conto scoperto e passivo[47].

Ciò in quanto la previsione di base è il pagamento "di debiti liquidi ed esigibili" (Art. 67 L.F., comma 2) ed inoltre il comma 3 parla di "esposizione debitoria". Ciò, benchè la gran parte della migliore dottrina, oltre a qualche giudice, abbiano già sostenuto il contrario. Non trattiamo qui di questo specifico aspetto.

L'estensore peraltro critica, a nostro avviso giustamente, la sentenza della Cassazione n. 20834/2010, sentenza citata dalla banca. Quest'ultima è una sentenza se non altro curiosa, nel senso che inopinatamente la Corte si è messa a fare dottrina, su un caso diverso da quello trattato (il caso riguardava infatti la "vecchia" revocatoria). I riferimenti dottrinari di questa sentenza alla "nuova" revocatoria non hanno quindi alcun nesso logico, non si possono definire parte delle motivazioni della sentenza, e sono un di più; ed è di tutta evidenza come l'estensore della sentenza, volendo far troppo, si sia poi anche "ingarbugliato". Infatti la Corte di Cassazione in tale sentenza ritiene che si debba sì far riferimento al fido, ma solo per le rimesse né consistenti né durevoli. È sufficiente leggere la sentenza per sincerarsene; dice proprio così. Ma questa previsione non appare certamente logica, ed è del tutto inapplicabile. O il giudice si è sbagliato, o non ha proprio capito come funzionano le cose.

Quindi, inutile sfoggio verbale. Nella fattispecie trattata dal Tribunale di Udine, il caso si riferiva ad una revocatoria di rimesse su c/c con fido revocato.

[47] Per uno specifico commento critico, vedasi Lino Guglielmucci, Il Fallimento, n.8/2012, "Revocatoria delle rimesse e scopertura del conto corrente".

Invero, la rimessa su conto con fido revocato, anche solo di fatto, è sicuramente revocabile, e ciò è del tutto pacifico, anche in base alla normativa precedente.

Nella fattispecie trattata dal Tribunale di Udine, comunque, si sarebbe in ogni caso rientrati anche nella previsione di riduzione consistente e durevole dell'esposizione. Ed essendoci un rientro, questo si verifica sempre.

In definitiva, fido o non fido, l'importo sarebbe stato in ogni caso comunque revocabile. La conclusione sarebbe stata quindi la stessa, anche se sostenuta da altre motivazioni.

Il giudice de quo non revoca invece il pagamento di due rate di mutuo in quanto afferma essere effetto di compensazione volontaria tra conti affidati (e in parte anche attivi) e crediti appunto della banca.

Revocabile, afferma sempre il giudice, sarebbe stato il versamento del terzo, ma non il pagamento delle rate di mutuo; osserva comunque come tale richiesta non sia stata fatta dalla curatela, e pertanto non possa essere considerata.

Conveniamo ovviamente su tale ultimo aspetto; ci dissociamo invece in modo forte sul primo aspetto.

Il pagamento di rate di mutuo rappresenta il pagamento di un debito liquido ed esigibile verso la banca, e perciò normalmente soggetto a revocatoria.

Non vale infatti, per le banche, l'esenzione di cui al comma 3 lettera a) dell'art. 67 L.F., riferita specificamente a debiti per acquisti di beni e servizi. Qui si è in presenza di un debito finanziario e, come ritiene la maggior dottrina, l'esclusione da revocatoria non riguarda questa fattispecie.

Ha quindi errato il giudice, a nostro avviso, ad escludere la revocabilità di tali pagamenti. La banca si è soddisfatta con risorse del correntista (conto attivo o conto affidato) e il pagamento delle rate di mutuo era quindi revocabile a tutti gli effetti.

8.10) Le sentenze del Tribunale di Ferrara n. 658/12 e n. 659/12 depositate il 14 maggio 2012

Premessa

Il Tribunale di Ferrara si è occupato della questione della revocatoria delle rimesse bancarie post riforma con due sentenze, n. 658/12 e n. 659/12, depositate il 14 maggio 2012, sostanzialmente analoghe nei contenuti, che qui sinteticamente commentiamo.

La conoscenza dello stato di insolvenza

La sussistenza del presupposto soggettivo della scientia decoctionis è richiesto anche per le procedure fallimentari iniziate post 17 marzo 2005, data di entrata in vigore della variazione della revocatoria delle rimesse bancarie.

Si confermano, in tali sentenze, i principi dettati dalla Cassazione, ed in particolare dalla sentenza n. 10800 del 10 maggio 2006 secondo cui "la prova della conoscenza, da parte del creditore, dello stato di insolvenza del debitore poi fallito, può legittimamente fondarsi su elementi indiziari caratterizzati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza. Ma non basta una astratta conoscibilità oggettiva accompagnata da un presunto dovere di conoscere, sicché la qualità di banca di colui che entra in contatto con l'insolvente rileva, non di per sé, neppure se correlata al parametro, del tutto teorico, del creditore avveduto, ma non solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con i sintomi conoscibili dello stato di insolvenza.

In particolare la circostanza che l'accipiens rivesta la qualità di istituto bancario non è di per sé determinante, neppure se correlata al parametro (del tutto teorico) del c.d. "creditore avveduto", ma può venire in considerazione solo in presenza di concreti collegamenti con i sintomi conoscibili dello stato d'insolvenza, quali notizie di stampa, risultanze di bilancio, protesti, procedure esecutive, etc. (in questo senso, Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4762).

Gli elementi indiziari devono quindi fornire una prova indiretta della vera e propria conoscenza (sia pure desunta indirettamente, stante la difficoltà di acquisire la prova di uno stato soggettivo) della insolvenza e non della sua mera conoscibilità. Pertanto la qualità di banca del creditore non può assumere rilievo ai fini della mera conoscibilità, bensì ai fini della diretta conoscenza, nel senso che gli istituti di credito, disponendo delle specifiche conoscenze tecniche, di operatori professionali qualificati e di peculiari strumenti conoscitivi, sono in grado di acquisire informazioni sulla situazione patrimoniale ed economica dei propri debitori in modo certamente più puntuale e tempestivo rispetto agli altri creditori, (Cass. Civ., Sez. I, 13 ottobre 2005, n.

19894). Ne deriva che la conoscenza di specifici dati o notizie, mentre potrebbe anche avere carattere neutro per un creditore che eserciti altra attività, nel caso della banca si traduce in conoscenza diretta dello stato di insolvenza".

