

Legittimazione passiva alla revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente nella circolazione delle aziende bancarie*

SOMMARIO: 1. Perdurante attualità del problema. – 2. La specialità della disciplina di settore sulla sorte della debitoria pregressa al trasferimento dell'azienda. – 3. Riferibilità della disciplina ai soli rapporti esterni. – 4. L'applicabilità della limitazione della responsabilità del cessionario di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. – 5. Il preteso contrasto della legittimazione passiva del cessionario dell'azienda bancaria all'azione revocatoria con: a) il requisito della inerzia del debito all'esercizio dell'impresa. – 6. Segue: b) l'esigibilità immediata della debitoria pregressa. – 7. Segue: c) la natura costitutiva della sentenza di revocatoria. – 8. Rilevanza della pendenza o meno del giudizio al momento del trasferimento dell'azienda. – 9. L'accordo volontario globale della debitoria pregressa.

1. Perdurante attualità del problema.

Due decisioni relativamente recenti e di senso diametralmente opposto, rese, per giunta, dal medesimo ufficio giudiziario¹, testimoniano come il problema della individuazione del soggetto passivamente legittimato rispetto all'azione revocatoria fallimentare delle rimesse in conto

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore di Pietro Abbadessa*.

¹ Cfr. App. Napoli, 4.1.2010, così massimata: «In caso di cessione di azienda bancaria si applica la disposizione generale in tema di cessione di azienda ricavabile dal codice civile secondo cui l'alienante non è liberato dai debiti inerenti l'azienda ceduta anteriori al trasferimento, con la conseguenza che legittimato passivo all'azione revocatoria è il cedente e non il cessionario» e App. Napoli, 8.2.2012, così massimata: «In caso di cessione di azienda bancaria sussiste la legittimazione passiva della cessionaria anche rispetto alle azioni revocatorie fallimentari in quanto la dichiarazione di fallimento fa sorgere il diritto potestativo all'esercizio dell'azione revocatoria con riferimento al conto estinto originando una situazione giuridica passiva che si trasferisce ipso jure al cessionario del rapporto bancario originario, salva esclusione expressa»; entrambe in *Dir. fall.*, 2013, II, 81.

corrente effettuate anteriormente² al trasferimento di azienda bancaria o di un suo ramo³ sia ben lungi dall'aver trovato una sua appagante soluzione se tornano puntualmente a proporsi, ed a contrapporsi, gli argomenti sui quali sia la giurisprudenza che la dottrina si sono da oltre un ventennio divisi.

Come è noto, l'opzione è tra una permanente legittimazione esclusiva della banca cedente⁴ (sia la proposizione della domanda anteriore

² La precisazione è importante atteso che, laddove il fallimento sia intervenuto successivamente alla cessione dell'azienda, e, quindi, il rapporto di conto corrente fosse in essere a tale momento, non vi può essere alcun dubbio sulla legittimazione esclusiva della banca cessionaria rispetto all'azione revocatoria delle rimesse effettuate in periodo sospetto, anche se anteriori al trasferimento dell'azienda. Per vero, nonostante la formula equivoca dell'art. 58 co. 6 che parla di «*contratti ceduti*» (formula che sembrerebbe alludere ad una cessione volontaria) deve ritenersi in *subiecta materia* applicabile l'art. 2558 c.c. che configura il subentro dell'acquirente nei contratti in corso di esecuzione come conseguenza *naturale* del trasferimento di azienda. Subentro che assume carattere globale, inerendo all'intero rapporto contrattuale, e, pertanto, inclusivo non solo delle posizioni sostanziali di diritto ed obbligo corrispettivi, ma, altresì, di tutte le posizioni di potere o di soggezione connesse, compresa la possibilità di chiedere o subire, rispettivamente, l'annullamento, la risoluzione o la rescissione del contratto e di sollevare le eccezioni inerenti la sua efficacia o la sua esecuzione. Cfr. AULETTA, *Azienda*, in *Enc. giur.*, 3.1; MARTORANO, *L'azienda*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2010, p. 139 ed ivi ult. riff.

³ È da tener presente che, nella vigenza dell'art. 54 t.u.b. che disciplinava «*la sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una singola sede o filiale*» (praticamente di un ramo di un'azienda bancaria) era dubbio che la disciplina ivi dettata si potesse applicare alla cessione dell'intera azienda. Cfr. anche per riff. PORTALE, *Sostituzione di un'azienda di credito ad un'altra nell'esercizio di una singola sede o filiale e responsabilità per i debiti da revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, I, p. 12.

Per l'applicazione dell'art. 58 del t.u.b. anche all'ipotesi di attribuzione dell'azienda bancaria o di un suo ramo in sede di scissione v. CHIOMENTI, *Cessione di prestito obbligazionario fra banche e scissione fra banche comprensiva di un cessione di prestito obbligazionario: sulla portata dell'art. 58 del T.U. bancario (una proposta di inquadramento)*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 10 ss.

⁴ Così PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 15 ss.; MAIMERI, *Cessione di azienda bancaria e revocatoria fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, p. 391 ss.; JORIO - AMBROSINI, *Cessione di azienda bancaria e responsabilità per i debiti derivanti da zioni revocatorie di rimesse in conto corrente*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1535 ss.; TOMMASINI, *Conferimento di azienda bancaria e debito da revocatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 421 ss.; NAVARRA, *I trasferimenti di azienda bancaria ex art. 58 t.u.b.: ancora in merito alla legittimazione passiva in caso di revocatoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, p. 786 ss.; ATTANASIO, *Cessione di azienda bancaria e legittimazione passiva in relazione ai debiti da revocatoria fallimentare* in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 92, e in giurisprudenza, oltre che la già citata App. Napoli, 4 gennaio 2010, cfr. Trib. Milano, 8 giugno 2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, 999; Trib.

o posteriore alla cessione), cui il rapporto processuale resta totalmente “indifferenti”⁵, ed una legittimazione della banca cedente limitatamente alla domanda proposta anteriormente alla cessione, salva l’efficacia della sentenza nei confronti del cessionario ex art. 2909 c.c.⁶, mentre quella proposta successivamente riguarderebbe unicamente quest’ultimo⁷.

Il perpetuarsi di questo netto contrasto di opinioni, rispecchiato dalle sentenze citate in epigrafe, sembra doversi ricondurre ad un’opposta considerazione della disciplina di settore sulla circolazione dell’azienda bancaria rispetto a quella generale contenuta nel codice civile, segnatamente sotto il profilo della responsabilità del cessionario per la debitaria pregressa. Più precisamente, tra una riconduzione della stessa nell’alveo della tutela offerta all’acquirente dal codice civile, che la lega alla sua concretizzazione consacrata nelle scritture contabili obbligatorie, ed un suo totale distacco nell’ottica di una disciplina di settore eccezionale e totalmente autosufficiente.

Ci è sembrato, quindi, più opportuno tentare un diverso approccio che miri a contenere le deroghe alla disciplina generale sulla circolazione dell’azienda contenute nel testo unico bancario (t.u.b.) nell’ambito della specialità della fattispecie, senza incidere sul tasso di tutela del cessionario assicurato dalla disciplina civilistica.

La priorità che le questioni di rito hanno rispetto al merito delle vertenze ha portato le pronunce giudiziali in materia ad esprimersi in termini di riconoscimento o diniego della legittimazione della banca cedente o di quella cessionaria ad essere parte del giudizio, ma, per la connessione necessaria, più volte ribadito in dottrina, tra legittimazione processuale e titolarità del rapporto controverso, eccezione fatta per le

Venezia, 17 maggio 2000, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 421; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2003, in *Il fallimento*, 2004, p. 231.

