

Rapporti bancari e procedure concorsuali

Il 18 giugno 2015, presso la Facoltà di Economia della Sapienza, Università di Roma, si è tenuto un incontro di studio, organizzato dalla rivista, dal Cedib e dal Master in Diritto della crisi delle imprese, sul tema “Rapporti bancari e procedure concorsuali”. All'incontro, presieduto dal prof. Vittorio Santoro, dell'Università di Siena, sono intervenuti il prof. Vincenzo Caridi, dell'Università La Sapienza di Roma, il prof. Sabino Fortunato, dell'Università di Roma Tre, il prof. Danilo Galletti, dell'Università di Trento, il prof. Alessandro Nigro, già dell'Università La Sapienza di Roma, il prof. Maurizio Sciuto, dell'Università di Macerata, il prof. Giuseppe Terranova, dell'Università La Sapienza di Roma e il prof. Daniele Vattermoli, dell'Università La Sapienza di Roma.

Ne pubblichiamo gli atti.

Indirizzo di saluto

VITTORIO SANTORO

Gli incontri della rivista *Diritto della banca e del mercato finanziario*, sponsorizzati dal Cedib e dal Master in Diritto della crisi delle imprese, sono da diversi anni una consuetudine e credo che anche il pubblico degli amici, qui convenuto, sia il pubblico che abitualmente ci segue. Sapete, dunque, che è il professor Nigro che dà l'avvio ai lavori e io, pertanto, gli passo la parola per l'introduzione.

Introduzione

ALESSANDRO NIGRO

Come ha sottolineato l'amico Vittorio, questi nostri incontri hanno ormai assunto una cadenza annuale fissa. Una modifica si è

avuta soltanto in ordine all'epoca: i primi due si sono svolti nel mese di marzo (mi pare) e gli altri invece sono stati tenuti tutti all'inizio dell'estate. Gaetano Presti, quando venne la prima volta, evidenziò il fatto che gli incontri, tenuti allora a Firenze, segnavano l'inizio della primavera, quindi l'apertura verso la bella stagione: purtroppo, per ragioni varie, non è stato possibile mantenere quella "tempistica". Comunque, è con grande soddisfazione che, quale Presidente del Cedib e quale direttore della rivista *Diritto della banca e del mercato finanziario*, registro questa continuità.

Al solito, la mia sarà una introduzione molto veloce, che deve aprirsi con i doverosi ringraziamenti, in particolare non tanto agli organizzatori perché io sono fra questi, ma, per un verso, alla Casa editrice Pacini, che ci assiste anche in questa iniziativa, e, per altro verso, alla Facoltà di economia ed al Dipartimento di diritto ed economia delle attività produttive, che ci hanno ospitato e continuano ad ospitarci: Dipartimento che in questo momento è diretto dal professor Vattermoli seduto vicino a me, il quale dunque si trova a sua volta qui in più vesti, quale direttore, appunto, del Dipartimento ma anche quale direttore del Master in Diritto della crisi delle imprese, che è fra gli organizzatori dell'incontro, ed è inoltre uno dei relatori.

Il tema dell'incontro è stato scelto, come le altre volte, con attenzione ai profili di attualità e di interesse e sui quali sia ancora aperto il dibattito. Sicuramente, il tema dei rapporti bancari e procedure concorsuali offre un ricco ventaglio di profili del genere.

La storia delle relazioni, appunto, tra banche e procedure concorsuali – come ho avuto occasione di dire in un altro convegno tenuto proprio in quest'aula meno di un mese fa – è una storia caratterizzata da molti "tormenti". C'è stato un momento in cui addirittura sembrava essersi scatenata una sorta di guerra di religione, che molti di noi ricordano anche per esserne stati in qualche misura protagonisti (l'amico Terranova è stato tra quelli). Mi riferisco alla tempesta che si ingrossò in una certa epoca, diciamo verso la fine degli anni '70 ed i primi anni '80, in materia di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente, una tematica evidentemente sofferta dalle banche in modo particolare, in modo vorrei dire passionale. Tant'è che non è forse eccessivo attribuire alla volontà delle banche di cercare di porre termine a questa vicenda, l'avvio deciso del processo riformatore della legge fallimentare che, vi ricordo, è iniziato nel 2005, ed è iniziato con la riforma non dell'intera legge fallimentare, ma con quella di due capitoli della legge fallimentare, uno dei quali era rappresentato proprio, non a caso, dalla revocatoria fallimentare. Un

processo riformatore che – noto per inciso – non si è fermato, ma è come impazzito, nel senso che sta andando avanti in maniera caotica, disordinata (stiamo registrando in questi giorni vicende che hanno del paradossale, che sono al limite o addirittura oltre il limite del ridicolo: ci sono due iniziative legislative, due tentativi di imboccare di nuovo una linea di riforma, uno, tanto per cambiare, ad opera del Ministero della giustizia e l’altro ad opera del Ministero dell’economia, riproducendo quel duello che si ebbe proprio in occasione della emanazione dei decreti del 2006-2007).

Naturalmente, dall’epoca che ricordavo è passato tanto tempo. Abbiamo avuto, appunto, una riforma abbastanza sostanziosa della normativa che regola le procedure concorsuali, una riforma che ha avuto fra le sue anime ispiratrici proprio uno spiccato *favor* per le banche, il quale si è tradotto fra l’altro in un depotenziamento, forse oltre il dovuto, dello strumento dell’azione revocatoria. Questo però non significa che il terreno dei rapporti banche-procedure concorsuali sia diventato un terreno tranquillo, sia diventato un lago pacifico. Alcune aree di scontro si sono mantenute. Tuttora, per esempio, è motivo di discussione il tema della revocatoria delle rimesse in conto corrente (ho ricevuto stamattina l’ultimo fascicolo della rivista *Il fallimento*, che pubblica una sentenza del Tribunale di Torino in materia), rispetto al quale tema le difficoltà ed i problemi, a ben vedere, nascono non tanto perché ci sia un *animus pugnandi* da parte dei contendenti, banche e procedure, ma perché il legislatore ha dettato una norma assurda e inapplicabile (almeno se la si volesse applicare per quello che dice); il che ha costretto e costringe i giudici ad arrampicarsi sugli specchi, inventandosi dei parametri e delle regole che con la norma positiva veramente nulla hanno a che fare. Comunque, quella della revocatoria delle rimesse rimane materia, diciamo, di dibattito.

Ma si sono aggiunti altri terreni di scontro, alcuni dei quali sono oggetto delle relazioni di stasera. Un terreno abbastanza importante si sta rivelando quello della responsabilità delle banche, in relazione al sostegno alle imprese in crisi: su tale terreno infatti si contrappongono, volendo andare all’essenza (ma non desidero invadere il territorio affidato ad autorevoli colleghi, in particolare quello affidato a Sabino Fortunato, che in questa materia è maestro), due esigenze di fondo: da un lato, l’esigenza di rispettare le regole in materia appunto di responsabilità risarcitoria, sia essa contrattuale o extracontrattuale, e, dall’altro, l’esigenza di, in qualche misura, salvaguardare la funzione delle banche, le quali, almeno fino a che fanno il loro mestiere e fino a che non pretendono di fare anche altre cose, dovrebbero non

essere scoraggiate, e non essere scoraggiate proprio sul terreno delicatissimo del sostegno alle imprese in difficoltà.

Non voglio dire altro per non invadere, ripeto, territori che non mi competono. Mi limito soltanto a ricordare, anche se è una sottolineatura superflua, che non si ha la pretesa di arrivare in questa sede, con i nostri interventi, a soluzioni definitive. Quello che interessa è ragionare su questi temi, alcuni dei quali sono abbastanza complessi, nell'idea di prospettare comunque delle strade idonee a portare a soluzioni. Certo, in alcuni di questi casi l'ideale sarebbe al solito l'intervento del legislatore, come nel caso della revocatoria delle rimesse in conto corrente, in cui veramente un intervento chiarificatore sarebbe fondamentale. Però, se il nostro legislatore opera, come spesso e volentieri opera, nel modo frettoloso e approssimativo che conosciamo, forse è meglio affidarsi alla capacità e alla sagacità degli interpreti, fra cui dobbiamo collocare noi stessi, per riuscire ad arrivare ad esiti convincenti sul piano teorico e soddisfacenti sul piano pratico.

Mi fermo a questo punto. Vi ringrazio per la vostra presenza, ringrazio tutti i relatori, in particolare quelli che si sono scomodati a venire da fuori Roma e auguro buon lavoro.

Conto corrente bancario e dichiarazione di fallimento

DANIELE VATTERMOLI

Inizio col precisare il titolo – e, dunque, l'oggetto – della mia relazione. Mi occuperò delle possibili interferenze generate dalla dichiarazione di fallimento del cliente rispetto alla disciplina del contratto di conto corrente bancario.

Mi occuperò, quindi:

1. Degli effetti della dichiarazione di fallimento nei confronti del contratto di conto corrente “pendente”;
2. Degli effetti della dichiarazione di fallimento rispetto alle operazioni contabilizzate sul conto corrente, in precedenza definito “pendente”, successivamente all'apertura della procedura;
3. Della disciplina del contratto di conto corrente aperto dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento.

1. Mi posso liberare velocemente della prima questione, quella che attiene agli effetti del fallimento sul conto corrente bancario “pendente”.

È noto, invero, come l'attuale art. 78, co. 1, l.fall. ricomprenda espres-

samente il conto corrente, anche bancario¹, tra i contratti che si sciolgono automaticamente per effetto del fallimento di una delle parti. Certo, la disposizione non è applicabile al caso in cui ad essere sottoposto a procedura sia l'ente creditizio, atteso che le banche non sono soggette al fallimento: d'altra parte, però, l'art. 83, co. 2 t.u.b., dettato in tema di l.c.a. delle banche, rinvia alle norme contenute nella sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare, tra le quali figura, appunto, l'art. 78 l.fall.².

La ragione che secondo la dottrina – anche quella espressasi prima della riforma – giustifica lo scioglimento automatico è da rintracciarsi essenzialmente «nella reciprocità almeno potenziale delle rimesse e nella destinazione delle reciproche ragioni di debito e di credito alla compensazione»³.

Sempre con riferimento alla sorte del contratto di conto corrente, dubbi potrebbero sorgere – ed in concreto sono sorti – in caso di *conto corrente bancario cointestato*.

Sul punto, sembra preferibile la tesi di chi ritiene che il contratto si sciolga limitatamente al cointestatario dichiarato fallito, non essendoci alcuna ragione per la quale la dichiarazione di fallimento di uno dei cointestatari debba condurre inesorabilmente allo scioglimento dell'intero contratto e travolgere, dunque, la posizione degli altri soggetti estranei alla procedura⁴.

Naturalmente, occorre stabilire cosa accade all'eventuale saldo attivo del conto al momento della dichiarazione di fallimento di uno dei cointestatari (in caso di saldo passivo, invero, è indubbio che la banca possa

¹ Anche nel vigore della disciplina ante riforma del 2005-2007, ove il conto corrente bancario non era espressamente contemplato dall'art. 78 l.fall., la giurisprudenza e la dottrina assolutamente dominanti erano ferme nel ritenere applicabile a tale contratto la regola dello scioglimento automatico per effetto del fallimento del correntista, già dettata per il conto corrente ordinario. Per i necessari riferimenti cfr., per tutti, FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, sez. III, II, Torino, 2005, p. 431 ss.; e, più di recente, DI AMATO, *Gli effetti del fallimento sul mandato e sugli altri contratti previsti dall'art. 78 l. fall.*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Ghia, Piccininni, Severini, vol. 2, Torino, 2010, p. 537.

² Sul punto sia consentito il rinvio a VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001, p. 218 ss.

³ MAFFEI ALBERTI, *Gli effetti del fallimento sui contratti bancari*, in *Dir. fall.*, 1989, I, p. 254. Sul punto cfr., altresì, ZANARONE (DI CHIO, GUGLIELMUCCI, MANGINI, TEDESCHI), *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. Scialoja-Branca. Legge fall.*, a cura di Bricola, Galgano e Santini, Bologna-Roma, 1979, pp. 328-329.

⁴ Per i termini della questione cfr. SANTONE, *Commento sub art. 78*, in *La Legge Fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, I, Torino, 2010, p. 1090.

agire, e per l'intero, nei confronti del cointestatario *in bonis* ed insinuare il proprio credito nel passivo del cointestatario dichiarato fallito, l'art. 1854 c.c. stabilendo, per i rapporti esterni, che «*Nel caso in cui il conto sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere operazioni anche separatamente, gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido dei saldi del conto*».

In virtù dell'art. 1298, co. 2 c.c., si *presume* che, nei rapporti interni tra i cointestatari, la parte di ciascuno dei concreditori sul saldo attivo sia *uguale*. Orbene, tale presunzione, secondo quanto comunemente affermato dalla giurisprudenza⁵, può essere superata dimostrando che le somme versate sul conto da uno solo dei cointestatari traevano il proprio titolo di acquisizione dall'attività svolta dal soggetto che ha effettuato il versamento: con la conseguenza, allora, che nel caso concreto alla procedura potrà essere attribuito anche l'intero saldo attivo, oppure, all'opposto, nulla.

Altro problema che potrebbe porsi attiene ai possibili *effetti prodotti dall'esercizio provvisorio dell'impresa* del cliente fallito sul contratto di conto corrente bancario: ai sensi dell'art. 104, co. 7 l.fall., invero, durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli. Si potrebbe pensare, dunque, che anche il conto corrente bancario, in caso di esercizio provvisorio, prosegua automaticamente. Io credo, però, che l'eccezione contenuta nell'art. 104, co. 7 operi solo rispetto a quei contratti che secondo la regola generale rimarrebbero in stato di sospensione. Detto in altri termini, è la regola generale che cambia per effetto dell'esercizio provvisorio, non già la disciplina speciale dei singoli contratti⁶.

2. L'effetto prodotto dalla dichiarazione di fallimento del correntista è, dunque, senza eccezione alcuna, lo scioglimento del rapporto di conto corrente bancario.

Ma cosa succede – e passo al secondo tema – se, dichiarato il fallimento, sullo stesso c/c continuano ad affluire rimesse a credito del fallito o se la banca esegue dei pagamenti su ordine del fallito prelevando le somme a ciò necessarie dal conto?

⁵ Cass., 5 maggio 2010, n. 2686; Cass., 22 ottobre 1994, n. 8718; Trib. Nola, 27 febbraio 2006, in *Dir. fall.*, 2008, II, 88 ss.

⁶ Opinione già espressa in VATTERMOLI, *Commento sub art. 72*, in *La Legge Fallimentare dopo la riforma*, cit., I, p. 1004.

La soluzione, almeno da un punto di vista teorico, dovrebbe essere, anche qui, semplice ed intuitiva. Per un verso, l'art. 78 l.fall., che sanisce lo scioglimento del c/c bancario; e, per altro verso, l'art. 44, co. 1 e 2, ai sensi dei quali sono inefficaci i pagamenti eseguiti dal fallito e quelli da lui ricevuti, dovrebbero rendere inefficaci tutte le operazioni contabilizzate nel medesimo conto corrente.

Con la conseguenza, allora, che tutte le somme affluite sul conto dovrebbero essere "girate" dalla banca alla procedura – senza alcuna possibilità per la banca di trattenerle in compensazione del saldo passivo del conto o di altri crediti verso il fallito –; oggetto di restituzione dovrebbero essere anche le somme che siano state addebitate sul conto, in quanto prelevate dalla banca per eseguire i pagamenti ordinati dal cliente fallito⁷.

Sul punto è intervenuta, con una decisione relativamente recente, la Corte di Cassazione⁸.

In tale pronunzia, la Corte ha affermato, tra le altre cose, che pur se l'art. 42, co. 1 priva il fallito dalla disponibilità dei suoi beni dalla data della dichiarazione di fallimento e pur se l'art. 44, co. 1 stabilisce l'inefficacia dei pagamenti effettuati dal fallito, qualora il pagamento di un assegno sia stato effettuato dalla banca – attingendo però la provvista dal conto del fallito –, a tale pagamento non si applicherebbe la sanzione dell'inefficacia nei confronti della massa di cui all'art. 44, co. 1, non essendo stato compiuto, tecnicamente, dal fallito.

Tale ricostruzione, per come è formulata, lascia aperto più di un interrogativo. A mio parere, ciò che conta realmente, ai fini dell'esatta applicazione delle regole concorsuali, è verificare se, per effetto di comportamenti successivi alla dichiarazione di fallimento, e non ascrivibili agli organi della procedura, vi sia stata una *diminuzione* del patrimonio responsabile, a vantaggio di alcuni soltanto dei creditori concorsuali (nella specie, i portatori dei titoli). Quando si realizza tale effetto, non

⁷ Chiara, sul punto, Cass., 21 agosto 2013, n. 19325, nella quale si legge che per effetto dell'operare congiunto degli artt. 42, 44 e 78 l.fall., si determina «l'inefficacia rispetto ai creditori di ogni addebito (o accredito) sul conto corrente successivo alla data delle sentenza di fallimento, prescindendo dalla sua idoneità a recare pregiudizio alla massa».

⁸ Cass., 4 marzo 2011, n. 5230, in *Dir. fall.*, 2012, II, 334 ss., con nota di ROCCO DI TORREPADULA, *Il conto corrente bancario dopo il fallimento*; in *Giur. comm.*, 2013, II, 417, con nota di GAVARRINI, *Il regime giuridico delle operazioni compiute dal correntista fallito o dal fallito correntista*; in *Fallimento*, con Osservazioni di TOMASSO.

può non scattare la protezione accordata dall'art. 44, co. 1, anche qualora il pagamento sia stato materialmente posto in essere da un soggetto diverso dal fallito. Detto in altri termini, la valutazione deve essere condotta in termini *oggettivi*, ossia avuto riguardo alla massa attiva, non già in termini *soggettivi*.

Occorre dunque verificare, tornando al caso di specie, se per i pagamenti successivi al fallimento la banca abbia utilizzato denaro del fallito, o meno: solo nel primo caso le somme impiegate debbono essere restituite alla curatela. Applicare la regola della restituzione anche nell'altro caso determinerebbe, invero, un *ingiustificato spostamento di valore* a favore della massa dei creditori ed a scapito della banca⁹, in contrasto con il principio di *neutralità* che governa le procedure concorsuali¹⁰.

Un altro problema che potrebbe porsi – e che, anche qui, nella pratica si è posto – è quello che concerne il *momento* da prendere in considerazione per stabilire se la somma sia stata correttamente, o meno, prelevata dal conto. Il problema si pone, ad esempio, quando l'ordine di pagamento sia contenuto in un assegno emesso o in un bonifico effettuato prima della dichiarazione di fallimento, ma alla data di fallimento non sia stato ancora contabilizzato.

Io credo che il momento rilevante sia il pagamento a favore del terzo, che si realizza al momento della presentazione del titolo, e che, quindi, la registrazione dell'operazione nel conto corrente del fallito non sia determinante ai fini che qui interessano¹¹. Detto in altri termini, non credo che l'annotazione sul conto abbia natura *costitutiva* e non credo, conseguentemente, che l'operazione di pagamento – con somme del fallito – possa essere valutata come una fattispecie a *formazione progressiva*, né credo, infine, che la scritturazione possa essere qualificata alla

⁹ App. Reggio Calabria, 15 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 2, 1201.

¹⁰ JACKSON, SCOTT, *On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain*, in 75 *Va. L. Rev.*, 1989, pp. 162-163.

¹¹ In senso contrario, da ultimo, Cass., 28 febbraio 2011, n. 4820, nella quale si legge: «Ai sensi dell'art. 44 l.fall. sono inefficaci rispetto ai creditori i pagamenti "eseguiti" dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento. La data del pagamento non è riferita al momento in cui la somma pagata entra nella disponibilità del creditore (...) ma a quello in cui viene posto in essere dal debitore l'atto satisfattivo delle ragioni del creditore che procura il depauperamento del suo patrimonio, e giustifica e legittima il trattamento giuridico imposto dall'imprescindibile esigenza di salvaguardia della concorsualità, e per essa dell'integrità della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. Nel caso in cui il pagamento venga eseguito mediante assegno bancario, occorre pertanto aver riguardo alla data d'addebito del relativo importo sul conto corrente del debitore».

stregua di una *formalità*, il compimento della quale successivamente alla dichiarazione di fallimento sia idonea a determinare l'inefficacia di cui all'art. 45 l.fall.¹².

In difetto di annotazione sembrerebbe dunque corretto ritenere che la banca possa con ogni mezzo dimostrare l'anteriorità del pagamento.

Ma anteriorità rispetto a quale momento? Sul punto occorre ricordare che mentre per il fallito, così come per i contratti in corso di esecuzione, gli effetti della dichiarazione (e, quindi, per ciò che qui interessa, lo spossessamento e lo scioglimento del contratto di c/c), decorrono dalla pubblicazione della sentenza (dalla giurisprudenza costante retrodatato alle ore 00 del giorno del deposito)¹³, per i terzi (ossia, nella specie, la banca) il momento rilevante deve essere individuato nell'annotazione della sentenza di fallimento presso il registro delle imprese, ai sensi dell'art. 16, ult. co. l.fall.¹⁴. Per i pagamenti effettuati prima di quel momento, dunque, non dovrebbe esservi spazio per una richiesta di restituzione nei confronti della banca.

3. L'ultimo tema di cui voglio occuparmi è quello della sorte del *conto corrente bancario stipulato dal fallito successivamente alla dichiarazione di fallimento*.

In tal caso, ovviamente, *non* può trovare applicazione l'art. 78 l.fall.: il combinato disposto degli artt. 42 e 44 l.fall. dovrebbe comunque condurre agli stessi risultati visti con riferimento all'ipotesi di ultrattività del conto corrente stipulato prima della dichiarazione di fallimento (dunque: le somme che affluiscono sul conto del fallito sono automaticamente acquisite alla procedura, senza alcuna possibilità per la banca di dedurre le somme impiegate per effettuare i pagamenti su ordine, da considerare inefficace, del fallito). Le uniche passività che la banca può dedurre, ai sensi dell'art. 42, co. 2, sono solo le spese per la tenuta del conto e le commissioni d'uso¹⁵.

¹² Per i termini della questione, POLACCO, *Il conto corrente ordinario e il conto corrente bancario*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di Guglielmucci, Padova, 2006, p. 204 ss.

¹³ E cfr., da ultimo, Trib. Torre Annunziata, 9 luglio 2013.

¹⁴ Salvo che la banca abbia partecipato all'istruttoria prefallimentare, nel qual caso la chiusura del conto si produrrà al momento della pubblicazione della sentenza: nello stesso senso cfr. DI AMATO, *Gli effetti del fallimento*, cit., p. 539.

¹⁵ CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 99.

Questo in generale.

Le cose cambiano – o meglio, si ritiene che cambino – nel caso in cui le operazioni contabilizzate sul c/c stipulato successivamente alla dichiarazione di fallimento siano il frutto di una *nuova attività di impresa* da parte del fallito¹⁶.

Premesso che il fallimento non incide sulla capacità d'agire del debitore, e in particolare sulla sua capacità a dare vita ad una nuova attività di impresa, si è invero sostenuto che, in tale ipotesi, la banca sarebbe costretta a restituire alla curatela soltanto l'eventuale saldo positivo al momento della richiesta: la banca, detto in altri termini, potrebbe “scontare” dalla cifra risultante dalla sommatoria di tutti i versamenti effettuati dal fallito, *che sono “beni pervenuti al fallito durante il fallimento”*, i prelievi operati a seguito dell'esecuzione degli ordini di pagamento, in quanto da considerare, rispetto al denaro “nuovo” entrato sul conto, *“passività incontrate per l'acquisto dei beni medesimi”*, ai sensi del summenzionato art. 42, co. 2¹⁷.

¹⁶ Orientamento inaugurato da Cass., 21 marzo 1989, n. 1417, in *Giur. comm.*, 1990, II, 199, con nota di TABELLINI, *Acquisizione da parte degli organi fallimentari di attività sopravvenute versate dal fallito su un conto corrente e detrazione delle passività ad esse inerenti*; e consolidato da Cass., SS.UU., 10 dicembre 1993, n. 12159, in *Dir. fall.*, 1994, II, 411, con nota critica di RAGUSA MAGGIORE, *Nuova impresa e acquisizione del saldo attivo di conto corrente. Una soluzione che non convince*.

Secondo App. Brescia, 5 maggio 2015, inedita, che ha affrontato il caso dell'applicazione dell'art. 78 l.fall. alla procedura di liquidazione coatta amministrativa di una cooperativa (in virtù del richiamo operato dall'art. 201 l.fall.), l'art. 42, co. 2 troverebbe ingresso anche in ipotesi di continuazione dell'attività di impresa da parte degli organi della procedura (nella specie, i commissari liquidatori).

¹⁷ Cass., 27 novembre 2013, n. 26501, la quale ha affermato: «Vero è che i prelievi dal conto fatti dalla correntista fallita, e i pagamenti eseguiti dalla banca a terzi sullo stesso conto sono inefficaci rispetto ai creditori. Ciò esclude che tali atti possano essere addotti dalla banca a giustificazione dell'uso fatto dei versamenti in conto, quale provvista dei pagamenti eseguiti a favore di terzi o dello stesso fallito, sicché la stessa banca non è liberata dall'obbligo di restituire agli organi della procedura concorsuale quanto ricevuto dal fallito a qualsiasi titolo. È stato infatti chiarito che la deduzione del debito restitutorio dei pagamenti eseguiti a terzi per conto del correntista fallito suppone la prova, gravante sulla banca, che le rimesse costituissero proventi di un'attività d'impresa. In ciò sta la differenza tra le ipotesi contemplate nell'art. 42 e nell'art. 44 l.fall., giacché solo nel caso dell'art. 42 – e non anche in quello dell'art. 44 – la banca può sottrarre dal debito restitutorio l'importo dei pagamenti eseguiti a terzi per conto del fallito: in questi casi, la curatela ha facoltà di appropriarsi dei risultati positivi dell'indicata attività, “dedotte le passività incontrate”, e può reclamare dalla banca la restituzione soltanto del saldo attivo del predetto conto corrente (non già dei versamenti sul conto), corrispondente all'utile dell'impresa».

L'orientamento mi sembra da condividere. Certo, il problema concerne la dimostrazione – che è a carico della banca – che quelle “uscite” siano effettivamente pertinenti all'esercizio dell'impresa; così come da dimostrare è, a monte, l'esercizio stesso di una nuova attività di impresa da parte del fallito.

Quanto sin qui affermato equivale a dire che rispetto alla nuova attività di impresa esercitata dal fallito, la procedura può acquisire non già i *ricavi*, quanto *l'utile*; ed anzi, neanche tutto l'utile realizzato, atteso che l'art. 46, co. 2 consente al debitore, com'è noto, di trattenere una parte di ciò che egli guadagna con la sua attività, nei limiti – fissati con decreto dal giudice delegato – di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia¹⁸.

Ma qui, com'è evidente, mi sono già allontanato troppo dal conto corrente bancario.

Presidente

Grazie, Daniele. Pur essendo il tema trattato un “classico”, non è mancato un puntualissimo aggiornamento con riferimento ad alcune novità legislative e, in particolare, alla giurisprudenza.

Due notazioni brevissime: io non credo che la soluzione data dal legislatore della riforma in ordine al contratto di conto corrente bancario

¹⁸ Sul tema, più in generale, della sorte dei pagamenti ricevuti dal fallito dopo l'apertura della procedura, per effetto della nuova attività di impresa dallo stesso esercitata cfr., da ultimo, Cass., 29 gennaio 2015, n. 1724, nella quale si osserva, tra l'altro, che: «l'acquisizione del corrispettivo conseguito dal fallito per una attività svolta dopo il fallimento presuppone l'efficacia nei confronti del fallimento del pagamento delle spese incontrate per produrre il reddito ovvero, alternativamente, il pagamento delle dette spese da parte del fallimento. L'acquisizione del guadagno netto, d'altro lato, è possibile soltanto nella parte in cui supera i limiti eventualmente fissati dal giudice delegato. Ne consegue che dopo il fallimento il fallito, che mantiene capacità giuridica e capacità di agire, può, con efficacia verso il fallimento, destinare le somme ricevute quale corrispettivo di una sua attività al pagamento delle passività incontrate per generare il reddito e, quanto al residuo netto, al mantenimento suo e della sua famiglia. Dalla efficacia verso il fallimento della destinazione attribuita dal fallito alle somme ricevute discende logicamente l'efficacia dei pagamenti ricevuti dal fallito stesso». Nello stesso senso, in precedenza, Cass. n. 1724/2014, il cui commento a cura di NAPOLITANO, *Il problematico rapporto tra gli articoli 42, 44 e 46 della legge fallimentare*, può leggersi in *giustiziacivile.com*, n. 12/2015.

sia la migliore, perché il conto corrente bancario svolge una pluralità di funzioni, tra le quali anche quella da fungere da cassa per l'imprenditore, funzione che dopo la dichiarazione di fallimento potrebbe giovare alla procedura per continuare a ricevere pagamenti. Se invece dobbiamo considerare il contratto come automaticamente sospeso, mi chiedo se la banca che riceva pagamenti da terzi debitori da accreditare sul conto del fallito li debba rimandare indietro. Non credo che sia così, anzi penso che un curatore fallimentare, di fronte a un tale comportamento, avrebbe molto da ridire e, probabilmente, chiamerebbe la banca a rispondere. Su alcuni punti specifici, quindi, suggerirei soluzioni più articolate.

