

**LA NUOVA REVOCATORIA DELLE RIMESSE BANCARIE,  
LE ULTIME DUE SENTENZE NOTE**

GIUSEPPE REBECCA E GIUSEPPE SPEROTTI

**A) La sentenza della Cassazione n. 20834 del 7 ottobre 2010**

La sentenza n. 20834 del 7 ottobre 2010 è la prima sentenza della Cassazione in materia di determinazione degli importi revocabili in base alle nuove disposizioni, quelle appunto entrate in vigore il 17 marzo 2005 (D.L. n. 35 del 14 marzo 2005) e successivamente dal correttivo D.Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007. Ricordiamo che sulla specifica questione sono note, a tutto il 2010, le seguenti sentenze:

- Tribunale di Milano, sentenza del 27/03/2008, n. 3979, estensore Dr Mauro Vitiello;
- Tribunale di Milano, sentenza del 25/05/2009, n. 6946, estensore Dr Roberto Craveia;
- Tribunale di Milano, sentenza del 21/07/2009, estensore Dr Mauro Vitiello;
- Tribunale di Monza, sentenza del 3/09/2008, estensore Dr.ssa Alida Paluchowski.

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

Molti i punti toccati da questa sentenza, anche se, come detto, la questione riguardava la normativa precedente. Gli aspetti collegati con la “nuova” revocatoria delle rimesse bancarie riguardano:

- 1) la pregiudiziale comunitaria;
- 2) l’eccezione di incostituzionalità;

- 3) la negata anticipata applicabilità dell'art. 70 L.F.;
- 4) il riferimento al fido;
- 5) la determinazione della consistenza e della durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria.

Esaminiamo sinteticamente i vari punti.

### **1. La pregiudiziale comunitaria**

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

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

### **2. L'eccezione di incostituzionalità**

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

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

### **3. La negata anticipata applicabilità dell'art. 70 L.F.**

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

Il legislatore ha stabilito che le nuove norme sono applicabili per procedure aperte dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 35/2005 e quindi dal 17 marzo 2005. Per procedure aperte prima di tale data, applicabilità delle disposizioni anteriori. Così si esprime la Cassazione: *“La previsione è assolutamente coerente, anzitutto col principio dell'irretroattività della legge*

*sancito nell'art. 11 preleggi salvo le eccezioni che la stessa legge deve indicare, indi con la ratio dello stesso istituto della revocatoria”.*

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

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

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

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

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

Così si esprime la Cassazione:

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

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

Le variazioni normative apportate dal D.Lgs. 169/2007 hanno infatti effetto, per legge, dall'1 gennaio 2008, ed allora, come si fa a dire che una

norma, approvata nel 2007, ha valenza interpretativa, ma differita, entrando in vigore successivamente, il 1° gennaio 2008. E' un controsenso bello e buono; da un punto di vista razionale non si può sostenere quanto afferma la Cassazione: norma interpretativa, ma differita.

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

#### 4. Riferimento al fido

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

Quindi, non più revocabilità delle sole rimesse solutorie, è detto esplicitamente; conseguentemente, *“Nuova è la disciplina quanto all'oggetto della revoca che, specificamente individuato nelle rimesse bancarie, così distinte dai pagamenti, rimuove dallo scenario esegetico il distinguo tra natura solutoria e ripristinatoria dei versamenti affluiti sul c/c”*.

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

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

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

Per quanto concerne questo aspetto, e alle problematiche pratiche che derivano da una applicazione della nuova revocatoria delle rimesse bancarie facendo riferimento al fido, si rimanda al nostro articolo *“Rilevanza o meno dell'affidamento nella nuova revocatoria fallimentare delle rimesse”*, in questa rivista, Novembre/Dicembre 2010, pag. 788.

## 5. La determinazione della consistenza e della durevolezza

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

Più in particolare, quanto alla consistenza e durevolezza, *“la banca, per sottrarsi all'obbligo di restituzione, è onerata della prova che le rimesse non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria – concetto di natura commerciale di non semplice qualificazione giuridica”*.

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

Ma aggiunge qualcosa in più: *“in difetto di tale prova, **ovvero nel caso risulti il contrario**, la revoca viene disposta limitando l'obbligo di restituzione secondo il criterio del massimo scoperto previsto dalla L. Fall., art. 70, che, compreso tra gli effetti della revocazione, di cui fissa il limite, opera quindi in funzione di norma di chiusura, eliminando, in un'ottica*

*unitaria, dal panorama giurisprudenziale definitivamente la revocabilità delle singole rimesse” (il grassetto è nostro).*

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

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

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

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

Interpretazione molto interessante, ma non adeguatamente motivata.

In sintesi, questi i punti rilevanti della sentenza:

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

## **B) Sentenza Tribunale di Udine 24/02/2011**

La recente sentenza del Tribunale di Udine (n. 293 del 24/2/2011) in tema di revocatoria di rimesse bancarie è intervenuta in modo interessante sulle principali problematiche dei riformati articoli 67 e 70 L.F.