⁵ L’avverbio sottolinea l’inapplicabilità del subentro del cessionario nel diritto controverso e dell’estromissione del cedente di cui all’art. 111 c.p.c.

⁶ Esclusa da coloro che riconoscono una legittimazione esclusiva della banca cedente. Cfr. in particolare PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 14: «anche nel caso di proposizione dell’azione revocatoria prima del momento della cessione l’eventuale debito di restituzione nei confronti del fallimento continuerà a gravare sulla banca cedente».

⁷ Cfr. SCHIAVON, *Fusione per incorporazione, cessione di azienda bancaria e azione revocatoria fallimentare*, in *Le società*, 2001, p. 1248 ss.; SCHIERA, *Cessione di azienda bancaria e posizioni giuridiche connesse*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 45 ss.; e in giurisprudenza, oltre la già citata App. Napoli, 8 febbraio 2012, cfr. Trib. Milano, 29 gennaio 2001, in *Le società*, 2001, 1245, Trib. Torino, 4 luglio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1178; Trib. Venezia, 17 maggio 2000, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 421.

ipotesi tassative di sostituzione di cui all'art. 81 c.p.c.⁸, l'interrogativo di fondo è se con la cessione dell'azienda bancaria si trasferisca a carico del cessionario anche la debitoria derivante dall'esercizio di azione revocatoria fallimentare delle rimesse effettuate anteriormente alla cessione nell'ambito di rapporti di conto corrente intrattenuti con la banca cedente.

2. La specialità della disciplina di settore sulla sorte della debitoria pregressa al trasferimento dell'azienda.

Il problema non si pone neppure nella cessione di aziende non bancarie, per le quali il codice civile contempla una disciplina articolata della sorte del cd. patrimonio aziendale, che, per quanto concerne le posizioni debitorie cd. "pure", cioè non collegate ad una prestazione ineseguita⁹, è regolata dal disposto dell'art. 1260, co. 2, c.c. che, nei rapporti esterni¹⁰, prevede un accolto cumulativo *ex lege*, a carico

⁸ V. da ultimo COLESANTI, *Divagazioni processuali: in tema di dichiarazioni di garanzia e legittimazione all'indennizzo nella vendita di pacchetti azionari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 132 ss.

⁹ Sulla ricomprensione nella disciplina di cui all'art. 2560 c.c. anche dei debiti residui da contratti eseguiti da una sola parte v. CILENTO, *In tema di successione dell'affittuario nei contratti relativi all'esercizio dell'azienda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 213 ss.; MINNECI, *Imputazione e responsabilità in ordine ai debiti dell'azienda ceduta*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 7; RECINTO, *Trasferimento di azienda e sorte dei contratti unilaterali o bilaterali eseguiti ex uno latere*, in *Riv. dir. civ.*, p. 607 ss.; contra, per l'applicazione dell'art. 2558 c.c., SANTINI, *Cessione di contratto unilaterale o bilaterale eseguito ex uno latere*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1968 ss.

¹⁰ Sulla neutralità dell'art. 2560 c.c. rispetto al profilo interno dell'accordo dei debiti aziendali, lasciato totalmente alla scelta dell'autonomia privata v. PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, I, Bologna, 2004, p. 55; MANGINI, *L'azienda*, in AA.VV. *Diritto commerciale*², Bologna, 1995, p. 53; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1 Diritto dell'impresa*⁷, a cura di M. Campobasso, p. 157 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1979, p. 136 ss.; TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 1985, p. 54; PERRINO, *La cessione in blocco nella liquidazione coatta bancaria*, Torino, 2005, p. 61 ss.; MINNECI, *Trasferimento di azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, p. 49 ss.; MINNECI, *Imputazione*, cit. p. 19 ss.; CENTONZE, *Assegnazione patrimoniale e disciplina dell'azienda nella scissione di società*, Milano, 2013, p. 231 ss.; e in giurisprudenza Trib. Milano, 27 giugno 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 1.

Contra, per l'accordo interno della debitoria pregressa come effetto naturale della cessione di azienda Di SABATO, *Istituzioni di diritto commerciale*², Milano, 2004, p. 32;

dell'acquirente, della debitoria risultante dalle scritture contabili obbligatorie¹¹. Il che esclude ogni dubbio sulla legittimazione esclusiva del cedente rispetto alle azioni revocatorie dei pagamenti in corso all'atto della cessione¹² o proposte successivamente, difettando la condizione essenziale, non surrogabile dalla conoscenza *aliunde*¹³, della risultanza del debito di restituzione dalle scritture contabili obbligatorie, non potendo l'iscrizione della relativa posta intervenire se non a seguito di una sentenza di condanna, e dando luogo la pendenza della relativa controversia solo, eventualmente, all'accantonamento prudenziale di un fondo rischi.

La questione si pone invece per la circolazione delle aziende bancarie attesa la presenza di una disciplina di settore, largamente derogativa rispetto a quella del c.c.¹⁴, contenuta nell'art. 58 del t.u.b. sotto la rubrica, estremamente generica, di “*cessione di rapporti giuridici*”, ma più adeguatamente circoscritta dai co. 1 e 7 alla cessione di aziende, rami di azienda, beni o rapporti giuridici individuabili in blocco a favore di banche o di soggetti iscritti nell'albo della Vigilanza consolidata di cui agli artt. 65 e 109 t.u.b., ovvero degli intermediari finanziari previsti dall'art. 106.

Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, p. 437 ss.; Miola, *I conferimenti in natura*, in *Tratt. soc. per az.*, diretto da Colombo e Portale, I, 3, Torino, 2004, p. 183.

Per un accolto interno limitato ai debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie v. Corsi, *Diritto dell'impresa*², Milano, 2003; per la critica v. Martorano, *L'azienda*, cit., p. 218 ss.

¹¹ Sulla fonte puramente legale della responsabilità del cessionario ex art. 2560, co. 2 c.c., v. Minneci, *Trasferimento*, cit., p. 115 ss.; Presti – Rescigno, *Corso*, cit., p. 56; Bonfante - Cottino, *L'imprenditore*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, Padova, 2001, p. 645; Auletta, *Azienda*, cit., 4.2; Tedeschi, *Le disposizioni*, cit., p. 54.

¹² Cfr. Navarra, *I trasferimenti*, cit., p. 789.

Per l'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. ai processi in corso relativi alla debitoria pregressa in caso di alienazione di azienda v. Guaccero, *Conferimento di azienda bancaria e successione processuale: le vicende dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 1033 ss.

¹³ Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli, 1975, p. 92 ss.; Colombo, *L'azienda*, cit., p. 157; Cass., 20 giugno 2006, n. 8373; Cass., 9 marzo 2006, n. 5123.

Per l'equiparabilità all'annotazione nelle scritture contabili obbligatorie della risultanza del debito da eventuale elenco delle passività allegato al contratto di cessione depositato presso il Registro delle imprese v. Minneci, *Trasferimento*, cit., p. 142.

¹⁴ Cfr. Portale, *Sostituzione*, cit., p. 2 ss. Maimeri, *Cessione*, cit., p. 393; Tommasini, *Conferimento*, cit., p. 436 ss.; Schiavon, *Fusione*, cit., p. 1250 ss.; Jorio - Ambrosini, *Cessione*, cit., p. 1535; Navarra, *I trasferimenti*, cit., p. 789.