Circa l'individuazione dei concreti elementi indiziari, questo è l'elenco proposto dal giudice di Ferrara, richiamandosi alle numerose sentenze della Cassazione:

I. la pubblicazione nel bollettino dei protesti, trattandosi di un canale di conoscenza dei protesti stessi (Cass. Civ., Sez. I, 24 marzo 2000, n. 3524; Cass. Civ., Sez. Unite, 28 marzo 2006, n. 7028; Cass. Civ., Sez. I, 24 novembre 1999, n. 13048) (da ultimo, da parte nostra segnaliamo anche Cassazione n. 14787 del 4 settembre 2012);
II. l'esistenza di esecuzioni forzate immobiliari, soprattutto se promosse dallo stesso accipiens (Cass. Civ., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 10432; Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 2000, n. 656; Cass. Civ., Sez. I, 11 gennaio 1999, n. 169; Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 1997, n. 4731), pur con la precisazione che la conoscenza di tale evento deve parametrarsi ad esempio sulle dimensione del centro abitato ove operano banca e fallendo (Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 2000, n. 656);
III. la sussistenza di ingiunzioni, precetti ed istanze di fallimento (Cass. Civ., Sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4762);
IV. il deposito dei bilanci, quando dai medesimi emerga un fortissimo squilibrio tra l'ammontare delle perdite ed il capitale sociale (Cass. Civ., Sez. I, 26 maggio 2005, n. 11213) o altri elementi univoci (Trib. Verona, 13 marzo 2007; Trib. Torino, 19 gennaio 2005; Trib. Milano, 7 dicembre 1999);
V. la presenza di notizie di stampa (Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 2001, n. 1719; Trib. Bologna, 15 marzo 2006).

Su questa analisi, la sentenza precisa che "mentre la ricorrenza di un solo di tali elementi può essere di per sé indice ambiguo ed anche evanescente della insolvenza, la sussistenza di due o più elementi ben può assumere il valore di aperta manifestazione della insolvenza, con la conseguenza che sarà proprio il momento in cui comincia a manifestarsi la pluralità di fenomeni, quello che può essere individuato come momento di decisiva conoscenza dell'insolvenza medesima".

Nel caso specifico, tra l'altro, i bilanci delle società manifestavano criticità, con uno squilibrio tra indebitamento e capacità di produrre reddito.

Gli anticipi export

Nella sentenza così si precisa: “la operazione con cui la banca preleva dal bonifico del cliente il rimborso del proprio finanziamento è senza dubbio un pagamento di debito scaduto, con riguardo al credito della banca da restituzione del prestito: la banca vanta verso ……. un credito relativo alla restituzione del prestito erogato, e viene pagata con la provvista risultante dal pagamento del debitore estero di ……..”.

Non pare sussistere serio dubbio sul fatto che la operazione concreti un pagamento di un debito liquido e scaduto della impresa poi dichiarata insolvente e che esso sia avvenuto con denaro della impresa a detrimento degli altri creditori concorrenti. In quest’ottica si ha riguardo non alla operazione di erogazione di anticipo e nemmeno alla sua data, ma alla operazione di rientro del finanziamento ed al momento in cui essa è avvenuta”.

Nella fattispecie la banca aveva aperto un conto per ogni operazione; in merito così si è espresso il giudice: “La modalità peculiare adottata dalla Banca, che per ogni singolo anticipo ha creato un conto di appoggio o conto di evidenza apposito, diversamente da quanto accade nella prassi più frequente, non incide significativamente sulla normalità dei messi con cui è stato effettuato il pagamento, ma può essere colta come elemento sintomatico della conoscenza dello stato di insolvenza”.

Per quanto concerne gli importi revocati, non trattandosi di rimesse, ma di pagamenti, sono revocabili nella misura in cui essi siano stati ricevuti nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di insolvenza in quanto atti estintivi di debiti scaduti. “Non si applicano alla ipotesi de quo i limiti di cui all’art. 67 comma 3 l.fall.: tali preclusioni si riferiscono infatti alla revoca di rimesse in conto corrente.

La rimessa è l’atto dal quale sorge un credito pecuniario da annotare in conto corrente, atto che può avere la natura più diversa: versamento di somma di denaro, purché annotato in conto, pagamento di un correntista ad un terzo di una somma di denaro nell’interesse dell’altro correntista ed annotato a debito di quest’ultimo.

In realtà il concetto di rimessa è concetto neutro: essa consistente solo in una annotazione in conto di una somma a credito del correntista, atto la cui causa va individuata a seconda del titolo in base al quale viene effettuata, poiché le rimesse in conto corrente dipendono causalmente dal titolo che la giustifica, il quale rimane rilevante per la determinazione degli effetti che producono e per l’individuazione della disciplina applicabile, e non sono suscettibili di valutazione unitaria ma debbono essere valutate sulla base delle operazioni dalle quali traggono fondamento (v. Cass., 5.11.2004, n. 21237; Cass., 22.1.2009, n. 1609).

"I pagamenti dei clienti di ……. pervenuti alla banca, se annotati nel conto corrente ordinario, sarebbero rimesse in conto corrente: ma proprio perché essi, su disposizione della banca (o anche ammettendo un accordo tra le parti), pervenivano su un diverso conto, non disponibile da parte di ……, allora deve escludersi che essi abbiano la natura di rimesse.

Quella effettuata dalla banca non è una operazione in conto corrente, e solo a queste si applica la esenzione".

In effetti si è trattato di gestione di incassi, per cui il concetto di rimessa è stato superato.

L'eventuale eccezione della compensazione

"La banca potrebbe invero invocare lo scudo della compensazione ex art. 56 l.fall., ma si osserva come la compensazione presupponga la autonomia dei rapporti cui attengono le poste attive e passive da mettere in compensazione, il che in questo non ricorre. La banca ha un credito verso ……. e utilizza una somma di spettanza del per soddisfarlo: non esiste alcun debito della banca verso il correntista da compensare.

La decurtazione del debito del correntista nei confronti della banca per effetto di una somma rimessa da un terzo e accreditata sul conto della banca non costituisce un credito autonomo della banca opposto ed opponibile in compensazione alla impresa decotta, ma solo una somma pagata da un terzo ed incassata dalla banca. L'accredito della somma versata dal terzo costituisce un vantaggio per la banca che alla fine presenterà una minore esposizione creditoria verso il cliente.

La valutazione delle rispettive pretese si riduce ad un mero accertamento contabile di dare e avere, e perciò non ricorre la compensazione in senso tecnico-giuridico, quando le obbligazioni derivanti da un unico negozio siano tra loro legate da un vincolo di corrispettività, che ne escluda l'autonomia (Cass. Civ., Sez. Unite, 16/11/1999, n. 775).

La compensazione presuppone poi che i due conti, su cui avvengono le due operazioni, non siano funzionalmente collegati: è stato escluso che il giroconto tra gli importi accreditati sul conto di evidenza (conto anticipi) ed il conto corrente di corrispondenza configuri un'ipotesi di compensazione, poiché il giroconto dell'anticipazione su effetti dal c.d. conto anticipi al conto ordinario è un'operazione di mero conguaglio che non dà luogo a compensazione ed è revocabile (ove abbia carattere solutorio, Cass., 17.10.2005, n. 20101; Cass. 5.7.2000, n. 5634)".

La revocatoria del conto ordinario

Il Giudice ha ritenuto di applicare i criteri dettati della sentenza del Giudice Craveia di Milano nella sentenza n. 6946/2009.