La seconda notazione è relativa all'esecuzione dell'ordine di pagamento. Qui ci potrebbe esser d'aiuto considerare che il funzionamento del sistema dei pagamenti ha subito un'accelerazione in conseguenza dell'applicazione della tecnologia informatica; il legislatore ne ha preso atto introducendo regole giuridiche parzialmente nuove, in punto soprattutto di [ir]revocabilità dell'ordine, che diventa, appunto, irrevocabile quando l'ordine sia transitato nella stanza di compensazione. Per tale ragione, secondo me, occorre ritenere che l'esecuzione sia già avvenuta con riferimento a tale momento. Rimane la complicazione della regola dell'ora zero, quando la sentenza dichiarativa del fallimento non rechi, oltre alla data, anche l'ora in cui è resa. Tale indicazione è, oggi, essenziale per tenere conto del fatto che la giornata lavorativa, in banca, è scandita da tempi complessi e precisi, proprio in relazione alla c.d. lavorazione dei pagamenti. Stabilire che la sentenza di fallimento deve recare l'ora gioverebbe ulteriormente alla certezza del momento in cui il pagamento deve essere considerato eseguito prima del fallimento.

Revocatoria delle rimesse in contro corrente bancario

DANILO GALLETTI

Io dovrei occuparmi in modo specifico delle rimesse bancarie che, come tutti sappiamo, sono state oggetto del disegno riformatore del 2005, poi completato con alcuni interventi successivi sulla cui pessima natura dal punto di vista tecnico, penso che ci possano essere veramente pochi dubbi.

La storia invece delle esenzioni è una storia che, tutto sommato, ha fatto molto rumore all'inizio ma poi si è un po' assopita, perché il vero intervento, la vera portata pratica della riforma dell'istituto della revocatoria, non è costituita dalla disciplina delle esenzioni: in realtà l'impatto pratico è avvenuto, si è misurato sulla falsariga del dimezzamento del

termine per andare a ritroso nell'esercizio della revocatoria, e lì effettivamente l'impatto pratico è stato consistente; questo ha portato a una certa diminuzione di importanza di questo istituto.

Adesso paradossalmente invece il termine in qualche modo è stato rivotizzato dall'introduzione del concordato in bianco che consente di retrodatare il termine a ritroso fino alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese.

Non sono del tutto sicuro se la "regola dell'ora zero" sia applicabile ancora o meno, ed in effetti è un problema serio: il Giudice può, almeno adesso col processo civile telematico, dare rilevanza all'ora in cui deposita il provvedimento; fino a che i provvedimenti venivano fatti sulla carta il Giudice poteva chiedere al cancelliere di apporre l'ora, ed in genere i Giudici fallimentari lo facevano, anche perché in questo modo spesso riuscivano a regolare delle situazioni molto particolari, come possono essere i casi di prevenzione fra procedure diverse (soprattutto fallimento e liquidazione coatta amministrativa).

Il problema è che adesso dovremmo ragionare in termini di pubblicazione nel Registro delle Imprese, ed effettivamente lì il tempo esatto in cui la pubblicazione avviene è determinabile, anche se non è rilevabile in visura, perché in visura viene annotata soltanto la data di iscrizione; però volendo l'ora di presentazione è rilevabile tramite l'accesso diretto alle risultanze dell'operatore (CCIA).

La revocatoria della rimessa bancaria, di cui all'art. 67, co. 3, lett. b), ossia l'esenzione di cui in particolare mi devo occupare, è indubbiamente quella che inizialmente attirava di più l'attenzione: una norma molto tormentata, anche perché destinata a lavorare in rapporto sinergico con l'art. 70 della legge fallimentare, norma scritta in modo abbastanza deludente, cioè una norma che parla di «*atti estintivi di passività relative a rapporti reiterati continuativi*», tecnica cui ormai siamo abituati.

Certo è che il tentativo di contestualizzare l'esenzione di cui alla lettera b) nel resto di questo intervento normativo non ci aiuta molto, perché io, come tanti, sono convinto che sia impossibile trovare una *ratio unitaria* che possa ricoprendere tutte le esenzioni che sono state dettate nel 2005, e che adesso innervano il comma terzo dell'articolo 67.

Non credo cioè che sia praticabile una lettura per cui queste esenzioni in qualche modo avrebbero tutte la funzione di consentire, di favorire la prosecuzione dell'attività d'impresa ai fini della ristrutturazione, perché mi sembra che alcuni casi siano manifestamente eccentrici rispetto a tale funzione; forse si possono individuare dei blocchi aggregatori, che dal punto di vista funzionale hanno in qualche modo qualcosa in comune.

Allora forse si può pensare che l'esenzione relativa ai pagamenti nei "termini d'uso" (anche qui sull'impiego del concetto di termine tradotto in maniera letterale dall'inglese ci sarebbe molto da dire), e anche qualche altra norma, come per esempio quella sui pagamenti ai dipendenti, in realtà abbiano una funzione che in qualche modo è omogenea. La funzione non è tanto quella equitativa di consentire al fornitore di internalizzare il pagamento che in qualche modo non presenta un'anomalia: forse la funzione è piuttosto quella di ridurre, diciamo, la portata del contenzioso, e quindi in termini economici diremmo di ridurre i costi amministrativi delle liti riguardanti i pagamenti ai fornitori, in quelle situazioni in cui è molto difficile immaginare che il fornitore fosse al corrente dello stato di insolvenza di chi lo pagava, perché il fornitore, in genere, non utilizza per cautelarsi e per capire se la sua controparte è insolvente molto di più che una analisi di quella che è la storia del rapporto, e di come nei tempi recenti si è un po' modificato il comportamento di chi paga.

Quindi probabilmente quando la dinamica è ordinaria e rientra nel concetto di termini d'uso, è estremamente probabile che il fornitore non sappia dell'insolvenza, e quindi forse è meglio esentare questa faticosissima di pagamento della revocatoria, piuttosto che rischiare che sorga un rilevante contenzioso che in molti casi si risolverà in un inutile spreco di risorse.

Questo sulla base di alcune suggestioni anche con il diritto comparato, in particolare con il diritto statunitense, che il Legislatore di quell'epoca teneva in considerazione.

Con riferimento in particolare alla revocatoria della rimessa bancaria un'ipotesi ricostruttiva può essere quella per cui, valorizzando con una certa enfasi l'aspetto della durevolezza, e lasciando un attimo da parte quello della consistenza (che è veramente difficile contestualizzare in qualcosa che abbia un senso), facendo così riferimento implicito a ciò che informa la dottrina e la giurisprudenza sulle operazioni bilanciate, forse il Legislatore (e questa è una proposta ermeneutica chiaramente che si sforza di trovare una qualche logicità), ha voluto esentare ed eliminare dall'area della revocabilità la rilevanza di quelle situazioni in cui la banca non riceve un vantaggio effettivo dall'operazione, ovverosia l'accredito viene seguito a breve distanza di tempo (o magari ciò è già programmato fin dall'inizio, e allora il distacco temporale è relativamente poco importante), da un'operazione di utilizzo da parte del correntista; in questo modo la banca riceve un vantaggio illusorio, momentaneo, non ha una possibilità effettiva quindi di trarre un beneficio da questa operazione, e di conseguenza l'operazione non viene ricondotta all'area della revocabilità.

Tutto questo presuppone l'impostazione teorica, che in letteratura è abbastanza presente ed è ben rappresentata, per cui la revocatoria, in realtà, è uno strumento che da un lato ha il compito di disincentivare chi deve ricevere dei vantaggi dal fallito, anche se ne avrebbe diritto, dal riceverli, perché in questo modo il fallito viene indotto a utilizzare gli strumenti che l'ordinamento giuridico gli mette a disposizione per ristrutturarsi, al fine, per utilizzare un'espressione moderna (tratta dal trattato esoterico delle Sezioni Unite del 2013), di procedere alla regolazione della propria crisi.

Allora la revocatoria potrebbe, in questa impostazione, avere questa funzione di indurre il debitore a regolare la propria crisi, ricorrendo però agli strumenti giuridici che la legge gli consente.

Come realizza questo obiettivo il legislatore? Andando a sterilizzare il vantaggio che riceve il terzo che entra in contatto con il fallendo riceve un vantaggio; questo vantaggio gli viene tolto, e di conseguenza l'ordinamento cerca di raggiungere questo fine; che poi ci riesca in modo efficace è un altro discorso, ma insomma, diciamo che qualche volta forse ciò si verifica.

La prospettiva è completamente diversa rispetto a quella del terzo che invece assume un contegno attivo, e che magari contribuisce alla perdita e diciamo all'aggravamento dello stato di dissesto: in questo caso l'ordinamento non si accontenta di sterilizzare il vantaggio, non chiede solo indietro quello che si è ottenuto, chiede di risarcire il danno e lì, evidentemente, entriamo in un campo diverso, in cui non si ragiona più in termini di vantaggi ricevuti ma invece in termini di danno provocato.

Ebbene, forse, il Legislatore ritiene che una rimessa non durevole non sia idonea a raggiungere questo scopo e quindi forse ritiene superfluo, inutile o addirittura dannoso, andare a colpire la banca con uno strumento che ha una funzione dissonante rispetto a questa particolare situazione.

Aspetti benefici ce ne sono, perché tutte le problematiche che si agitavano in ordine alle operazioni bilanciate (la giurisprudenza era estremamente frastagliata, molto di più di quanto che poteva sembrare dalla lettura dei manuali o delle rassegne) perdono rilevanza, e viene meno tutta una serie di problemi difficilissimi come quello delle operazioni compiute nella stessa giornata, e che venivano sempre risolti in modo estremamente empirico, pragmatico.

Una cosa da sottolineare, però, è che il Legislatore non ci dice, bontà sua, che cosa vuol dire durevole: forse ha fatto bene, forse non era possibile farlo, certo la giurisprudenza si è lanciata in una serie di operazioni ermeneutiche guidate da un forse inevitabile empirismo, e questo lo si vede nelle sentenze, che sono davvero poche, ed anche questo ha un senso, chiaramente.

Se negli anni successivi al 2005 si diceva “non ce ne sono ancora perché devono arrivare alla sentenza”, ed un Tribunale ci impiega quattro o cinque anni per fare una sentenza di primo grado, adesso che siamo a dieci anni invece forse possiamo cominciare a renderci conto che in realtà è diminuito il contenzioso in maniera cospicua, per cui di revocatorie bancarie se ne fanno davvero poche.

Ecco, a me è capitato di recente, come curatore di un paio di fallimenti, di andare a vedere, fare la solita analisi sulla revocatoria anche per il termine triennale che si incominciava ad avvicinare quindi si cominciava ad avere un po' paura, e poi devo dire che è stato estremamente singolare vedere come pure per società di grandi dimensioni, con molti conti correnti, molte banche ed attività complesse, in realtà di revocabile rimane abbastanza poco, e questo anche con un concordato in bianco precedente.

Evidentemente la selezione che il Legislatore ha voluto fare è stata fatta e questo ha una portata di implicazioni sistematiche interessanti, che però non affrontiamo oggi.

Certo il legislatore sulla durevolezza quindi ha detto poco, e la giurisprudenza si è lanciata in una serie di analisi prevalentemente di carattere empirico; si è lanciata anche a tirare dei termini un po' a casaccio per cui ogni tanto si vedono sentenze che parlano di dieci giorni, sentenze che parlano incredibilmente di quarantacinque giorni, etc.

Mi ricorda un po' la situazione di diversi anni fa quando non si sapeva in che termine si poteva limitare il fallimento del socio illimitatamente responsabile, e la giurisprudenza aveva cominciato a lanciarsi andando a recuperare termini da tutte le parti per dire che erano due, cinque, tre anni e poi finalmente il Legislatore è intervenuto e ha risolto il problema.

Qui non lo so se interverrà, anche perché la Commissione di riforma sta elaborando una legge delega, e dunque resta molto a livello di principi generali. Non sarebbe male, comunque, che il Legislatore rivedesse un po' questa norma.

Con riferimento alla consistenza, il problema credo che sia ancora più serio. Certo, c'è sempre la tendenza sia per la durevolezza, sia per la consistenza, a fare un'analisi dell'andamento del rapporto specifico, che secondo me è comprensibile, perché il Giudice cerca di ridurre l'ambito della sua discrezionalità, tentando di evitare che sembri arbitrio; invece l'arbitrio purtroppo c'è, ed è la legge stessa che glielo consente: è pericoloso agganciarsi troppo alla durata del rapporto, perché in questo modo si può secondo me commettere l'errore di pensare che l'esenzione della revocatoria delle rimesse funzioni un po' come per quella dei “termini d'uso”, per cui se vi sono anomalie, se il correntista cioè ha fatto qualcosa di “anomalo”, allora si revoca, altrimenti no.

Io invece credo che la lettera a) non c'entri niente con la lettera b), e che proprio le due funzioni siano completamente diverse, e che questa prospettiva sia anche pericolosa, nella misura in cui alla fine tende a introdurre degli elementi di carattere soggettivo nell'analisi della fattispecie, per cui si va a cercare di colpire quelle situazioni in cui l'analisi andamentale del rapporto forse rivelava alla banca un'anomalia, e quindi forse la banca sapeva che c'era lo stato di insolvenza.

In realtà non è questa la funzione della norma: la conoscenza dello stato di solvenza deve essere provata comunque perché siamo in un campo in cui si applica il secondo comma e quindi il comma terzo, in realtà, difficilmente si può porre un problema di elemento soggettivo; secondo me bisogna tenerle distinte le due ipotesi, ed invece molto spesso nell'elaborazione giurisprudenziale e anche nella letteratura dedicata si nota una certa commistione tra questi piani. Bisognerebbe quindi, in relazione alla durevolezza, fare riferimento a dei canoni che non siano tanto ancorati a quello specifico rapporto, questa è una mia proposta assolutamente personale, ma che individuino quelle situazioni in cui invece è fisiologico nei rapporti tra il correntista e la banca che si sia verificato un impiego della provvista, ciò che fa capire che in realtà la banca non ha ricevuto nessun vantaggio dall'attribuzione di quell'accordo.

Una cosa abbastanza importante, che forse è il caso di segnalare, è che la giurisprudenza sta percependo nelle ultime sentenze, è che parliamo sempre di impieghi da parte del cliente, ma nel caso in cui invece ci sia sì un addebito successivo all'accordo, anche dopo breve tempo, ma questo sia determinato dal fatto che il cliente estingue un suo debito verso la banca, per esempio perché restituisce un finanziamento, cosa che capita abbastanza spesso, non si può dire che la rimessa non sia durevole, nel senso che in realtà quell'impiego va a vantaggio della banca, e quindi non può essere considerato come il secondo termine di una successione di un procedimento in cui la banca viene privata di qualunque vantaggio: è il contrario, anzi in questa situazione l'utilizzo stabilizza il vantaggio della banca.

Quindi, e qui la giurisprudenza sta cominciando a percepire questa situazione, queste situazioni vanno colte in modo dissonante rispetto alla formula classica dell'operazione bilanciata, ove ricevo una provvista, la utilizzo, e però passa così poco tempo fra l'una condotta e l'altra che non è possibile dire che ci sia stato un vantaggio stabile.

Come all'inizio accennavo poi il tempo è una variabile che non necessariamente entra in considerazione, perché se l'operazione è già programmata dall'inizio in termini funzionali, per cui arrivano i soldi, e vengono destinati a uno specifico futuro impiego, secondo me anche se

decorre un tempo significativo, ciononostante direi che non c'è nessun vantaggio per la banca in ogni caso, nel senso che l'operazione, funzionalmente, è già impostata in modo tale da neutralizzare, l'effettività di questa attribuzione, per cui anche se passa un mese, due mesi, io credo che tutto sommato si possa comunque esentare questa operazione dalla revocatoria fallimentare.

Uno degli ultimi problemi che vanno affrontati è se sia ancora vero che la rimessa è tale soltanto se interviene sul conto "scoperto", cioè che va al di là della concessione del fido, quindi affluisce su un conto non meramente passivo dal punto di vista contabile, ma su un conto che ha già raggiunto il massimo dell'affidamento.

Questo come sappiamo fu oggetto di una serie di pronunce della Corte di Cassazione degli anni '80, che affermavano questo principio con una certa rigidità e con una certa determinazione.

Ricordo un po' quelle convenzioni sulla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, frutto di un accordo preso tra i massimi organi giurisdizionali: questi accordi sono molto più stabili delle leggi, perché gli esiti interpretativi, quando si stratificano, diventano ancora più resistenti delle norme, e solo una norma veramente espressa, ma veramente esplicita, può superarli.

Qui com'è la situazione? La tesi forse ancora dominante rappresentata anche da una sentenza della Cassazione del 2010, che però non va sopravvalutata, anche perché si pronunciava su una fattispecie anteriforma, la tesi dominante dicevo, che anch'io in un primo momento seguii, era nel senso per cui si trattava di un'esenzione: si parla di rimesse, e quindi di qualcosa che eccettua qualcos'altro che altrimenti rientrerebbe nel secondo comma.

Il concetto di "rimessa" è sempre stato ricostruito in termini di scopertura del conto, e quindi la esenzione dovrebbe andare semplicemente a togliere qualcosa alla regola generale, che resterebbe quella del pagamento su conto scoperto; è una tesi indubbiamente lineare.

Poi però ho cominciato a riflettere, anche perché ho visto che la giurisprudenza di merito recente sta andando con una certa determinazione su un terreno decisamente diverso; ci sono delle pronunce, in particolare di Tribunali del Nord-Est, che sono anche estremamente argomentate, e che con grande convinzione dicono il contrario, e che invece non si può più distinguere tra conto scoperto e conto semplicemente passivo: quindi qualunque rimessa, *rectius* qualunque accredito contabile, potrebbe integrare questa situazione normativa che abbiamo esaminato.

Forse, dal punto di vista letterale, gli indizi sarebbero estremamente equivoci, perché potremmo leggere e rileggere più volte l'art. 67 e l'art.

70, ed alla fine troveremmo sempre indicazioni di carattere estremamente equivoco: si parla a volte di pretese, si parla di debito, ed allora sì, è vero che in un conto corrente aperto il saldo è esigibile solo da parte del cliente, mentre non è esigibile da parte della banca, quindi forse è vero quello che qualcuno dice, per cui parlare di pretese, di debito, vuol dire che siamo già in una situazione che è andata sull'extrafido, altrimenti non ci potrebbe essere un debito, e non ci potrebbe essere tecnicamente una pretesa.

Forse è però un'enfasi un po' eccessiva su un dato letterale che del resto è inquinato dai gap tecnici di redazione che abbiamo visto prima, e questo è il contraltare di quello che dicevamo.

Anche poi utilizzare troppo l'argomento letterale quando si ha a che fare con delle norme che sono palesemente scritte in modo molto discutibile dal punto di vista tecnico, è forse poco consapevole di quella che è la tecnica normativa, e forse è anche sbagliato.

Forse bisogna ricorrere più ad argomenti di tipo funzionale, e forse proprio quella ricostruzione, quella proposta ricostruttiva che ragiona in termini di sterilizzazione del vantaggio per la banca, può produrre un ulteriore argomento a favore della tesi per cui il concetto di rimessa potrebbe ormai prescindere dalla distinzione tra conto scoperto e conto passivo.

Onere della prova: chi deve dimostrarlo? Beh, sicuramente l'avvocato della curatela prudente si sforzerà anche di allegare e di far vedere che la riduzione è stata consistente e durevole. La tesi prevalente in giurisprudenza sembrerebbe in un senso per cui invece è oggetto di una vera e propria eccezione semmai la pretesa di fare applicazione del comma terzo. Tutto sommato, è questa la tesi più lineare. Quindi si tratterebbe di un'eccezione, addirittura in senso stretto, non in senso lato, per cui essa non sarebbe neanche rilevabile d'ufficio, ma piuttosto un vero e proprio fatto impeditivo che dovrebbe essere allegato dalla banca nel giudizio di revocatoria.

In realtà la prassi operativa è molto più variegata di quello che può sembrare dalle sentenze pubblicate, e non so se questa tesi è proprio molto convincente.

Forse se il comma terzo, lett. b), ha in qualche modo un po' rimodulato la fattispecie in questione, chissà che forse non abbia introdotto degli elementi che sono in realtà di natura costitutiva, e quindi che vanno forse a caratterizzare, non saprei se come fatti primari o fatti secondari, la *causa petendi* del giudizio.

Poi forse si potrebbe discutere se ci siano fatti che sono più aderenti alle conoscenze della banca o fatti che sono più aderenti alle conoscenze

del fallimento: evidentemente la prima opzione è più probabile, e quindi c'è da domandarsi se non si possa fare riferimento, nella ripartizione dell'onere della prova, al principio di contiguità, di vicinanza alla prova.

Ho l'impressione che forse si possa arrivare a dire che non è un'eccezione in senso stretto, ma che i fatti rilevanti forse li deve provare lo stesso la banca, proprio perché è più vicina alla disponibilità dell'oggetto della prova.

Ultime due cose telegraficamente: si applica l'esenzione anche al primo comma? Si applica anche alle forme di revocatoria, o comunque di inefficacia previste dagli articoli 64-65 1.fall. ? Si applica alla revocatoria ordinaria? Ecco, a mio avviso, anche qui gli argomenti di carattere letterale non vanno sopravvalutati. È vero che l'ultimo comma dell'articolo 67, con riferimento alle operazioni su pegno e credito fondiario, dice «*le disposizioni di questo articolo non si applicano*» invece il comma terzo fa riferimento «*non sono soggetti all'azione revocatoria*», ed allora l'esenzione di quel comma terzo sembrerebbe avere un contenuto potenzialmente più ampio rispetto all'ultimo comma, che fa riferimento solo a questo articolo, e quindi all'art. 67.

Personalmente credo che in realtà le figure di revocatoria estranee all'art. 67, co. 2, c'entrino poco con la lettera b), ciò che per una serie di considerazioni su cui adesso forse non è neanche il caso di diffondersi troppo: ho l'impressione che in realtà le figure di revocatoria estranee rispetto alla revocatoria dei pagamenti debbano operare in maniera autonoma e indipendente, altrimenti certe operazioni che sono estremamente pericolose, per cui per esempio la banca concede un finanziamento ipotecario al cliente, però la provvista viene utilizzata per estinguere un credito preesistente chirografario del cliente, attraverso una serie di giroconti, o addirittura sullo stesso conto, credo che il Legislatore non volesse che queste fattispecie venissero ricondotte alle esenzioni in questione.

Ultima cosa: è possibile che operino in concorso fra di loro le varie esenzioni? Cioè, è possibile che la lettera a) venga utilizzata per esentare delle situazioni in cui il test condotto alla luce della lettera b) è già stato superato in senso negativo per la banca?

E altra ipotesi: si può immaginare che una volta testato il risanamento l'accordo di ristrutturazione preveda delle operazioni che vengono condotte su un conto corrente bancario e che queste operazioni possono essere esentate da revocatoria a prescindere dai presupposti della lettera b), ma perché integrati in un piano attestato dagli accordi di ristrutturazione? Io credo che qui ci sia poco spazio per sovrapporre lettera a) e lettera b), cioè credo che sia abbastanza difficile mettere insieme la lettera a) e la lettera b), non perché sia comune la *ratio*, perché come

vedevamo prima secondo me sono estremamente differenziate le due situazioni, quindi nella lettera a) la funzione della norma è di evitare un giudizio in una situazione in cui è molto probabile che il fornitore e il partner non sapessero dell'insolvenza. La lettera b) si colloca invece in un piano diverso, però fatico a non vedere la lettera b) come una norma che ha una specialità forte in questo contesto, per cui tutto quello che riguarda l'operatività ordinaria del conto corrente a esaminata dal punto di vista della lettera b), non della lettera a), che riguarda altre situazioni.

Invece per il piano attestato e per l'accordo di ristrutturazione io credo che ciò sia possibile, quindi se vengono ipotizzati dei rientri in un piano attestato che sicuramente andrebbero oltre la durevolezza e la consistenza, ma sono espressamente previsti nel piano che è stato attestato, o nell'accordo che è stato omologato, io credo che a questo punto si possa dire che opera l'esenzione specifica relativa al tentativo di risanamento, anche se la lettera b) dovrebbe condurre a un risultato sfavorevole per la banca perché è completamente diversa la funzione della norma.

Il piano attestato si pone in una prospettiva di regolazione della crisi, invece la lettera b) si pone in una prospettiva di gestione del rapporto secondo la logica ancora ordinaria di continuità da parte delle parti.

Presidente

Un ringraziamento anche a Danilo Galletti. Colpisce il dato quantitativo di radicale riduzione del contenzioso in tema di revocatorie, con sostanziale beneficio soprattutto per le banche; sembra, dunque, che non sia più vero l'adagio in passato ripetuto da molti secondo cui "i costi dei fallimenti si pagano con i soldi delle banche".

Mi consentirete due notazioni, la prima certamente marginale: Galletti ci ha detto che la conoscenza dello stato di insolvenza dovrebbe essere provata dal curatore, ma che, invece, il giudice con ragionamenti induktivi e, spesso, molto discutibili, finisce per presumere tale conoscenza da parte di alcuni soggetti nei cui confronti è esercitata la revocatoria. Ebbene direi: nulla di nuovo sotto il sole, tali ragionamenti in giurisprudenza sono consolidati, non può stupire che essi siano ripetuti anche in relazione a disposizioni nuove più favorevoli alle banche.

Galletti ci ha anche detto di un suo ripensamento che lo porta ad affermare che "non si può più distinguere tra conto scoperto e conto semplicemente passivo". La sua osservazione mi trova d'accordo, anzi già l'ebbi a sostenere nel lontano 1987. Vorrei, però, aggiungere che

occorrerebbe tenere conto del fatto che, in via regolamentare, è stata introdotta quella che viene chiamata l'istruttoria veloce per la concessione (o per l'ampliamento) del fido; mi sembra che in tale modo si dia una qualche veste formale allo scoperto di conto corrente, sicché a maggior ragione non si potrà distinguere tra conto scoperto e quello passivo.

Anticipazioni su crediti e concordato preventivo*

VINCENZO CARIDI

1. Le *operazioni di anticipazione su crediti*, o — come pure si dice — di *smobilizzo di crediti commerciali*, sono state da sempre uno dei temi “caldi” del dibattito in ordine ai rapporti tra operazioni bancarie e procedure concorsuali. Per rendersene conto basta leggere gli atti del convegno intitolato appunto “*Operazioni bancarie e procedure concorsuali*”, che proprio il Ce.Di.B. organizzò a Verona nel lontano 1985¹. In quell’occasione ben tre contributi ebbero ad oggetto questioni che riguardano da vicino il tema in questione², al quale peraltro ampio rilievo fu dato anche nella relazione introduttiva³. Certo, la cornice normativa in cui i citati interventi si collocavano imponeva che il tema fosse affrontato guardando in prevalenza alle ricadute sulle operazioni in parola dell’apertura a carico del sovvenuto della procedura fallimentare⁴, lasciando in secondo piano le implicazioni della sottoposizione del medesimo

* Successivamente al momento in cui si è tenuto l’incontro di studio, il d.l. n. 83/2015 (convertito, con modificazioni, con la l. n. 132/2015) è intervenuto sulla legge fallimentare interessando anche talune delle questioni affrontate da questa relazione. Di tali modifiche si darà conto nelle note.

¹ Gli atti del convegno sono pubblicati, all’interno della collana “Studi” del Ce.Di.B., in *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, a cura di Maccarone e Nigro, Milano, 1988.

² Mi riferisco alle relazioni di ANGELICI e BUSSOLETTI (*Garanzie bancarie proprie ed improvvise e procedure concorsuali*, in *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, a cura di Maccarone e Nigro, cit., p. 55 ss.); di CAVALLI (*Osservazioni in tema di sconto cambiario e procedure concorsuali*, *ivi*, p. 127 ss.); di PORTALE e DOLMETTA (*Profili della cessione dei crediti in garanzia*, *ivi*, p. 255 ss.).