Tale disciplina, per il profilo che qui interessa, ossia per la debitaria “pura” in essere all’atto della cessione, prevede (co. 5) una responsabilità solidale del cedente e del cessionario temporalmente limitata al periodo di tre mesi dalla pubblicità dell’avvenuta cessione, scaduti i quali i creditori possono contare solo su quella del cessionario.

L’eccezionale deroga al principio che subordina la liberazione dell’accolto al consenso dei creditori, sancito nell’art. 1273 c.c. e ribadito nell’art. 2560 c.c.¹⁵, è accompagnata dalla facoltà, riconosciuta al ceto creditorio, di chiedere, sia pure nel limitato lasso di tempo sopra indicato, l’adempimento non solo delle obbligazioni scadute o esigibili a vista, ma anche di quelle non ancora scadute, in altrettanto vistosa deroga al diritto comune che ancora a rigorosi presupposti la decadenza del debitore dal beneficio del termine.

Per vero, anche se la norma allude, letteralmente, alla facoltà di chiedere “*l’adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione*”, espressione nella quale potrebbe scorgersi un rinvio alla disciplina generale del codice civile, la contraria interpretazione è suggerita dalla *aliunde* inutilità della disposizione, che si limiterebbe ad impedire un effetto ovvio della cessione di azienda, ossia la responsabilità solidale di cedente e cessionario¹⁶.

L’eccezionale scissione della esigibilità dell’obbligazione dalla sua scadenza, apparentemente contraddittoria a quella istituzionale solvibilità dell’acquirente nella quale si è ravvisato il fondamento della portata liberatoria dell’accolto sancito dalla stessa norma¹⁷, appare giustificata, più che dall’intento di offrire ai creditori una sorta di “compenso” alla perdita della responsabilità del cedente, dall’interesse di “settore” ad una sollecita definizione dei rapporti tra cedenti e cessionari separando nettamente le rispettive vicende patrimoniali¹⁸ e, segnatamente, delle azioni di rivalsa che la banca cedente può esercitare nei confronti del cessionario

¹⁵ Sul parallelismo tra l’art. 2560, co. 1 c.c. e l’art. 1273, co. 1 c.c. MARTORANO, *L’azienda*, cit., p. 228 ss.; non scalfito, se non per l’oggetto del consenso, dalla tesi (COLOMBO, *L’azienda*, cit., p. 156 ss.) secondo la quale il consenso riguarderebbe il trasferimento dell’azienda. Cfr. sul punto da ultimo CENTONZE, *Assegnazione*, cit., p. 235 ed ivi ult. riff.

¹⁶ CERCONI, *Cessione di rapporti giuridici a banche*, in *La nuova legge bancaria* a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, II, Milano, 1986, p. 985.

¹⁷ Cfr. COSTI, *L’ordinamento bancario*³, Bologna, 2001, p. 726.

¹⁸ V. PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 3 ss.; TOMMASINI, *Conferimento*, cit., p. 437; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 790 ss.; PISANI MASSAMORMILE, *La legge bancaria e la struttura del sistema creditizio*, in *La legge bancaria*, a cura di Porzio, Bologna, 1981, p. 223.

dell'azienda per il pagamento della debitioria pregressa laddove, come spesso avviene, vi sia stato un accolto interno di quest'ultima¹⁹.

Esiste, quindi, una stretta correlazione tra la scadenza anticipata delle "obbligazioni oggetto di cessione" ed il contenimento in uno stretto spazio temporale della responsabilità del cedente: la norma suona piuttosto come un invito ai creditori ad affrettarsi a far valere le loro ragioni nei confronti dell'alienante, laddove dubbiosi dell'adeguata solvibilità della banca acquirente, invito rafforzato dalla prospettiva di un pagamento anticipato²⁰.

3. Riferibilità della disciplina ai soli rapporti esterni.

C'è da chiedersi se la evidente finalità, sottesa all'effetto liberatorio dell'accordo, di scindere le vicende del patrimonio della banca cedente da quelle del patrimonio della banca cessionaria implichi una ulteriore deroga rispetto al disposto dell'art. 2560, co. 2 c.c., ritenuto, almeno secondo l'opinione dominante, concernere unicamente i rapporti esterni con i debitori pregressi, restando invece la incidenza finale dell'onere economico dell'adempimento rimesso all'accordo delle parti, anche in termini impliciti²¹. Invero, implicando la neutralità dell'articolo 58 del

¹⁹ È stata anche sottolineata la difficoltà di ricercare il consenso dei creditori dato il loro elevato numero connesso alla raccolta del risparmio (cfr. SCHIAVON, *Fusione*, cit., p. 1250; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1536 ss.)

Questa esigenza va peraltro ridimensionata considerato che la massima parte della raccolta bancaria è offerta dai rapporti di deposito nei quali l'art. 58 è fuori causa, trattandosi di rapporti contrattuali in corso nei quali la banca cessionaria subentra *ex art. 2558* con effetto liberatorio per l'alienante

²⁰ Alla luce delle considerazioni di cui nel testo potrebbe dubitarsi se l'esigibilità immediata dei crediti non ancora scaduti, ritenuta implicita nel disposto di cui all'art. 58, co. 1 concerne solo l'azionamento della pretesa nei confronti del cedente o anche nei confronti del cessionario.

²¹ V. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 220 ss. Un accolto隐含的 può essere legittimamente ravvisato per i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, dovendo presumersi che l'acquirente si sia cautelato difronte alla responsabilità *ex lege* sancita dall'art. 2560 tenendone conto nella valutazione dell'azienda, salvo che non ricorrano indizi in senso contrario, come l'iscrizione nel bilancio del cessionario di un conto d'ordine indicante al passivo i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie dell'alienante ed all'attivo il corrispondente credito di regresso verso quest'ultimo, nonché la permanenza della medesima debitioria al passivo dello stato patrimoniale nel bilancio del cedente (v. MIOLA, *I conferimenti*, cit., p. 180; JAEGER, *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*², Milano, 1988, p. 115; RACUGNO, *L'ordinamento contabile delle imprese*, in *Tratt. dir. comm.*

t.u.b. rispetto ai rapporti interni la possibilità di una azione di rivalsa del cessionario nei confronti del cedente (che in difetto di diverso regolamento negoziale, dovrebbe considerarsi il destinatario finale dell'onere economico)²², la realizzazione della su delineata finalità sembrerebbe compromessa da una interpretazione che riduca ai rapporti esterni la eccezionalità della norma rispetto al diritto comune.

Ma contro una dilatazione ai rapporti interni della responsabilità “esclusiva” della banca cessionaria, che faccia perno sul dato letterale delle espressioni “*creditori ceduti*” e “*obbligazioni oggetto di cessione*”²³, milita la considerazione che, anche da parte di coloro i quali attribuiscono al disposto dell’art. 2560 c.c. l’effetto di addossare al cessionario l’onere finale del pagamento, si ammette la possibilità di prevedere una regolamentazione contraria, né vi è alcuna ragione per ritenere in materia bancaria tale profilo sottratto alle disponibilità delle parti²⁴. Onde l’eventualità di un’azione di rivalsa da parte del cessionario nei confronti del cedente non può mai dirsi assolutamente esclusa, così come parimenti non può escludersi l’ipotesi inversa²⁵.

diretto da Buonocore, Torino, 2002, p. 113; CASSOTTANA *Rappresentazioni e garanzie nel conferimento di azienda in società per azioni*, Milano, 2006, p. 111 in nota).

Occorre peraltro, tener presente che raramente un contratto di trasferimento di azienda è assolutamente neutro in ordine alla incidenza finale della debitoria pregressa (Cfr. GRAZIANI - MINERVINI - BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2007, p. 77).