Queste le posizioni di tale ultimo giudice:

“Il termine “consistente” di cui all’art. 67, comma 3 lett. b), legge fallimentare, è sinonimo di “ingente” e di “cospicuo” e non può essere inteso in termini assoluti; pertanto, al fine di individuare, caso per caso, la soglia oltre la quale la singola rimessa ha ridotto in misura consistente e durevole l’esposizione debitoria, si dovrà tener conto dell’andamento fisiologico del conto – avendo riguardo ad ogni singola rimessa anziché a gruppi di rimesse – e del ritmo usuale delle operazioni. In concreto, il CTU dovrà: a) determinare l’importo medio di ogni rimessa ed il saldo medio del conto a seguito della rimessa; b) rapportare il primo valore al secondo e determinare la relativa incidenza media percentuale, ossia la misura percentuale della riduzione conseguente ad ogni rimessa; c) considerare quindi come rimesse che abbiano ridotto in maniera consistente l’esposizione debitoria solo quelle che di volta in volta hanno avuto una incidenza percentuale sul saldo da esse determinato superiore alla media; d) così individuate le rimesse consistenti, potrà essere determinata la durata media della riduzione in relazione al periodo di osservazione”.

“Quanto al criterio indicato dalla sentenza del Tribunale di Milano 27.3.2008, richiamato sia dalle parti che dal CTU, si rammenta che essa ha predeterminato “un parametro in termini percentuali”, individuato nel 10% dell’importo fissato dall’art. 70 u.c.. Quella operata dalla sentenza richiamata costituisce una modalità utile ma arbitraria in assenza di un riferimento testuale o di un criterio interpretativo che le conferisca legittimità.

Il dato legislativo deve essere interpretato nel senso di ritenere colpite da revocatoria quelle rimesse che realizzino la soddisfazione della banca a detrimento dei pagamenti che altri avrebbero potuto ricevere: il dato della diminuzione consistente e durevole della esposizione debitoria non può che ricavarsi dalla disanima della dinamica delle rimesse complessivamente considerate nel periodo di osservazione, avuto riguardo alla media dei saldi. Il criterio qui adottato, pur scontando un imprescindibile apporto empirico reso necessario dalla mancata specificità del dato normativo, a parere di questo giudice è idoneo a dare conto, in maniera soddisfacente e adeguatamente appagante, della visione complessiva del rapporto (e non atomistica delle singole rimesse) che la espressione del legislatore pare evocare”.

L'articolo 70 l.f.

Il giudice ritiene non applicabile l'art. 70 l.fall. alla fattispecie, trattandosi di fallimento dichiarato ante 1/01/2008.

Si concorda, anche se per motivazioni differenti. Secondo il giudice la norma correttiva è norma innovativa, e non solo interpretativa, come ha affermato la Cassazione, peraltro obiter dicta, e questo a mio avviso senza valore alcuno, nella sentenza n. 20834 del 7 ottobre 2010.

Revocabilità degli addebiti per interessi, spese, commissioni e mutui

Il Giudice ritiene che "non si applichi la esenzione ex art. 67 comma 3 n. 1 (pagamenti effettuati nei termini di uso) al pagamento delle rate di finanziamento: la esenzione si riferisce ai pagamenti ai fornitori e non ai finanziatori e quindi non si applica alle ipotesi si rimborso dei debiti contratti a titolo di finanziamento, giacché il pagamento in esame è di un debito e non di un bene o servizio. Del resto, come osservato dalla dottrina, il fatto che il legislatore abbia dovuto inserire una norma ad hoc per i canoni di leasing, implica che la volontà della legge fosse quella di escludere dalla esenzione tutti gli altri pagamenti di debiti di natura finanziaria. In tale senso anche la lettura dei lavori preparatori".

"Per gli interessi passivi e le commissioni invece si può affermare, seguendo a contrario il medesimo ragionamento di cui sopra, che il loro pagamento è pagamento di servizi secondo i termini di uso e quindi è escluso da revocatoria".

Si ritiene che tali addebiti siano revocabili solo se avvenuti su c/ordinario attivo (senza tener conto del fido di cassa) o eventualmente su c/ordinario coperto (qualora si tenesse conto del fido di cassa). Sul punto, si ricorda che la dottrina maggioritaria è concorde nel non tener conto degli affidamenti. Nel caso specifico, non tener conto del fido porta necessariamente ad un risultato meno svantaggioso per la Banca.

In queste fattispecie, la Banca si trova nella normale posizione di un fornitore, che viene pagato con le disponibilità attive della correntista: con l'addebito in conto, si ha il pagamento di un debito.

Per determinare i pagamenti revocabili, si ritiene di ragionare in ottica di esposizione debitoria complessiva: in caso di conto di provenienza delle somme (il c/ordinario) attivo, il pagamento a favore della Banca costituisce a tutti gli effetti un rientro di un debito (ad esempio un mutuo) e un miglioramento dell'esposizione debitoria complessiva; in caso di c/ordinario passivo, il pagamento a favore della Banca si configura semplicemente come "spostamento" di un debito (da mutuo a passivo di c/c) senza alcuna variazione nell'esposizione debitoria complessiva. Per esempio, ove il debito costituito dalla rata del mutuo venga pagato con denaro nuovamente

preso in prestito dalla banca, non si tratta che di una operazione di giroconto che non si risolve in una diminuzione della posizione creditoria della banca e debitoria del cliente. Va quindi considerato pagamento vero e proprio quello effettuato con denaro del mutuante stesso.

Si ricorda qui l'esenzione da revocatoria ex art. 67 co. 2 a), secondo cui "non sono soggetti all'azione revocatoria:

i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso".

Per essere esenti da revocatoria, quindi:

deve trattarsi di pagamenti di beni e servizi;

che riguardano l'attività di impresa;

avvenuti nei termini d'uso.

L'esenzione non riguarda dunque i pagamenti di mutui e finanziamenti, ancorché effettuati nell'ambito di impresa e nei termini usuali, poiché non costituiscono il corrispettivo per la fornitura di beni e servizi, ma a tutti gli effetti pagamenti di debiti; sono quindi revocabili, qualora addebitati su c/c attivo (o eventualmente coperto).

Interessi passivi e commissioni, invece, rientrerebbero nell'esenzione, e non sarebbero quindi revocabili, se ed in quanto effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa e nei termini d'uso, in quanto considerati corrispettivo per la fornitura di un servizio.

8.11) La sentenza del Tribunale di Udine del 24 ottobre 2012

Premessa

Il Tribunale di Udine è intervenuto ancora una volta sulla materia e questa volta il Giudice è il Dr Gianfranco Pellizzoni.

Questa sentenza tocca i seguenti argomenti:

1. rilevanza del fido;
2. la consistenza e la durevolezza;
3. l'articolo 70 l.f.;
4. la conoscenza dello stato di insolvenza.

Li esaminiamo sinteticamente[48].