³ F. MARTORANO, *Operazioni bancarie e procedure concorsuali: considerazioni introduttive*, in *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, a cura di Maccarone e Nigro, cit., p. 17 ss.

⁴ Per uno sguardo sul rapporto tra sconto bancario e fallimento nel sistema previgente

soggetto a quelle che allora (coerentemente con il sistema) venivano dette “procedure minori”⁵.

Orbene, i risultati raggiunti nell’ambito dell’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale su quel versante, unitamente al mutamento del panorama normativo, che ormai indubbiamente fa registrare se non proprio un capovolgimento, quantomeno un riassetto dei rapporti tra fallimento e concordato preventivo⁶, rendono oggi opportuno indagare i riflessi delle procedure concorsuali sulle operazioni di anticipazione su crediti mutando punto di osservazione: sostituendo cioè a quella fallimentare la prospettiva concordataria.

Così interpretato il compito assegnatomi, preciso subito che, benché i repertori giurisprudenziali pongano oggi al centro del dibattito la questione degli effetti del concordato preventivo (e segnatamente della presentazione di una domanda di concordato c.d. “in bianco”) su una specifica operazione di anticipazione su crediti, ossia quella avente ad oggetto ricevute bancarie e fatture o, come pure si dice, “carta commerciale” — dibattito stimolato in particolare dall’introduzione nella legge fallimentare dell’art. 169-bis, ai sensi del quale è consentito al debitore di chiedere la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso per concordato preventivo⁷ —, pur non prescindendone, non intendo qui occuparmi spe-

alla riforma fallimentare, v. CAVALLI, *Lo sconto*, in CAPALDO e CAVALLI, *Contratti bancari. 2. Il credito documentario – Lo sconto*, Milano, 1993, p. 335 ss.; nella letteratura recente, v. COSTA, *Lo sconto bancario*, in *I contratti per l’impresa. II. Banca, mercati, società*, a cura di Gitti, Maugeri, Notari, Bologna, 2012, p. 87 ss.

⁵ Va peraltro dato conto del fatto che, pur non rappresentando l’obiettivo principale della riflessione, anche il rapporto tra operazioni bancarie e “procedure minori” era oggetto di una certa attenzione: e v., ad esempio, per restare al già citato convegno organizzato dal Ce.Di.B., CAVALLI, *Osservazioni*, cit., p. 127 ss.; nonché CAVALLI, *Lo sconto*, cit., p. 337 ss.

⁶ Tanto che è stato autorevolmente sottolineato, che il concordato preventivo «si avvia a divenire, nel sistema, la procedura “principe”»: NIGRO, *Anticipazione su crediti e concordato preventivo*, in *Dir. banc.*, 2013, I, p. 173.

⁷ E v. ad esempio, NIGRO, *Anticipazione su crediti e concordato preventivo*, cit., I, p. 173 ss.; CARIDI, *Anticipazione su crediti, concordato preventivo e art. 169-bis l.fall.* (Osservazioni a Trib. Milano, 18 maggio 2014; App. Genova, 10 febbraio 2014; App. Brescia, 19 maggio 2013), in *Dir. banc.*, 2014, I, p. 507 ss.; FRIGENI, *Linee di credito «autoliquidanti» e (pre)concordato preventivo*, in *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abadessa, diretto da Campobasso, Cariello, Di Cataldo, Guerrera, Sciarrone Alibrandi, vol. 3, Torino, 2014, p. 3045 ss. In generale sull’art 169-bis, si veda FIMMANÒ, sub art. 169-bis, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei*

cificamente di tale questione, sembrandomi più opportuno impostare il discorso in termini generali, nel tentativo di individuare le coordinate alla stregua delle quali fornire soluzione anche ai molti altri profili problematici sollevati dal tema in esame.

In questa prospettiva, suddividerò il mio intervento in tre parti: una prima parte sarà dedicata all'*inquadramento della fattispecie* “anticipazione su crediti”, o meglio delle diverse fattispecie sussumibili in tale nozione; una seconda parte sarà dedicata agli *effetti* della procedura di concordato preventivo su tali fattispecie, sul presupposto della preesistenza delle stesse alla produzione di quegli effetti; una terza parte sarà infine dedicata a dar conto delle questioni che si pongono quando una operazione di anticipazione su crediti sia conclusa *dopo* l’apertura della procedura, distinguendo il caso in cui l’operazione si perfeziona *in esecuzione* del piano concordatario da quello in cui l’operazione si perfeziona *indipendentemente* da questo.

2. L’espressione “*anticipazione su crediti*”, sebbene talvolta utilizzata per indicare una specifica tipologia di operazione bancaria, anche detta *anticipazione su fatture* o *su ricevute* o anche *anticipazione autoliquidante*⁸, intesa in senso ampio, designa in realtà uno schema negoziale comune a diverse operazioni bancarie, le quali possono ricondursi alla categoria delle *operazioni di smobilizzo dei crediti di impresa*⁹. Uno

debiti. Commento per articoli, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, 2014, p. 206 ss.

⁸ La struttura di tali operazioni è efficacemente descritta da NIGRO, *Anticipazione*, cit., p. 174, che così la sintetizza: «*la banca concede al cliente un finanziamento commisurato a crediti non ancora scaduti che il medesimo ha verso terzi; il cliente conferisce alla banca il mandato ad incassare per suo conto i suddetti crediti alla scadenza; nella convenzione si attribuisce alla banca il diritto di “trattenere” le somme riscosse, per soddisfare il suo credito da finanziamento (è il c.d. “patto di compensazione”); di regola sia l’anticipazione sia gli importi riscossi vengono fatti confluire in un conto corrente preesistente o appositamente stipulato*».

⁹ Il rilievo si può ritenere condiviso: e v. NIGRO, *Anticipazione*, cit., p. 174, che espresamente colloca l’anticipazione su crediti (o su fatture o su ricevute) nell’ambito della «*categoria più ampia delle operazioni di smobilizzo dei crediti commerciali (a cui appartiene anche lo sconto)*». In senso analogo si esprimono, d’altra parte, tutti quegli autori che sottolineano come la funzione di liquidità sia sottesa ad una ampia serie di figure negoziali, le quali trovano tutte, in quale modo, la propria matrice nello sconto: così BORRONI e ORIANI, *Le operazioni bancarie*, Bologna, 1997, p. 129; GINEVRA, *Il c.d. “mandato irrevocabile all’incasso” della prassi bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 173 ss.; PERASSI, *Lo sconto*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. VI, *La banca: l’impresa e i contratti*, Padova, 2001, p. 629 ss.; CAVALLI, *Lo sconto bancario*, in CAVALLI e

schema che, nel suo contenuto essenziale, prevede: a) l'erogazione di una somma di danaro da parte della banca a favore di un proprio cliente; b) nonché una relazione qualificata di tale erogazione con un credito che il sovvenuto vanta verso terzi, la quale, in definitiva, si risolve nel fatto che l'ammontare dell'erogazione, così come il corrispettivo dell'operazione, è parametrato al valore di detto credito e che il rimborso alla banca è destinato a realizzarsi, almeno in una prospettiva fisiologica, attraverso l'incasso di quest'ultimo.

A. Lo schema appena descritto si ritrova innanzi tutto nello *sconto*, ossia in quell'operazione bancaria tipica, con la quale, ai sensi dell'art. 1858 c.c., la banca anticipa al cliente, previa deduzione di un interesse, l'importo di un credito non ancora scaduto che il cliente vanta verso terzi, a fronte della cessione, salvo buon fine, di detto credito¹⁰.

Il medesimo schema, come già sottolineato, è poi comune a tutte quelle figure negoziali atipiche, di larga diffusione nella prassi, alle quali per comodità mi riferirò come “*sconto improprio*”¹¹, in cui l'anticipazione della banca, anche in questo caso pari all'importo di un credito a scadere del cliente verso terzi decurtato di un interesse (oltre che delle commissioni), non avviene a fronte della cessione di detto credito, ma semplicemente a seguito della positiva valutazione dell'affidabilità del cliente stesso, operata sulla base di documenti probatori del credito in quesitone (ricevute bancarie; fatture commerciali, ma anche tratte non accettate) che vengono consegnati alla banca e che questa utilizza, in forza di apposito mandato,

CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*², Torino, 2011, p. 193 ss.; COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 81 ss. Sul punto v., recentemente, anche FRIGENI, *Linee di credito*, cit., p. 3056 s.

¹⁰ La letteratura sullo sconto bancario è imponente e non è certo questa la sede per operarne una compiuta rassegna. Proseguendo nel discorso si farà peraltro riferimento alle opere più significative nei limiti in cui ciò risulterà necessario ai fini che qui interessano. Per i riferimenti bibliografici essenziali si veda comunque COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 79.

¹¹ L'espressione, comunemente utilizzata in dottrina (e v. COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 87; nonché le diverse rassegne in tema di sconto, a cura di CARIDI, pubblicate nella *Giurisprudenza bancaria* del Ce.Di.B.), da un lato, mediante l'uso del termine «sconto», recependo la terminologia con la quale normalmente si designano anche queste operazioni, intende evocare tanto la funzione quanto la struttura dell'operazione bancaria tipica di cui all'art. 1858 c.c., dall'altro, precisando che il termine è utilizzato in senso «*improprio*», vuole sottolineare che nel caso di specie manca quello che, come la giurisprudenza ormai costantemente ribadisce (cfr. Cass., 5 luglio 2007, 15225, in *Rep. Foto it.*, 2008, voce *Contratti in genere*, 337; Cass., 6 febbraio 1999, n. 1041, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 384), è l'elemento caratterizzante della fattispecie legale dello sconto bancario, ossia la cessione dallo scontatario alla banca della titolarità di un credito.

per incassare il relativo credito in nome e per conto del cliente, procedendo poi, sulla base di un patto implicito od esplicito, a compensare il debito che per effetto di detto incasso sorge in capo alla stessa nei confronti del mandante con il preesistente credito vantato verso il medesimo in forza dell'anticipazione effettuata in suo favore¹².

Infine, lo schema in parola si ritrova nel *factoring*, ossia in quella figura “tipica” di cessione di crediti a titolo oneroso, disciplinata dalla l. n. 52/1991¹³, che si ha quando cedente è un imprenditore, cessionario una banca o un intermediario finanziario e i crediti oggetto di cessione, i quali possono essere anche futuri ed individuati in massa (in tal caso, dovendo

¹² Patto normalmente identificato come “*patto di annotazione e di elisione*”, a sottolineare che quando l’anticipazione avviene, come di norma accade, in conto corrente, la compensazione si realizza mediante annotazione in conto ed elisione di partite di segno opposto, rappresentate, da un lato, dall’addebito della somma anticipata e, dall’altro, dall’accredito della somma incassata dalla banca in esecuzione del mandato ricevuto dal cliente.

¹³ Invero, il termine *factoring* designa un fenomeno negoziale ben più ampio di quello preso in considerazione dalla l. n. 52/1991 [per la quale il contratto in questione è essenzialmente una operazione a contenuto finanziario: v. ora l’art. 1, co. 2, lett. f), t.u.b., che lo riconduce alle operazioni di prestito], tanto che la giurisprudenza continua a identificarlo come una fattispecie negoziale atipica. Un fenomeno che, sulla scorta dell’esperienza statunitense in cui è stato forgiato, riunisce in un’unica fattispecie negoziale una serie di servizi che si sostanziano nella gestione dei crediti di impresa, la quale, a sua volta, si risolve o può risolversi: nella tenuta della contabilità; nell’incasso e gestione del contenzioso; nell’anticipazione dell’importo del credito; nell’assunzione del rischio di insolvenza del debitore (in argomento, v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*⁴, a cura di M. Campobasso, Torino, 2008, p. 153 s.; nonché per una approfondita disamina del profilo negoziale che emerge dai formulari, LAUDONIO, *Il factoring*, in *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, a cura di Bossetti, Torino, 2010, p. 201 ss.). Qualora si guardi alla l. n. 52/1991 in una prospettiva diacronica, peraltro, lo scarto tra la figura *tipica* o *legale* del contratto di *factoring* e il c.d. *factoring* «atipico» [per questa terminologia v. VIGO, *Il «factoring»*, in *I contratti per l’impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di Gitti, Maugeri, Notari, cit., p. 196, nt. 7], oltre che sul piano oggettivo, si può apprezzare anche sul piano soggettivo. Da questo punto di vista, infatti, viene in evidenza il progressivo restrinzione dell’ambito soggettivo di applicazione di tale legge, realizzatosi, in un primo momento, a seguito della entrata in vigore del t.u.b. (d.lgs. n. 385/1993), che ha limitato lo svolgimento delle attività finanziarie agli intermediari individuati dall’art. 106 del medesimo Testo unico, e, successivamente, per effetto della modifica in senso restrittivo del perimetro soggettivo di tale ultima disposizione, ad opera del d.lgs. n. 239/2010: per un tale rilievo, v. ancora VIGO, *Il «factoring»*, cit, p. 196. Ai fini che interessano in questa sede viene evidentemente in rilievo la figura “tipica” e comunque il *factoring* avente valenza finanziaria.

però la relativa fonte negoziale venire ad esistenza entro ventiquattro mesi dalla cessione, all'atto della quale dovrà comunque essere identificato il debitore ceduto), sono sorti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Anche in questo caso, salvo patto contrario, la cessione è *pro solvendo* e il *factor*, almeno di norma, anticipa al cliente una somma di danaro commisurata al valore dei crediti ceduti ridotta (oltre che delle eventuali commissioni) di una misura percentuale stabilita in relazione al tempo intercorrente tra l'anticipazione e la scadenza dei crediti anticipati.

Ora, a dispetto della differente modalità di “utilizzo” del credito (cessione o piuttosto mandato ad incassare) e delle differenze in punto di tipologia dei crediti “utilizzati” (certi e liquidi, ma non anche esigibili perché a scadere, nello sconto in senso tecnico e nel c.d. “sconto improprio”; futuri e comunque individuati solamente con riferimento al debitore, nel *factoring*), le figure negoziali che ho appena sinteticamente descritto condividono non solo la *struttura di fondo*, ma anche la *funzione economica*: tutte infatti consentono al cliente di procurarsi una somma di danaro “utilizzando” uno o più crediti vantati verso terzi; anzi, attesa la stretta correlazione che vi è tra ammontare della erogazione e valore dei crediti in questione, si può dire che la funzione economica di tutte le figure in discorso è quella di permettere al cliente di liquidare quella parte dell'attivo del proprio patrimonio corrispondente a crediti a scadere o futuri, in maniera più celere rispetto all'incasso presso il debitore ed alla scadenza (come avviene nello sconto in senso tecnico e in quello che abbiamo definito “sconto improprio”) o addirittura prima che vengano ad esistenza e comunque individuandoli esclusivamente tramite il riferimento al debitore ceduto (come avviene nel *factoring*).

B. La constatata sostanziale identità delle fattispecie in discorso, tanto sul piano dello schema negoziale di fondo quanto sul piano funzionale, permette di compiere il passo successivo verso l'inquadramento giuridico delle stesse, muovendo da quella che in qualche modo ne rappresenta il *modello*, ossia l'operazione bancaria tipica disciplinata dall'art. 1858 c.c.¹⁴. Il passaggio è particolarmente rilevante ai fini del discorso

¹⁴ Sebbene la figura negoziale in parola, sul piano applicativo, abbia nel tempo perso la centralità che originariamente rivestita nell'ambito delle operazioni per lo smobilizzo dei crediti di impresa (e v., anche per una identificazione delle ragioni di tale processo, TERRANOVA, voce *Sconto bancario*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 771 ss.; nonché PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 630 s.), sul piano sistematico e dunque ricostruttivo la stessa mantiene ancora oggi un rilievo centrale, rappresentando la matrice dalla quale, quantomeno da un punto di vista funzionale, promanano le diverse figure sviluppatesi, per un verso,

che si sta svolgendo perché proprio nella qualificazione della fattispecie si annidano le ragioni di alcuni fraintendimenti che emergono dalla giurisprudenza in argomento, con ricadute anche e proprio ai fini che qui in particolare interessano.

Al riguardo occorre rilevare che, sebbene in dottrina si sia progressivamente affermata la tesi che, facendo leva sulla funzione economica e, soprattutto, valorizzandone la tipicità negoziale, riconosce nello sconto un «contratto di liquidità»¹⁵, da intendersi come unitaria operazione in cui il cliente ottiene dalla banca moneta attuale scambiandola con liquidità futura, rappresentata dai crediti oggetto di cessione, la giurisprudenza, invero con qualche rara eccezione¹⁶, mostra di prediligere l'idea, per lungo tempo largamente prevalente anche in dottrina, secondo la quale lo sconto sarebbe un contratto di prestito, cui è funzionalmente collegata *ex lege* una cessione di credito *pro solvendo*¹⁷. Soluzione questa che,

nella prassi bancaria (quali, ad esempio, la c.d. *anticipazione su portafoglio s.b.f.*), e, per altro verso, sul piano normativo (come è nel caso della cessione dei crediti di impresa di cui alla l. n. 52/1991). Dello sconto come dell'archetipo delle operazioni *self liquidating* hanno parlato BORRONI e ORIANI, *Le operazioni bancarie*, cit., p. 129.

¹⁵ P. FERRO-LUZZI, *Lo sconto bancario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, tomo II, Milano, 1978, p. 756 ss.; MACCARONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Dir. banc.*, 1987, I, p. 35 ss.; TERRANOVA, voce *Sconto bancario*, cit., p. 783; COTTINO, *Diritto commerciale*², II-1, 1992, p. 115 s.; MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 149; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 119 s.; PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 632 e p. 637; ANGELICI, *Diritto commerciale*, vol. 1, 2003, p. 156; MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, *I contratti di garanzia*, a cura di Mastropaoletti, Milano, 2006, p. 889 ss.; COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 80.

¹⁶ E v., in particolare, Cass., 11 agosto 2000, n. 10689, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, 30, con nota di ROMANO, *Lo sconto bancario come contratto di liquidità*; nonché Cass., 25 maggio 1994, n. 5094, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 759, che, come segnala PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 633, nt. 12, in un *obiter dictum*, ha qualificato lo sconto come strumento attraverso il quale l'impresa si procura liquidità.

¹⁷ Così, Cass., 7 febbraio 1991, n. 1295, in *Dir. fall.*, 1991, II, 407; Cass., 16 marzo 1991, 2821, *ivi*, 407; Cass., 15 maggio 1990, n. 4163, *ivi*, 1990, I, 2571; Cass., 18 luglio 1986, n. 4630, in *Giust. civ.*, 1987, I, 598, con nota di LIPARI; Cass., 30 maggio 1978, n. 2737, *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, II, 1 (invero senza soffermarsi particolarmente sulla dimostrazione di tale inquadramento); Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Giust. civ.*, 1977, I, 16. La tesi è rimasta per lungo tempo prevalente anche in dottrina: e v. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Ciccù e Messineo, XXXV, tomo I, Milano, 1981, p. 397 ss.; nonché, *ex multis*, F.E. MARTORANO, voce *Sconto bancario*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 782 ss.; FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, *Libro IV. Delle obbligazioni (artt. 1823-1860)*, Bologna-Roma, 1972, p. 170 ss. È invece rimasta minoritaria, tanto in

disarticolando il negozio in due componenti, fa sorgere immediatamente l'ulteriore problema della qualificazione di ciascuna di esse. Un problema che, in dottrina, è stato risolto, quanto al *prestito*, mediante il riferimento al mutuo (con la precisazione che, consistendo lo sconto nell'anticipazione di un credito verso terzi, si dovrebbe parlare, come è stato sottolineato, di un prestito di «secondo grado»)¹⁸ e, quanto alla *cessione di credito*, qualificandola o, ai sensi dell'art. 1198 c.c., come pagamento¹⁹ o come negozio avente funzione di garanzia²⁰, in tale ultimo caso invero non senza sollevare qualche dubbio in punto di compatibilità con la qualifica di partenza (ossia quella di cessione *pro solvendo*)²¹. Ciò

dottrina quanto, e soprattutto, in giurisprudenza, l'antica opinione che riconosce nello sconto un contratto di scambio, e segnatamente un sottotipo di compravendita avente ad oggetto crediti o titoli di credito, con assunzione di garanzia per l'inadempimento da parte del venditore: in dottrina, la tesi è stata originariamente sostenuta da ARENA, *Lezioni di diritto commerciale: introduzione allo studio del diritto commerciale, titoli di credito e contratti bancari*, Messina, 1947, p. 250 ss., nonché da MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949 ed è stata poi ripresa da PANZARINI, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984; ma vedi pure GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo 2, Padova, 1999, p. 169; in giurisprudenza, un tale inquadramento sembra presupposto da Cass., 11 maggio 1957, n. 1659, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1116.

¹⁸ Così, Cass., 15 novembre 1976, n. 4223, in *Giust. civ.*, 1977, I, 16; nonché MOLLE, *I contratti*, cit., p. 397. L'espressione invero era già utilizzata nella *Relazione al progetto di codice di commercio* (n. 102).

¹⁹ MOLLE, *I contratti*, cit., p. 399; FIORENTINO, *Del conto corrente*, cit., p. 169; PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 633.

²⁰ Così, GATTA, *Il contratto di sconto secondo le nuove disposizioni del codice civile*, Napoli, 1942, p. 26; ANGELONI, *Lo sconto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1964, I, p. 347 ss.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*¹², a cura di Angelici e G. B. Ferri, Torino, 2008, p. 840. Sul punto, tuttavia, premesso che vi è ormai concordia sulla ammissibilità della cessione di credito a scopo di garanzia anche e proprio in relazione alla neutralità causale della cessione di credito [e v., nella manualistica recente, D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di Gitti, Maugeri, Notari, cit., p. 593 ss., ove anche riferimenti bibliografici], va sottolineato, per un verso, che la cessione dei crediti o è «*pro solvendo*», avendo allora una funzione solutoria, o è «*in garanzia*» (e v. sul punto DOLMETTA e PORTALE, *Profili della cessione*, cit., p. 258, testo e nt.10), e, per altro verso, che la qualificazione di una certa cessione di credito come «*a scopo di garanzia*», proprio per effetto della rilevata neutralità causale della cessione del credito, presuppone esplicitata tale scelta, a seconda dei casi, a livello positivo ovvero da parte dei contraenti, in difetto non potendosi presumere che il negozio sia *cavendi causa*.

²¹ Premesso, infatti, che vi è ormai concordia sulla ammissibilità della cessione di credito a scopo di garanzia anche e proprio in relazione alla neutralità causale della cessione di credito [e v., nella manualistica recente, G. D'AMICO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in GITTI, MAUGERI, NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa. I. Produzione*,

nondimeno è proprio quest'ultima la tesi che sembra oggi prediligere la giurisprudenza, come emerge da quelle sentenze nelle quali si esclude che la cessione di un credito *pro solvendo*, se attuata nell'ambito di un contratto di sconto, possa essere qualificata come mezzo anormale di pagamento da parte del cedente e conseguentemente assoggettata a revocatoria fallimentare, sulla scorta dell'idea che, in tal caso, la cessione non integra adempimento del debito di restituzione gravante sul cedente nei confronti della banca e non ha dunque funzione solutoria, essendo piuttosto finalizzata a garantire che quella restituzione avvenga al momento in cui il credito verrà a scadenza²².

La differenza tra la ricostruzione che prevale in dottrina (sconto quale unitario «contratto di liquidità») e quella che invece prevale in giurisprudenza (sconto quale negozio complesso, composto da un mutuo cui è funzionalmente connesso una cessione di credito a scopo di garanzia) assume particolare rilievo ai fini del discorso che si sta svolgendo.

Per rendersene conto basta porre attenzione al fatto che se si riconosce nello sconto un unitario «contratto di liquidità», la banca scontante potrà dirsi creditrice dello scontatario per il rimborso di quanto anticipato solo nel caso in cui il debitore ceduto sia rimasto inadempiente. Fino a quel momento l'erogazione di danaro effettuata dalla banca scontante non genera alcun credito da rimborso, conservando la natura di *anticipazione in senso proprio* di un credito che le viene contestualmente ceduto e che la banca incasserà a scadenza, avendo previamente ammortizzato il costo finanziario dell'operazione nel momento in cui ha corrisposto allo scontatario una somma inferiore rispetto all'ammontare del credito di cui si è resa cessionaria. Tuttavia, realizzandosi la cessione in parola, almeno di norma, «*salvo buon fine*

circolazione, gestione, garanzia, cit., p. 593 ss., ove anche riferimenti bibliografici], va sottolineato, per un verso, che la cessione dei crediti o è “*pro solvendo*”, avendo allora una funzione solutoria, o è “in garanzia” (e v. sul punto DOLMETTA e PORTALE, *Profili della cessione dei crediti in garanzia*, cit., p. 258, testo e nota 10), e, per altro verso, che la qualificazione di una certa cessione di credito come “a scopo di garanzia”, proprio per effetto della rilevata neutralità causale del negozio, presuppone esplicitata tale scelta, a seconda dei casi, a livello positivo ovvero da parte dei contraenti, in difetto non potendosi presumere che il negozio sia *cavendi causa*. Ed è appena il caso di sottolineare che, per quanto specificamente riguarda lo sconto bancario, una tale opzione legislativa non può essere riconosciuta nel fatto che, ai sensi dell'art. 1858 c.c., la cessione del credito, in difetto di patto contrario, è qualificata *ex lege* «*salvo buon fine*».

²² Cfr. Cass., 19 ottobre 2007, n. 22104, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Fallimento*, n. 512; Cass., 6 dicembre 2006, n. 26154, *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, II, 469, con nota di BOVE.

ne, la circostanza che alla scadenza il credito portato allo sconto non possa essere incassato (per inadempimento del debitore ceduto) fa sì che l'erogazione di danaro operata dalla banca perda l'originario carattere di *anticipazione* per assumere quello di un mero *prestito* da rimborsare, facendo sorgere in capo alla banca il relativo credito, che allora sarei tentato di qualificare *eventuale*, ma che, al più, potrà dirsi *sospensivamente condizionato* all'inadempimento del debitore ceduto²³. Una soluzione quest'ultima che, peraltro, pur nella diversità dello schema causale che in tal caso viene in rilievo, può invero valere anche laddove si accolga la ricostruzione secondo la quale lo sconto bancario integrerebbe un *mutuo* al cui rimborso si provvede con una *cessione di credito in luogo di adempimento* (*ex art. 1198 c.c.*): se è vero infatti che, in questo caso, il debito restitutorio verso la banca sussiste *ab origine*, è anche vero che quest'ultimo, una volta adempiuto mediante la cessione del credito, pur non venendo meno (ai sensi dell'*art. 1198, co. 1, c.c.*, l'obbligazione verso il cessionario si estingue solo a seguito dell'adempimento del debitore ceduto), retrocede ad *obbligazione sussidiaria*, la quale può ben essere descritta come una obbligazione subordinata all'inadempimento del debitore ceduto²⁴. Diversamente, se, in linea con la giurisprudenza ancora maggioritaria, dovesse riconoscersi nello sconto un contratto di prestito funzionalmente connesso ad una cessione di credito a scopo di garanzia, si dovrebbe poi convenire che il cliente scontatario rimane obbligato verso la banca scontante fin quando il debitore ceduto non abbia adempiuto il proprio debito.

Orbene, a mio modo di vedere, non vi è motivo per non valorizzare la tipicità normativa dell'operazione in discorso e con essa l'unicità del relativo schema causale, dovendosi allora rifuggire da interpretazioni

²³ Riterrei, invece, in ogni caso, non accoglibile l'idea alla stregua della quale lo scontatario, per effetto della cessione del credito, dovrebbe ritenersi liberato nei confronti della banca scontante dall'obbligazione di restituzione di quanto ottenuto a titolo di anticipazione, rimanendo peraltro tale liberazione *risolutivamente condizionata* all'inadempimento del debitore ceduto. Tale ricostruzione presuppone infatti che la fattispecie sia integrata da un prestito e da una cessione in luogo di adempimento, ignorando però che in tal caso non si può non tener conto del disposto dell'*art. 1198, co. 1, c.c.*, che, come viene ricordato subito *infra* nel testo, espressamente prevede che il cedente non è liberato fino all'adempimento da parte del debitore ceduto.

²⁴ Cfr. Cass., 29 maggio 2005, n. 6558, in *Riv. not.*, 2005, II, p. 526, con nota di FAZZINI, *La cessione del credito. In particolare, la cessione a scopo di adempimento*.

che costringono a smembrare una operazione che il legislatore ha pensato come un negozio unitario, per poi ricostruirla attingendo a diverse figure più o meno tipiche²⁵. E ciò tanto più che la ricostruzione dello sconto come unitario contratto di liquidità è pienamente coerente alla sopra descritta funzione economica dell'operazione²⁶.