²² Cfr. Cass., 25 febbraio 1987, n. 1990; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23780; PETTITI, *Il trasferimento*, cit., p. 96 ss.; PERRINO, *La cessione*, cit., p. 210 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 138 ss.; contra CASSOTTANA, *Rappresentazioni*, cit., p. 93; CORSI, *Diritto*, cit., p. 72; CIAN, *Trasferimento di azienda e successione nei rapporti rappresentativi*, Milano, p. 248 ss.; per la critica v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 217 ss.

²³ Così PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 3, COLOMBO, *Crediti e debiti nella cessione di aziende bancarie* in *Riv. soc.*, 1970, p. 1153, quest’ultimo configurando la debitoria pregressa come bene strumentale per l’esercizio dell’attività (con evidente suggestione della debitoria derivante dalla raccolta del risparmio).

Per la concezione dell’azienda come “*res ideale composita*” inclusiva di tutti i rapporti facenti capo all’imprenditore, compresi i debiti v. da ultimo BASSI, *L'affitto di azienda insolvente*, in *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010, p. 713.

Ma contro questa spiegazione della responsabilità *ex lege* dell’acquirente l’azienda v. SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda (considerazioni su fattispecie e disciplina applicabile)* in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 698; MINNECI, *Trasferimento*, cit., p. 87.

²⁴ V. PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 4 ss.; MAIMERI, *Cessione*, cit., p. 393 ss.; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., 796 ss.

²⁵ Ad esempio il credito del terzo opposto in compensazione al cedente anche dopo la scadenza del termine di cui all’art. 58 t.u.b.

Né una connessione necessaria tra accolto interno e accolto esterno può essere stabilita interpretando l'espressione testuale dell'art. 58, sopra riferita, come allusiva ad una debitioria oggetto di accolto volontario da parte del cessionario: non solo perché in contrasto con la inderogabilità pattizia della responsabilità esterna dell'acquirente di azienda²⁶ ma perché finirebbe per addossare ai creditori aziendali l'onere di verificare se il debito corrispondente alla loro pretesa abbia o meno formato oggetto di accolto all'atto del trasferimento del complesso. Onere che si tradurrebbe nel riservare ai creditori bancari una tutela minore di quella riservata ai creditori in genere di fronte alla circolazione dell'azienda, tutela che è del tutto sganciata da un eventuale accolto interno e collegata al solo dato obiettivo dell'emersione della passività dalle scritture contabili obbligatorie²⁷.

In realtà la norma ha tenuto conto del dato fattuale che gli accordi di cessione di aziende bancarie si esprimono, sul punto, oltre che implicitamente²⁸, anche esplicitamente indicando come oggetto di trasferimento tutta la debitioria globalmente intesa, o almeno quella derivante dalla situazione di trapasso²⁹.

Né, a supporto della qui contestata connessione tra profilo interno e profilo esterno dell'accollto di cui all'art. 58 t.u.b., assume pregio una asserita necessaria simmetria tra il trattamento riservato al cedente, il quale, trascorso il termine di legge, si libera della debitioria trasferita al cessionario, e quello riservato ai creditori non ceduti³⁰. È evidente la disparità di trattamento tra coloro che, per effetto di una clausola di accolto contenuta nel contratto di cessione, conserverebbero la garanzia costituita dal patrimonio aziendale del cessionario, e coloro che, per non

²⁶ Cfr. MINNECI, *Trasferimento*, cit., p. 106 ss.; TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., p. 53; COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 136 ss.; CERCONE, *Cessione*, cit., p. 984; PERRINO, *La cessione*, cit., p. 181; contra MORELLO, *Trasferimento di azienda e sicurezza nelle contrattazioni*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 102 ss. in base alla derogabilità degli artt. 2557 e 2558 c.c.; ma per la critica v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 214, in nota.

²⁷ Cfr. Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur.it.*, 2009, 109; MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 249 ss.

²⁸ Come avviene per la debitioria derivante dalla raccolta del risparmio tra il pubblico, il cui accolto interno costituisce il risvolto consequenziale dell'acquisto della massa fiduciaria.

²⁹ Va ricordato che l'art. 54 della vecchia legge bancaria faceva salva una rivalsa della banca cessionaria nei confronti della banca cedente unicamente per i debiti "non risultanti dalla situazione di trapasso", (cioè dal documento contenente la contabilizzazione delle attività e passività trasferite), escludendo, quindi, un accolto interno delle stesse.

³⁰ Cfr. AUTELITANO, *Cessione di azienda bancaria e successione nel debito*, in *Contr.*, 2005, p. 468.

essere stati i loro debiti accollati, potrebbero contare solo sulla residua consistenza patrimoniale della banca cedente³¹.

4. L'applicabilità della limitazione della responsabilità del cessionario di cui all'art. 2560, co. 2, c.c.

Il tenore dell'articolo 58, con il generico (e tecnicamente poco felice) riferimento ai creditori ceduti (*recte* ai debiti accollati), lascia irrisolto il problema se la norma si limiti a derogare al disposto dell'art. 2560, co. 2, c.c. limitatamente alla speciale liberazione *ex lege* del cedente, ovvero se incida anche sull'area della responsabilità, prima concorrente e poi esclusiva, dell'acquirente l'azienda. Il mancato richiamo alla limitazione della responsabilità di quest'ultimo ai debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie è stato infatti interpretato con espressione dell'autosufficienza sul punto della disciplina di settore alla luce della esigenza di semplificare la definizione dei rapporti connessi alla circolazione dell'azienda bancaria, esonerando i creditori dal provare la risultanza del debito dalle scritture contabili obbligatorie e limitando gli effetti della registrazione nei libri contabili all'esclusione dell'azione di rivalsa nei confronti del cedente, attesa l'implicita considerazione dei debiti nel calcolo del prezzo di cessione³².

Ma la cennata esigenza di sollevare i creditori dell'onere probatorio di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. difficilmente giustifica l'esposizione del cessionario al rischio di vedersi gravato da una debitioria non preventivamente calcolabile. Rischio contro il quale non può adottarsi alcuna tutela preventiva, laddove quello afferente l'esposizione in via esclusiva all'azione dei creditori può essere neutralizzato, nei limiti in cui l'ammontare della debitioria si presenti preventivamente calcolabile, mediante una decurtazione proporzionale del valore del patrimonio netto, ovvero mediante un accantonamento prudenziale del corrispettivo (come avviene per la debitioria controversa)³³.

³¹ MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 250.

³² Così CERCONE, *Cessione*, cit., p. 986; MASI, *Commento all'art. 58, Cessione di rapporti giuridici*, in *Commentario t.u.b.* a cura di Capriglione, I, Padova, p. 464; Cass., 10 febbraio 2004, n. 2464; Trib. Bassano del Grappa, 23 aprile 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 35.

³³ V. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 252

Né l'ampliamento della responsabilità del cessionario a tutta la debitoria pregressa, senza distinzione circa la sua rilevabilità *ex ante*, può trovare giustificazione nella liberazione anticipata del cedente, ricorrendo questa solo nei limiti di una sostitutiva responsabilità del cessionario, mancando la quale riprende vigore la regola generale che subordina la liberazione dell'alienante al consenso dei creditori³⁴

Del resto che la stessa disciplina speciale non sia insensibile all'esigenza di circoscrivere il rischio del cessionario alla debitoria conosciuta o conoscibile con l'ordinaria diligenza è confermato dal fatto che l'art. 90 t.u.b., laddove la cessione dell'azienda avvenga nell'ambito della procedura di liquidazione coatta, limita la responsabilità del cessionario alla risultanza del debito dallo stato passivo depositato³⁵. Norma, la cui *ratio*, che è quella di rendere più agevole la collocazione dell'azienda bancaria sul mercato, non può non valere anche per l'alienazione volontaria.