1. La rilevanza del fido

Per quanto concerne la rilevanza o meno del fido, l'estensore si esprime per la irrilevanza, aderendo così alla tesi oramai maggioritaria, sicuramente almeno per quanto concerne la dottrina. La motivazione è data dal fatto che la "*distinzione fra rimesse ripristinatorie dei limiti del fido e rimesse solutorie… non appare più avere alcuna rilevanza, posto che il termine "rimesse" utilizzato dal legislatore prescinde 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, con un giudizio ex post, volto a valutare se le rimesse in questione unitariamente considerate abbiano determinato una situazione di riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria, mentre in precedenza era necessario valutare ex ante la natura delle singole rimesse onde accertare se si trattasse o meno di pagamenti revocabili [….].*

"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 un rientro durevole o definitivo della banca, quando il correntista riutilizzi le somme affluite sul conto".

Con ciò, come si è detto, si è aderito alla tesi oggi maggioritaria dell'irrilevanza del fido ai fini della determinazione degli importi revocabili.

Il giudice de quo trova un conforto per la irrilevanza del fido nello stesso articolo 70 l.f. "*che nell'individuare il limite massimo di revocabilità delle rimesse facendo riferimento al rientro della banca dall'esposizione massima verificatasi nel periodo sospetto, prescinde completamente dallo sconfinamento o meno dai limiti del fido, guardando piuttosto al flusso degli accreditamenti e degli addebiti".*

Invero l'articolo 70 l.f. è dai più ritenuto non applicabile, per procedure dichiarate ante 1/1/2008, come quella qui in questione; la giurisprudenza è invece altalenante, sul punto.

[48] Commento tratto in parte da Giuseppe Sperotti, Commento alla sentenza del Tribunale di Udine del 24 ottobre 2012 pubblicato nel sito www.unijuris.it.

2. La consistenza e la durevolezza

Il giudice critica dottrina e giurisprudenza che, errando rispetto allo spirito stesso della riforma, hanno sostenuto di dover fare riferimento solo alle "*singole rimesse che con un criterio quantitativo in termini percentuali (e quindi relativo e non assoluto) siano andate a ridurre l'esposizione debitoria (cfr. Trib. Milano, 27.03.2008, cit. che considera consistente una riduzione dell'esposizione debitoria operata da una singola rimessa pari al 10% della differenza fra la massima esposizione e il saldo finale, ma anche Trib. Monza citato, che individua nel 7% tale percentuale).*

Ciò che deve essere rilevante, secondo il giudice di Udine, non è l'ammontare delle singole operazioni, quanto piuttosto il risultato finale.

Altrimenti il giudice avrebbe "*un margine di discrezionalità francamente non solo eccessivo, ma perfino irrazionale e contrario a quello che era lo spirito della riforma, volta a consentire di individuare con ragionevole certezza per tutti gli operatori coinvolti la fenomenologia delle rimesse revocabili onde poter gestire la crisi delle imprese in maniera soddisfacente per il sistema economico".*

Tale impostazione ha sicuramente, a nostro avviso, il merito di dare evidenza al fatto che la revocatoria riguarda la riduzione del debito nel suo complesso, in maniera appunto consistente e durevole.

"*il termine consistente utilizzato dal legislatore non può essere disgiunto dal termine durevole e tale requisito esplicitato dalla noma 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".*

In definitiva, la qualifica di durevole è rafforzata dalla consistenza, che non va vista separatamente, altrimenti si potrebbe verificare il caso di un rientro complessivamente coesistente che non viene considerato revocabile in quanto contraddistinto da molte rimesse di modesto importo.

"La riduzione dell'esposizione "consistente e durevole" è pertanto solo quella che si verifica quando le rimesse che hanno diminuito l'esposizione non siano state quasi immediatamente neutralizzate da nuovi utilizzi da parte del correntista per le esigenze dell'impresa, secondo

quello che è il ritmo normale di utilizzo del conto, con la conseguenza che sono escluse dalla revocatoria quelle variazioni del conto che siano collegabili alle ordinarie esigenze di cassa del correntista e tale previsione ben si lega con il criterio del massimo scoperto inserito dall'art. 70, terzo comma, l. fall., che limita la revocabilità alla differenza fra la punta massima dell'esposizione e l'ammontare residuo alla data di apertura del concorso, in modo da evitare che la sommatoria delle rimesse revocabili superi il limite dell'effettivo rientro.

Non va infatti dimenticato che (come osservato anche da autorevole e condivisibile dottrina) le ragioni dell'esenzione introdotta dal legislatore vanno individuate nell'esigenza di assicurare una ordinaria attività dell'impresa con l'espletamento del servizio di cassa che è una delle specifiche funzioni del rapporto di conto corrente ordinario, per cui le variazioni in un senso e nell'altro legate alle diverse e specifiche esigenze di cassa succedutesi in un breve arco temporale non potranno considerarsi né consistenti, né durevoli, mentre saranno considerate revocabili le variazioni che siano andate ad alterare le fisiologiche movimentazioni del conto riducendo in maniera significativa l'esposizione in un arco temporale sufficientemente lungo e tale da aver alterato il ritmo abituale dei flussi finanziari legati alle esigenze di cassa del correntista".

La tesi esposta dalla sentenza di Udine è una ulteriore tesi, interessante, ma forse non ancora ben enucleata, corrispondente di fatto, a quanto sembra, ai conteggi di cui all'articolo 70 l.f..

Solo così si potranno determinare le rimesse consistenti, e quindi revocabili.

Siamo anche noi dell'idea, infatti, che la sostanza della revocatoria consista proprio nell'individuare i versamenti che hanno consentito il c.d. rientro da parte della banca, al di là di tante elucubrazioni.

3. <u>L'articolo 70 l.f.</u>

Il giudice non si pronuncia esplicitamente sull'articolo 70 l.f., ma lo ritiene comunque applicabile alla fattispecie, come già detto. E sposa i conteggi fatti dal CTU in questo senso.

Al di là di questa tesi, dai più condivisa, ma non da noi (l'art. 70 l.f. nuova versione è applicabile secondo noi solo per procedure aperte dall'1/1/2008 non per quelle anteriori), il giudice dà una interpretazione nuova all'espressione "massimo scoperto".

Come si sa, l'art. 70 l.f., con le note difficoltà di convivenza con l'art. 67 l.f., afferma che si revoca al massimo la differenza tra il massimo scoperto e il saldo al momento del fallimento.

Ora, è pacifico che il conto corrente va riordinato, al fine di considerare i saldi disponibili, e a questo fine è stata avanzata la tesi di dover espungere, le rimesse più o meno bilanciate.

Il CTU prima, e il giudice poi, non considera due rimesse in quanto "sostanzialmente coincidenti" a un addebito ed "*erano ragionevolmente servite per costituire la necessaria provvista con conseguente azzeramento delle due partite bilanciate"*.

Si può ritenere che il riferimento delle operazioni bilanciate voglia semplicemente dire che se ad un versamento segue un prelievo, non si è concretizzato alcun rientro a favore della banca e pertanto tali importi non vanno considerati .