Quanto appena detto con riferimento al sconto può peraltro essere ripetuto, sostanzialmente negli stessi termini, con riferimento al *factoring* tutte le volte che il contratto prevede una anticipazione sull'importo del credito ceduto²⁷, tanto più se si guarda allo stesso nella configurazione tipica assunta nel nostro ordinamento per effetto della legge n. 52/1991. Quest'ultima, infatti, a dispetto della terminologia utilizzata²⁸, disegna una fattispecie negoziale che, specie quando relativa a crediti futuri e a crediti in massa (art. 3, l. n. 52/1991), al pari dello sconto ed anzi con potenzialità ancora maggiori nella

²⁵ Nel senso di cui al testo si esprime, nella sostanza, tutta la dottrina che riconosce nello sconto un contratto di liquidità: e v. gli autori citati retro nota 15, cui *adde* CAVALLI, *Lo sconto*, cit., p. 171, il quale, richiamando Cass., 17 ottobre 1989, n. 4170, riconosce allo sconto una «specifica autonomia rispetto ai singoli negozi che vengono a confluire nel suo schema causale».

²⁶ Né in senso contrario può argomentarsi dalla lettera della *Relazione di accompagnamento al codice civile* (la quale, al n. 745, precisa che «*Lo sconto bancario è configurato come un prestito che la banca concede allo scontatario per anticipargli l'importo di un determinato credito che quest'ultimo ha verso un terzo, contro la cessione pro solvendo del credito stesso*») o dall'inserimento dello sconto bancario (come, del resto, anche del *factoring*) tra le «operazioni di prestito», ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. f), t.u.b. In entrambi i casi, infatti, l'espressione non tanto serve ad inquadrare giuridicamente la fattispecie, quanto a sottolinearne la collocazione tra le operazioni attive della banca, senza allora condizionarne la ricostruzione sotto il profilo causale.

²⁷ In ordine alla possibilità di accostare le due figure del *factoring* e dello sconto bancario, PERLINGERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e "d'impresa". Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, Napoli, 1993, p. 38; ID., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 59; LIBONATI, *Il factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, p. 325.

²⁸ Mi riferisco, evidentemente, al fatto che nella legge n. 52/1991, in effetti, si parla a più riprese di «*corrispettivo*» e di «*pagamento*», il che potrebbe indurre – ed in effetti ha indotto qualche autore (e v., ad esempio, GUERRIERI, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, Milano, 2002, p. 275) – a riconoscere nel *factoring* “legale” un negozio *vendendi causa*, da questo punto di vista potendosi allora istituire un parallelo con la tesi, autorevolmente sostenuta da un'dottrina rimasta però minoritaria, che ha qualificato lo sconto come una compravendita di crediti: e v. retro nota 17). Tuttavia, la poca significatività del dato semantico emergente dalla l. n. 52/1991 discende dalla circostanza che il medesimo contratto di *factoring* è ricondotto, come del resto anche lo sconto, alle operazioni di prestito in senso lato dall'art. 1, co. 2, lett. f), t.u.b.

prospettiva dell'organizzazione finanziaria dell'impresa²⁹, si colloca in una logica di tipo liquidativo, prevedendo che a fronte della cessione al *factor* di crediti di impresa, di norma *pro solvendo*, venga *anticipata* all'imprenditore cedente una percentuale degli stessi (in genere pari all'ottanta per cento), salvo conguaglio a scadenza, operato al netto degli interessi commisurati alla durata dell'anticipazione e delle commissioni per gli eventuali ulteriori servizi. Con il che, da un punto di vista qualitativo, può affermarsi che quella in discorso differisce dalla matrice codicistica solo in relazione alla tipologia di crediti oggetto di cessione³⁰.

E lo stesso può dirsi con riferimento al c.d. "sconto improprio", sebbene, in questo caso, con qualche adattamento, reso necessario dal differente modo di "utilizzo" del credito che caratterizza questo tipo di operazioni. Replicando, per certi versi, la diversità delle impostazioni che si sono registrate con riferimento all'archetipo codicistico, lo "sconto improprio", infatti, può qualificarsi, a seconda della tesi prescelta, come anticipazione funzionalmente collegata ad un mandato irrevocabile all'incasso (poiché anche nell'interesse del mandatario), per effetto del quale la restituzione di quanto anticipato dalla banca risulterà garantita — come si esprime la giurisprudenza — «*in via empirica e di fatto*»³¹, fungendo allora il mandato in questione da garanzia "impropria"³², o piuttosto come unitario ed autonomo contratto, dotato di tipicità socio-economica, nel quale, a fronte della liquidità fornita dalla banca, la sequenza mandato all'incasso/patto di compensazione si qualifica come meccanismo avente funzione, e natura, solutoria³³. Ed è questa seconda ricostruzione che, a mio parere, deve essere condivisa, attese le conclusioni cui si è poc'anzi giunti in punto di natura giuridica della sconto

²⁹ LIBONATI, *Il factoring*, cit., p. 317 ss.

³⁰ Per la valorizzazione della causa di liquidità del *factoring*, si vedano CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 314 s.; LIBONATI, *Il factoring*, cit., p. 328; ZUDDAS, *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983, p. 169 ss.; GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, I, p. 244.

³¹ Cfr. Cass., 30 gennaio 2003, n. 1391; Cass. 19 novembre 2002, n. 16261; Cass., 5 aprile 2001, n. 5061.

³² È appena il caso di sottolineare che tale qualificazione non deve ingenerare confusione con la diversa fattispecie della cessione dei crediti in garanzia, di frequente utilizzo nella prassi bancaria, cui pure ci si riferisce come garanzia "impropria": e v. MAIMERI, *Le garanzie bancarie «improprie»*, Torino, 2004, p 17 ss.; nonché retro nota 20.

³³ In questo senso, NIGRO, *Anticipazioni*, cit., p. 176 s.; nonché CARIDI, *Anticipazione*, cit., p. 513.

ed attesa la già rilevata identità funzionale del c.d. “sconto improprio” rispetto alla figura tipica definita dall’art. 1858 c.c.

Così ricostruite le fattispecie negoziali riconducibili alla nozione di anticipazione su crediti, resta da dire, sempre sul piano tipologico, che le stesse quasi mai si presentano nella prassi come operazioni isolate, di regola innestandosi su un rapporto di durata tra banca e cliente, nell’ambito del quale, peraltro, non è sempre facile qualificare la relazione che sussiste tra l’accordo “a monte” e le singole operazioni “a valle”. Mi riferisco, da un lato, alla circostanza che, nel caso del *factoring*, pur presentandosi la relativa fattispecie legale essenzialmente come operazione unitaria (c.d. “*factoring globale*”)³⁴, nella prassi (e talvolta anche nella elaborazione teorica) la stessa è ricostruita come un “contratto quadro” nell’ambito del quale si realizzano una pluralità di cessioni di credito³⁵, e, dall’altro, al fatto che, nel caso dello sconto in senso tecnico e del c.d. “sconto improprio”, la vicenda negoziale viene di norma strutturata secondo lo schema proprio delle operazioni di tipo “rotativo”, ossia sulla base di un meccanismo che si suole identificare con l’espressione “castelletto di sconto” (o “fido per smobilizzo crediti”) e che si risolve in un accordo tra banca e cliente avente ad oggetto la presentazione per lo sconto (“proprio” o “improprio”), entro un ammontare massimo predeterminato, di “effetti” di vario genere (titoli di credito, fatture, ricevute bancarie)³⁶.

3. Una volta inquadrare giuridicamente le operazioni in discorso, si può ora procedere a valutarne le interrelazioni con la procedura di con-

³⁴ Così, in particolare, CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell’impresa: mutuo di scopo, leasing e factoring*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, vol. II, 4, Torino 2002, p. 515 s.; GUERRIERI, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, cit., p. 168 ss.

³⁵ In argomento, per la ricostruzione del dibattito, anche alla luce delle condizioni generali Assifact, v. LAUDONIO, *Il factoring*, cit., p. 211 ss.

³⁶ Sul c.d. “castelletto di sconto”, PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 634 ss.; nonché SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, *ivi*, p. 500 ss. Deve essere peraltro precisato che il “castelletto di sconto” è tenuto dai giudici nettamente distinto dall’apertura di credito sulla scorta del fatto che, diversamente da quest’ultima, esso non attribuisce al cliente la facoltà di disporre immediatamente di una somma di danaro, limitandosi ad obbligare la banca ad accettare, entro un ammontare predeterminato, gli effetti presentati dal cliente per lo sconto: e v. note 46 e 47 sulla questione se la domanda di concordato possa essere assistita anche da una cessione di credito, in le rassegne in tema di sconto, a cura di CARIDI, pubblicate nella *Giurisprudenza bancaria* del Ce.Di.B. [segnatamente: vol. 19 (2005-2007), p. 174 s.; vol. 20 (2007-2009), p. 172 ss.; vo. 21 (2009-2011), p. 172 ss.].

cordato preventivo, cominciando dal caso in cui il contratto di anticipazione su crediti (sconto in sento tecnico; “sconto improprio”; *factoring*) preesista alla apertura della procedura, da collocare alla data della presentazione del ricorso per l’ammissione alla stessa.

Si pongono al riguardo tre questioni: a) quella della *opponibilità alla procedura* del contratto in questione; b) quella della *qualificabilità o meno di tale contratto come pendente* alla data dell’apertura del concordato; c) quella, a quest’ultima intimamente connessa, della *sorte delle somme eventualmente incassate* da parte della banca dopo l’apertura della procedura e, più in generale, del trattamento della banca nel concordato a carico del proprio cliente.

3.1. Cominciamo dalla *opponibilità alla procedura* dei contratti in questione. Al riguardo, deve essere rilevato che il richiamo dell’art. 45 l.fall., oggi operato dall’art. 169 l.fall.³⁷, impone, diversamente dal passato³⁸, di valutare la questione dell’opponibilità ai creditori concorsuali dei negozi e degli atti per i quali è richiesto, appunto ai fini dell’opponibilità ai terzi, l’adempimento di particolari formalità.

Dal che, mi pare debba discendere, quanto segue.

a) In caso di *sconto non cambiario*, l’opponibilità ai creditori concorsuali sarà subordinata, ai sensi dell’art. 1265 c.c., alla notifica al debitore o all’accettazione di questo prima del deposito del ricorso per concordato preventivo. In caso di *sconto cambiario*, invece, almeno in linea teorica, l’opponibilità ai creditori concorsuali può bene essere subordinata semplicemente al fatto che la girata del titolo alla banca sia intervenuta prima del deposito del ricorso, atteso che il principio di incorporazione e i suoi corollari (artt. 1992 ss. c.c.) superano, per definizione, la necessità degli adempimenti di cui all’art. 1265 c.c.³⁹. Ho detto in linea teorica,

³⁷ In argomento, SPAGNUOLO, sub art. 169, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, cit., p. 192 ss.

³⁸ Nel sistema previgente, e comunque fino all’introduzione nell’art. 169 l.fall. dell’Espresso rinvio all’art. 45 l.fall., soprattutto in giurisprudenza, si riteneva che nel concordato preventivo, mancando uno sposessamento del debitore equiparabile al pignoramento generale dei beni, non trovassero applicazione gli artt. 2914, n. 2, c.c. e 45 l.fall.: e v., ad esempio, Cass., 7 maggio 2009, n. 10548; nonché Cass., 3 dicembre 2002, n. 17163. Per precedenti più datati, v. CAVALI, *Lo sconto*, cit., p. 337 ss., ove si dà pure conto dell’opinione contraria di una parte della dottrina.

³⁹ E si vedano le pagine sulla funzione dei titoli di credito di G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 247 s.

perché quanto appena sostenuto non risolve la questione, pure essa necessaria alla opponibilità ai creditori concorsuali, della data certa del trasferimento del titolo e dunque del diritto in esso incorporato, la quale non potrà che essere affrontata ai sensi dell'art. 2704 c.c., dovendosi in particolare verificare se la girata, anche indirettamente, risulti apposta in data anteriore alla presentazione della domanda di concordato⁴⁰.

b) Quanto poi al c.d. "sconto improvviso", attesa l'atipicità dell'operazione e dunque il difetto di prescrizioni formali, l'esigenza di subordinare l'opponibilità ai creditori concorsuali alla circostanza che, ai sensi dell'art. 2704 c.c., lo stesso risulti da un atto di data certa anteriore alla presentazione della domanda di concordato appare ancora più evidente.

c) In caso di *factoring*, infine, mi pare possa trovare applicazione analogica l'art. 5 della l. n. 52/1991⁴¹, che subordina l'opponibilità al fallimento del cedente o, secondo la regola generale, agli adempimenti di cui all'art. 1265 c.c. (co. 2) o, in alternativa, all'intervenuto pagamento, anche parziale, avente data certa anteriore (co. 1), con la precisazione che in tal caso la data limite (per la notifica, per l'accettazione o per il pagamento) è rappresentata da quella della pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per l'accesso alla procedura.

3.2. Per quanto invece riguarda le altre due questioni della qualificabilità o meno del contratto come *pendente* alla data (della produzione degli effetti anticipati) dell'apertura del concordato e della sorte delle somme eventualmente incassate da parte della banca dopo l'apertura delle procedure, l'intima connessione tra le stesse ne impone una trattazione congiunta per ognuna delle operazioni in considerazione.

Prima di procedere in questo senso è però necessario chiarire, in via preliminare, che l'individuazione della nozione di *contratti pendenti* nel concordato preventivo, sebbene in dottrina si registrino pareri contrastanti⁴², va operata, in linea con l'opinione maggioritaria, alla stregua

⁴⁰ Sull'analogo problema che si pone nel fallimento, v. COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 88; nonché, con riferimento alla legge fallimentare *ante riforma*, CAVALLI, *Lo sconto*, cit., p. 336.

⁴¹ Per un esame delle questioni sollevate da questa norma in relazione alla dichiarazione di fallimento, GUERRIERI, *Cessione*, cit., nonché LAUDONIO, *Il factoring*, cit., p. 281 ss.

⁴² Sviluppatisi a seguito dell'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 169-bis, nella rubrica e nel testo del quale si parlava di «*contratti in corso di esecuzione*», il dibattito sul punto ha fatto registrare essenzialmente due orientamenti. Da una parte, vi

dello stesso criterio desumibile, quanto al fallimento, dall'art. 72 l.fall. Di talché possono qualificarsi contratti pendenti alla data dell'apertura della procedura di concordato preventivo solo quelli che risultano non eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti⁴³.

A. Ciò detto, si possono ora affrontare nel merito le questioni sopra poste, ancora una volta, prendendo le mosse dallo sconto.

A.1. Tanto che lo si qualifichi come unitario contratto di liquidità,

è stato chi ha ritenuto che detta espressione dovesse essere interpretata in senso ampio e comprendesse quindi anche l'ipotesi in cui, alla data di apertura della procedura, una sola delle parti dovesse ancora adempiere integralmente (così, in giurisprudenza, App. Genova, decr. 10 febbraio 2014; nonché Trib. Genova, decr. 4 ottobre 2013, entrambe in *Fallimento*, 2014, 793, con nota di CEDERLE, *Concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169-bis l.fall. ai contratti bancari autoliquidanti*; la prima è pure pubblicata in *Dir. banc.*, 2014, I, 307 ss., con osservazioni di CARIDI, *Anticipazione su crediti, concordato preventivo e art. 169-bis l.fall.*; nonché, in dottrina, INZITARI, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 160-bis l.fall.*, in *Il diritto degli affari.it*, p. 1; FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Ilcaso.it*, p. 7). Dall'altra, vi è stato chi, di contro, ha sostenuto che la nozione di contratti in corso di esecuzione corrispondesse a quella posta dall'art. 72 l.fall. e che, pertanto, il particolare meccanismo previsto dall'art. 169-bis l.fall. potesse trovare applicazione solo nei contratti a prestazioni corrispettive ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti alla data di apertura della procedura di concordato [così, in giurisprudenza, Trib. Milano, 18 maggio 2014, in *Dir. banc.*, 2014, I, p. 307 ss., con osservazioni di CARIDI, cit.; Trib. Vicenza, 25 giugno 2013, in *Ilcaso.it*; in dottrina, CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *Ilcaso.it*, cit., p. 2; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, vol. IV, Torino, 2014, p. 286; SCOGNAMIGLIO, *Concordato preventivo e scioglimento dei contratti in corso di esecuzione*, in *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abadessa*, cit., p. 3173 ss., la quale richiama, a conferma, anche il dato comparatistico, e segnatamente, per il diritto tedesco, il § 103, *IsolvenzOrdnung* e, per il diritto statunitense, la *Section 365 dell'US Code*].

⁴³ Una conferma alla unicità della nozione di "contratti pendenti" nella legge fallimentare è venuta dal d.l. n. 83/2015, che ha modificato la rubrica dell'art. 169-bis l.fall. da «*Contratti in corso di esecuzione*» appunto in «*Contratti pendenti*» (allora evocando: i «*Rapporti pendenti*» di cui alla rubrica degli artt. 72 e 104-bis, co. 6, l.fall.; i «*contratti pendenti*» di cui all'art. 104, co. 7, l.fall.; i «*rapporti giuridici preesistenti*» di cui alla rubrica della Sezione IV del Capo III del Titolo II della legge fallimentare, intitolata appunto «*Degli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*»), ed ancor più chiaramente dalla l. n. 132/2015, che ha convertito con modificazioni il citato decreto n. 83/2015, sostituendo l'espressione «*contratti in corso di esecuzione*» (che l'art. 8 del d.l. 83/2015, pur modificando la rubrica, aveva mantenuto nel testo dell'art. 169-bis, sollevando non poche critiche) con l'espressione «*contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data della presentazione del ricorso*».

quanto che lo si qualifichi come fattispecie complessa formata da un contratto di prestito cui è funzionalmente collegata una cessione di credito *pro solvendo*, lo sconto, nello scenario che stiamo qui analizzando, non può mai ritenersi un contratto pendente, posto che, in tal caso, alla data di apertura della procedura, non solo la banca ha già erogato la somma di danaro al cliente, ma quest'ultimo ha già ceduto alla banca il credito, atteso che se così non fosse, in base a quanto detto in precedenza, il contratto non sarebbe opponibile alla procedura ai sensi dell'art. 45 l.fall., come già ricordato, oggi richiamato, in tema di concordato preventivo, dall'art. 169 l.fall.

A.2. L'aver escluso che il contratto di sconto preesistente alla pubblicazione del ricorso per concordato preventivo possa qualificarsi come contratto pendente indipendentemente dalla ricostruzione della fattispecie che si accolga non permette però di giungere a soluzione parimenti convergenti anche con riferimento alla distinta, ma connessa questione del trattamento della banca nel concordato ed in specie della sorte delle somme eventualmente incassate dalla banca dopo che lo scontatario abbia depositato ricorso per concordato preventivo.

a) Ed infatti, se si accoglie l'idea che lo sconto sia un *contratto di prestito* cui è funzionalmente connessa una cessione di credito *pro solvendo* con funzione di garanzia, come la giurisprudenza ancora maggioritaria sostiene⁴⁴, si deve ritenere:

a1) che la banca vada inserita tra i creditori concorsuali, atteso che la qualificazione della cessione quale “*garanzia impropria*” fa sopravvivere il debito da restituzione dello scontatario fino all'adempimento del debitore ceduto⁴⁵;

a2) che la banca, quale creditore concorsuale, abbia diritto di votare sulla proposta concordataria; ciò, naturalmente, sempre che lo sconto in questione non sia stato qualificato nella proposta e nel piano concordatario come finanziamento «*in funzione*» della presentazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 182-*quater*, co. 2, l.fall.⁴⁶, atteso che, in tal caso, ai sensi del quarto com-

⁴⁴ V. retro note 17 e 21.

⁴⁵ In linea con tale rilievo sono le conclusioni alle quali giungono, discorrendo di cessione dei crediti in garanzia, per il caso di fallimento del cedente, DOLMETTA e PORTALE, *Profili della cessione*, cit., p. 271.

⁴⁶ La qualificabilità dello sconto come finanziamento ai sensi dell'art. 182-*quater*, co. 2, l.fall., soprattutto laddove si ricostruisca il contratto come un mutuo funzionalmente connesso ad una cessione di credito a scopo di garanzia, mi pare non solo possibile,

ma della medesima disposizione, l'effetto potenzialmente prededuttivo di quella qualificazione determina che il finanziatore non abbia diritto di voto;

a3) che il pagamento effettuato dal debitore ceduto, estinguendo una obbligazione attuale del debitore concordatario (quella di restituzione nei confronti della banca), si configuri come pagamento di un credito preesistente alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo e dunque come pagamento posto in essere in violazione del principio della *par condicio creditorum* (qui presidiata da un vero e proprio divieto)⁴⁷, non potendo perciò essere trattenuto dalla banca, la quale dovrà restituire quanto incassato, per essere poi soddisfatta in moneta concordataria.

b) Diversamente, se si riconosce allo sconto, come a me pare preferibile, la natura di unitario *contratto di liquidità*, l'autonomia e la tipicità della figura potrebbero legittimare una diversa ricostruzione.

b1) In questa prospettiva, innanzi tutto, la banca, divenuta titolare del credito cedutole dallo scontatario, nei confronti di quest'ultimo rimane titolare solo di un credito eventuale, destinato a divenire attuale solo in caso di mancato adempimento del debitore ceduto, non dovendo allora essere inserita tra i creditori concorsuali e dunque, almeno in principio, non essendo legittimata a votare sulla proposta concordataria.

Ciò non di meno, anche nella prospettiva in considerazione, il piano

ma anzi dovuta, tanto più che i crediti di cui all'art. 182-*quater*, co. 2, 1.fall. sono parificati a quelli di cui al primo comma dello stesso articolo, ossia ai crediti derivante da *finanziamenti in qualsiasi forma effettuati*. Peraltra, sebbene di ciò si sia dubitato [FRIGENI, *Linee di credito*, cit., p. 3081], come si avrà modo di sottolineare proseguendo nel discorso (v. *infra* § 4) allo sconto può essere riconosciuta una causa finanziaria in senso lato, quand'anche lo si intenda come "contratto di liquidità": e v., infatti, art. 1, co. 2, lett. *f*), t.u.b., nella interpretazione che di tale norma si è data *retro nota* 26.

⁴⁷ Divieto, quello relativo al pagamento di crediti anteriori, che non ha referenti esplicativi di diritto positivo, ma che la giurisprudenza ha sempre desunto dal blocco delle azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 168 1.fall. (e v. Cass., 12 gennaio 2007, n. 578, in *Fallimento*, 2007, 623; Cass., 24 febbraio 2006, n. 4234, in *Fallimento*, 2006, 895; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17162, in *Fallimento*, 2003, 681; Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Fallimento*, 1996, 69) e che trova oggi un nuovo decisivo indice nell'art. 182-*quinquies*, co. 5, 1.fall., laddove si prevede, per l'imprenditore che presenti una domanda di concordato in continuità, la possibilità di pagare crediti anteriori, ma solo su specifica autorizzazione del Tribunale e sempre che un professionista attestì che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Ciò che allora conferma che la regola generale è - e rimane - quella che i pagamento di crediti anteriori sono vietati.

concordatario non può rimanere indifferente alla pendenza di una operazione di sconto, posto che la stessa comporta il permanere, fino alla scadenza del credito scontato ed anzi fino alla estinzione di quest'ultimo per effetto del pagamento da parte del debitore ceduto, di un *rischio di credito*, il quale, così come deve trovare copertura in un apposito fondo nel bilancio d'esercizio dello scontatario⁴⁸, per il caso che il credito della banca scontante venga ad esistenza nella fase di esecuzione del concordato a seguito dell'inadempimento del debitore ceduto, dovrà essere contemplato dal piano concordatario, anche in questo caso mediante la previsione di un fondo *ad hoc*.

Ciò detto, si pone il problema di stabilire se, in tale scenario, il credito da rimborso della banca scontante debba essere trattato come credito concorsuale ovvero come credito extraconcorsuale. Ora, sebbene in prima approssimazione potrebbe apparire preferibile quest'ultima soluzione, atteso che il credito in questione "sorge" dopo l'apertura della procedura, alla luce di una riflessione più attenta, mi pare che la scelta debba cadere sulla prima soluzione, posto che, come si è in precedenza sottolineato e come del resto dimostra quanto appena detto in ordine alla necessità di predisporre un fondo rischi anche e proprio in relazione alle posizioni passive che potrebbero derivare dai contratti di sconto non ancora "chiusi", la genesi del credito in questione è da ricordare alla degradazione a *prestito* di una operazione perfezionatasi, prima dell'avvio della procedura, come *anticipazione in senso proprio*. Di talché non dovrebbe potersi dubitare che quello in discorso sia un credito per titolo anteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato.

Tale conclusione induce, peraltro, a domandarsi se, al pari dei creditori contestati, i quali pure sono creditori eventuali, la banca scontante possa essere provvisoriamente ammessa al voto e conteggiata ai fini del calcolo delle maggioranze, ai sensi dell'art. 176 l.fall. Soluzione che mi parrebbe del tutto in linea con il sistema, anche alla luce della assimilabilità delle due tipologie di crediti sotto il profilo della apostazione in bilancio⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. *International Accounting Standards* 37; Organismo Italiano di Contabilità 31; nonché art. 2424-bis, co. 3, c.c.

⁴⁹ Cfr. ancora *International Accounting Standards* 37; Organismo Italiano di Contabilità 31; nonché art. 2424-bis, co. 3, c.c. Con specifico riferimento ai crediti contestati, v. FORTUNATO, *Crediti contestati e principi contabili internazionali*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 583 ss.

b2) Qualora infine si dovesse ritenere che il legislatore, quando nell'art. 1858 c.c. ha previsto che la cessione (se non diversamente stabilito) sia effettuata «*salvo buon fine*», ha inteso riconoscere in capo alla banca scontante un credito nei confronti dello scontatario sin dalla stipula del contratto, si dovrebbe convenire che detto credito non possa che essere sospensivamente condizionato al mancato adempimento del debitore ceduto⁵⁰.

Orbene, tale conclusione – invero conciliabile tanto con la tesi che riconosce nello sconto un unitario contratto di liquidità (sebbene con qualche forzatura), quanto con la tesi che vi riconosce un mutuo rimborso mediante cessione di credito in luogo di adempimento – fa sorge la necessità di risolvere i seguenti problemi: se il creditore sospensivamente condizionato possa o meno essere ammesso al voto sulla proposta di concordato; se e come un tale creditore possa essere pagato nella percentuale concordataria.

Per rispondere a tali interrogativi bisogna far riferimento all'art. 55, co. 3, l.fall., pure esso reso applicabile nel concordato preventivo dall'esplícito richiamo operato nell'art. 169 l.fall.

Ai sensi dell'art. 55, co. 3, l.fall. «*i crediti condizionali partecipano al concorso a norma degli articoli, 96, 113 e 113-bis*».

Mentre il secondo interrogativo sopra posto (quello relativo al pagamento in moneta concordataria) trova agevole soluzione nel richiamo, contenuto nell'art. 55, co. 3, l.fall., delle disposizioni sul riparto (artt. 113 e 113-bis l.fall.), le quali permettono di affermare che, nel caso in questione, debba procedersi all'accantonamento delle somme spettanti alla banca in attesa dell'avveramento della condizione (per inadempimento del debitore ceduto) ovvero della definitiva estinzione del credito (per l'adempimento del debitore ceduto), il primo interrogativo non è di immediata soluzione, richiedendo un ragionamento più articolato, posto che si tratta di interpretare il richiamo dell'art. 96, operato dall'art. 55, segnatamente in punto di ammissione al passivo con riserva (art. 96, co. 2, l.fall.), come riferimento normativo che, opportunamente adattato, può legittimare la partecipazione del creditore condizionale alla votazione

⁵⁰ Un riferimento in tal senso si può leggere in CAVALLI, *Lo sconto*, cit., p. 343, ove si riporta, a conferma, Cass., 26 settembre 1990, n. 9736 (anche in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 678), che di “credito condizionato” nel senso di cui al testo parla a proposito del credito della banca scontante alla quale sono stati ceduti i crediti relativi ad un “portafoglio commerciale”.

nel concordato preventivo. E si tratta di una soluzione che non mi sentirei di escludere, soprattutto avendo riguardo al già citato art. 176 l.fall., ai sensi del quale il giudice delegato può ammettere provvisoriamente in tutto o in parte i crediti contestati ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò importi riconoscimento di detti crediti. In altri termini, se possono essere ammessi al voto creditori futuri ed eventuali, quali sono quelli *sub judice*, potranno a maggior ragione votare creditori condizionali.

b3) Indipendentemente dalla soluzione che si ritenga di accogliere in ordine alla qualificazione del credito della banca verso lo scontatario, il pagamento effettuato a favore della banca dal debitore ceduto deve intendersi come avvenuto al proprio creditore, con la conseguenza che la banca può trattenere ciò che riscuote.