In realtà il mancato richiamo al limite di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. si spiega con la specialità del contesto in cui trova applicazione l'art. 58, che concerne aziende soggette al controllo periodico della Vigilanza e la cui alienazione è, come detta il co. 1., regolata dalle Istruzioni all'uopo impartite dalla Banca d'Italia e, per le aziende di maggior rilievo, subordinata a specifica autorizzazione. Il che rende del tutto teorica, e comunque marginale, l'ipotesi dell'alienazione di una azienda la cui debitoria non sia rispecchiata in una ordinata contabilità.

Va altresì aggiunta la considerazione che le operazioni di cessione sono sempre precedute da accurata verifica della situazione patrimoniale da parte del potenziale acquirente (cd. *due diligence*) cui difficilmente può sfuggire l'esistenza di una debitoria certa ma non contabilizzata, così come di una debitoria eventuale i cui presupposti sono documentalmente accertabili, quale quella connessa alle vertenze passive in corso. I risultati della cennata verifica confluiscano nella cd. "situazione di trapasso", che è un documento redatto in collaborazione ed in contraddittorio tra cedente e cessionario, nel quale sono elencate le attività e passività trasferite. Documento al quale, se è dubbio che possa attribuirsi valenza di un accolto volontario³⁶, non può negarsi la

³⁴ Cfr. AUTELITANO, *Cessione*, cit, p. 966 ss.; Trib. Novara, 21 settembre 2004, in *Contr.*, 2005, p. 461.

³⁵ Cfr. AUTELITANO, *Cessione*, cit., p. 470.

³⁶ V. sul punto ampiamente PERRINO, *La cessione*, cit., p. 213 ss.

portata di un indice di determinazione dell'accordo *ex lege* di cui all'art. 58 t.u.b.

Sotto tale profilo si coglie la portata del mancato richiamo del limite di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. che, da un lato, non consiste nell'affrancazione della responsabilità del cessionario dalla conoscenza (o conoscibilità) della debitoria pregressa e, dall'altro, si traduce nella sottrazione della stessa al limite formale della sua emersione dalle scritture contabili per ancorarla a quello della sua conoscenza o conoscibilità con l'ordinaria diligenza.

Per vero, la giustificazione della subordinazione dell'interesse del terzo creditore all'esigenza di certezza probatoria offerta da dati formali, non surrogabile dalla conoscenza di fatto³⁷, individuata nell'assunzione del rischio di concessione di credito ad un'impresa la cui organizzazione contabile è inaffidabile³⁸, non può trasferirsi in un ambito, quale quello bancario, in cui la sottoposizione delle aziende di credito alla periodica vigilanza ispettiva (che concerne, come è noto, anche l'aspetto organizzativo) determina un ragionevole affidamento sulla esistenza di una ordinata contabilità. Il che spiega come il punto di equilibrio tra gli interessi del creditore e l'ambito della responsabilità del cessionario si sposti dall'emersione del debito dalle scritture contabili a quello della sua conoscenza o conoscibilità in via documentale.

Non può quindi ritenersi sottesa al mancato richiamo al limite quantitativo della responsabilità del cessionario di cui all'art. 2560, co. 2, una *regula juris* "contraddittoria", ma una *regula juris* "diversa" per la presenza di un elemento aggiuntivo della fattispecie, rappresentato dal carattere bancario dell'azienda, come è proprio delle norme *speciali*³⁹.

5. Preteso contrasto tra la legittimazione passiva del cessionario dell'azienda bancaria con: a) il requisito dell'inerenza del debito all'esercizio dell'impresa.

Tracciato così il quadro normativo sulla sorte dei debiti pregressi nella circolazione delle aziende bancarie, esaminiamo i vari argomenti

³⁷ Cfr. da ultimo AMATUCCI, *Trasferimento del ramo di azienda, sorte del debito risarcitorio (per illecito da revisione contabile), tutela sostanziale dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 152 ss.

³⁸ Cfr. MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 237.

³⁹ Cfr. MODUGNO, *Norma singolare*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 514 ss.

addotti a favore della esclusiva legittimazione passiva della banca cedente rispetto all'azione revocatoria delle rimesse in conto corrente effettuate da clienti dichiarati falliti anteriormente alla cessione.

Si afferma, innanzitutto, che il debito di restituzione scaturente dalla revocatoria delle rimesse difetterebbe del requisito della "inerenza all'esercizio dell'impresa" indicato nel co. 1 dell'art. 2560 c.c., requisito che, pur se non ribadito nell'art. 58 t.u.b., dovrebbe tuttavia considerarsi parimenti indispensabile per l'operatività della norma⁴⁰.

In realtà il mancato richiamo predetto è semplice conseguenza del fatto che la norma di diritto comune, dettata per l'azienda generale e quindi anche per quelle facenti capo ad un imprenditore individuale, mira ad escludere dal suo ambito di applicazione la debitioria extra aziendale, cioè quella assunta nell'ambito della sfera privata del titolare⁴¹. Ne consegue la sua inapplicabilità (e quindi estraneità) alla circolazione di aziende, come quelle bancarie, facenti capo necessariamente a società per azioni, cioè a persone giuridiche la cui attività si esaurisce nella sfera operativa strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale, che è per l'appunto l'esercizio dell'attività bancaria.

Pertanto la mancata riproduzione nell'art. 58 della precisazione di cui all'art. 2560 c.c. è dovuta semplicemente al fatto che tutta la debitioria assunta dalla banca non può non essere inherente all'esercizio dell'impresa bancaria nel significato lato di inerenza all'oggetto sociale, che è data non dalla tipologia degli atti o dei rapporti, ma dalla loro connessione strumentale con l'attività⁴².

⁴⁰ V. PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 9 ss.; MAIMERI, *Cessione*, cit., p. 395; TOMMASINI, *Conferimento*, cit., p. 432 ss. e p. 438 ss.; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1536; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 793.

⁴¹ Anche se erroneamente inserita nelle scritture contabili obbligatorie. Cfr. RICCIARDIELLO, *Trasformazione di impresa individuale e rapporti passivi*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1163 ss.

⁴² V. da ultimo Cass., 4 agosto 2006, n. 17986; CALANDRA BONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Tratt. soc. per az. diretto da Colombo e Portale*, IV, Torino, 1991, p. 202; BONELLI, *Atti estranei all'oggetto sociale e poteri di rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 928.

Il che, peraltro, non comporta l'inapplicabilità dell'art. 58 anche alla debitioria scaturiente da atti non riconducibili strumentalmente all'attività bancaria, atteso che l'estraneità degli atti all'oggetto sociale non è sanzionata con la loro nullità, ma con la semplice inefficacia, sanabile da una delibera assembleare. V. sul punto, anche per ult. riff. MIOLA, *Atti estranei all'oggetto sociale ed autorizzazioni e ratifiche assembleari dal vecchio al nuovo diritto societario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 275 ss.

Tanto premesso, è davvero difficile negare che l'obbligo di restituzione delle rimesse revocate, in quanto qualificate atti di ripianamento dell'esposizione derivante dalla concessione di fido o da uno scoperto di fatto, si colleghi causalmente allo svolgimento di una tipica relazione bancaria quale è il rapporto di conto corrente⁴³.