4. La conoscenza dello stato di insolvenza

Infine, per quanto concerne la conoscenza dello stato di insolvenza, il giudice si richiama a consultare principi giurisprudenziali (Cassazione 10208 del 3/5/2007 e 4762 del 28/2/2007).

Nel caso specifico il ROS (Return on sales) era costantemente negativo, negli ultimi tre esercizi, sempre accompagnato da un elevato costo per interessi passivi.

Conclusione

L'istituto della nuova **revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie** potrà trovare adeguata applicazione solo ed esclusivamente con un intervento legislativo (peraltro abbastanza semplice).

Servono **poche regole**, chiare. Solo così l'art. 67 L.F. potrà trovare applicazione.

E' da chiarire perché ci siano **due disposizioni in parte confliggenti**: l'art. 67 l.f. e l'art. 70 l. f..

Se è revocabile il rientro (**art. 70 l. fall.**), tanto valeva limitarsi a quello specifico conteggio. E' stato già evidenziato, salvo casi del tutto eccezionali (rientro costante di piccole rimesse), che l'importo che deriva dall'applicazione dell'art. 70 l. fall. **sarà sempre inferiore** a qualsiasi importo derivante dai complessi conteggi previsti all'**art. 67 l. fall.**. Ed allora tale articolo **si dimostra del tutto inutile**.

Secondo la tesi del Tribunale di Udine, si fa il conteggio della revocatoria ex art. 70 l.f., escludendo però eventuali partite bilanciate, nella determinazione del saldo. E questa pare una tesi molto interessante, da perseguire.

Si è convinti che la sostanza della revocatoria debba essere incentrata sul rientro realizzato dalla banca negli ultimi 6 mesi, poco rilevante se attuato con poche rimesse consistenti o con molte di importo limitato.

8.12) <u>Tabella di Sintesi</u>

Questo il quadro di sintesi delle principali sentenze in materia di revocatoria delle rimesse bancarie

	Tribunale di Milano Sentenza del 27/03/2008 n. 3979 estensore Mauro Vitiello	**Tribunale di Monza Sentenza del 3/09/2008** estensore Alida Paluchowski	**Tribunale di Milano Sentenza del 25/05/2009 n. 6946** estensore Roberto Craveia	**Tribunale di Milano Sentenza del 21/07/2009** estensore Mauro Vitiello	**Cassazione Civile Sentenza del 7/10/2010 n. 20834** Rel. Consigliere Maria Rosaria Cultrera **obiter dicta**	**Tribunale di Udine Sentenza del 24/02/2011 n. 293** estensore Maria Antonietta Chiriacò	**Tribunale di Siracusa Sentenza del 20/04/2011 n. 453** estensore Viviana Urso	**Tribunale di Bologna Sentenza del 4/08/2011 n. 2167** estensore Giuseppe Colonna	**Tribunale di Ferrara Sentenza del 14/05/2012 n. 658/12** (n. 659/12, sostanzialmente uguale) estensore Anna Ghedini	**Tribunale di Udine Sentenza del 24/10/2012** estensore Gianfranco Pellizzoni
Riferimento al FIDO	ne va tenuto conto	irrilevante	irrilevante	ne va tenuto conto	ne va tenuto conto, ma solo per rimesse né consistenti né durevoli (sic!)	irrilevante	irrilevante	irrilevante	irrilevante	irrilevante
Saldo da considerare	non si è pronunciato	non si è pronunciato	disponibile	non si è pronunciato	non si è pronunciata	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato
Ordine operazioni	non si è pronunciato	non si è pronunciato	da estratto conto	non si è pronunciato	non si è pronunciata	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato
Consistenza	10% del rientro	7% del debito	> rimessa media post accredito	10% del rientro	onere della prova della banca	riferito al debito complessivo	riferita all'entità dell'esposizione debitoria massima e al momento dell'operazione e dall'entità media delle entrate e delle uscite	arbitraria l'applicazione del 10% del rientro, si deve guardare all'andamento complessivo del conto.	rimessa media post accredito	concetto subordinato alla durevolezza. Escluse in ogni caso le percentuali.
Durevolezza	10 giorni	apprezzabile lasso di tempo	intervallo rimesse consistenti / utilizzo (anche ridotto) > media rimesse consistenti	lasso di tempo variabile maggiore di una settimana	onere della prova della banca	riferito al debito complessivo	la durevolezza va determinata tenuto conto della frequenza delle movimentazioni		intervallo rimesse consistenti / utilizzo (anche ridotto) > media rimesse consistenti	concetto base, legato all'art. 70 l.f.
Art. 70 l.f. (rientro)	limite massimo sempre applicabile	non si è pronunciato	non si applica il limite dell'art. 70 a fallimento dichiarato ante 1/01/2008	limite massimo sempre applicabile	limite massimo sempre applicabile. Nuova norma di interpretazione autentica differita!	limite massimo sempre applicabile: riferito a tutti i conti; onere del conteggio della banca. In assenza, revocabilità piena ex art. 67 l.f.		applicabile anche ante 1/01/2008	non applicabile ante 1/01/2008 -	applicabile anche ante 1/1/2008 (si desume, indirettamente)
Altro								conferma anteposizione accrediti agli addebiti	pagamento mutuo da conto attivo revocabile incassi anticipi export revocabili	

<u>Altre sentenze</u>:

- Tribunale di Brescia 29/04/2008;
- Tribunale di Pescara n. 4 dell' 8/02/2008 - 14/03/2008, trattano aspetti meno completi;
- Corte di Appello dell'Aquila n. 334 del 30/03/2011, che ha anche escluso il riferimento al fido per la nuova revocatoria;
- Tribunale di Pescara n. 1315/11 del 26 luglio 2011 che ritiene revocabile il rientro ex art. 70 L.F. su base "contabile", escludendo le operazioni intermedie;
- Tribunale di Siracusa n. 1123 del 12/10/2011, estensore sempre la Dottoressa Urso, ha specificato che durevolezza e consistenza sono concetti che devono essere riferiti al rientro, non all'esposizione debitoria e nemmeno alle rimesse;
- Tribunale di Udine n. 549/11 del 16/04/2012, estensore Dr Francesco Venier, appare rilevante la differenza tra conto scoperto e affidato, salvo comunque revocare il rientro su conto con fido revocato.

9) <u>Conclusioni in generale</u>

In conclusione si può affermare che, in base agli articoli 67 e 70 della nuova legge fallimentare, il rientro, valutato *ex post*, è sempre revocabile, venendo in pratica a concretizzare una riduzione dell'esposizione debitoria. Unico caso in cui non ci sarebbe revocabilità sarebbe in assenza di rientro o in presenza di rientro di importo ridotto.

La "nuova" revocatoria sarà certamente più limitata rispetto alla precedente, anche se potrebbe ora essere attuata in situazioni che precedentemente vedevano invece la banca "al sicuro" in quanto, ad esempio, il cliente fallito aveva sempre operato nei limiti dell'affidamento.