B. Passiamo ora a trattare di quelle operazioni che abbiamo definito “sconto improprio”.

B.1. Anche rispetto a queste operazioni, quando preesistenti al deposito della domanda di concordato, si deve negare che si possa parlare di contratti pendenti.

Ed infatti, come è stato evidenziato di recente da autorevole dottrina⁵¹:

- il dato saliente dell'operazione in questione è rappresentato dalla funzione, e natura, *solutoria* del congegno negoziale mandato all'incasso/c.d. patto di compensazione, che si configura come *mezzo di pagamento*;
- nell'ipotesi – che è quella che qui ne occupa – in cui l'apertura della procedura di concordato preventivo (che coincide – ricordiamo – con la presentazione del ricorso per l'ammissione) intervenga *dopo* la concessione del finanziamento da parte della banca, ma *prima* dell'esecuzione, da parte della stessa banca, del mandato all'incasso, il rapporto banca-cliente non può qualificarsi, in sé considerato, rapporto pendente ai sensi dell'art. 72 (e, oggi, dell'art. 169-bis), perché manca qualsiasi prestazione ancora da eseguire, in tutto o in parte, dal cliente;

B.2. Ciò detto, allora, quanto al trattamento della banca nel concordato del cliente, si deve affermare che:

- la banca, cui viene conferito solo un mandato all'incasso, permane tra i creditori concorsuali e va inserita nel relativo elenco;

⁵¹ NIGRO, *Anticipazioni*, cit., p. 176 s.

- la banca ha conseguentemente diritto al voto, sempre che, come già rilevato, l'anticipazione non si configuri come un finanziamento «*in funzione*», ex art. 182-*quater*, co. 2, l.fall.;
- non ponendosi, come si è visto, un problema di prosecuzione o meno del rapporto, ma, puramente e semplicemente, di soddisfacimento del credito della banca, il pagamento da parte del debitore ceduto non potrà servire a soddisfare il credito di quest'ultima per effetto del divieto di pagamento dei crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura e pertanto la banca non potrà trattenere quanto incassato in forza del mandato originariamente ricevuto⁵²;
- l'obbligo di restituzione di quanto incassato, gravante sulla banca quale mandataria, non può peraltro essere aggirato invocando, ai sensi dell'art. 56 l.fall. (oggi applicabile anche nel concordato preventivo per effetto del richiamo operato dall'art. 169 l.fall.), la compensabilità di tale debito con il credito da rimborso scaturente dall'anticipazione, posto che, pur dovendosi ritenere che entrambe le posizioni sono geneticamente riconducibili ad un atto anteriore all'apertura della procedura⁵³, essendo allora da tale punto di vista compensabili ai sensi della previsione in discorso, non può trascurarsi che il meccanismo *mandato all'incasso/patto di compensazione* si qualifica qui, come già rilevato, quale unitario

⁵²In questo senso, NIGRO, *Anticipazioni*, cit., p. 176 s.; CARIDI, *Anticipazione su crediti*, cit., p. 513; nonché COSTA, *Lo sconto bancario*, cit., p. 90.

⁵³Ciò, peraltro, sempre che, secondo la tesi che qui si preferisce, si guardi all'operazione in termini unitari, posto che se invece si accogliesse l'idea che all'interno del c.d. "sconto improprio" debbano isolarsi diverse fattispecie negoziali, sebbene tra loro collegate, si dovrebbe poi ritenere, con una parte della giurisprudenza (Cass., 7 maggio 2009, n. 10548, in *Fallimento* 2010, 117; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in *Ilcaso.it*; Trib. Roma, 21 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010, 1300, con nota di CEDERLÉ), che il debito da rimborso sorge in capo alla banca mandataria solo al momento dell'incasso e dunque dopo l'apertura della procedura, escludendo, allora, già da questo punto di vista, l'invocabilità dell'art. 56 l.fall. Va peraltro dato conto di un orientamento giurisprudenziale, che conta adesioni anche nella giurisprudenza di legittimità (Cass., 1 settembre 2011, n. 17999, in *Fallimento*, 2012, 739; Cass., 23 marzo 2001, n. 4205; Cass., 7 marzo 1998, n. 2539, in *Foro it.*, 1998, I, 1865; Cass., 5 agosto 1997, n. 7194), che, non cogliendo neppure il collegamento negoziale tra patto di compensazione e anticipazione, guarda al primo in maniera isolata o al più postulandone un assorbimento nel contratto di conto corrente cui dovesse essere collegato e, facendo leva sulla neutralità dell'apertura della procedura di concordato rispetto ai contratti pendenti, giunge a ritenere sufficiente, perché la banca mandataria possa trattenere quanto incassato successivamente all'apertura della procedura, la pendenza, a tale data, di un patto espresso tra banca e cliente in ordine all'annotazione ed all'elisione in conto di partite di segno opposto.

meccanismo con funzione e natura solutoria, impedendo allora di isolare una posizione debitoria della banca connessa all'esecuzione del mandato, da compensare poi con il credito da rimborso dell'anticipazione⁵⁴.

Da questa impostazione deriva, peraltro, che non c'è spazio, nell'ipotesi in questione, per l'applicazione dell'art. 169-bis l.fall., sulla quale — come ricordavo all'inizio — tanto si discute. Non c'è spazio e non c'è neppure necessità, perché il blocco della "canalizzazione" degli incassi a favore della banca è da ritenersi prodotto *automaticamente* dall'apertura della procedura⁵⁵: il mandato può, al limite, resistere (sebbene la rilevata funzione solutoria, che lo stesso assolve in uno al c.d. *patto di compensazione*, ne dovrebbe a rigore determinare il venire meno), ma la banca è tenuta comunque a rimettere al cliente le somme incassate. A quest'ultimo riguardo, deve peraltro ritenersi che la banca che dovesse dar corso al mandato vanterà il diritto al rimborso delle spese e, attesa la presunzione di onerosità di cui all'art. 1709 c.c., avrà diritto ad un compenso, che, in difetto di accordo delle parti, dovrà essere determinato dal giudice e dovrà essere trattato come credito prededucibile.

L'obbligo di restituzione della banca può trovare, forse, un'unica eccezione, data dal caso in cui si tratti di un concordato con continuità aziendale ed il debitore concordatario ottenga dal Tribunale, ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, co. 5, l.fall., l'autorizzazione a pagare la banca, essendosi dotato di una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, l.fall., in cui sia attestata l'essenzialità del rapporto bancario in parola rispetto alla prosecuzione dell'attività di impresa, nonché la funzionalità dello stesso al migliore soddisfacimento dei creditori.

C. Le conclusioni cui si è giunti discorrendo degli effetti del concordato preventivo sulle operazioni di sconto in senso tecnico e di "sconto improprio" rimangono confermate anche se a dette figure si guardi collocandole – come di norma deve farsi se si ha riguardo alla prassi – nell'ambito della già ricordata vicenda negoziale che si suole identificare come "castelletto

⁵⁴ NIGRO, *Anticipazioni*, cit., p. 176.

⁵⁵ NIGRO, *Anticipazioni*, cit., p. 177; CARIDI, *Anticipazione*, cit., p. 513. In giurisprudenza, v. App. Venenzia, 26 novembre 2014; Trib. Prato, 23 settembre 2015, in *Ilcaso.it*; Trib. Bergamo, 11 marzo 2015, in *Ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *Il Caso.it*; Trib. Prato, 30 settembre 2014, in *Ilcaso.it*; in senso contrario v. però Trib. Reggio Emilia, 8 luglio 2015, in *Ilcaso.it*, sez. Giurisprudenza, n. 13112 (pubb. 23.07.2015).

di sconto". Sebbene, infatti, tale contratto possa dirsi pendente alla data dell'apertura della procedura⁵⁶, qualificandosi lo stesso come mero contratto quadro o normativo⁵⁷, dal quale al più può discendere l'obbligo della banca di scontare gli effetti che le verranno presentati dal cliente fino alla concorrenza di un ammontare predeterminato⁵⁸, la circostanza non è idonea ad incidere sulle ricadute che l'apertura della procedura genera sulle singole operazioni poste in essere alle condizioni di cui a detto contratto quadro. Di talché, qualora dette operazioni siano state già concluse, indipendentemente dal fatto che ciò sia avvenuto nell'ambito di un tale accordo, l'apertura della procedura di concordato genererà le medesime conseguenze in precedenza individuate.

D. Sempre facendo riferimento all'ipotesi in cui l'operazione di an-

⁵⁶ Il rilievo parrebbe, però, oggi, essere messo in discussione dall'equivoca formulazione dell'ultimo periodo dell'art. 182-*quinquies*, co. 3, l.fall., aggiunto dal d.l. n. 83/2015, convertito con l. n. 132/2015, ai sensi del quale, la richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali urgenti ed indifferibili (quelli relativi al fabbisogno finanziario che va dalla presentazione della domanda di concordato "in bianco" alla scadenza del termine per il deposito del piano e della documentazione) «può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda». Tale previsione, infatti, sembrerebbe presupporre che, in difetto di tale autorizzazione, i rapporti relativi alle "linee di credito autoliquidanti" non proseguano, non potendo allora qualificarsi *contratti pendenti* alla data di apertura della procedura. In questo senso leggono la disposizione NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015*, p. 42, in corso di pubblicazione su www.ilmulino.it. Va, tuttavia, notato che se l'osservazione può senz'altro condividersi con riferimento alle *singole* operazione di anticipazione su crediti non ancora "chiuse" al momento dell'apertura di fallimento, con riferimento alle «*linee di credito autoliquidanti*», intese quali accordi quadro nell'ambito dei quali le singole operazioni di anticipazione su crediti sono concluse, la previsione appare superflua, essendo tali contratti per definizione pendenti alla data dell'apertura della procedura. Sul punto e nel senso della rilevata superfluità, v. Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in *Ilcaso.it*, sez. Giurisprudenza, n. 13786 (pubbl. 3.12.2015).

⁵⁷ In argomento, v. PORZIO, *L'apertura di credito: profili generali*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, tomo II, Milano, 1978, p. 518; PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 634 ss.; SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, cit., p. 500 ss.; nonché, nella manualistica recente, COSTA, *Lo sconto*, cit., p. 82 ss.

⁵⁸ In questo senso si esprime la giurisprudenza maggioritaria [e v. CARIDI, *Lo sconto*, in *Giurisprudenza bancaria (2005-2007)*, vol. 19, Milano, p. 174; ID., *Lo sconto*, in *Giurisprudenza bancaria (2007-2009)*, vol. 20, Milano, p. 172], seguita da una parte della dottrina (SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, ivi, p. 501; v. però in senso contrario PERASSI, *Lo sconto*, cit., p. 534 s.). Va peraltro sottolineato che, nella prassi bancaria, la banca scontante si riserva quasi sempre la libertà di non scontare gli effetti che le vengono presentati in base ad una valutazione caso per caso.

ticipazione su crediti sia preesistente alla presentazione della domanda di concordato, rimane da dire degli effetti dell'apertura della procedura sul *factoring*.

D.1. Come si è già rilevato, sebbene alla luce della l. n. 52/1991 il contratto di *factoring* si presti ad essere ricostruito come unitario contratto ad effetti reali, eventualmente differiti (se oggetto dello stesso sono crediti futuri), la prassi conosce anche operazioni di *factoring* strutturate sulla base di un contratto ad effetti obbligatori, in cui le parti si obbligano, generalmente nell'ambito di un *plafond* predeterminato, ad una serie futura di cessioni, che avverranno alle condizioni che lo stesso contratto stabilisce.

La differenza non è senza rilievo ai fini che qui interessano.

Ed infatti, quando si apre una procedura di concordato preventivo a carico di un debitore che ha in precedenza stipulato un c.d. “*factoring globale*”, esattamente come accade nel caso dello sconto in senso tecnico, non può mai parlarsi di contratto pendente alla data di apertura della procedura. Sebbene, infatti, sia possibile – ed anzi sia la regola – che le anticipazioni da parte del *factor* non avvengano in un'unica soluzione, realizzandosi invece nel corso del rapporto, l'imprenditore cedente, a quella data, avrà già eseguito per intero la propria prestazione, avendo ceduto tutti i crediti oggetto del contratto all'atto della stipula dello stesso. Nel caso, invece, in cui a depositare il ricorso per concordato preventivo sia un debitore che ha in precedenza stipulato un *factoring* ad effetti obbligatori, può ben accadere che alla data dell'apertura della procedura il contratto debba qualificarsi come *pendente*. Nel *factoring ad effetti obbligatori*, infatti, da un lato, l'imprenditore procederà alle singole cessioni nel corso del rapporto, e, dall'altro, le anticipazioni da parte del *factor* verranno erogate periodicamente previa consegna da parte del cedente di documenti che provano la venuta ad esistenza dei crediti ceduti o addirittura a mano a mano che questi ultimi verranno ad esistenza. Sicché, alla data dell'apertura della procedura a carico del cedente, è ben possibile che nessuna delle due parti abbia compiutamente eseguito il contratto, il quale dunque potrà dirsi *pendente*.

Ciò detto, deve peraltro essere precisato che il fatto che il *factoring* stipulato prima dell'apertura della procedura sia ad effetti reali od obbligatori rileva solo in ordine alla qualificabilità o meno dello stesso come contratto pendente e dunque della possibilità che anche successivamente al deposito del ricorso per concordato preventivo, attesa la neutralità di tale procedura rispetto a tali contratti, il debitore concordatario, da un lato, e il *factor*, dall'altro, siano o meno obbligati, rispettivamente, a cedere e a pagare, con relativi anticipi, i crediti previsti in contratto. Il che importa, per un verso,

che il contratto di *factoring* (ad effetti obbligatori) deve necessariamente essere contemplato ai fini dell'attestazione del piano, e, per altro verso, che lo stesso potrà essere sospeso o sciolto, ai sensi dell'art. 169-*bis* fall.⁵⁹.

Quanto invece al trattamento concorsuale del *factor* in relazione alle singole operazioni non ancora "chiuse", ossia a quelle operazioni nelle quali il credito, alla data di apertura della procedura, pur essendo stato già ceduto, non è ancora scaduto, valgono le medesime regole tanto che si tratti di cessioni relative ad un c.d. *factoring globale*, quanto che si tratti di cessioni esecutive di un *factoring* ad effetti obbligatori ed in entrambi i casi possono essere ripetute le medesime considerazioni svolte in precedenza a proposito dello sconto.

4. E veniamo al caso in cui l'operazione di anticipazione su crediti sia successiva all'apertura della procedura, al quale, però, potrò qui dedicare solo qualche cenno.

In questo scenario occorre distinguere due ipotesi: a) quella in cui il perfezionamento di uno dei contratti in discorso avvenga in attuazione del piano concordatario omologato; b) quella in cui la stipula di uno dei contratti in discorso avvenga sì dopo l'apertura della procedura, ma al di fuori del piano, quale atto gestorio del debitore.

In questo caso, occorre muovere dal rilievo, di interesse su entrambi i fronti, che le operazioni in discorso (sconto in senso tecnico; "sconto improprio"; *factoring*), come del resto è già emerso da quanto sin qui detto, hanno tutte una importante componente finanziaria. Anche quando delle stesse, come a me pare preferibile, si operi una ricostruzione che ne valorizzi la funzione di liquidità, non si può negare, infatti, che la monetizzazione anticipata dei crediti a scadere o addirittura di quelli futuri, che ne costituisce l'essenza, sia strumentale a soddisfare un bisogno finanziario dell'impresa. Del resto, questo rilievo trova conforto nella circostanza che qui lo scambio di moneta attuale contro moneta futura non "chiude" l'operazione, la quale potrà dirsi conclusa solo quando i crediti ceduti verranno a scadere e saranno onorati, nelle more permanendo in capo al cedente il relativo rischio di credito (che, come si è detto, deve trovare una specifica copertura in un apposito fondo rischi)⁶⁰. In defini-

⁵⁹ Ciò, eventualmente, anche nella fase di preconcordato, in tal caso, però, a mio parere, alle condizioni e con le conseguenze che ho avuto modo di individuare in CARIDI, *Anticipazione su crediti*, cit., p. 509 ss.

⁶⁰ V. retro note 48 e 49 e testo corrispondente.

tiva, se è vero che, nel caso di specie, il cliente della banca o del *factor* si priva di una componente dell'attivo non liquido per ottenerne uno liquido, per fare questo, oltre a dover pagare il corrispettivo dell'operazione, dato da interessi e commissioni, si espone per una somma almeno pari a quanto ricevuto. Di talché, se l'operazione, sul piano giuridico, secondo la tesi qui preferita, non può essere ricostruita come un mutuo, prevalendo la causa di liquidità, ciò non esclude che possa comunque essere ricondotta alle operazioni di finanziamento in senso lato. E, del resto, il legislatore bancario, sebbene ai fini del mutuo riconoscimento, inserisce sconto e *factoring* tra le operazioni di prestito⁶¹, seguendo una linea ricostruttiva già battuta nella *Relazione di accompagnamento al codice civile* (n. 745), nonché, in precedenza, nella *Relazione di accompagnamento al progetto di codice di commercio*⁶².

Ciò detto, appare chiaro che, ponendosi nella prospettiva ora in considerazione, si tratta di comprendere cosa accade quando tali operazioni di finanziamento siano poste in essere dopo l'apertura della procedura.

a) La prima ipotesi, ossia quella in cui l'operazione è posta in essere in esecuzione del piano concordatario, trova il suo campo di applicazione elettivo con riferimento al concordato in continuità aziendale, laddove si tratti di liquidare crediti che vanno a scadenza in tempi non compatibili con le necessità della piano.

Trova applicazione, nel caso di specie, l'art. 182-*quater*, co. 1, l.fall., con conseguente prededucibilità del credito da rimborso della banca nell'eventuale successivo fallimento.

Il piano concordatario dovrà, peraltro, prevedere le caratteristiche del contratto, precisando i singoli atti esecutivi dello stesso e contemplando tra gli allegati un accordo preliminare con la banca o comunque un impegno di quest'ultima a stipulare il contratto una volta omologato il concordato.

b) Il secondo caso, come si è detto, è quello in cui i contratti in discorso sono stipulati sì dopo l'apertura della procedura, ma al di fuori del piano, quali atti gestori del debitore concordatario. In questo caso, l'operazione di anticipazione, la quale avrà per definizione ad oggetto crediti sorti successivamente alla presentazione della domanda di concordato, almeno nel caso in cui sia stipulata *pro solvendo*, deve qualificarsi come

⁶¹ Cfr. art. 1, co. 2, lett. f), t.u.b.

⁶² Sul citato passo della *Relazione di accompagnamento al codice civile*, v. retro nota 26. La *Relazione al progetto preliminare di codice di commercio*, al n. 102, qualifica lo sconto come «*prestito di secondo grado*».

atto di gestione straordinaria⁶³ e, se si intende riconoscere al finanziatore il vantaggio della prededuzione, dovrà essere autorizzata ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, l.fall., nella parte in cui tale disposizione, nel disciplinare i c.d. "finanziamenti interinali"⁶⁴, *precisa ed adatta* il meccanismo di cui all'art. 167 l.fall., irrigidendolo in relazione alla "pericolosità" dello specifico atto da autorizzare, la quale risiede nel fatto che qui si prevede e disciplina non tanto il fatto che il debitore acceda ad un finanziamento *tout court*, quanto che stipuli un finanziamento, attribuendo al finanziatore, nell'eventuale successivo fallimento, o la sola qualifica di *creditore prededucibile* o anche quella di *creditore privilegiato*, ponendolo, allora, nella prospettiva fallimentare, in ogni caso, fuori dal concorso ed eventualmente anche in una posizione di preferenza nell'ambito dei prededucibili, qualora si realizzino le condizioni per un concorso sostanziale tra questi ultimi⁶⁵. Naturalmente, se le parti non intendano attribuire al finanziatore la qualifica di prededucibile, l'anticipazione su crediti stipulata dopo l'a-

⁶³ Ciò, a prescindere da ogni altra considerazione, per un verso, perché le operazioni di anticipazione su crediti incidono sulla composizione dell'attivo dell'impresa in concordato, e, per altro verso, perché lasciano in capo all'imprenditore in concordato il rischio dell'insolvenza del debitore ceduto.

⁶⁴ Come si è già ricordato, oggi, a seguito delle modifiche apportate all'art. 182-*quinquies* l.fall. dal d.l. n. 83/2015 (convertito, con modificazioni, con la l. n. 132/2015), trovano una specifica disciplina, precisamente nel nuovo terzo comma di detta disposizione, anche i c.d. "finanziamenti interinali urgenti ed indifferibili", destinati a coprire il fabbisogno finanziario dell'impresa che abbia presentato una domanda di concordato c.d. "in bianco" fino allo scadere del termine per la presentazione del piano e della documentazione (in argomento, NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Appendice di aggiornamento*, cit., p. 40 ss.). Orbene, le operazioni di anticipazione su crediti (sconto in senso tecnico; "sconto improvviso"; *factoring*) potranno essere autorizzate anche come "finanziamenti interinali urgenti". Quanto alla possibilità, pure riconosciuta dal nuovo terzo comma dell'art. 182-*quinquies*, l.fall., di chiedere, in via d'urgenza, l'autorizzazione al mantenimento delle «*linee di credito autoliquidanti*», si rinvia a quanto detto retro nota 56.

⁶⁵ Del resto, che le operazioni di anticipazione su crediti, contrariamente a quanto si è di recente sostenuto [FRIGENI, *Linee di*, cit. p. 3081], siano (o meglio, possano essere) soggette al meccanismo autorizzatorio contemplato dall'art. 182-*quinquies*, l.fall. per i c.d. "finanziamenti interinali" è confermato, ancora una volta, dalle modifiche apportate alla previsione in parola dal d.l. n. 83/2015 (convertito, con modificazioni, con la l. n. 132/2015), tanto laddove, in chiusura del nuovo terzo comma, a proposito dei c.d. "finanziamenti interinali urgenti ed indifferibili", è oggi previsto che la richiesta di autorizzazione possa riguardare anche la prosecuzione dei rapporti aventi ad oggetto «*linee di credito autoliquidanti*», quanto, in un certo senso, laddove è stabilito, all'attuale quarto comma, che la stipula dei finanziamenti in questione possa essere assistita, oltre che da pegno e ipoteca, anche da una cessione di credito in garanzia.

pertura della procedura sarà assoggettata all'ordinario meccanismo autorizzatorio di cui all'art. 167 l.fall.

5. E vengo alle conclusioni.

Il discorso sin qui svolto ha fatto emergere in tutta la sua complessità la questione – come si è visto, ancora dibattuta – dell'inquadramento della fattispecie “anticipazione su crediti”, o meglio delle singole figure a questa riconducibili, allo stesso tempo segnalando, però, a mio parere, la preferibilità, anche in prospettiva sistematica, dell'inquadramento giuridico di tali operazioni come «unitari contratti di liquidità», secondo una linea ricostruttiva che peraltro non preclude, soprattutto quando i crediti vengano ceduti *pro solvendo*, di riconoscervi i caratteri propri delle operazioni di finanziamento in senso lato, come in particolare risulta evidente guardando alle anticipazioni su crediti stipulate dopo l'apertura della procedura di concordato preventivo. E se è vero che la giurisprudenza maggioritaria continua a non avvedersi del fatto che nelle operazioni in discorso la funzione economica di liquidità entra nella causa del contratto, proprio le ricadute in ambito concorsuale delle ricostruzioni teoriche che da ciò prescindono convincono della correttezza dell'impostazione qui preferita.

Presidente

Grazie. Mi sembra che Vincenzo abbia evocato, a più riprese, prima esplicitamente poi implicitamente, la figura di Ferro-Luzzi che tanti contributi e così importanti ci ha lasciato. La ricostruzione di Caridi sviluppa, in modo convincente, le idee del Maestro e dialoga criticamente con la giurisprudenza. Mi rammarica solo di avere costretto il nostro relatore in un tempo forse troppo limitato.

Finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologia

MAURIZIO SICUTO

1. Di finanziamenti bancari rispetto alle imprese in crisi potrebbe parlarsi sia rispetto a quelle non ancora entrate in una procedura concorsuale che per quelle già vi si trovino. E vi aggiungerei – ciò che alle volte appare meno ovvio – anche quelle che *escono* da una procedura di risanamento, quando, pur lasciata alle spalle la procedura, il piano

di risanamento che ne ha costituito oggetto sia ancora in fase di esecuzione, con possibili tensioni finanziarie non troppo lontane, anche se alleggerite, da quelle vissute prima della procedura.

Probabilmente, la fase che presenta un maggior tasso di criticità e incertezze – almeno se qui si voglia prediligere un’angolatura che privilegi l’osservazione della condotta e delle strategie della banca erogante – è quella precedente all’apertura di una procedura concorsuale: dal momento che all’interno di una procedura già aperta si riesce ad operare, quantomeno, in un contesto di maggiore chiarezza sulla funzione e sulla sorte della nuova finanza, di quanto non sia invece possibile nella fase, spesso concitata e opaca, nella quale ancora si cerchi di orientarsi su quale percorso da seguire per risolvere la crisi.

2. Anche in questa fase, comunque – come ben rilevato cinque anni orsono da Salvatore Maccarone in una relazione dal titolo assai simile a questa (ma certamente migliore di questa), sempre in occasione di un incontro di studio organizzato dalla Rivista *Diritto della banca e del mercato finanziario* (e qui pubblicata, nel 2011), – quello della tipologia dei finanziamenti bancari alle imprese in crisi potrebbe apparire un «*non tema*».

«*Nel senso*» – si precisava – «*che non esistono tipologie particolari di finanziamento bancario alle imprese in crisi. Le banche erogano credito ad esse – quando lo fanno – esattamente nelle stesse forme utilizzate per l'affidamento di imprese nella loro vita normale o anche in difficoltà ma al di fuori dei meccanismi che le nuove norme del diritto fallimentare oggi prevedono e presidiano. (...) non sono le forme tecniche del credito che caratterizzano questa fase dell'intervento delle banche ma piuttosto l'ambiente complessivo, normativo e di fatto, nel quale esso si realizza*».

Se si condividano questi rilievi, si tratterebbe piuttosto di considerare, allora, come il contesto fattuale e giuridico della crisi, soprattutto prima dell’apertura di una procedura, condizioni e orienti, e per così dire “plasmi”, l’erogazione del credito bancario.

3. Può innanzitutto registrarsi – anche a prescindere dalla valutazione di un’imminente procedura e delle opportunità di cui in seno ad essa potrebbe godere la cd. nuova finanza – la naturale ed ovvia propensione delle banche a intraprendere, alle prime avvisaglie di una crisi e per quanto possibile, un percorso di progressivo rientro e rafforzamento del credito, acquisendo garanzie reali e personali, del debitore o di terzi (soci, società collegate, etc.).

Esposizioni derivanti da aperture di credito o altre facilitazioni finanziarie non garantite, vengono via via ridotte e rimpiazzate da nuove

linee di credito assistite da garanzie ipotecarie, eventualmente anche – *faute de mieux* – di secondo o terzo grado.

Potrebbe osservarsi, per inciso, che un tale percorso, oltre che nella prospettiva della responsabilità della banca verso terzi (di cui si occuperà la relazione che segue) può involgere anche profili di responsabilità interna – verso la banca stessa o verso i suoi creditori – degli esponenti aziendali della banca, per avere erogato nuovo credito in condizioni già di incaglio o sofferenza del credito precedente. Tale azione gestoria, tuttavia, non dovrebbe ritenersi censurabile di per sé. Vero è, infatti, che la stipulazione di contratti di credito formalmente nuovi e scarsamente garantiti, in un contesto di difficoltà dell'affidato, possono risolversi in una prevedibile perdita per la banca. Vero è pure, tuttavia, che se tali contratti hanno lo scopo, per certi aspetti necessitato, di ridurre e consolidare, nei limiti in cui ciò è possibile, esposizioni pregresse, più gravi o meno assistite, non dovrebbe ritenersi la condotta, di per sé, pregiudizievole per la banca.

4. Chiaro è pure, tuttavia, che diverso sarà il metro di misura della finalità e della meritevolezza del finanziamento nella prospettiva dell'impresa affidata e dei suoi creditori. Nel senso che, se si tratti davvero di “finanziamento ponte” concesso ad un'impresa per consentirne il risanamento, esso dovrebbe essere: concesso solamente in presenza di ragionevoli prospettive di continuità aziendale; tendenzialmente proporzionato al capitale circolante dell'impresa; conformato secondo tecniche contrattuali congrue, prevalentemente volte a facilitare lo smobilizzo crediti e a sostenere i pagamenti strettamente necessari per sostenere nel breve periodo la continuità aziendale (dipendenti e fornitori soprattutto, oltre agli obblighi fiscali e previdenziali) e la solvibilità onde evitare il fallimento (Linee Guida CNDEC, AMBROSINI).