6. Segue: b) l'esigibilità immediata della debitioria pregressa.

Parimenti non probante contro una ricomprensione del debito da revocatoria delle rimesse nell'ambito di operatività dell'art. 58 appare il richiamo all'esigibilità immediata dei debiti ceduti, che presuppone la loro certezza e liquidità. Requisiti certamente carenti rispetto ad una debitioria connessa ad una pronuncia giudiziale futura, sia sotto il profilo dell'accertamento del suo presupposto che sotto quello della sua quantificazione⁴⁴.

Invero, appare del tutto arbitraria la connessione tra l'esigibilità dei crediti "ceduti" e l'accollo liberatorio del cedente: l'art. 58 si limita solo a contenere in termini temporali ristretti la possibilità di agire (anche) nei confronti del cedente ed, a tal fine, contempla una sorta di decadenza *ex lege* dal beneficio del termine, ma non deroga, né potrebbe, ai presupposti della certezza e della liquidità del debito. Ne consegue che la loro mancanza non è di ostacolo ad un accolto a carico del cessionario, ma solo rende, alla luce della su delineata *ratio* della norma, la relativa creditoria, una volta matureate le condizioni della sua esigibilità secondo il diritto comune, non assistita dalla responsabilità solidale del cedente.

Una siffatta conclusione appare suffragata anche dalla *ratio* dell'accollo *ex lege*, a carico dell'acquirente, della debitioria pregressa, la quale, come è noto, consiste nell'esigenza di non privare i creditori della garanzia offerta dal complesso aziendale sia sotto il profilo della estinzione fisiologica della debitioria grazie alla sua redditività⁴⁵ sia sotto quello de-

⁴³ È pacifico che la responsabilità *ex art. 2560, co. 2*, comprende ogni debitioria causalmente connessa all'esercizio dell'impresa (cfr. TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., p. 53) e quindi comprensiva anche della debitioria c.d. involontaria, apparente incongruo riconoscere a coloro che si trovano esposti verso l'impresa per un'accidentalità un trattamento deteriore rispetto a coloro che hanno volontariamente concesso credito.

⁴⁴ Così PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 11; TOMMASINI, *Conferimento*, cit., p. 438; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1536; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 794.

⁴⁵ MINNECI, *Imputazione*, cit., p. 11 ss.; PERRINO, *La cessione*, cit., p. 186; MARTORANO, *L'azienda*, cit., p. 232 ss.

lla eventuale realizzarne forzata grazie alla vendita coattiva degli *assets* aziendali⁴⁶. Esigenza che non viene tuttavia soddisfatta completamente, ma con il limite della conoscenza o conoscibilità della debitoria medesima da parte del cessionario, limite che nella circolazione dell'azienda in generale è fissato nella risultanza dalle scritture contabili, mentre in quella dell'azienda bancaria deve ritenersi, come abbiamo visto, estesa anche alla risultanza da altre fonti documentali.

Orbene, se il più rigoroso presupposto art. 2560, co. 2, c.c. preclude che l'accollo *ex lege* ivi previsto possa ritenersi inclusivo anche della debitoria in corso di accertamento e/o di liquidazione, alla stessa conclusione non può pervenirsi per la cessione di azienda bancaria ove vige il meno rigido presupposto della conoscenza o conoscibilità *aliunde* della sua esistenza. Onde la cennata esigenza di protezione dei creditori può estendersi anche alla debitoria della quale non si sono realizzati tutte le condizioni di esigibilità.

Del resto sarebbe paradossale che per i debiti in corso di accertamento e/o di liquidazione, la cui fonte è anteriore alla cessione ma la cui esistenza è conosciuta o conoscibile con la diligenza professionale del cessionario, i creditori siano doppiamente penalizzati sia per non poter beneficiare della esigibilità immediata sia per non poter contare sulla responsabilità del nuovo titolare dell'azienda al cui esercizio la debitoria inerisce.

Infine non può sottacersi la conseguenza paradossale cui porterebbe la pretesa connessione tra esigibilità del credito ed accolto liberatorio del debito: questa vicenda si verificherebbe o meno per i debiti di cui si è in corso l'accertamento giudiziale secondo che, anteriormente alla cessione, sia intervenuta una sentenza di primo grado o altro provvedimento esecutivo (ordinanza *ex art.* 186 c.p.c.), con relativa perdita della legittimazione passiva della banca cedente.

Ancor più complicata si presenterebbe la situazione nell'ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna generica accompagnata da quella al pagamento di una provvisionale. Il debito scaturente da quest'ultima sarebbe oggetto dell'accollo liberatorio *ex art.* 58, con conseguente attribuzione della legittimazione passiva esclusiva alla banca cessionaria, cui spetterebbe la legittimazione attiva all'impugnativa della sentenza sul punto, concorrente con quella della banca cedente sia sull'accertamento che sulla liquidazione del debito, mentre la parte

⁴⁶ Così COLOMBO, *L'azienda*, cit., p. 151; TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., p. 53.

creditrice potrebbe iscrivere ipoteca giudiziale sugli immobili della cessionaria per la condanna provvisionale e su quelli della cedente per la condanna generica *ex art.* 2818. c.c.

Ancor più stridente la contraddizione ingenerata dalla asserita connessione tra accolto del debito e sua esigibilità in riferimento alla debitioria qui considerata: è noto infatti che, per costante orientamento sia giurisprudenziale che dottrinale, la sentenza di revocatoria fallimentare ha natura costitutiva⁴⁷, di talché, in caso di declaratoria di inefficacia di pagamenti effettuati in periodo sospetto (quali sono le rimesse revocabili), il debito di restituzione alla massa fallimentare del relativo importo sorge solo a seguito della formazione del giudicato. Eppure, in deroga al principio della non eseguibilità delle sentenze esecutive non definitive⁴⁸, la giurisprudenza riconosce la provvisoria azionabilità della condanna a rimettere alla curatela l'attribuzione patrimoniale revocata⁴⁹.

7. Segue: c) la natura costitutiva della sentenza di revocatoria.

Proprio la natura costitutiva della sentenza revocatoria rappresenta altro argomento addotto per contestare la legittimazione passiva della banca cessionaria alla proposizione della domanda: poiché la relativa debitioria di restituzione non può considerarsi ancora sorta al momento della cessione, non sarebbe ipotizzabile una applicazione dell'*art. 58* per il semplice motivo che non sussiste al momento del trapasso della azienda un “debito” suscettibile di accolto⁵⁰. Di talché una proposizione della domanda nei confronti della banca cessionaria, o un subentro di quest’ultima *ex art. 111 c.p.c.*, integrerebbe un fenomeno di trasferimento dell’azione civile, ossia una circolazione della legittimazione proces-

⁴⁷ Cfr. SANDULLI, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 128 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Partecipazione in società e revocatoria*, Milano, 2001, p. 337; AMBROSINI, *Le sezioni unite sanciscono la natura costitutiva dell’azione revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, II, p. 23 ss., Cass. S.U., 13 giugno 1996, n. 5443; Cass. S.U., 15 giugno 2000, n. 437; e, da ultimo, Cass., 30 luglio 2012, n.13560.

⁴⁸ Cass., 22 febbraio 2010, n. 459.

⁴⁹ Cass., 29 luglio 2011, n. 16737.

⁵⁰ Cfr. PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 11; MAIMERI, *Cessione*, cit., p. 395; TOMMASINI, *Conferimento*, cit., p. 423; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1535, NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 792 ss.

suale scissa da un trasferimento della posizione sostanziale, contraria al nostro ordinamento processuale⁵¹.