Ma invero anche in questo caso, verificandosi un rientro, pur sempre nei limiti del fido, ciò poteva di norma significare, anche prima della riforma, revoca di fatto dei fidi, con conseguente revocabilità del rientro stesso.

Il "nuovo regime" della revocatoria di rimesse bancarie dovrebbe avere anche l'effetto di liberare il campo dalle principali questioni controverse del "vecchio regime", prima fra tutte la prova e la sommatoria degli affidamenti.

A nostro avviso tre saranno, nei prossimi anni, i più rilevanti motivi di scontro giurisprudenziale delle nuove revocatorie, e precisamente:

1) la qualifica di "consistente e durevole";

2) la rilevanza o meno del fido;

3) il collegamento tra gli articoli 67 e 70 l.f..

Quanto al primo aspetto, si può essere certi che il sistema bancario cercherà di dimostrare come le riduzioni di debiti, o meglio ancora le singole rimesse, non siano né consistenti né durevoli, e tutto il contrario cercherà di dimostrare il curatore. Il conto corrente costituirà in ogni caso la base della discussione, ancorché i saldi debbano essere ricalcolati in base al saldo disponibile, in luogo del saldo contabile.

Analogo discorso per l'affidamento, influente o ininfluente, e per la eventuale prevalenza di uno dei due articoli sull'altro (67 e 70 l.f.).

Ricordiamo sinteticamente come è strutturata la norma, per quanto concerne la revocatoria delle rimesse bancarie. L'art. 67 L.F. è stato riformulato, ha come base di riferimento proprio l'esenzione dalla revocatoria, per poi, per esclusione, prevedere la revocatoria delle rimesse solo in presenza di riduzione dell'esposizione in misura

consistente e durevole. Ma abbiamo anche l'art. 70 L.F., che limita l'importo revocabile al cosiddetto "rientro". Questo articolo, inizialmente forse scritto male, è stato poi rattoppato, con il correttivo, con decorrenza 1 gennaio 2008, a nostro avviso sbagliando ancora.

Non è chiaro perché ci siano due disposizioni in parte confliggenti: l'art. 67 e l'art. 70 L.F.. Parte della dottrina ha cercato di darne una spiegazione logica, quantomeno a livello teorico, che a livello pratico le due norme sono indiscutibilmente inconciliabili, ma senza riuscirci, a nostro avviso. Se si revoca il rientro (art. 70 L.F.), tanto valeva limitarsi a quel conteggio. Pare pacifico che, salvo casi del tutto eccezionali (rientro costante di piccole rimesse), l'importo che deriva dall'applicazione dell'art. 70 L.F. sarà infatti sempre inferiore a qualsiasi importo derivante dai complessi, ed inutili, conteggi, previsti all'art. 67 L.F..

Oggi si assiste a situazioni kafkiane; si fanno conteggi minuziosi, si analizzano le rimesse che hanno ridotto l'esposizione in modo consistente e durevole, si discute talvolta anche accalorandosi, per poi ridurre comunque l'importo revocabile al semplice rientro di cui all'art. 70 L.F..

I legali nella citazione per revocatoria fallimentare fanno i conti delle rimesse revocabili ex art. 67 ed ex art. 70; conseguentemente; il giudice deve chiedere al CTU di fare i doppi conteggi per poi buttare tutto. Lo si sa in partenza, ma oggi questa è la necessaria commedia della revocatoria. E' evidente che qualcosa non va.

Ora in questa situazione, ogni sentenza che tratta la materia è sicuramente interessante e nonostante siano state ancora poche, ognuna ha dato qualcosa alla ricerca di una soluzione che ad oggi non c'è, almeno come la pensiamo noi, nemmeno ci potrà mai essere, stante l'incongruenza normativa. Ogni sforzo interpretativo rischia di essere buttato al vento.

Infine va evidenziato come la nuova norma non abbia avuto alcun effetto sulla giurisprudenza relativa alle azioni revocatorie regolate dalla vecchia normativa. Ad oggi, comunque, tale "estensione" è sempre stata decisamente negata dalla giurisprudenza.

Allegati

1) Articoli 67, 69 *bis* e 70 l.f.

2) Tabelle di sintesi

3) Check list del curatore per la revocatoria fallimentare delle rimesse

4) Bozza di quesito al CTU per la “nuova” revocatoria delle rimesse bancarie

Allegato 1

Riportiamo gli articoli 67, 69 *bis* e 70 del Regio Decreto n. 267 del 1942, con le modifiche ad oggi apportate. Il grassetto è nostro, e riguarda le disposizioni dettate per la revocatoria delle rimesse. Le frasi sottolineate sono state aggiunte dal D.Lgs. 169/2007, articolo 4, comma 4 e 5, e si applicano alle procedure aperte successivamente all'1/01/2008 (ex art. 22). Altre modifiche sono state apportate dal D.L. 83/2012 convertito in legge, con modifica, dalla legge n. 134 del 7 agosto 2012 (frasi in corsivo).

Art. 67 (Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie)

1. "Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore:

   1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;

   2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;

   3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;

   4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

2. **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, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.**

3. **Non sono soggetti all'azione revocatoria:**

a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;

b) 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;

c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, *ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio*;

d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; *un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 25, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore*;

e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis *nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161*;

f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;

g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo;

4. Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali."

Art. 69 bis (Decadenza dell'azione e computo dei termini)

1. Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto;

2. *Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*.

Art. 70 (Effetti della revocazione)

1. "La revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o dalle società previste dall'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione.

2. Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

3. **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 di 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".

N.B. la frase da noi sottolineata del comma 3 art. 70 è stata aggiunta dal DLgs 169/2007, con decorrenza 1 gennaio 2008.

Allegato 2

TABELLE DI SINTESI

Tabella 1 - LA "NUOVA" REVOCATORIA DELLE RIMESSE BANCARIE IN SINTESI

Applicabilità	Procedure dichiarate dal **17 marzo 2005**
Periodo sospetto	6 mesi
Presupposto	Conoscenza dello stato di insolvenza
Revocabilità	Rimesse che hanno ridotto l'esposizione
Caratteristiche riduzione	Consistente e durevole
Importo revocabile massimo	Rientro
Esenzioni	- Pagamenti effettuati sulla base di un piano attestato; - Pagamenti per effetto di amministrazione controllata, concordato preventivo o accordo omologato ex art. 182 bis l.f. (piano di ristrutturazione)
Termini utilizzati	Art. 67 l.f. Esposizione debitoria Art. 70 l.f. Pretese