Diversamente andrebbe apprezzato (sempre nella prospettiva della responsabilità della banca di cui si occuperà la prossima relazione) il rifinanziamento laddove il suo scopo non fosse altro che quello di consolidare l'esposizione precedente mediante rientri o nuove garanzie, poi non revocabili in un prevedibile fallimento.

5. Meno decisiva – sempre nella prospettiva delle cautele opportune per il finanziatore – è invece divenuta, per effetto dei più recenti interventi legislativi (del 2010 e del 2012) in punto di prededucibilità, la possibilità di conseguire il rilascio di nuove garanzie a sostegno della nuova finanza funzionale all'accesso a una procedura concordataria; ovvero la possibilità di conformare, quantomeno, la nuova finanza a breve termi-

ne, così da poterne ottenere il rimborso prima ancora dell'apertura di una temuta procedura fallimentare, allo scopo di poter contare su un'esenzione da un'eventuale revocatoria fallimentare. Difatti, la protezione accordata, in punto di prededucibilità, dal 2010 in poi, anche alla nuova finanza funzionale all'accesso a una procedura concordataria rende se non equivalente, almeno ragionevolmente comparabile una tale protezione con quella per l'innanzi possibile solo sul piano dell'esenzione dalla revocatoria (VICARI, 2008), avendo certamente contribuito ad ampliare le possibilità di intervento da parte delle banche. Una differenza resta però, come noto, con riferimento alle imprese in crisi che pianificassero una ristrutturazione del debito ricorrendo al piano di risanamento attestato *ex art. 67, co. 3, lett. d, l.fall.*, ove alcuna protezione, in caso di successivo fallimento, opera per eventuali finanziamenti interinali.

6. Importante può risultare invece, sempre dal punto di vista della banca finanziatrice, la scelta di ricorrere a linee di credito "autoliquidanti", al fine dello smobilizzo crediti dell'impresa sovvenuta, adottando piuttosto la forma della cessione del credito anziché quella del mandato all'incasso, seppure con clausola di elisione o di annotazione (FRIGENI, 2013).

Ciò perché, almeno nel caso di successiva apertura di fallimento (diversamente forse sarebbe a dirsi in caso di concordato preventivo, attesa la tendenziale prosecuzione dei contratti in corso, compresi quelli di credito), dovrebbe ritenersi che mentre nel primo caso la banca cessionaria, almeno se la si ritenga a tutti gli effetti titolare del credito cedutole, potrebbe ben incassare quanto riscosso, salvo il caso di revocatoria; diversamente avverrebbe in caso di mandato all'incasso, secondo la cui struttura giuridica la banca, mandataria del cliente seppure *in rem propriam*, perderebbe la legittimazione all'incasso che gliene deriva, a favore della curatela; prima ancora, allora, che con l'avvenuto incasso si possa verificare una condizione nella quale possa quantomeno operare una compensazione *ex art. 56, l.f.*

7. Un'ulteriore considerazione sulle prospettive e strategie del finanziamento della banca alle imprese in crisi prima dell'apertura di una procedura.

a. V'è, innanzitutto, tuttora una condizione di maggiore incertezza che, nelle prospettive di una procedura di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, grava la nuova finanza erogata "in funzione" di tali procedure rispetto a quella "interinale" (*art. 182 quinque, l.fall.*) o in esecuzione delle medesime. Mentre le prime possono essere erogate in condizioni di relativa certezza (quella interinale potrebbe essere

concessa, ad esempio, anche alla condizione che venga effettivamente autorizzata dal tribunale, oppure contare, già in fase di trattative, su un'autorizzazione preventiva per tipologia ed entità; mentre quella in esecuzione, per definizione, fa riferimento a un piano già omologato), l'acquisizione dello statuto della prededucibilità, per la finanza “in funzione”, necessariamente erogata *prima* dell'accesso alla procedura, risulta, come noto, ancorato a due condizioni: la previsione dell'intervento finanziario (in modo più o meno puntuale, a seconda dei diversi punti di vista) nel piano o nell'accordo sottoposto al tribunale; e la sua “validazione” da parte di quest'ultimo in sede di provvedimento di ammissione alla procedura.

b. La seconda condizione ha evidentemente un discreto grado di incertezza. Ma anche la prima, per certi aspetti, non è detto che sia facilmente governabile.

Sempre più di frequente, infatti, accade che le banche stesse – un tempo quasi sempre in posizione di regia di ogni progetto di ristrutturazione del debito – vengano “sorprese” da domande di pre-concordato, in cui ovviamente un piano ancora non v’è (mentre la finanza accordata dopo sarebbe, a mio avviso, non più “in funzione” dell'accesso alla procedura, oramai avviata seppure in fase prodromica, bensì già riportabile alla fattispecie di quella “interinale” prevista dall’art. 182 *quinquies*; in questo senso AMBROSINI). Questo significa che il sostegno finanziario “genericamente” concesso durante la crisi e allo scopo di superarla, eventualmente già in via stragiudiziale, rischia di non poter aspirare ad alcuna prededucibilità anche se venisse di fatto impiegato, e quindi risultasse oggettivamente funzionale, all'accesso alla procedura. Con un possibile incentivo della banca, allora, a farsi essa stessa, in anticipo e nel suo stesso interesse, interprete della situazione di crisi dell’impresa assistita, spingendola verso una soluzione giudiziale, quante volte un risanamento stragiudiziale non appaia destinato al successo (ivi compreso quello perseguito attraverso un piano di risanamento attestato, per le ragioni sopra ricordate).

Vero è pure che, per converso, può talora porsi il problema opposto: e cioè quello della riclassificazione, all'interno di un piano concordatario, di credito erogato a sostegno di esigenze diverse come se invece fosse stato concesso al precipuo fine di facilitare l'accesso ad una procedura concordataria, guadagnandogli così una prededucibilità che in realtà non dovrebbe meritare.

c. La contingente e difficile distinguibilità fra tali situazioni in cui la banca si trova a dover operare, dovrebbe forse indurre a valutare con minor rigore ogni sua eventuale responsabilità penale nei casi in cui non

operi direttamente l'esenzione prevista dall'art. 217 bis, l.fall.

Nel senso che se è vero che dalle più recenti riforme emerge un indirizzo di incoraggiamento alla banche a sovvenire imprese in crisi, ciò non parrebbe coerente con – né giustificare – trattamenti francamente agli antipodi in circostanze che in fatto, invece, possono risultare sostanzialmente analoghe. E così: da una parte si ha l'esenzione penale e il "premio" della prededucibilità, quando il sostegno all'impresa in crisi sia assicurato espressamente in occasione o in esecuzione di un'operazione di risanamento "giudiziale"; e nessun "premio", invece, con la sanzione penale per giunta, si ha dall'altra parte, quando quello stesso tipo di sostegno, pur "a parità" di crisi, sia prestato in funzione dell'accesso alla procedura ovvero in un contesto in cui ancora non si sia deciso di accedere ad una procedura, senza dunque che ancora vi sia un piano all'interno del quale quel sostegno sia formalmente contemplato.

d. Certo è – sempre nella prospettiva dei possibili accorgimenti in "autotutela" delle banche, e ora con riferimento alla tipologia dei cd. finanziamenti in *pool* – che sempre meno, in tali interventi (sovente registrabili nei dissetti più significativi, dove imprese di dimensioni rilevanti intrattengono rapporti con diversi istituti) si raccomanda l'assunzione del ruolo di *leader*, o capofila.

Esso, in effetti, da un lato procura modesti vantaggi in termini di convenienza economica, almeno in termini proporzionali (anche se in assoluto è possibile che la banca più attiva sarà proprio quella maggiormente esposta, e quindi più interessata a un risanamento). D'altro lato, a fronte di ciò, esso comporta tuttavia un certo incremento in termini di eventuali responsabilità: non solo verso l'impresa (o meglio la procedura fallimentare nella quale c'è), ad esempio per abusiva concessione del credito o concorso nella commissione di reati fallimentari (come l'aggravamento del dissesto per aver concorso alla ritardata apertura della procedura); ma anche verso le altre banche consorziate, che in via diretta, o di manleva rispetto ad azioni della curatela, lamentino di essere state esse stesse fuorviate, o colpevolmente indotte a partecipare al *pool*, dalla capofila, la quale si sarebbe così assunta il compito di svolgere l'istruttoria del caso e organizzare l'intervento delle altre consorziate.

8. Un ultimo scorcio su questa fase e sulle connesse scelte strategiche rimesse alle banche.

È noto che molto spesso la nuova finanza bancaria, quanto più la crisi sia pressante, non venga concessa, *tout court*, tramite un semplice contratto di finanziamento, bensì rafforzandolo e "puntellandolo"

con clausole che impegnino la società finanziata a intraprendere un certo percorso (*covenants*, poi di diversa natura): e così, ad esempio, imponendo operazioni sul capitale, o la nomina di soggetti designati dalla banca finanziatrice all'interno degli organi di amministrazione o di controllo dell'impresa, o introducendo *covenants* sempre più stringenti affinché al maturare di certe condizioni vengano alienati cespiti aziendali, oppure non vengano più intrapresi nuovi investimenti giudicati troppo rischiosi o a lungo termine, ovvero a “tagliare rami secchi” della struttura produttiva, o ancora a licenziare personale dipendente, e così via.

Ebbene, tutto questo, nella contrattualistica, rischia spesso di assumere forme meno evidenti di quelle che pure potrebbero giudicarsi legittime e plausibili, considerato quello che in fondo è un ragionevole interesse della banca. Ciò avviene infatti a causa del timore di dare, se quei *covenants* fossero espressi, adito a possibili “teoremi” riconlegati alla dottrina – forse ora più *demodée*, anche nell'esperienza giuridica d'origine, quella americana, grazie ad un prudente intervento della sua giurisprudenza – della cosiddetta *lender governance*: l'idea cioè che la banca finanziatrice, in virtù di tutti i *covenants* attraverso i quali finisce per pilotare e condizionare la gestione dell'impresa affidata, non solo per via della sua influenza economica ma proprio in virtù di stringenti clausole contrattuali, possa essere qualificata come società controllante della finanziata; e conseguentemente assumere anche una connessa responsabilità, vuoi per induzione all'inadempimento della finanziata, vuoi per averla indotta a ritardare l'apertura del fallimento, vuoi infine per averne assunto a tutti gli effetti le responsabilità di una “abusiva” direzione e coordinamento durante la fase di crisi.

Conseguenza di un tale possibile rischio diviene allora che, spesso, la tipologia dei finanziamenti assistiti da *covenants* non vede questi ultimi esplicitati in termini netti, “nero su bianco”, proprio al fine di evitare che essi, *ex post*, si possano ritorcere contro la banca che li ha pretesi.

Essi, così, verranno piuttosto affidati, allora, a una serie di messaggi – spesso non messi per iscritto e se si vuole quasi subliminali – come quelli per cui la banca “gradirebbe”, “non si opporrebbe”, “preferirebbe consultarsi” prima dell'intrapresa di ciascuna delle iniziative oggetto dei *covenants* così mimetizzati (Bainbridge). Il che consentirebbe se non altro, in sede processuale, di indebolire la posizione avversa, accrescendo l'onere probatorio di chi invochi la responsabilità della banca per aver controllato l'impresa durante la sua fase di crisi.

Presidente

Bene, grazie Maurizio per le preziose osservazioni. Mi verrebbe, con una battuta, di dire: c'è da rimpiangere i vecchi bei tempi in cui le cose erano semplici e chiare, oggi si fanno sempre più complesse, tanto da richiedere al giurista di recuperare le conoscenze da prendere a prestito anche dall'aziendalista.

Il punto fondamentale, almeno a mio avviso, della relazione di Maurizio Sciuto ruota intorno alla domanda che egli si è posto: ma perché dobbiamo trattare così diversamente la banca quando fa finanza prima dell'ammissione alla procedura e invece successivamente? Non c'è il rischio di indurre la banca a un atteggiamento meno imprenditoriale e un po' più burocratico? O invece, e qui ricordo le ultime battute della relazione di Maurizio, si indurrà la banca a farsi imprenditore? Imprenditore non più bancario, ma industriale perché la banca dovrà, persino, impartire direttive gestionali precise, ad es. riguardo al licenziamento del personale o al taglio di rami secchi.

Finanziamenti bancari alle imprese in crisi: responsabilità della banca

SABINO FORTUNATO

1. Ringrazio i professori Nigro e Vattermoli per questo rinnovato invito ai seminari, sempre stimolanti, organizzati dalla Rivista. Il tema che mi è stato assegnato in questa seduta investe “la responsabilità della banca nei finanziamenti alle imprese in crisi”, tema di cui mi sono occupato in altra occasione con un breve scritto di inquadramento¹.

Non mi pare che da allora si siano avuti grandi mutamenti, se non fosse che l'argomento si è dimostrato certamente articolato e complesso. Forse gli ultimi punti di riferimento, dopo le note decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 7029, 7030 e 7031 del 28 marzo 2006, possono essere costituiti dalla sentenza di Cass., Sez. I, 1° giugno 2010, n. 13413 (che sembra affermare la legittimazione del Curatore fallimentare a far valere la responsabilità concorrente della banca per il “ricorso abusivo”

¹ Mi permetto di rinviare a FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 65 ss.

al credito da parte dell'imprenditore finanziato) e una recente decisione di App. Milano, 20 marzo 2015, n. 1229 (che, invece, pur volendosi apparentemente riallacciare alla Cassazione del 2010, nella sostanza nega recisamente ogni legittimazione del Curatore, confermando la sentenza appellata del Tribunale di Monza e l'orientamento che a me pare del tutto prevalente). In particolare App. Milano nega che possa sussistere responsabilità della banca a fronte di una richiesta di finanziamento che proviene dalla stessa società sovvenuta.

Ma procediamo per gradi.

Alessandro Nigro² ha individuato quattro possibili fattispecie in cui l'erogazione del credito può evocare l'eventuale responsabilità della banca: 1) la classica *concessione abusiva del credito*, di cui vedremo più specificatamente i connotati distintivi; 2) il concorso/complicità della banca nel *ricorso abusivo al credito* da parte dell'imprenditore finanziato, da alcuni ricondotto al *genus* della induzione all'inadempimento. Tuttavia, ritengo più corretto individuare distinte fattispecie al riguardo: il concorso implica che l'iniziativa provenga dagli esponenti della società sovvenuta, mentre l'*induzione all'inadempimento* esige una iniziativa del funzionario di banca, che spinge gli amministratori della società finanziaria a far ricorso al credito, contravvenendo ai propri doveri di diligenti gestori; 3) la terza fattispecie ricorre nel caso di una banca che si ingerisce nella gestione del sovvenuto, che opera alla stregua di un *amministratore di fatto*, anche per effetto di *covenant* negoziali, inseriti nello stesso contratto di finanziamento e di cui ci ha parlato anche Maurizio Sciuto; 4) e infine la responsabilità da *direzione e coordinamento* della banca nei confronti della sovvenuta, nella misura in cui si attui un vero e proprio dominio della banca verso il finanziato, grazie al controllo contrattuale ex art. 2359, co. 1, n. 3 c.c., veicolato dallo stesso finanziamento.

Come appare evidente, siamo di fronte più esattamente a *cinque* fattispecie, i cui elementi costitutivi sono tutt'altro che coincidenti: il "ricorso abusivo al credito" (artt. 218 e 225 l.fall) si fonda sull'*iniziativa* dell'amministratore o del direttore generale o del liquidatore della società sovvenuta e comunque dell'imprenditore finanziando e si basa su una condotta di questi *dissimulatoria* del dissesto o dello stato d'insolven-

² NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, I, 2011, p. 305 ss.; nonché ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, p. 439 ss.

za; tutte le altre fattispecie evocano un comportamento principale dei dirigenti (ed esponenti) della banca finanziatrice. E ancora “l’induzione all’inadempimento” come anche la “concessione abusiva” si riferiscono ad *atti puntuali* imputabili alla banca, laddove le responsabilità da “amministrazione di fatto” o da “direzione e coordinamento” si riferiscono ad *attività* – anche solo in senso ampio – di carattere gestorio, in cui l’eventuale finanziamento si inserisce come “occasione” dell’attività posta in violazione dei principi di corretta amministrazione del sovvenuto.

Peraltro, occorre sempre essere molto attenti a distinguere le forme di legittima tutela del credito da quelle di vera e propria ingerenza nell’altrui autonomia gestoria.

Ma fatta questa premessa in termini di inquadramento generale del rapporto fra banca e impresa finanziata o finanzianda, v’è da chiedersi quanto queste fattispecie astratte si siano effettivamente tradotte in casi giurisprudenziali di condanna risarcitoria a carico delle banche. A mia conoscenza, i giudizi si sono conclusi quasi sempre senza condanna della banca e spesso l’eventuale affermazione di responsabilità è contenuta in *obiter dicta*, poiché il *decisum* si muove in tutt’altra direzione, come accade anche nella citata sentenza della Cassazione del 2010.

Ma sul punto ritorneremo più oltre.

2. La *concessione abusiva del credito* è la figura principale, su cui si è maggiormente appuntata l’attenzione di dottrina e giurisprudenza. E ricordo a tutti noi che l’elaborazione dell’istituto nel nostro ordinamento deve molto ai lavori pionieristici di Alessandro Nigro, in base alle suggestioni che fin dagli anni Settanta del Novecento provenivano soprattutto dalla giurisprudenza francese³.

Si tratta di un “illecito atipico”, la cui antigiuridicità non sembra riconducibile alla violazione di specifiche disposizioni normative, ma appunto alla lesione dell’altrui sfera giuridica tutelata dal generico precezzo del “neminem ledere” sancito dall’art. 2043 c.c.

Le più mature elaborazioni giurisprudenziali, a cominciare dalle Sezioni Unite della Cassazione del 28 marzo 2006 (con ben tre decisioni

³ E cfr. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione “abusiva” del credito*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 219 ss., già in *Le operazioni bancarie*, I, a cura di Portale, Milano, 1978, p. 301 ss. Bisogna peraltro sottolineare che il sistema francese dell’illecito extracontrattuale è molto diverso da quello accolto dal codice civile italiano del 1942 e che, in particolare, il “sostegno abusivo” è costruito come una sorta di responsabilità oggettiva della banca per rischio d’impresa.

di identico contenuto: le nn. 7029, 7030 e 7031), hanno individuato il nucleo fondamentale della fattispecie nella “informazione distorta al mercato” che il finanziamento concesso ad una impresa insolvente è in grado di trasmettere agli operatori economici, nella misura in cui essa crea una apparenza di solvibilità che finisce per ingannare i terzi che vengono a contatto con l’impresa sovvenuta.

Insomma la concessione del credito all’impresa che ha perso il suo merito creditizio, ma forse e ancor più che si trova in una situazione di irreversibile decozione, viola le regole di diligenza del *bonus argentarius*. Tale comportamento non si limita a danneggiare talvolta la stessa banca erogatrice, ma anche i terzi, attuali creditori o successivi creditori, per effetto del messaggio distorto che questi percepiscono rispetto ad una impresa che non è già o non è più prospetticamente in grado di adempiere regolarmente ai propri impegni e che tuttavia prosegue l’attività grazie alla liquidità consentita dalla concessione del finanziamento, sia sotto forma di mantenimento delle linee di credito già in essere sia sotto forma di nuova erogazione.

L’interesse lesso è dunque l’*interesse del terzo* che, in mancanza di quel finanziamento, avrebbe più tempestivamente percepito la reale situazione economico-patrimoniale della sua controparte; e che dunque, se *attuale creditore*, avrebbe eventualmente interrotto ogni rapporto con il debitore e si sarebbe attivato per tutelare le proprie ragioni di credito; ovvero, se *potenziale contraente*, non avrebbe negoziato e non avrebbe contratto altre obbligazioni con l’imprenditore insolvente. L’interesse lesso si identifica, dunque, nella “libertà di autodeterminazione negoziale” del terzo, che deve poter fare affidamento su una compiuta informazione dello stato di salute (economico-patrimoniale) del debitore/contraente⁴.

Il comportamento illecito della banca non sta tanto nella erogazione del credito in quanto tale, ma nella “informazione distorta” che gli altri operatori di mercato ne traggono in merito allo stato di salute dell’impresa sovvenuta.

Questa impostazione dell’illecito da concessione abusiva del credito spiega perché la *lesione* che ogni terzo operatore di mercato può eventualmente subire è *differenziata* da caso a caso, poiché dipende dal-

⁴ Alcuni Autori preferiscono parlare di “lesione del credito”, ma a me pare che l’informazione distorta incida sulla “libertà negoziale” del terzo, tanto che abbia già in essere un rapporto contrattuale con il debitore in crisi (non venendo allora posto in condizione di tutelare il proprio credito, attivando tempestivamente i mezzi che l’ordinamento gli consente) quanto che sia indotto a negoziare e contrarre nuove obbligazioni.

lo stato soggettivo di consapevolezza/conoscenza che ognuno ha della situazione economico-patrimoniale del proprio debitore/contraente e, sotto il profilo della entità del danno, dal contenuto del singolo rapporto negoziale in essere o successivamente instaurato. Ne discende che il danno risarcibile tocca la sfera giuridico-patrimoniale di ciascun terzo: può esistere, ma può anche mancare, perché il terzo ha agito nella piena consapevolezza dello stato di difficoltà del debitore; e laddove esiste, ha una misura diversa per ognuno dei creditori lesi⁵. Insomma il danno risarcibile è individualizzato e non è affatto indifferenziato.

Di qui l'ulteriore affermazione che l'eventuale azione risarcitoria *non è azione di massa*, per cui la legittimazione attiva non compete al Curatore fallimentare, il quale – come riconoscono le Sezioni Unite del 2006 e come ribadito dalla stessa Cassazione n. 13413 del 2010 – è legittimato ad agire “in rappresentanza dei creditori” limitatamente “alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica” e tende, con le sue azioni risarcitorie e revocatorie, a produrre un beneficio indistinto sulla massa dei creditori concorsuali. La concessione abusiva di credito, in quanto produttiva di una erronea informazione di mercato, determina semmai un illecito assimilabile a quello che fonda non già l'azione sociale o l'azione collettiva dei creditori sociali per la reintegrazione del patrimonio del debitore, ma l'azione individuale del terzo *ex art. 2395 c.c.*, leso direttamente nella propria sfera patrimoniale⁶.

⁵ Osserva Cass., S.U., n. 7029/2006 che «la posizione dei singoli creditori nei confronti di siffatta attività di sovvenimento abusivo dell'imprenditore si differenzia a seconda che i crediti siano antecedenti oppure successivi alla stessa. La circostanza temporale infatti può escludere oppure costituire il presupposto del pregiudizio, negando pertanto il carattere indifferenziato che struttura l'azione di massa. Il creditore antecedente l'abusiva concessione del credito avrà titolo a dolersi per la partecipazione al riparto, pur sempre all'esito delle azioni conservative del patrimonio da ripartire, dei creditori successivi. Questi ultimi, invece, esclusivamente dell'eventuale incapienza e per tale parte soltanto».

⁶ Sempre Cass., S.U., n. 7029/2006 precisa, con riguardo alla legittimazione del Curatore fallimentare, che «siffatta legittimazione ad agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c. (vedi Cass. n. 18147 del 2002)».

I principi affermati dalle S.U. sono ripresi in Cass., 23 luglio 2010, n. 17284; 23 luglio 2008, n. 20364; 9 luglio 2008, n. 18832; 18 giugno 2008, n. 16592; 13 giugno 2008, n. 16031.

Costituiscono “falsi precedenti” Cass., 13 gennaio 1993, n. 343 e Cass., 8 gennaio 1997, n. 72 (così ROPPO, *Crisi dell'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fallimento*, 1996, p. 876 ss.). Su Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II,

3. La responsabilità da *abusiva concessione di credito*, dunque, sorge da un “illecito aquiliano” nei confronti di singoli terzi, per un danno diretto alla loro economia individuale. La nuova disciplina delle imprese in crisi, soprattutto nella parte relativa alle procedure negoziate di risoluzione, modifica il quadro degli elementi costitutivi dell’illecito?

Nel mio precedente contributo ho evidenziato come la fattispecie in qualche modo subisca una “torsione” per effetto dei nuovi istituti dei piani attestati (art. 67, co. 3, lett. d l.fall.), degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall.) e del riedito concordato preventivo (art. 160 l.f.), sia sotto il profilo oggettivo sia sotto il profilo soggettivo e fors’anche sul piano della natura (extracontrattuale o contrattuale) dell’illecito.

Gli elementi che incidono in modo particolare sono: (i) la *pubblicizzazione* della situazione di crisi; (ii) la formalizzazione di un *piano di risoluzione* della crisi, e (iii) la *valutazione* che ne compie il finanziatore cui si sia rivolto l’imprenditore in crisi.

Beninteso, l’attività d’impresa è sempre un’attività programmata; la programmazione – come ha evidenziato Danilo Galletti⁷ – è elemento costitutivo della nozione di imprenditore ed è evidente che la banca nella erogazione del credito all’imprenditore, anche quando esso appare solvibile e *in bonis*, dovrebbe basare il suo comportamento sulla valutazione dell’attività dallo stesso programmata. In altre parole non dovrebbe esserci una differenza qualitativa nel comportamento della banca che fa credito ad un imprenditore *in bonis* o ad un imprenditore in crisi: si tratta sempre di verificare se, in base alla programmazione dell’attività dell’imprenditore sovvenuto, questi sarà in grado di restituire il finanziamento erogato. Ciò che si può dire è che l’imprenditore con consistenti riserve e garanzie patrimoniali non porrà grandi problemi al finanziatore, nella misura in cui è comunque in grado di adempiere alla propria obbligazione restitutoria. Di contro l’imprenditore in crisi è meritevole di una maggiore attenzione e richiede una *formalizzazione analitica del programma di attività*, onde dimostrare la sua capacità di ripresa e di superamento della crisi.

p. 258 con nota di PERRONE e MARZONA, riferita alla responsabilità risarcitoria della banca trattaria verso la banca negoziatrice in relazione ad una serie di assegni emessi allo scoperto, vedi le osservazioni di PANZANI, *L’insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, 2011, pp. 198-200.

⁷ *La teoria dell’impresa fra diritto e azienda*, testo della lezione tenuta presso il Centro Studi e Sperimentazione per l’Innovazione nelle P.A. dell’Università degli Studi di Verona in data 25 novembre 2005.

A fronte di un ragionevole piano di superamento della crisi, il mantenimento delle linee di credito o anche l'erogazione di nuova finanza non potranno considerarsi abusivi e perciò illeciti. Il danno che potrebbe derivare a terzi dalla prosecuzione dell'attività dell'imprenditore in crisi non sarebbe imputabile alla banca che ha fatto ragionevole affidamento sul piano programmato dall'imprenditore e che ad una analisi professionale risultava idoneo al superamento della crisi. E questo, si badi, è vero anche rispetto ad un piano attestato *ex art. 67 l.f.* che pure non è necessariamente destinato alla pubblicizzazione, poiché – ove si dimostri che in forza di una valutazione professionale di quel piano il finanziamento si inseriva in ragionevoli prospettive di superamento della crisi – verrebbe meno il comportamento antigiuridico del finanziatore, in quanto non sorretto dall'elemento soggettivo della “colpa”. Sotto quest'ultimo profilo v’è chi, come Alessandro Nigro, richiede in capo all’intermediario il “dolo”; altri tende a limitare la responsabilità della banca al ricorrere della “colpa grave”. A mio avviso e in via di principio, non mi pare sussistano ragioni sufficienti per escludere sistematicamente l’applicazione della disciplina generale in materia di illecito. “Ciò che si può correttamente affermare – osservavo in altra sede – è che la valutazione prognostica, la previsione del risanamento e/o ristrutturazione, è sempre esercizio particolarmente difficile e presenta margini di discrezionalità più ampi rispetto all'accertamento di fatti storici. Sì che la colpa, pur non grave, potrà ricorrere solo in circostanze che superino ogni ragionevolezza e probabilistica logicità della previsione. E ci si potrà altresì interrogare sulla eventuale insorgenza di una sorta di *culpa in vigilando* del finanziatore lungo tutta la fase di attuazione del piano, di un suo obbligo di interruzione del sostegno finanziario quando emerga con certezza che il piano è destinato all’insuccesso, essendosi modificati in maniera decisa i presupposti su cui trovava fondamento la preventivata idoneità”⁸. Si potrebbe semmai invocare il principio ricavabile dall’art. 2236 c.c., secondo cui, “se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”, la responsabilità è limitata al caso di “dolo o di colpa grave”, pur non nascondendosi che la disposizione è dettata in materia di responsabilità contrattuale del prestatore d’opera intellettuale. E tuttavia, non v’è dubbio che la valutazione di un piano di risanamento e/o ristrutturazione implica l’esercizio di una diligenza professionale molto simile a quella dovuta da un prestatore d’opera intellettuale e che, il più

⁸ Mi permetto richiamare FORTUNATO, *La concessione*, cit., p. 67.

delle volte, si scontra con la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, come spesso accade nelle ipotesi di “informazione previsionale” o “programmatica”.