Ma in realtà il carattere costitutivo della sentenza revocatoria non impedisce che la conseguente debitioria possa considerarsi oggetto della vicenda successoria di cui all'art. 58 anche laddove il giudicato sul punto si formi successivamente alla cessione. Per vero, se il debito sorge solo a seguito della pronuncia giudiziaria costitutiva, è innegabile che le sue premesse sostanziali (rimesse con effetto risolutorio, conoscenza dello stato di insolvenza, apertura della procedura fallimentare) sono vicende tutte anteriori alla cessione, di talché può certamente ritenersi esistente, al momento del trasferimento dell'azienda, un debito *futuro ed eventuale* suscettibile di una vicenda traslativa.

Invero, il principio, ormai consolidato sia in dottrina che in giurisprudenza circa la esistenza di una categoria generale di negozio su bene futuro⁵² nell'ambito della quale viene fatto rientrare anche l'accordo di debito futuro⁵³, consente di ritenere possibile siffatta vicenda non solo quando la stessa ha origine volontaria⁵⁴, ma anche quando essa si produce per effetto di legge. Infatti, una volta superato il preconcetto della necessaria attualità del bene oggetto della vicenda circolatoria, la fonte della stessa diviene irrilevante ai fini della sua ammissibilità.

L'equiparazione tra legge e volontà negoziale come fonte di una vicenda traslativa su debiti non ancora venuti ad esistenza implica peraltro la necessità, in ambo i casi, che al momento del suo perfezionarsi (nella specie la cessione dell'azienda) sussistano non solo i presupposti di fatto per il sorgere del debito, ma anche la determinazione o la determinabilità del suo ammontare⁵⁵. Requisito che nella fattispecie considerata certamente ricorre, ed è offerto dalla quantificazione che il debito di restituzione delle rimesse revocate riceverà dalla pronuncia giudiziale nell'ambito di un "tetto" massimo offerto dall'ammontare della richiesta formulata dalla Curatela attrice, laddove la domanda sia proposta anteriormente alla cessione, ed dal differenziale tra il picco massimo dell'esposizione debi-

⁵¹ Cfr. PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 11.

⁵² V. per tutti, da ultimo, BARENGHI, *L'oggetto del contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Lipari e Rescigno, III, Milano, 2009, p. 345 ss.

⁵³ Sull'accordo di debiti futuri v. TOMMASINI, *Conferimento*, cit., p. 424 ss.; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 794 e p. 797 ss.; e, con specifico riferimento alla cessione di azienda bancaria, Trib. Pescara 13 settembre 2011, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 939.

⁵⁴ ATTANASIO, *Cessione*, cit., p. 92.

⁵⁵ IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 805.

toria nel periodo sospetto ed il saldo passivo del conto al momento della dichiarazione di fallimento, laddove sia proposta successivamente⁵⁶.

Non si tratta quindi del trasferimento di una posizione di mera soggezione al diritto potestativo della curatela di far dichiarare la inefficienza relativa delle rimesse effettuate in periodo sospetto e provocare una sentenza costitutiva del debito di restituzione⁵⁷, ma dell'accordo *ex lege* di un debito futuro del quale sussistano i presupposti al momento della cessione dell'azienda⁵⁸.

8. Rilevanza della pendenza o meno del giudizio al momento del trasferimento dell'azienda.

Le argomentazioni sopra riportate a sostegno della legittimazione “esclusiva” della banca cedente all’azione revocatoria delle rimesse in c/c

⁵⁶È questo il criterio che, già prima della riforma, veniva adottato dalla giurisprudenza di merito V. da ultimo App. Firenze, 19 novembre 2005, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 823; Trib. Pavia 19 aprile 2006, in *Il fallimento*, 2007, p. 89; Trib. Milano 2 marzo 2008, in *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 748; App. Firenze, 19 gennaio 2009, in *Rep. giust. civ.*, 2009, voce *Fallimento*, 106. In dottrina DOTTI, *Revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario con saldo debitore*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 526 ss.; BOUCHE', *Revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente bancario*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 104 ss.; COVI, *Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 312 ss.; BERTOZZI, *La revocatoria fallimentare dei versamenti in conto corrente bancario*, Roma, 1980, p. 187 ss.; PELLIZZI, *Sulla revocatoria delle rimesse nel conto corrente bancario*, in *Il fallimento*, 1982, p. 463 ss.; *contra*, per il criterio della c.d. sommatoria delle rimesse la giurisprudenza della Cassazione, sia pure con il correttivo delle “partite bilanciate”, e in dottrina BONELLI, *Revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 393 ss.; NIGRO, *Revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario e posizione della banca nei rapporti di concessione di credito*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 290 ss.; e per la sua critica TERRANOVA, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 261 ss; GUGLIELMUCCI, *Revocatoria delle rimesse e tipologia degli addebiti in conto corrente*, in *Il fallimento*, 2011, p. 509 ss.; v. pure CEDERLE, *Revocatoria delle rimesse bancarie e massimo scoperto all'indomani della riforma*, in *Il fallimento*, 2007, p. 97 ss. Criterio consacrato con la riforma al co. 3 dell'art 70 l.fall. Vedi però per il carattere non retroattivo della disposizione, Cass., 3 settembre 2010, n. 19043; *contra*, per la sua retroattività PRESTIPINO, *Presupposti e limiti della nuova revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 861 ss.

⁵⁷Così, invece, PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 12 ss.; MAIMERI, *Cessione*, cit., p. 395; SCHIAVON, *Fusione*, cit., p. 1251; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1536; NAVARRA, *I trasferimenti*, cit., p. 790 ss.; SCHIERA, *Cessione*, cit., p. 48 ss.

⁵⁸V. Cass., 7 dicembre 2012, n. 22253.

sono state formulate con riferimento sia all'ipotesi di domanda giudiziale proposta anteriormente alla cessione sia a quella di domanda proposta successivamente⁵⁹. Tanto con perfetta coerenza con la conclusione, cui dette argomentazioni pervengono, circa la inesistenza, al momento della cessione, di una posizione debitoria suscettibile di formare oggetto dell'accordo *ex lege* contemplato nell'art. 58 t.u.b.

Per vero, atteso il (pacifco) carattere costitutivo della sentenza, è del tutto indifferente che il procedimento giudiziale formativo del debito di restituzione delle rimesse revocate sia iniziato o meno al momento della cessione.

Non altrettanto pacifica, ed, al contrario, bisognosa di attenta valutazione, può considerarsi tale indifferenza rispetto all'opposta conclusione, qui sostenuta, circa la idoneità del debito di restituzione *ex revocatoria*, in sè considerato, a formare oggetto della vicenda circolatoria di cui all'art. 58 t.u.b.

Infatti, la individuazione di un limite, sia pure diverso da quello segnato nell'art. 2560, co. 2, c.c., all'accordo *ex lege* della debitoria inherente l'esercizio dell'azienda bancaria, tracciato dalla conoscenza o conoscibilità su base documentale della debitoria attuale o potenziale, attribuisce rilevanza alla pendenza o meno di una domanda giudiziale contro la banca alienante al momento della cessione.

Nella prima ipotesi, infatti, è fuor di dubbio che la potenziale debitoria debba considerarsi conosciuta o conoscibile dal cessionario in base alla diligenza professionale, tenuto conto che l'esame della situazione patrimoniale finanziaria e gestionale dell'azienda cedenda include anche il contenzioso in essere. Con la conseguente ricaduta sul calcolo del corrispettivo della cessione, sia sotto il profilo della liquidità che del computo del patrimonio netto.