Tabella 2 - LE PROBLEMATICHE DELLA NUOVA REVOCATORIA

Riduzione consistente e durevole	Concetti da definire
Riferimento della riduzione	Si ritiene riferita al debito, non alle singole rimesse
Coesistenza artt. 67 e 70 l.f.	Alla fattispecie revocatoria delle rimesse sono applicabili i due articoli, i quali però presuppongono concetti diversi (la riduzione consistente e durevole è richiesta solo dall'art. 67 l.f. e non dall'art. 70 l.f.). In questo caso sarebbe revocabile solo il rientro, se ed in quanto le riduzioni siano state consistenti
Prevalenza dell'art. 67 o 70 l.f.	Teorie diverse sono già state avanzate; non si sa, ad oggi, quale dei due articoli debba prevalere. Tesi personale: art. 70 l.f. con necessità di riduzioni consistenti. In definitiva si revoca il rientro **Articolo 70 l.f. verosimilmente non applicabile nel periodo 17/3/2005 – 31/12/2007**
Ipotesi soluzione antinomia artt. 67 e 70 l.f.	Diverso riferimento al periodo di conoscenza dello stato di insolvenza (anche oltre 6 mesi per art. 70) Validità o meno del fido
Fido	Per lo più si ritiene ininfluente, e quindi è revocabile anche il conto non scoperto, ovvero il rientro, anche se effettuato nei limiti dell'affidamento
Saldo di riferimento	Non è detto come vada calcolato, se con la data contabile o la data disponibile. Tenuto conto dell'evoluzione precedente, data disponibile. Validità della costruzione raggiunta dalla prassi. Effetti in ogni caso limitati
Consecuzione di procedure	La data di riferimento dovrebbe essere quella della prima procedura, ma non è certo, tenuto conto delle nuove disposizioni. In ogni caso, per fallimenti che abbiano fatto seguito ad un concordato preventivo, i termini decorrono dalla pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese (decorrenza 11 settembre 2012)
Incostituzionalità	Possibili eccezioni

Tabella 3 – DECORRENZA DELLE NORME

Norme		Effetto per procedure aperte dal
D.L. n. 35 del 14 marzo 2005	Mini Riforma	**17/03/2005**
Legge 80 del 14 maggio 2005	Legge delega	
D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006	Riforma	**16/07/2006**
D.Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007	Correttivo	**01/01/2008**

Tabella 4 - DECADENZA DELL'AZIONE REVOCATORIA E APPLICABILITA' NORME VARIE

REGOLE per l'azione revocatoria	**DECADENZA dell'azione revocatoria**
Fallimenti dichiarati **ante 16/7/2006** - pendenti al 16/3/2005: vecchie regole per la revocatoria - dichiarati dal 17/3/2005: nuove regole per la revocatoria	**5 anni dalla dichiarazione di fallimento**
Fallimenti dichiarati **dal 16/7/2006:** nuove regole per la revocatoria	**3 anni dalla data di fallimento e comunque 5 anni dall'atto**

Allegato 3

Check list del curatore

per la revocatoria fallimentare delle rimesse

1) verificare la conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca

2) chiedere alla Centrale Rischi le rilevazioni degli ultimi 3 anni dell'impresa fallita

3) fare una analisi degli elaborati, sintetizzando il tutto in grafici

4) per ogni banca: esame dell'e/c dell'ultimo anno, copia affidamenti, copia produzione effetti, documenti in generale

5) posto che sia verificata la conoscenza dello stato di insolvenza, calcolare la differenza tra il massimo scoperto e il saldo finale in base al saldo disponibile (per fallimenti dichiarati dall'1/01/2008) (in presenza di foglio e/o di anticipi export, tenerne conto)

6) per fallimenti dichiarati dal 17/03/2005 al 31/12/2007, fare eventualmente lo stesso il conteggio, per avere un riferimento in più

7) posto che ci sia comunque un rientro, accertare l'esistenza di più rimesse che hanno ridotto in modo consistente e durevole l'esposizione. Fare i conteggi con più opzioni, quanto agli importi: 5% o 10% del rientro o meglio una o più cifre fisse,
quanto al tempo: 5 o 10 giorni senza movimenti significativi,
applicando metodo LIFO o FIFO degli accrediti

8) verifica operatività cessione dei crediti (se notificati o meno al debitore ceduto) e anticipi su fatture. Ove si sia in presenza di modalità non consuete, il periodo revocabile diventa di 1 anno

Allegato 4

Quesito al CTU in materia di nuova revocatoria delle rimesse bancarie

I punti fondamentali di un quesito dovrebbero riguardare:

1) La conoscenza dello stato di insolvenza
2) I conti correnti in questione
3) Il periodo di riferimento
4) Il rientro
5) La ricostruzione delle rimesse effettuate
6) La consistenza
7) La durevolezza
8) Il concetto di saldo disponibile
9) Il fido (valenza o meno)

Bozza di quesito:

(da valutare se fare riferimento anche al fido)

"… letti gli atti e i documenti prodotti in giudizio, assunte le necessarie informazioni dalle parti e dai terzi, il CTU:

- descriva i rapporti tra la Società e la Banca nei sei mesi anteriori la dichiarazione di insolvenza (c/c in essere e modalità di funzionamento, affidamenti in essere, finanziamenti erogati, ecc.);
- determini il saldo disponibile del c/ordinario dopo ciascuna operazione, facendo riferimento alle indicazioni della giurisprudenza;
- sulla base del saldo disponibile così determinato, determini il c.d. rientro ex art. 70 LF nei sei mesi anteriori la dichiarazione di insolvenza;
- con riferimento al c/ordinario, individui le rimesse che hanno ridotto l'esposizione debitoria in modo consistente e durevole, secondo i seguenti parametri: … , escludendo le rimesse poi risultate insolute e le duplicazioni del

medesimo versamento; individui tali rimesse anche facendo riferimento all'apertura di credito in c/c in essere;

- elenchi le singole rimesse revocabili ai sensi dell'art. 67 LF, indicandone anche l'importo complessivo;
- verifichi la revocabilità ai sensi dell'art. 67 LF delle escussioni di garanzie eventualmente accreditate in c/c;
- elenchi le operazioni a favore della banca, quali pagamenti di rate di mutui e finanziamenti, revocabili ai sensi dell'art. 67 LF;
- determini quindi l'importo complessivamente revocabile.

Fornisca il CTU una descrizione sommaria della situazione finanziaria e patrimoniale della società, come risultante dagli ultimi due bilanci approvati ante dichiarazione di insolvenza, precisando se da tale esame emerga complessivamente uno stato di crisi di liquidità, o comunque di notevole difficoltà finanziaria, tale da far ragionevolmente supporre uno stato di irreversibile dissesto dell'azienda stessa, conoscibile nei 6 mesi anteriori la dichiarazione di insolvenza.

Qualora tale periodo fosse inferiore a 6 mesi, determini gli importi complessivamente revocabili ex art. 67 LF e ex art. 70 LF, come sopra indicati, anche per tale minor periodo.

Fornisca ogni ulteriore elemento utile al fine del giudizio, tenendo conto delle deduzioni svolte dalle parti."