Un tale ragionamento vale a maggior ragione nel caso del finanziamento collegato ad un “piano pubblicizzato”, come accade con gli accordi di ristrutturazione o con il concordato preventivo. Qui si aggiunge un ulteriore elemento, poiché l’elemento oggettivo dell’eventuale illecito non tanto si caratterizza in termini di informazione distorta al mercato sulla solvibilità dell’impresa in crisi, insomma sull’occultamento ai terzi della situazione di crisi, che è invece resa nota con la domanda depositata in Tribunale e pubblicizzata tramite il Registro delle imprese; quanto in termini di colpevole ed erronea informazione sulle possibilità di superamento della crisi da parte dell’imprenditore sovvenuto. In altre parole, se la situazione soggettiva della banca finanziatrice rilevante ai fini della sussistenza dell’illecito è del tutto analoga tanto nell’ipotesi di piano non pubblicizzato quanto in quella del piano pubblicizzato, mi sembra che si modifichi in quest’ultimo caso l’oggetto della percezione lesiva del terzo presuntivamente danneggiato, il quale non potrà sostenere di aver fatto incolpevole affidamento su una impresa che appariva solvibile a causa del finanziamento ricevuto, ma dovrà semmai dimostrare che il piano pubblicizzato non era ragionevolmente credibile e che la concessione di finanziamento da parte della banca, quale finanziamento ponte o inserito nelle previsioni di piano, ha avuto un ruolo causale o quantomeno con-causale nell’affidamento del terzo danneggiato.

Un’ultima questione che a mio avviso solleva la presenza di piani inseriti in accordi di ristrutturazione o in concordati preventivi, nel cui ambito trovi spazio il mantenimento del finanziamento o anche la nuova finanza, riguarda la *natura giuridica* della responsabilità del banchiere, nel senso che in tali ipotesi si può qualificare quella responsabilità in termini *contrattuali*, piuttosto che extracontrattuali. Il che deve affermarsi non solo nei confronti di chi abbia in buona fede partecipato all’accordo, ma anche nei confronti dei creditori estranei, i quali sono in qualche modo “contemplati” dal piano medesimo. “Sia gli uni che gli altri – come ho già osservato – sono in realtà “contemplati” espressamente dal piano: per quel che concerne gli accordi di ristrutturazione, ai creditori aderenti vengono richieste concessioni e rinunce sul proprio diritto patrimoniale e ai creditori non aderenti viene promesso il “regolare pagamento”; quanto al concordato preventivo tutti i creditori, consenzienti e dissenzienti, sono destinatari di effetti quantomeno parzialmente remissori, una volta che la proposta sia stata accettata dalla maggioranza ed omologata dal Tribunale. Si impone insomma un vero e proprio “obbligo di

protezione” dei terzi pur non aderenti, ma per i quali il “contatto sociale” è conseguenza della necessaria contemplazione della relativa posizione nel piano”.

4. A questo punto v’è da chiedersi se sia possibile una diversa prospettazione dell’illecito derivante dalla concessione abusiva di credito, sia in termini di *soggetti lesi* sia in termini di effetti oggettivi, di *patrimoni danneggiati*, dal comportamento illecito imputabile alla banca.

Le Sezioni Unite del 2006, in verità, sembrano definire l’illecito in questione come potenzialmente “plurioffensivo”, poiché, accanto al danno da distorta informazione del mercato, ipotizzano anche un possibile *danno concorrenziale*. “Una concessione di credito estranea alle regole di corretta amministrazione del medesimo, – osservano le Sezioni Unite – mantenendo artificialmente in vita una impresa quando essa invece dovrebbe uscire dal mercato, le consente di continuare una concorrenza che altrimenti non eserciterebbe. Con ciò essa, quale ne possa essere la sorte, produce danno di natura concorrenziale al concorrente, il quale a prescindere dal fallimento, può esercitare azione risarcitoria nei confronti della impresa stessa, oltre che della banca”⁹. Bisogna peraltro precisare che tale affermazione è addotta come ulteriore argomentazione a sostegno della natura individuale dell’azione risarcitoria derivante dall’abusiva concessione di credito, al fine di escludere il carattere di massa della relativa azione e, conseguentemente, la legittimazione del Curatore. Ed ha pertanto il chiaro sapore di un *obiter dictum*.

Peraltro, anche il principio in sé non è del tutto convincente. Perché sussista un danno concorrenziale risarcibile, occorre identificare l’esistenza di un atto di concorrenza sleale posto in essere dall’imprenditore a danno di altro o altri imprenditori concorrenti, alla stregua di quanto disciplinato dall’art. 2598 c.c., e di cui si sia reso compartecipe la banca. L’unica ipotesi eventualmente invocabile è quella configurata nella clausola generale del n. 3, che sanziona chiunque “si vale direttamente o indirettamente di *ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale* e idoneo a danneggiare l’altrui azienda”. Francamente non mi pare agevole individuare nel ricorso al finanziamento da parte

⁹ Conclude la Suprema Corte: «*Si deve dunque dedurre che l’effetto dannoso della attività illecita di cui si tratta non è di necessità e dunque esclusivamente la erronea percezione della solvibilità della impresa finanziata. Lo specifico effetto piuttosto è potenzialmente plurimo, e dipende dalla relazione giuridica con il terzo danneggiato*

di una impresa in difficoltà un comportamento contrario ai “principi di correttezza professionale” (*id est: imprenditoriale*)¹⁰; né può parlarsi di un rapporto concorrenziale fra il finanziatore e le imprese concorrenti del sovvenuto; difficile, infine, individuare un danno specifico a singole imprese concorrenti, piuttosto che una alterazione generale del mercato. E tanto più dopo la riforma delle procedure concorsuali, che sembrano orientate da un *favor* per il salvataggio degli organismi produttivi e agevolano interventi di finanziamento alle imprese in difficoltà.

5. Una ulteriore prospettazione in termini di plurioffensività è quella su cui insistono alcuni Autori¹¹, secondo cui la concessione abusiva di credito è idonea a danneggiare non solo il patrimonio di terzi, ma *anche il patrimonio dello stesso imprenditore finanziato*. Ne conseguirebbe un diritto risarcitorio già presente nel patrimonio dell’imprenditore fallito, in cui succederebbe il Curatore con conseguente legittimazione ad esercitare le azioni (sociale e dei creditori sociali) per la reintegrazione del patrimonio danneggiato. Il danno si determinerebbe in ragione del fatto che l’abusivo finanziamento favorirebbe il protrarsi dell’attività del debitore e ne aggraverebbe lo stato di dissesto, determinando l’accumulo di ulteriori perdite. All’obiezione secondo cui in realtà il finanziamento immette nuove risorse e non depaupera il patrimonio del sovvenuto, si tende a rispondere con l’affermazione che il finanziato assume obblighi di restituzione che appesantiscono il suo stato patrimoniale.

Francamente, non ritengo convincenti gli argomenti sin qui addotti. Innanzitutto, non v’è dubbio che il finanziamento aggiunge nuove risorse così come il mantenimento delle linee di credito agevola l’attività dell’imprenditore; e sul piano patrimoniale l’assunzione di nuove obbligazioni di restituzione al più rende neutra l’operazione¹². In secondo lu-

¹⁰ PANZANI, *L’insuccesso*, cit., p. 218, osserva: «si tratterà quindi di verificare quanto le S.U. sembrano dare per presupposto, e cioè che l’accesso alle fonti di finanziamento in condizioni di cui un finanziamento non avrebbe dovuto essere erogato sia oggettivamente in contrasto con un principio generale rinvenibile nell’ordinamento».

¹¹ Particolarmenete confuse, tuttavia, le annotazioni di BELLI, *La responsabilità della banca per erogazione “abusiva” del credito ad un’impresa in situation désperée*, in *La Resp. civ.*, 2012, p. 93 ss.

¹² Analogo rilievo di neutralità in BONELLI, “Concessione abusiva” di credito e “interruzione abusiva” di credito, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 827 ss. in particolare p. 838; nonché in Trib. Monza, 31 Luglio 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 375.

go e soprattutto, non si vede come possa l'imprenditore che ha contratto volontariamente il finanziamento pretendere il risarcimento del danno al proprio patrimonio conseguente ad un atto di cui è stato pienamente compartecipe, anzi direi *coautore*. A ben vedere è questo il rilievo che muovono le Sezioni Unite del 2006 alla pretesa legittimazione del Curatore derivante da una successione nel diritto risarcitorio facente capo all'imprenditore fallito: «*Va ancora osservato... che la odierna ricorrente partecipò al contratto che dette luogo alla abusiva concessione del credito. Essa dunque da quel contratto non trasse un credito nei confronti della banca, oggi rivendicabile dal curatore. Piuttosto dette luogo, nella stessa costruzione proposta dalla curatela, all'illecito di cui si discute. Dunque non può ragionarsi in termini di compensazione delle colpe, come pretende la curatela, giacché l'ipotesi di cui all'art. 1227 c.c., non può applicarsi al caso in cui entrambe le parti del rapporto danno vita, consapevolmente, al medesimo illecito, riguardando la norma codicistica la fattispecie nella quale distinte condotte, diversamente efficienti a produrre l'evento di danno, ma tuttavia l'una avente titolo nella colpa, concorrono a produrre l'evento pregiudizievole.*» Come dire, *in pari causa turpitudinis, melior est condicio possidentis*¹³.

¹³ E ciò pur a prescindere se non possa interpretarsi comunque il co. 1 dell'art. 1227 c.c. come riferibile anche al fatto del creditore non solo in quanto concausa dell'evento dannoso, ma anche come elemento costitutivo del medesimo fatto causativo del danno. È evidente che la posizione delle Sezioni Unite è molto più rigorosa in quest'ultima ipotesi, che tende ad escludere qualsiasi possibilità risarcitoria del patrimonio del finanziato. Ricordo che l'art. 1227 trova applicazione non solo alla responsabilità contrattuale, ma anche direttamente a quella extracontrattuale per effetto del richiamo espresso da parte dell'art. 2056 c.c.

Questo aspetto delle tre decisioni delle Sezioni Unite sembra sfuggire a BONELLI, *«Concessione abusiva»*, cit., p. 836, secondo cui invece esse avrebbero affermato senz'altro la legittimazione del Curatore a richiedere il risarcimento del danno arrecato dalla banca al patrimonio della società fallita, avendo in concreto rigettato la domanda perché proposta in questi termini tardivamente in cassazione e non sin dal primo grado. Se quest'ultimo rilievo è corretto, non lo è quello secondo cui astrattamente le Sezioni Unite avrebbero ammesso la risarcibilità del "patrimonio del fallito" per concessione abusiva, poiché – come si precisa nel testo – la Suprema Corte ha escluso espressamente quella risarcibilità nella misura in cui banca e società siano coautrici dell'illecito.

Secondo PANZANI, *L'insuccesso*, cit., p. 213 s. occorrerebbe «*verificare sino a che punto l'atto di mala gestio posto in essere dagli amministratori della società finanziata nel richiedere la concessione del credito abusiva possa essere riferito alla società stessa, tanto da escluderne la legittimazione a domandare il risarcimento, sia sul piano del rapporto di immedesimazione organica tra amministratore e società sia sul piano della responsabilità della società per gli atti ultra vires.*»

In una diversa prospettiva parrebbe muoversi la sentenza di Cass., n. 13413 del 2010, che peraltro è pronunciata non già con riferimento ad una fattispecie di “concessione abusiva” di credito, ma di “ricorso abusivo al credito”, ricorso che presuppone la dolosa infedeltà degli esponenti della società finanziata. Nella specie si sarebbe determinata in sede penale la condanna (intervenuta nelle more del giudizio civile) dell’amministratore e del direttore della filiale della banca per “concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito”. Con riferimento alla impostazione della domanda in termini di concessione abusiva, la Cassazione in commento dichiara di aderire completamente a quanto enunciato dalle Sezioni Unite; e tuttavia ritiene che in considerazione della peculiarità della fattispecie concreta (e cioè “la circostanza che l’amministratore della società fallita e il direttore della filiale della banca siano stati condannati per ‘concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito’, vale ad integrare un’ipotesi di responsabilità dell’amministratore verso la società ex art. 2393 c.c. - che il curatore può far valere ai sensi della L. Fall., art. 146 - e di concorso nella stessa responsabilità della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario”) possa affermarsi il principio secondo cui “il curatore è... legittimato ad agire, ai sensi della l. Fall., art. 146, in relazione all’art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita dall’abusivo ricorso al credito da parte dell’amministratore della stessa società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell’azione anche contro l’amministratore infedele”¹⁴. Di fatto, poi, il ricorso viene dichiarato inammissibile, perché difettava la domanda prospettata sin dal primo grado in termini di concorso della banca al fatto causativo del danno subito dal patrimonio della società. È evidente che siamo di

A me pare che l’organizzazione societaria presuppona, nelle relazioni con i terzi, il necessario rinvio agli atti compiuti dai relativi organi (rappresentativi) come atti imputabili alla società: la società non opera che tramite i suoi organi, tanto più ove questa attività si compia nell’esercizio delle relative incombenze o anche in occasione di quell’esercizio.

Per quanto concerne il compimento di atti *ultra vires*, credo che si debba tenere distinta l’interferenza che l’oggetto sociale può dispiegare nei rapporti con i terzi da quella che può esercitare nei rapporti interni tra la compagnie assembleare e gli amministratori; e ciò soprattutto in materia di società di capitali dopo la riforma del diritto societario del 2003.

¹⁴ Condivide la decisione di Cass. n. 13413/2010 NIGRO, *La responsabilità*, cit., p. 308, ma non sembra affrontare in alcun modo le obiezioni di cui nel testo.

fronte, ancora una volta, ad un *obiter dictum*, senza che tale pronuncia possa assurgere ad un vero e proprio precedente¹⁵.

Senonché, anche questo principio mi lascia estremamente perplesso. Innanzitutto va ribadito che l'ipotesi non tocca di per sé la “concessione”, ma il “ricorso” abusivo al credito, che è reato doloso di iniziativa

¹⁵ Sembra che, invece, Trib. Messina, 2 settembre 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 864 ss. sia pervenuta alla condanna risarcitoria della banca in solido con il proprio funzionario e gli amministratori della società sovvenuta, attinti peraltro da bancarotta fraudolenta. Si allinea alla decisione di Cass. n. 13413/2010, Trib. Parma, 1º gennaio 2013, n. 25 con sentenza non definitiva, che riconosce la possibilità di un concorso del finanziatore con gli amministratori della società sovvenuta, chiamato dal Curatore a rispondere solidalmente dei danni arrecati al patrimonio della società finanziata. Anche App. Milano, 11 maggio 2015, n. 1229, in *www.expartecreditoris.it*, dopo aver integralmente confermato i principi sanciti dalle Sezioni Unite, sembra affermare la peculiarità della fattispecie considerata da Cass. n. 13413/2010. Sta di fatto che poi nel caso di specie ritiene insussistente la domanda della Curatela nei termini astratti prospettati solo in secondo grado e ne rigetta l'appello, confermando la sentenza del Tribuna di Monza.

Il Trib. Piacenza, 7 ottobre 2008, in *www.ilcaso.it*, si limita invece a riconoscere conseguenze sul piano processuale del rito da seguire, ove il curatore abbia prospettato la domanda in termini di danno diretto al patrimonio sociale in caso di concessione abusiva di credito, senza peraltro entrare nel merito della stessa (questa la massima: «*Qualora il curatore deduca un danno diretto al patrimonio sociale dell'impresa fallita la cui causa sia astrattamente riconducibile ad una abusiva concessione di credito ad opera di una o più banche, si deve ritenere che questi abbia inteso chiedere tutela e risarcimento per un danno che, avendo come presupposto l'aggravamento del dissesto e non già la dichiarazione di fallimento, era già presente nel patrimonio della società. L'azione risarcitoria così articolata, ove il curatore ha agito quale successore del fallito, ha natura aquiliana e, a differenza delle azioni revocatorie che hanno come presupposto la dichiarazione di fallimento, non può essere qualificata come azione di massa che deriva dal fallimento ai sensi dell'art. 24 legge fall.»).*

A sua volta Trib. Monza, 12 settembre 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1158 esclude che la concessione abusiva di credito possa costituire in sé una fonte di danno per la società a cui è erogata, in quanto «*per definizione comporta l'acquisto di disponibilità economiche da parte del finanziato (in astratto un vantaggio)*». Non sussiste una «*ingiusta lesione del patrimonio (del fallito): un danno in senso giuridico si configura solo se sussiste la lesione di un interesse giuridicamente rilevante e la erogazione del credito non comporta tale danno*». Né il danno può ricondursi «*ad una previsione del cattivo uso della provvista ricevuta da parte degli amministratori (ancorché possibile)... Se difatti, viene prospettata la illecitità della abusiva concessione del credito, si verte in una ipotesi di condotta (asseritamene) illecita, ma con caratteri istantanei. Va escluso che l'illecitità possa essere ricollegata ad un momento successivo alla erogazione del credito; ne consegue che se, successivamente, il finanziato ha utilizzato male le risorse che aveva a disposizione ed al momento del fallimento il suo patrimonio non è più capiente, ciò non può essere imputato al finanziatore*».

degli esponenti della società finanziata. Ne consegue che il concorso del funzionario di banca presuppone analogo elemento soggettivo doloso in capo al medesimo. È ovvio che nel caso di specie non è in discussione la possibilità di chiamare a rispondere uno qualsiasi dei responsabili solidali dell'illecito, anche senza contestualmente chiamare gli altri, come afferma la sentenza della Cassazione.

Ma il problema mi sembra un altro, in qualche modo analogo a quello risolto dalle Sezioni Unite in merito alla impossibilità di chiamare a rispondere la banca per il danno subito dal patrimonio del fallito in presenza del medesimo fatto causativo del danno di cui si assume che entrambi siano coautori. La responsabilità solidale della banca parrebbe trovare fondamento nell'art. 2049 c.c., secondo cui del "fatto illecito" compiuto da "domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti", ne rispondono anche "i padroni e i committenti", con la conseguenza che il fatto illecito del funzionario della banca debba imputarsi anche alla banca. E tuttavia non si vede come non debba analogamente imputarsi alla società fallita (e presuntivamente danneggiata) il fatto illecito dell'amministratore o liquidatore o direttore generale di quella società che ha dato origine al ricorso abusivo al credito, in forza del principio di immedesimazione organica. Il che ci riporta al medesimo schema di concorso nel compimento dello stesso fatto illecito tanto della banca quanto della società fallita e alle analoghe conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite, al fine di escludere – in forza del principio di "autoresponsabilità" – qualsiasi richiesta risarcitoria a nome della società finanziata nei confronti del finanziatore. Ed è davvero paradossale che il "ricorso abusivo al credito" (quale reato in cui la banca dovrebbe considerarsi "vittima" e parte offesa – posta la fattispecie che esige la prospettazione dissimulatoria del dissesto –), dovrebbe poi in sede civile e risarcitoria vedere la banca soccombente¹⁶! In altre parole,

¹⁶ Secondo PANZANI, *L'insuccesso*, cit., p. 208: *In questo caso il banchiere difficilmente concorre nel reato, perché di regola egli ne è il soggetto passivo, anche se non si può escludere l'ipotesi di un concorso del banchiere nel reato dell'imprenditore, in danno di altri finanziatori*. Ipotesi, quest'ultima, che a me pare ricondurre alla figura della "concessione abusiva del credito" pur sempre nell'ottica della tutela risarcitoria di terzi e non del patrimonio dello stesso imprenditore. Analoga considerazione mi sembra possa compiersi nel caso di concorso del banchiere, che abbia continuato a finanziare l'imprenditore insolvente, nella bancarotta semplice per aggravamento del dissesto (art. 217, co. 1, n. 4 l.f.) in quanto l'imprenditore abbia tardato il fallimento astenendosi dal richiederlo o per altra colpa grave, «ove quest'ultima ipotesi potrebbe consistere

ritengo contraddittorio riconoscere per un verso che nel caso di concessione abusiva di credito non vi sia spazio per una azione risarcitoria del curatore subentrato al fallito che si assume leso nel suo patrimonio, in quanto la sua istanza di credito si pone come elemento necessario del fatto causativo del danno, sì che egli possa e debba dirsi coautore di quel fatto; e non riconoscere per altro verso che lo stesso schema si ripropone nella ipotesi di ricorso abusivo su iniziativa del fallito, anche se in concorso con un funzionario bancario infedele. Se immedesimazione organica sussiste nel soggetto bancario, quando lo si valuti nella sua organizzazione complessiva e nei rapporti esterni, pari immedesimazione sussiste per gli organi della società finanziata quando se ne valuti la sua organizzazione complessiva pur sempre nei rapporti esterni¹⁷.

nell'accesso al credito bancario e vi sia consapevolezza nel banchiere della situazione in essere» (sempre p. 208): ancora una volta si tratterà di tutelare i terzi e non certo come massa, non già il patrimonio del debitore che è coautore della condotta illecita.

¹⁷ Sempre Cass. S.U. n. 7029 del 2006 afferma: «Nelle vicenda in esame si ha che l'abuso del credito affermato si è perfezionato mediante la conclusione di un contratto al quale la s.r.l. partecipò con i suoi organi, a tanto legittimati dai suoi statuti. Potrebbe, al più, ipotizzarsi una responsabilità di costoro per mala gestio, ma questa esclude comunque l'azione risarcitoria di cui si tratta per la ragione che alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potete nascere, da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti». Tale enunciato trova il suo precedente nel brocardo latino già citato nel testo, peraltro riflesso nella *in pari delicto doctrine* statunitense, per cui chi è complice di un atto, anche fosse illecito, non può lamentarne i danni. Tale dottrina è affermata nel risalente caso *Patterson v. Franklin*, 176 Pa. 612 (Pa. 1896); conforme, fra i più recenti *Schact v. Brown*, 711 F.2d 1343; 1983 U.S. App. LEXIS 28988; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P99,160; ma anche, a proposito della vicenda Parmalat, *Bondi v. Citigroup, Inc.*, 2005 WL 975856, *21 (N.J. Super. L. Feb. 28, 2005). In questa sede non è possibile dar conto dell'ampio dibattito che ha accompagnato negli Stati Uniti l'elaborazione del cd. istituto del “deepening insolvency”, in sostanza dell'aggravamento del dissesto conseguente alla ritardata dichiarazione di insolvenza che oscilla fra la configurazione di una “Independent Cause of Action”, una “Theory of Damages”, un diverso nome di un “Existing Tort” o addirittura un “Tort Non Independent”: e v. per una sintesi COLASACCO, *Where Were the Accountants? Deepening Insolvency as a Means of Ensuring Accountants' Presence When Corporate Turmoil Materializes*, 78 Fordham L. Rev. 793 (2009), p. 825 ss.; più recentemente SILBERGLIED, *Litigating Fiduciary Duty Claims in Bankruptcy Court and Beyond: Theory and Practical Considerations in an Evolving Environment*, 10 J. Bus. & Tech. L. 181 (2015), p. 210 ss.

6. Ovviamente sgombriamo il campo dall'ipotesi dell'induzione all'inadempimento, ipotesi in cui l'iniziativa proviene dal funzionario di banca per procurare un vantaggio all'ente creditizio, come nel caso in cui l'amministratore della società sia indotto a sottoscrivere un mutuo per trasformare una esposizione debitoria a breve in una esposizione a medio e lungo termine eventualmente garantita.

E parimenti sussisterà responsabilità in tutte quelle ipotesi in cui, per effetto di *covenants* o per l'effettiva soggezione determinata dall'esercizio di una sorta di potere direttivo in merito all'utilizzo del finanziamento erogato, la banca si trovi ad espletare un'attività di controllo e dominio o addirittura di amministratore di fatto nei confronti del sovvenuto. Ma ancora una volta va ribadito che non è certo l'atto di erogazione del credito la fonte della responsabilità, bensì la successiva "attività" che esprime un ben diverso ruolo del finanziatore in relazione al soggetto finanziato.

Considerazioni conclusive

GIUSEPPE TERRANOVA

1. Consentitemi di ringraziare gli organizzatori del convegno, primo tra tutti il Professor Nigro, per avermi invitato a intervenire, assieme ad autorevoli relatori, davanti a una platea così qualificata, assegnandomi per altro il compito della relazione di sintesi. Confesso di sentirmi un po' a disagio nei panni che ho accettato, forse avventatamente, d'indossare. Al relatore di sintesi si chiede, infatti, una prova d'ardimento: gli s'impone d'iniziare a parlare prima ancora d'aver finito di pensare, con il rischio d'enunciare tesi e soluzioni, che possono sembrare campate in aria a chi ascolta, ma che – *re melius perpensa* – potrebbero risultare imbarazzanti anche per chi le ha proposte.

Tenendo conto di ciò, non vi meraviglierete se prendo il discorso un po' alla lontana, ricollegandomi a quanto ha già detto Alessandro Nigro nella bella relazione d'apertura: in Italia, soprattutto a partire dall'inizio degli anni Settanta, i rapporti tra le banche e le procedure concorsuali sono stati particolarmente conflittuali, fino alla svolta imposta dalla riforma del 2005, che però non ha ancora portato la materia in una condizione d'equilibrio stabile e maturo.

2. Non è facile individuare le ragioni di questo stato di cose. Provo a esporne alcune.

Da un lato, il mondo bancario, in quegli anni, era molto diverso

dall'attuale: la concorrenza tra le aziende di credito era pressoché nulla, anche per l'atteggiamento della Banca Centrale, molto più attenta a garantire la stabilità del sistema, che a spronare l'efficienza delle imprese attraverso la creazione di un mercato dinamico e competitivo; di conseguenza, sussistevano larghe sacche di rendita oligopolistica, che producevano uno *spread* tra tassi attivi e passivi particolarmente elevato (talvolta espresso da percentuali a due cifre); la trasparenza dei rapporti con la clientela era ridotta al minimo, con un uso frequente di clausole vessatorie, specialmente per quanto concerne il computo degli interessi; l'erogazione dei prestiti non avveniva su basi tecniche, con specifica attenzione alla redditività delle imprese finanziarie, ma spesso era fondata su rapporti personali, o addirittura su indicazioni di un sistema politico affetto da clientelismo; lo scarso scrupolo con il quale venivano effettuate le rilevazioni contabili induceva a posticipare l'emergere della crisi degli imprenditori sovvenzionati, giacché il rinvio nel passaggio a sofferenza d'alcune partite permetteva di evidenziare in bilancio utili maggiori (legati alle provvigioni e ai tassi di sconfinamento), anche se di difficile realizzazione; spesso dalla manipolazione contabile si passava a vere e proprie pratiche fraudolente, volte a acquisire garanzie per i rapporti pregressi, senza erogare al cliente nuova finanza, in misura adeguata allo scopo di superare la crisi.

Dall'altro lato, i giudici delegati e le curatele cercavano di reagire a questo stato di cose con i pochi strumenti di cui disponevano, che però – se usati in maniera spregiudicata – potevano diventare delle armi letali. Al riguardo, non si può fare a meno di ricordare il problema della revocatoria delle rimesse in conto corrente, che aveva portato la nostra giurisprudenza ad accettare soluzioni irragionevoli, dal punto di vista economico, e prive di riscontri in altre esperienze giuridiche. Altrettanto insidiosa, per altro, era l'utilizzazione delle incriminazioni per bancarotta preferenziale, applicate a fatispecie nelle quali era evidente l'intento di salvare un'impresa in difficoltà attraverso un piano di ristrutturazione finanziaria, che poi non aveva dato i frutti sperati. Al di là di tutto, però, sui rapporti tra banche e curatele pesava come un macigno un clima d'insofferenza verso gli istituti tipici del capitalismo, che portava i giudici a discostarsi dalle soluzioni tradizionali e consolidate (basti dire che fino alla seconda metà degli anni Sessanta, a legislazione invariata, le rimesse in conto corrente venivano sottratte alle varie forme d'inefficacia fallimentare), per dare accesso a istanze solidaristiche, a operazioni di pura e semplice redistribuzione della ricchezza, senza curarsi delle conseguenze che un uso antieconomico delle risorse poteva apportare al sistema.