Questi i principi affermati:

- 1) nella “nuova revocatoria” non ha più rilevanza la questione dell’affidamento, ovvero la distinzione tra conto passivo e conto scoperto;

2) per valutare consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria ex art. 67 L.F. ci si deve riferire all'effetto finale sul debito complessivo del correntista fallito nei confronti della banca;

3) il c.d. rientro fissato dall'art. 70 L.F. come limite massimo dell'importo revocabile va quantificato da parte della banca, tenendo conto della complessiva esposizione debitoria del correntista, considerando quindi non solo il c/c ordinario, ma anche i vari conti anticipi e i finanziamenti.

Vediamo i singoli punti nel dettaglio.

### **1. Irrilevanza dell'affidamento**

Circa la questione dell'irrelevanza dell'affidamento nella nuova revocatoria, si tratta di una ulteriore conferma di quello che pare, o sarebbe il caso di dire parrebbe, essere oramai l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza (vedasi G. Rebecca e M. Marchetti, cit.).

La distinzione tra conto passivo (saldo a debito nei limiti dell'affidamento) e conto scoperto (saldo a debito fuori fido o non affidato) ante riforma era stata a lungo trattata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che aveva alla fine inquadrato la "vecchia revocatoria" in un particolare meccanismo incentrato sulla disponibilità delle rimesse bancarie revocabili.

Ora, con la riforma della Legge Fallimentare, ed in particolare dell'art. 67, si deve, a nostro avviso necessariamente, ripartire da zero, superando il concetto di saldo disponibile che non ha più ragion d'essere.

Ricordiamo che era già intervenuta anche la Cassazione, con la Sentenza del 7 ottobre 2010 n. 20834 (qui commentata), la quale, pur se il caso riguardava una azione revocatoria delle rimesse ante riforma, si è pronunciata, ancorché senza motivazione, sul fatto che la nuova disciplina rimuove il distinguo tra la natura solutoria e ripristinatoria dei versamenti.

La revocabilità delle rimesse bancarie si fonda adesso sui concetti di "riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria" e di "rientro", concetti che prescindono appunto dall'affidamento del correntista fallito.

La sentenza in commento riconferma la tesi prevalente della dottrina: nessun riferimento all'affidamento, con la nuova revocatoria.

## 2. Riferimento al debito complessivo

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

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

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

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

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

In questa ottica i giudici di Udine hanno individuato come durevole la riduzione dell'esposizione debitoria complessiva del cliente verso la banca, non limitandosi alla lettura del saldo debitore del solo c/c ordinario.

Riteniamo che ciò corrisponda allo spirito della norma, che parla di esenzione da revocatoria delle rimesse "purchè non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria ...". Questa espressione, come già detto, è assai lontana dal concetto di rimesse solutorie, che andavano individuate rispetto al saldo di ogni singolo conto corrente bancario.

## 3. Determinazione rientro ex art. 70 L.F. da parte della banca

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

Nel caso specifico la banca aveva eccepito solo la mancanza del requisito della durevolezza, indicando che il saldo debitore finale del c/c era



superiore al saldo iniziale del semestre, e non aveva fornito documentazione ulteriore per quantificare il debito complessivo iniziale del semestre. Il Tribunale ha concordato con la ricostruzione operata dal CTU, che ha ipotizzato che l'ammontare massimo delle pretese della banca fosse dato dalla somma tra il saldo finale del c/c (su cui erano stati addebitati i giroconti di chiusura dei finanziamenti) e l'accredito iniziale revocabile (263 mila euro).

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

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

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

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

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

Sempre ricollegandosi a quanto detto sopra circa l'esposizione debitoria ex art. 67 L.F., che deve essere vista nel suo complesso, anche per l'art. 70 L.F., a maggior ragione, è necessario avvalersi di un conteggio che qualifichi il rientro avendo riguardo alla situazione globale del rapporto tra correntista fallito e banca. Non si dovrà quindi frazionare la revocatoria nei singoli conti correnti, ma si dovrà effettuare un conteggio unico, la sommatoria di tutti i rapporti, ovvero del debito complessivo del correntista.

Infine, si può ritenere che tale metodologia per la determinazione delle somme revocabili vada a risolvere anche il problema della revocatoria degli accrediti contabilizzati sui conti di appoggio al c/c ordinario, ovvero i vari conti anticipi, SBF, export ecc...

Se si fa un conteggio unitario di tutte le posizioni aperte tra il fallito e la banca non si correrà il rischio di incappare nelle c.d. duplicazioni, ovvero nella doppia revoca della stessa operazione, cosa che succederebbe qualora si ritenesse revocabile sia l'accredito sul c/c ordinario dell'anticipazione concessa dalla banca, sia l'accredito di chiusura del debito sul c/anticipi (effettuata spesso a distanza di tempo e per importi non coincidenti).

In conclusione, è a nostro avviso corretto incentrare il calcolo del rientro e della consistenza e durevolezza delle rimesse sulla posizione complessiva del correntista fallito, poiché la revocatoria non deve colpire un conto specifico, bensì un creditore (nella fattispecie una banca), che abbia ricevuto un pagamento con le modalità più diverse, ma con l'identico risultato di ridurre il proprio credito verso il fallito, quindi in violazione della *par condicio creditorum*, negli ultimi 6 mesi ante fallimento.