Le rimesse bancarie e
la revocatoria fallimentare

di

Giuseppe Rebecca – Dottore Commercialista

Le prime sentenze

STUDIO REBECCA & ASSOCIATI

Dottori Commercialisti e Revisori Legali

Vicenza – Schio (VI)

www.studiorebecca.it

LE RIMESSE BANCARIE E LA REVOCATORIA FALLIMENTARE

INDICE

A) Applicazione pratica della nuova revocatoria delle rimesse bancarie

1. Sentenza del Tribunale di Pescara dell'8/02/2008
estensore Dr.ssa Anna Fortieri

2. Sentenza del Tribunale di Milano n. 3979 del 27/03/2008
estensore Dr Mauro Vitiello

3. Sentenza del Tribunale di Brescia Sez. Fall. del 29/04/2008

4. Sentenza del Tribunale di Monza Sez. III del 03/09/2008
estensore Dr.ssa Alida Paluchowski

5. Sentenza del Tribunale di Milano n. 6946 del 25/05/2009
estensore Dr Roberto Craveia

6. Sentenza del Tribunale di Milano del 21/07/2009
estensore Dr Mauro Vitiello

7. Sentenza di Cassazione, Sez. I, 7/10/2010 n. 20834

8. Sentenza del Tribunale di Udine del 24/02/2011
estensore Dr.ssa Maria Antonietta Chiriaco

9. Sentenza della Corte d'Appello de L'Aquila n. 334/2011 del 30/03/2011
estensore Dr.ssa Rita Carosella
(su sentenza del Tribunale di Pescara 8/02/2008, vedi n.1)

10. Sentenza del Tribunale di Siracusa n. 453/2011 del 20/04/2011
estensore Dr.ssa Viviana Urso

11. Sentenza del Tribunale di Pescara n. 1315/11 del 26/07/2011
estensore Dr Angelo Zaccagnini

12. Sentenza del Tribunale di Bologna n. 2167/2011 del 4/08/2011
estensore Dr Giuseppe Colonna

13. Sentenza del Tribunale di Siracusa n. 1123/2011 del 12/10/2011
estensore Dr.ssa Viviana Urso

14. Sentenza del Tribunale di Udine n. 549/12 del 16/04/2012
estensore Dr Francesco Venier

15. Sentenza del Tribunale di Ferrara n. 658/12 del 14/05/2012 (n. 659/12, sostanzialmente uguale)
estensore Dr.ssa Anna Ghedini

16. Sentenza del Tribunale di Udine del 24/10/2012
estensore Dr Gianfranco Pellizzoni

B) Provvedimento – Inapplicabilità alla vecchie procedure

17. Sentenza del Tribunale di Monza Sez. III del 19/04/2010
estensore Dr.ssa Alida Paluchowski

Tabella di Sintesi

Questo il quadro di sintesi delle principali sentenze in materia di revocatoria delle rimesse bancarie.

	Tribunale di Milano Sentenza del 27/03/2008 n. 3979 estensore Mauro Vitiello	**Tribunale di Monza Sentenza del 3/09/2008** estensore Alida Paluchowski	**Tribunale di Milano Sentenza del 25/05/2009 n. 6946** estensore Roberto Craveia	**Tribunale di Milano Sentenza del 21/07/2009** estensore Mauro Vitiello	**Cassazione Civile Sentenza del 7/10/2010 n. 20834** Rel. Consigliere Maria Rosaria Cultrera **obiter dicta**	**Tribunale di Udine Sentenza del 24/02/2011 n. 293** estensore Maria Antonietta Chiriacò	**Tribunale di Siracusa Sentenza del 20/04/2011 n. 453** estensore Viviana Urso	**Tribunale di Bologna Sentenza del 4/08/2011 n. 2167** estensore Giuseppe Colonna	**Tribunale di Ferrara Sentenza del 14/05/2012 n. 658/12** (n. 659/12, sostanzialmente uguale) estensore Anna Ghedini	**Tribunale di Udine Sentenza del 24/10/2012** estensore Gianfranco Pellizzoni
Riferimento al FIDO	ne va tenuto conto	irrilevante	irrilevante	ne va tenuto conto	ne va tenuto conto, ma solo per rimesse né consistenti né durevoli (sic!)	irrilevante	irrilevante	irrilevante	irrilevante	irrilevante
Saldo da considerare	non si è pronunciato	non si è pronunciato	disponibile	non si è pronunciato	non si è pronunciata	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato
Ordine operazioni	non si è pronunciato	non si è pronunciato	da estratto conto	non si è pronunciato	non si è pronunciata	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato	non si è pronunciato
Consistenza	10% del rientro	7% del debito	> rimessa media post accredito	10% del rientro	onere della prova della banca	riferito al debito complessivo	riferita all'entità dell'esposizione debitoria massima e al momento dell'operazione e dall'entità media delle entrate e delle uscite	arbitraria l'applicazione del 10% del rientro, si deve guardare all'andamento complessivo del conto.	rimessa media post accredito	concetto subordinato alla durevolezza. Escluse in ogni caso le percentuali.
Durevolezza	10 giorni	apprezzabile lasso di tempo	intervallo rimesse consistenti / utilizzo (anche ridotto) > media rimesse consistenti	lasso di tempo variabile maggiore di una settimana	onere della prova della banca	riferito al debito complessivo	la durevolezza va determinata tenuto conto della frequenza delle movimentazioni		intervallo rimesse consistenti / utilizzo (anche ridotto) > media rimesse consistenti	concetto base, legato all'art. 70 l.f.
Art. 70 l.f. (rientro)	limite massimo sempre applicabile	non si è pronunciato	non si applica il limite dell'art. 70 a fallimento dichiarato ante 1/01/2008	limite massimo sempre applicabile	limite massimo sempre applicabile. Nuova norma di interpretazione autentica differita!	limite massimo sempre applicabile: riferito a tutti i conti; onere del conteggio della banca. In assenza, revocabilità piena ex art. 67 l.f.		applicabile anche ante 1/01/2008	non applicabile ante 1/01/2008	applicabile anche ante 1/1/2008 (si desume, indirettamente)
Altro								conferma anteposizione accrediti agli addebiti	pagamento mutuo da conto attivo revocabile incassi anticipi export revocabili	

Altre sentenze:

- Tribunale di Brescia 29/04/2008;
- Tribunale di Pescara n. 4 dell' 8/02/2008 - 14/03/2008, trattano aspetti meno completi;
- Corte di Appello dell'Aquila n. 334 del 30/03/2011, che ha anche escluso il riferimento al fido per la nuova revocatoria;
- Tribunale di Pescara n. 1315/11 del 26 luglio 2011 che ritiene revocabile il rientro ex art. 70 L.F. su base "contabile", escludendo le operazioni intermedie;
- Tribunale di Siracusa n. 1123 del 12/10/2011, estensore sempre la Dottoressa Urso, ha specificato che durevolezza e consistenza sono concetti che devono essere riferiti al rientro, non all'esposizione debitoria e nemmeno alle rimesse;
- Tribunale di Udine n. 549/11 del 16/04/2012, estensore Dr Francesco Venier, appare rilevante la differenza tra conto scoperto e affidato, salvo comunque revocare il rientro su conto con fido revocato.