Assai più problematica invece si presenta la seconda ipotesi, essendo assai dubbio che la diligenza professionale esigibile nella verifica, da parte del cessionario, della situazione dell'azienda cedenda abbracci anche l'esistenza di rimesse potenzialmente revocabili effettuate nel periodo sospetto da parte di soggetti sottoposti a procedura fallimentare.

Occorre infatti considerare che, mentre anteriormente alla riforma della legge fallimentare, il *discrimen* tra rimesse revocabili e non veniva tracciato dall'esistenza di un regolare affidamento, che avrebbe qualifi-

⁵⁹ Cfr, PORTALE, *Sostituzione*, cit., p. 14 ss.; MAIMERI, *Cessione*, cit., p. 396; JORIO - AMBROSINI, *Cessione*, cit., p. 1536.

cato di per sé i versamenti in conto come atti di mero ripristino della disponibilità, il che rendeva identificabili le rimesse revocabili sulla base dei semplici versamenti effettuati dai debitori falliti⁶⁰, la disciplina attuale collega la revocabilità delle rimesse su un conto passivo (si tratti di un regolare affidamento o di uno scoperto di fatto) ad un dato molto più sofisticato quale “la *idoneità della rimessa a ridurre stabilmente l'esposizione debitoria*”, che implica un'indagine particolareggiata su tutto l'andamento del conto, con risultati assai opinabili.

Né appare possibile accollare alla banca cessionaria l'onere di restituzione delle rimesse “revocabili” prescindendo dalla rilevabilità preventiva della loro presenza come un “rischio di impresa”: invero il ricorso a questa categoria appare legittimo come criterio per l'attribuzione delle conseguenze dannose di un evento non imputabile nella contrapposizione del soggetto imprenditore ad un altro non titolare di una struttura in grado di “assorbire” la perdita economica nell'ambito di una attività esposta all'alea di mercato.

Nella specie, all'opposto, alla banca cessionaria si contrappone un soggetto dotato di pari qualifica imprenditoriale, nel cui ambito di attività il rischio è originato, essendo stata beneficiaria delle rimesse revocabili, laddove l'onere economico che subirebbe la banca cessionaria originerebbe dall'andamento di un rapporto alla cui gestione essa è estranea.

Va altresì aggiunto che essendo un accolto interno della debitioria pregressa riconducibile unicamente ad una volontà dell'acquirente, nella specie da escludersi rispetto ad una debitioria ignota, l'attribuzione al cessionario della legittimazione passiva rispetto alle azioni revocatorie introdotte successivamente alla cessione non potrebbe che ripercuotersi, in caso di soccombenza, in un'azione di rivalsa verso il cedente che, come abbiamo sottolineato in precedenza, l'ordinamento di settore tende per quanto possibile ad evitare.

⁶⁰ Cass., 4 maggio 2012, n. 6789; Cass., 22 giugno 2010; Cass., 14 aprile 2010; Cass., 9 novembre 2007, n. 23393; Cass., 9 luglio 2005, n. 14470; Cass., 15 settembre 2006, n. 19941. Questo orientamento risale alla famosa sentenza della Cassazione, 18 ottobre 1982, n. 5413, cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva. Cfr. ARATO, *Operazioni bancarie in conto corrente e revocatoria delle rimesse*, Milano, 1991, p. 139 ss.; QUADRI, *Natura solutoria e ripristinatoria delle rimesse*, in *Il fallimento*, 1999, p. 1026 ss., BONELLI, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: la giurisprudenza della Cassazione a partire dal 1982*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 217 ss.; PRESTIPINO, *Presupposti*, cit., p. 857.

Diversamente da quanto avviene per la debitioria derivante da azioni revocatorie già iniziate che, in quanto da presumersi nota alla banca cessionaria e computata nel calcolo del prezzo di cessione, non dà luogo ad alcuna rivalsa, dovendo considerarsi oggetto di tacito accolto interno.

9. L'accolto volontario globale della debitioria pregressa.

L'esclusione dall'ambito dell'accolto *ex lege* di cui all'art. 58 dell'eventuale obbligo di restituzione delle rimesse "revocabili" non ancora oggetto di domanda giudiziale non esclude che al medesimo risultato possa pervenirsi *ex voluntate* in base ad un preciso accordo sul punto contenuto nel contratto di cessione⁶¹. Infatti, se la non rilevabilità della esistenza e dell'ammontare di tale futura debitioria in base alla verifica *ex ante* della situazione patrimoniale e finanziaria dell'azienda cedenda preclude, a nostro avviso, l'estensione alla stessa dell'accolto *ex lege* da parte del cessionario, non impedisce peraltro di riconoscere all'eventuale patto di accolto di tale debitioria futura il requisito indispensabile della determinabilità dell'oggetto. Questo sarà individuato in base alle pronunce giudiziali che saranno rese a seguito delle instaurande azioni revocatorie nell'ambito di un tetto massimo costituito dalla differenza tra il picco della esposizione debitoria registrato nel periodo sospetto ed il saldo passivo del conto al momento dell'apertura della procedura concorsuale (art.70, co. 3, l.fall.)

Ma se la sua determinabilità *per relationem* al suddetto dato rimuove ogni dubbio sulla validità, *inter partes*, di tale accolto volontario, resta l'interrogativo se ad esso debba applicarsi la disciplina speciale dell'art. 58 del t.u.b., con annessa deroga al disposto dell'art. 1273, co. 1, c.c., facendone conseguire, sul piano processuale, la legittimazione esclusiva della banca cessionaria, ovvero se a tale accordo debba attribuirsi valenza puramente interna, salva la facoltà dei creditori di aderirvi, acquisendo

⁶¹ V. Trib. Udine, 24 settembre 2010, in *Giur. comm.*, 2012, II, 847, ma per il richiamo al vecchio distinguo Trib. Modena 31 marzo 2011, in *Giur. merito*, 2011, 2449. Sulla ambiguità di tale formula e sulla difficoltà della sua applicazione v i rilievi critici di CAVALI, *Considerazioni sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario dopo la riforma dell'art. 67 l.fall.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 7 ss.; FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2005, p. 573 ss.; NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Dir. banc.*, 2005, p. 341 ss.

così un ulteriore obbligato in solido *ex art.* 1273, co. 3 (il che implicherebbe una doppia legittimazione passiva, sia del cedente che del cessionario), nonché di liberare il debitore originario (il che implicherebbe la legittimazione esclusiva del cessionario).

A sostegno di tale seconda soluzione si è richiamato il principio generale che non consente all'autonomia privata di attuare un circolazione del debito prescindendo dal consenso del creditore⁶².

Principio, che, però, esatto alla luce della disciplina comune, non lo è *sic et simpliciter* trasferibile alla fattispecie, dovendo misurarsi con la presenza di una disciplina specifica che, con riferimento ai "crediti ceduti" (*recte* debiti accollati), ipotizza la liberazione della banca cedente.

Per vero, se, per le ragioni esposte in precedenza, l'espressione non può essere riferita ad un accolto *ex lege* della totalità della debitoria pregressa, attuale o potenziale, né, all'opposto, ristretta alla debitoria oggetto di un accolto volontario, non vi è ragione per riferire ai soli debiti accollati *ex lege* la responsabilità esclusiva della banca cessionaria.

Infatti, l'esigenza di stabilire una netta soluzione di continuità tra le vicende patrimoniali della banca cedente e quelle della banca cessionaria, evitando nei limiti del possibile reciproche azioni di rivalsa, dovrebbe valere parimenti nella ipotesi in cui l'accollto ha origine volontaria.

FEDERICO MARTORANO

⁶² Cfr. ATTANASIO, *Cessione*, cit., p. 92 ss.