3. Può sembrare che il conflitto tra il mondo delle banche e quello delle curatele sia stato dipinto, qui sopra, a tinte troppo fosche, non corrispondenti alla realtà. Sta di fatto, però, che si era determinata una situazione di stallo, nella quale molte imprese decotte non fallivano, perché alle banche non conveniva (per il timore delle revocatorie e delle incriminazioni di bancarotta) farle dichiarare ufficialmente insolventi; ma non venivano neppure risanate, perché nessuno s'azzardava a fornire la nuova finanza necessaria per riavviare il processo produttivo. Si era creata, così, una sorta di manomorta, costituita da aziende che sopravvivevano inerti, senza neppure essere liquidate, in attesa di un destino incerto e imperscrutabile.

Già questo stato di cose avrebbe consigliato di porre mano a una riforma del diritto concorsuale, per tagliare i lacci e i lacciuoli che imbrigliavano una parte della nostra economia. La situazione, tuttavia, doveva precipitare con l'apertura dei mercati del credito alla concorrenza estera, giacché il costo dell'inefficienza delle procedure concorsuali e del contenzioso tra banche e curatele era talmente elevato da minacciare seriamente la permanenza in vita del nostro sistema finanziario. Si è calcolato che le revocatorie delle rimesse in conto corrente incidono per almeno un punto e mezzo percentuale (qualcuno azzardava cifre più rilevanti) sul prezzo del denaro.

Sotto questo profilo ha perfettamente ragione il Professor Nigro – e posso testimoniarlo per esperienza diretta, avendo partecipato ad alcune commissioni ministeriali – quando afferma che il movimento riformatore non si sarebbe avviato, se non vi fosse stato il problema d'eliminare le revocatorie delle rimesse in conto corrente, o di ridurne, quanto meno, l'impatto.

4. A questo punto sorgono spontanee due domande: il nodo delle revocatorie delle rimesse in conto corrente avrebbe potuto essere sciolto su basi puramente ermeneutiche? La soluzione accolta dal legislatore può ritenersi soddisfacente? Entrambi i quesiti, a mio sommesso avviso, devono avere una risposta negativa, ma per motivi diversi.

Il primo, in un certo senso, è acqua passata, che non macina più. Forse, sul piano rigorosamente tecnico si sarebbe potuta cercare una soluzione diversa, fondandola sul trattamento riservato in sede concorsuale alla compensazione. Questo istituto è stato sempre considerato (persino da Salvatore Satta) come un elemento estraneo al sistema, un cedimento del nostro legislatore a istanze equitative, che contravvenivano al ferreo rigore della *par condicio creditorum*. Eppure, la compensazione è stata sempre ammessa nel fallimento, e i regolamenti dell'Unione europea

chiedono espressamente che venga riconosciuta negli ordinamenti dei singoli Stati.

Il tema meriterebbe approfondimenti, storici e culturali, che non possono, certo, essere svolti in questa sede. Mi limito a osservare: che la compensazione contabile, sul piano storico, è una mera derivazione dalla compensazione legale (basti pensare al conto corrente ordinario) e comunque conserva, dal punto di vista funzionale, una sostanziale affinità con quella civilistica; che le differenze tra i due istituti riguardano, in definitiva, solo l'*iter* procedimentale con il quale si fa valere l'estinzione delle reciproche pretese, senza intaccare l'essenza del fenomeno; che nulla, pertanto, avrebbe impedito d'applicare il principio espresso dal primo comma dell'art. 56 l. fall. anche alla materia dei conti correnti, invece di fare ricorso all'art. 67 della stessa legge; che l'apparente conflitto tra le due norme non può essere superato facendo prevalere l'una sull'altra e, tanto meno, disapplicando la prima; che l'antinomia avrebbe dovuto essere risolta tramite una mediazione ermeneutica, che facesse leva sull'eventuale carattere fraudolento (in senso oggettivo) dell'atto con il quale il creditore avesse ottenuto per vie traverse (e cioè facendo ricorso ad artifici contrari alla correttezza commerciale) il soddisfacimento delle proprie pretese.

Di tutto ciò ero convinto quando ho scritto il libro del 1981, e non ho cambiato idea. Sul piano pratico, però, era diventato impossibile uscire dall'*impasse* senza un colpo di spada del legislatore, che tagliasse il nodo gordiano degli interessi "costituiti" (riferibili a varie categorie di professionisti), che ruotavano attorno a un problema solo apparentemente teorico. Troppi curatori, troppi avvocati, troppi tecnici traevano alimento (nel senso letterale del termine) dall'esercizio di queste azioni, per pensare che il mondo dei fallimenti e delle attività connesse potesse rinunciarvi a cuor leggero, anche se il ristoro che ne ricevevano i creditori era tanto irrisorio e dilazionato nel tempo, da indurre lo spettatore disinteressato a chiedersi se il giuoco valesse la candela.

5. L'intervento legislativo, dunque, era diventato indispensabile. Sul modo in cui è stato attuato, tuttavia, si può discutere. A mio avviso occorre distinguere, perché il decreto del 2005 si è mosso su due livelli: da un lato, ha dimezzato il periodo sospetto, con la conseguenza di ridimensionare drasticamente l'ambito d'applicazione delle revocatorie fallimentari e di rendere queste azioni del tutto inoffensive (qualcuno ha parlato, non senza una qualche ragione, di un'abrogazione silente e indiretta dell'istituto); dall'altro lato, ha dettato una disciplina *ad hoc* per le rimesse in conto corrente, sia sul piano della fattispecie (l'individuazione dei versamenti

da impugnare) sia sul piano degli effetti (come calcolare l'importo della somma di denaro, che la banca, soccombente in giudizio, deve restituire alla massa). I due profili della riforma vanno esaminati separatamente.

Il primo – la riduzione indiscriminata del periodo sospetto – deve essere giudicato in maniera negativa, per i motivi che avevo esposto nel volume del *Commentario Scialoja e Branca* alla legge fallimentare pubblicato nel 2002. Una riduzione dei termini per l'esercizio dell'azione si sarebbe giustificata solo se si fosse legata la loro decorrenza all'istanza dei creditori, anziché alla sentenza dichiarativa di fallimento. La scelta compiuta dal legislatore porta, invece, a un risultato assurdo, perché il periodo sospetto viene assorbito dai tempi dell'istruttoria prefallimentare, con la conseguenza di far consolidare pagamenti e garanzie nel più totale spregio della *par condicio*.

Detto questo, però, si deve anche riconoscere che le banche hanno avuto buon gioco nell'imporre questa soluzione estrema, perché esse – nella fase che ha preceduto la riforma – avevano subito tali e tante vessazioni da parte delle curatele, da essere indotte a temere che anche un'espresa esenzione delle rimesse dalle impugnative fallimentari sarebbe stata facilmente aggirata dal giudice attraverso una riqualificazione dell'atto, o con espedienti simili (per rendersi conto dell'entità del problema basti pensare che un conto, accreditato per poche centinaia di milioni di lire, spesso innescava revocatorie per decine di miliardi, con un "moltiplicatore" di venti, trenta, o addirittura cinquanta volte il fido accordato). È avvenuto, così, che il clima di reciproca diffidenza tra banche e curatele ha portato ad un completo stravolgimento dei principi del diritto concorsuale. Per dirla con un'espressione un po' colorita, si è utilizzato un cannone per sparare a una volpe nel giardino di casa, senza curarsi degli effetti collaterali.

6. Il giudizio sulle norme dettate nella specifica materia delle rimesse in conto corrente deve essere, forse, un po' meno aspro di quanto solitamente non si ritenga. Per onestà intellettuale, devo premettere che mi sento in parte responsabile dell'apparente disastro, perché ho concorso a redigere i testi incriminati (sul problema esaminato nel precedente paragrafo i miei rilievi, invece, sono rimasti del tutto inascoltati). Detto questo, però, occorre riportarsi al momento della riforma, per chiedersi quali fossero le reali alternative sul tappeto.

L'economia italiana, per le ragioni più volte ripetute, aveva bisogno come l'aria della eliminazione della palese anomalia costituita dalla revocabilità delle rimesse in conto corrente (un fenomeno del tutto ignoto agli ordinamenti dei Paesi a noi vicini). Un'esenzione secca (del tipo: "Le

rimesse su un conto corrente bancario non possono essere revocate") sarebbe stata, tuttavia, eccessiva, giacché, se applicata alla lettera, avrebbe concesso un'immunità alle banche, anche per operazioni compiute palesemente in frode ai creditori. Non si deve dimenticare, infatti, che quasi tutte le operazioni (dall'estinzione dei mutui ai mandati all'incasso) passano, o possono passare, attraverso il conto del cliente, con la conseguenza che avrebbero ricevuto (se si fosse adottata la soluzione in esame) un crisma d'irrevocabilità, al quale sarebbe stato difficile porre rimedio. Inoltre, non si può tacere – ed è stata questa la preoccupazione principale del legislatore – che le banche, molto spesso, costringono il cliente a "rientrare" da un'esposizione debitoria ritenuta troppo elevata, attraverso un utilizzo non più spontaneo, ma guidato, dei movimenti del conto, in modo da ridurre gradualmente il debito complessivo del correntista nei confronti dell'azienda di credito. Nella maggior parte dei casi è difficile provare un simile intento (che, ovviamente, non viene esternato per iscritto), ma ciò non toglie che l'operazione (quasi sempre attuata attraverso una pluralità di rimesse, seguite da utilizzi di minore importo) costituisce un artifizio per violare la *par condicio creditorum*.

Tenendo conto di ciò, le soluzioni praticabili, a prima vista, erano due: o fare ricorso a una clausola generale, che escludesse l'esenzione dalla revoca ogni qual volta l'operazione sottostante alla rimessa fosse fraudolenta (e cioè oggettivamente contraria alla correttezza commerciale); oppure, disciplinare in maniera più accurata la materia, con norme volte a distinguere caso da caso. La prima alternativa non avrebbe tranquillizzato le banche, perché il compito di concretizzare una clausola generale "aperta" sarebbe spettato alla giurisprudenza, la quale, valutando *ex post* i risultati dell'operazione, avrebbe potuto considerare "scorretto" ogni movimento del conto. La seconda strada sarebbe stata certamente da preferire, ma avrebbe richiesto un gran numero di disposizioni di tasso tecnico talmente elevato, da risultare indigeste a chi doveva assumersi la responsabilità di legiferare in una materia così ostica.

7. Viste le difficoltà che s'incontravano su ognuno dei due corni del dilemma, si è scelta una terza via: usare delle formule ampie e generiche (sotto questo profilo assimilabili alle clausole generali), ma pur sempre capaci d'indicare all'interprete una direzione, invece di un'altra.

Mi spiego: *a)* il riferimento alla "riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca" voleva essere un modo per colpire certe condotte opportunistiche delle aziende di credito, che avessero imposto al proprio cliente – senza lasciare alcuna traccia scritta di un eventuale "ordine" in tal senso – di rientrare

gradualmente da un'esposizione ritenuta eccessiva; *b)* l'implicito superamento della distinzione tra conti "passivi" e conti "scoperti" imponeva d'abbandonare le soluzioni fondate su un accertamento analitico degli effetti delle singole rimesse, per adottare una prospettiva più ampia, che desse risalto alla condotta complessiva della banca, per accettare (senza fare ricorso a indagini di carattere psicologico, ma solo attraverso una analisi dell'oggettivo andamento del conto) se si fosse macchiata di una qualche scorrettezza nei confronti dei creditori; *c)* infine, l'adozione del criterio del "massimo scoperto" serviva a garantire un almeno approssimativo adeguamento degli effetti dell'impugnativa all'entità delle risorse delle quali la banca s'era appropriata in spregio alla *par condicio*.

8. Si poteva e si doveva fare di più? Con il senno di poi la risposta è ovviamente affermativa. Ma vorrei mettere in guardia contro facili trionfalismi, perché si potrebbe essere tentati d'affermare che, per superare tutte le difficoltà, sarebbe sufficiente adottare la teoria del "massimo scoperto", secondo la quale la revocatoria dovrebbe avere a oggetto la "differenza" tra l'esposizione massima raggiunta dal conto durante il periodo sospetto e l'eventuale saldo passivo alla data del fallimento.

Questa tesi (della quale si trovano tracce fin dai primi scritti in materia: se non erro, fu proposta da Dotti, per poi essere avallata da Pellizzi e altri) può sembrare seducente per la sua apparente semplicità, ma va incontro a obiezioni teoriche e pratiche di non lieve momento.

Innanzitutto, sul piano teorico è doveroso osservare che le revocatorie sono delle *impugnative* rivolte contro certe *tipologie di atti*, che la legge reputa "pregiudizievoli per la massa" (nell'Ottocento si sarebbe detto "fraudolenti", ma la sostanza era la stessa, giacché in entrambi i casi si fa riferimento all'*oggettiva* violazione di alcune norme di condotta, che rispecchiano ben precise regole d'esperienza in merito all'astratta pericolosità di certe operazioni per il ceto creditorio). Il "massimo scoperto" invece non è un *atto*, al quale si possa ascrivere la predetta caratteristica della *fraudolenza*, ma il *risultato* di un calcolo, costituito dalla *somma algebrica* di una serie di partite contabili.

Naturalmente, mi si potrebbe obiettare che il legislatore, in fin dei conti, ha già accolto questa tecnica normativa; e lo poteva fare, giacché non è vincolato da specifici schemi concettuali, ma può cambiare (come si suole dire) il bianco in nero, e viceversa. A ben guardare, però, le cose non stanno in questi termini, perché la riforma *prima* ha individuato le *fattispecie* nelle quali si è concretizzata la frode (le rimesse che "hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione del correntista":

art. 67, co. 3, lett. c) e solo *dopo* ha precisato gli effetti dell'azione (la *disciplina*: art. 70, co. 3), imponendo il computo di cui sopra. La tecnica legislativa, in altri termini, è stata molto meno ingenua di quanto, solitamente, non la si dipinga.

9. Ammettiamo, tuttavia, che le revocatorie possano colpire *tutte* le rimesse compiute durante il periodo sospetto, a partire dal momento in cui la banca è diventata consapevole dello stato di insolvenza del proprio cliente (la c.d. *scientia decoctionis*); e che su tale coacervo di atti (e dei conseguenti movimenti del conto) si possa applicare (sempre per mitigare gli effetti della revoca) la regola del massimo scoperto (un po' come accade per il reato continuato). La soluzione, a mio avviso, sarebbe troppo rigorosa, ma potrebbe essere accolta *pro bono pacis*, per raggiungere un utile compromesso. Il problema però è che, così facendo, si darebbe rilievo a un dato contabile, che non sempre è significativo. Cerco di spiegarmi meglio:

i) in primo luogo, è ormai risaputo che il “massimo scoperto” non è un dato numerico stabile e certo, ma dipende da come s’incolonnano le cifre, e cioè dal sistema di rilevazione contabile, al quale in concreto si fa ricorso. Si potrebbe andare in cerca di un metodo il più possibile oggettivo (che tenga conto, ad esempio, non solo del giorno, ma anche dell’ora e del minuto nel quale è stato compiuto l’atto), ma basta lo storno di una sola rimessa (o un diverso computo del termine a partire dal quale la singola posta deve essere inserita nella colonna del dare o dell’avere) per far variare, anche di molto, gli effetti dell’impugnativa;

ii) in secondo luogo, sarebbe poco convincente rinunciare alla tecnica delle “rimesse bilanciate”, perché, se le entrate corrispondono alle uscite, è palese che il conto è stato utilizzato (almeno in linea di massima) come un semplice canale monetario, messo a disposizione dalla banca per effettuare dei pagamenti a terzi, senza sottrarre alcuna risorsa ai creditori: dovrebbero essere, pertanto, i terzi, ai quali i pagamenti sono indirizzati, a doverne rispondere verso la massa (art. 70, co. 1, l. fall.). Com’è noto, però, anche le tecniche per rilevare il “bilanciamento” sono molteplici, e la giurisprudenza è divisa nell’individuare i presupposti della fattispecie (è incerto se si debba provare un accordo, sia pure tacito, tra il cliente e la banca, o non sia sufficiente rilevare una sostanziale equivalenza tra le rimesse e le utilizzazioni effettuate in un lasso di tempo relativamente breve; ma poi la disciplina sarebbe diversa, a seconda che si abbia a che fare con assegni circolari, con assegni di conto corrente tratti sulla stessa filiale o su una filiale diversa, con giroconti, con altre operazioni d’accredito o addebito, e via dicendo). Anche in questo

caso, dunque, il legislatore dovrebbe intervenire con delle precisazioni che aprirebbero la porta a nuovi dubbi e contrasti d'opinioni (probabilmente ... all'infinito!);

iii) per altro, non sempre il “massimo scoperto” costituisce uno strumento atto a rilevare la frode. In alcuni casi le banche utilizzano dei conti chiusi o poco movimentati per farvi confluire, da un lato, il saldo di altre operazioni finanziarie (mutui, anticipazioni su titoli, *etc.*); dall’altro, le rimesse estorte al correntista con la minaccia del fallimento. Anche qui vi è una scorrettezza (la giurisprudenza parla, al riguardo, di “auto-pagamenti”) che il dato contabile non sempre intercetta (è appena il caso di ricordare che, in materia di revocatoria fallimentare, l'estinzione di rapporti finanziari di *media e lunga durata* è trattata in maniera diversa dal pagamento di *beni e servizi* nei *termini d'uso*: cfr. art. 67, co. 3, n. 1, l. fall.; altra questione è se si debba consentire alla banca di ricevere, nel periodo sospetto, una remunerazione per i servizi resi al cliente);

iv) ancora: vi possono essere dei rapporti sostanzialmente chiusi (e quindi sottratti alla disciplina *de qua*), che sembrano movimentati tanto in entrata quanto in uscita. Mi riferisco alle ipotesi nelle quali la banca non concede più un solo euro di credito al proprio cliente, ma – a fronte di versamenti effettuati dal correntista “a saldo” – addebita sul conto delle poste passive costituite da interessi e commissioni, o dovute al richiamo di effetti emessi senza la necessaria copertura (assegni e cambiali che, se protestati, porterebbero all'immediato fallimento del cliente, con la conseguenza d'impedire il consolidarsi d'ipoteche e pagamenti ancora esposti all'azione revocatoria). Anche qui non si deve essere ingannati dalle registrazioni effettuate tanto nella colonna del *dare* che in quella dell'*avere* (che potrebbero far pensare a un conto ancora attivo), perché in realtà vi sono solo degli atti solutori dissimulati sotto le mentite spoglie di “reciproche” rimesse;

v) infine, si dovrebbe prestare una maggiore attenzione al principio della “unicità dei conti” espressamente enunciato dal codice civile (art. 1853), ma non sempre rispettato dalla giurisprudenza. Eppure è evidente che solo valutando la dinamica dell'esposizione complessiva del correntista si può avere un'idea di come si è comportata la banca nel periodo sospetto, e cioè se sua la condotta è stata, tutto sommato, corretta, o se certi artifici contabili sono serviti a occultare vere e proprie operazioni di rientro, lesive della *par condicio creditorum*.

10. Come si vede, un'eventuale normativa di dettaglio, che avesse voluto regolare in maniera adeguata la materia, non avrebbe potuto limitarsi a enunciare il principio del massimo scoperto, ma avrebbe dovuto

integrarlo con altre disposizioni, per consentire di tenere conto dello sviluppo diacronico dei rapporti tra il cliente e la banca ed evidenziare eventuali frodi. La domanda allora è: sarebbe stato possibile licenziare una normativa così complicata in sede di decretazione d'urgenza, senza ampie consultazioni e un approfondito dibattito scientifico? Lascio ad altri giudicare.

Vorrei concludere esternando una certezza e un dubbio. La certezza riguarda il fatto che in questa materia non ci si può fermare alle risultanze contabili, ma occorre guardare ai rapporti sottostanti: solo un esame di merito può far capire il senso delle operazioni poste in essere dall'azienda di credito, a prescindere dal modo in cui sono state rappresentate sul piano delle scritturazioni. Su ciò ritengo si possa essere facilmente d'accordo.

11. Il dubbio, invece, è radicale. Mi chiedo, infatti, se problematiche così complesse possano essere affrontate con uno strumento piuttosto rigido, come un'impugnativa fondata sulla frode; o non richiedano tecniche più duttili e raffinate, per commisurare i *risultati* delle azioni recuperatorie avviate dalla curatela al *danno* realmente subito dalla massa dei creditori.

Naturalmente, non mi sfugge che le revocatorie, soprattutto in questi ultimi anni, hanno subito una profonda evoluzione, che ha consentito di colpire vicende molto più complesse di un semplice atto di disposizione. E non mi sfugge che la teoria del massimo scoperto (opportunamente emendata) permette di compiere un altro passo in avanti nella direzione di un sempre maggiore adattamento degli effetti dalla revoca al risultato *netto* di un'attività complessa (il terzo comma dell'art. 70 estende, infatti, la tecnica del rimborso per “differenza” a tutti i pagamenti che concernono “rapporti continuativi o reiterati”).

Resta il fatto, però, che le revocatorie – proprio perché si configurano come impugnative – colpiscono i singoli atti per privarli della loro efficacia, in una prospettiva che può tenere conto delle peculiarità della fattispecie, ma lascia nell'ombra alcuni nessi funzionali di sicuro rilievo dal punto di vista economico. Le azioni risarcitorie, invece, prendono in considerazione il danno prodotto da vicende più o meno complesse, che vanno ricostruite tenendo conto di una pluralità di fattori (si pensi alla teoria dei vantaggi compensativi). Proprio l'esigenza d'accertare il nesso di causalità rende queste azioni più macchinose; ma la difficoltà è alleviata dal ricorso (ai fini della liquidazione del danno) al potere equitativo del giudice, che garantisce una notevole duttilità decisionale.

12. Una scelta secca, per l'una o l'altra alternativa, è ardua, perché imporrebbe – *de iure condendo* – un radicale mutamento d'indirizzo nell'impostare la materia. In realtà, di un quesito analogo mi sono già occupato in altra sede, e precisamente nel citato volume dello *Scialoja e Branca*, quando ho affrontato il tema delle “revocatorie rafforzate” previste dalle leggi sull'amministrazione straordinaria (delle grandi imprese in crisi), per porre rimedio allo spoglio del patrimonio di una società del gruppo, da parte della capogruppo o di società collegate.

Anche in quel caso facevo notare come le revocatorie, se applicate a tutte le operazioni infragruppo, fossero inadatte a conseguire i risultati voluti, giacché avrebbero prodotto il medesimo effetto “moltiplicatore” osservato nel campo delle rimesse su conto corrente. Proprio per questo, mi permettevo di consigliare il ricorso alla tutela risarcitoria, più duttile e manovriera, come poi è accaduto in sede di riforma del diritto societario, con l'art. 2597 c.c.

Ma, allora, si deve ritenere che sarebbe meglio abbandonare l'approccio tradizionale, fondato sulla revoca degli atti, per convogliare tutte le forme di tutela dei creditori in un'unica azione di reintegro della garanzia patrimoniale generica, fondata sulla tecnica dell'illecito civile, magari opportunamente aggiornata? La prospettiva è affascinante, ma dubito che sia realistica:

i) innanzi tutto, è necessario chiarire che l'aver criticato l'approccio del nostro legislatore in materia di gruppi non significa disconoscere alle revocatorie un ruolo essenziale nella tutela della massa. La maggiore semplicità dell'esercizio dell'azione (che talvolta sfiora la brutalità: si pensi alla inopponibilità delle attribuzioni gratuite); l'irrilevanza del nesso causale tra fatto e danno; la conseguente possibilità d'impugnare l'atto sulla base di un materiale probatorio ridotto all'osso, sono tutte caratteristiche dell'istituto, che rafforzano la posizione dei creditori, in un frangente nel quale sarebbe estremamente difficile ricostruire in maniera accurata le cause del dissesto e le conseguenti responsabilità soggettive. In altri termini, l'aver sostenuto che il sistema delle revocatorie rafforzate non può funzionare – perché è assurdo pensare alla revoca di atti compiuti fino a cinque anni prima della dichiarazione d'insolvenza, quando l'impugnativa si fonda proprio sulla *scientia decoctionis*; e perché la revoca di rapporti continuativi e reiterati, per non innescare quel processo moltiplicativo, di cui sopra si è detto, ha bisogno di un correttivo, come poi è avvenuto con la nuova formulazione del terzo comma dell'art. 70, l. fall. – ... l'aver fatto notare tali incongruenze – dicevo – non significa proporre l'eliminazione di uno strumento di tutela, la cui efficienza ed efficacia è stata collaudata da secoli di esperienza in tanti ordinamenti diversi;

ii) in secondo luogo, si deve considerare che l'esercizio delle azioni risarcitorie, fondate sulla tecnica dell'illecito civile, in questa materia è particolarmente problematico. La brillante relazione di Sabino Fortunato (sulla responsabilità per abusiva concessione di credito) ci ha fatto toccare con mano, infatti, quante difficoltà s'incontrino quando si vuol distinguere il danno subito dal singolo creditore (a causa dell'affidamento riposto in un'impresa che ha occultato il proprio dissesto grazie ai finanziamenti improvvistamente erogati dalla banca) dal pregiudizio subito dalla massa (a causa del ritardo con il quale è stata aperta la procedura concorsuale): ne segue, che non sempre è agevole stabilire quanto pertiene alle azioni collettive, esercitabili dal curatore, e quanto deve essere riservato alle iniziative individuali, sempre che sia possibile riconoscere loro uno spazio all'interno di una procedura concorsuale;

iii) infine – ma non certo da ultimo, in ordine di importanza – si deve considerare che le revocatorie assolvono ad una funzione di ridistribuzione delle perdite dovute all'insolvenza, che è del tutto estranea alle azioni risarcitorie. Rinunciare a questo strumento tipico del diritto fallimentare significherebbe, pertanto, non solo rinunciare in maniera definitiva all'attuazione della *par condicio creditorum*; ma anche misconoscere il fatto che le procedure concorsuali sono state sempre connotate da un certo solidarismo, che si esprime al massimo grado nella disciplina dell'istituto in esame.

13. Se quanto precede è vero, si deve ritenere che le revocatorie, in materia bancaria, devono essere mantenute, sia pure gli accorgimenti necessari per adattarle all'ambiente nel quale sono chiamate a operare. Come si è visto, infatti, per evitare gli inconvenienti più volte denunciati – l'effetto moltiplicatore e un uso artificioso dello strumento contabile – è necessario guardare alla dinamica complessiva del conto, anziché alle singole rimesse; come pure (a un livello d'aggregazione maggiore), per rispettare il principio di unità dei conti, enunciato dall'art. 1853 c.c., occorre indagare sui movimenti delle masse finanziarie nella loro globalità, anziché sullo sviluppo dei singoli rapporti.

Per conseguire tali obiettivi forse è necessario far convergere tutte le azioni nei confronti di un'azienda di credito in un unico contenitore processuale, nel quale – ferma restando l'autonomia delle singole domande – è più agevole ricostruire la storia dei rapporti tra il fallito e la banca. Solo così si può accertare se quest'ultima, nel periodo sospetto, si è limitata a prendere “il suo” (ha estinto mutui garantiti da ipoteche consolidate; si è fatta pagare servizi contestualmente resi; ha percepito i canoni di un rapporto di *leasing*, o il prezzo di una vendita con riserva

di proprietà, *etc.*), o se ha utilizzato la compensazione contabile per perpetrare vere e proprie frodi ai danni della massa.

14. Mi rendo conto solo ora d'aver “abusato” del mio ruolo e della vostra pazienza, per infliggervi un'altra relazione che, invece d'interfacciarsi con gli interventi dei Colleghi, ha seguito un'autonoma linea di sviluppo. Per scusare – almeno in parte – la mia imperdonabile condotta, potrei solo richiamarmi alla passione che tuttora nutro per una materia coltivata così a lungo: forse è stata questa particolare *affectio* a farmi deviare, quasi inavvertitamente, dalla retta via.

Tuttavia, se guardo dentro me stesso, devo confessare di sentirmi con la coscienza tranquilla, perché il mio discorso ha tratto alimento dagli interventi che si sono susseguiti in questo denso pomeriggio di studio, ed è probabile che tutti i relatori riescano a trovare delle finestre di dialogo con quanto ho osservato con riferimento a certi quesiti di fondo.

Del resto, i temi trattati sono così importanti, dal punto di vista teorico e pratico, da imporre una riflessione collettiva, che certo non si può esaurire in un seminario, ma ha bisogno di sempre nuovi stimoli e contributi, provenienti da esperienze diverse.