

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Linee di credito c.dd. autoliquidanti e (malinteso) contrasto tra funzione del contratto e tutela della *par condicio creditorum*

SOMMARIO: 1. Prima questione preliminare: La qualificazione del contratto. Emersione di un'operazione economica complessa. – 2. Seconda questione preliminare: lo stato di esecuzione del contratto. Necessaria limitazione del campo d'indagine al trattamento giuridico del credito erogato dalla banca prima dell'apertura del concordato cui sia seguito l'incasso delle somme presso terzi. – 3. Opponibilità al concordato del regolamento privato nel suo complesso: la violazione solo apparente del principio di cristallizzazione e del divieto di compensazione. Il permanere dell'incertezza operativa a causa del dialogo sordo tra Corte di Cassazione e corti di merito. – 4. Il necessario superamento delle ultime resistenze alla luce di un ripensamento sistematico della fisionomia del rapporto obbligatorio. Emersione di una funzione economica del contratto programmata nel rispetto della *par condicio creditorum*.

1. Prima questione preliminare: La qualificazione del contratto. Emersione di un'operazione economica complessa.

Il ricorso alle linee di credito bancario c.dd. autoliquidanti è pratica diffusa e necessaria nel contesto di un'economia che vede in crisi il ricorso alle garanzie reali tipiche e mette l'imprenditore, privo di liquidità, nella condizione di vincolare alla funzione di rimborso del credito le proprie fonti di ricchezza futura rappresentate da titoli di pagamento in scadenza verso terzi. Benché strumentali al più agevole accesso al credito per le imprese, l'inquadramento di tali linee di credito pone una serie di interrogativi circa la struttura e funzione giuridica di queste forme di finanziamento, lo stato di esecuzione del rapporto e, a cascata, la fondamentale e controversa questione della loro opponibilità alle procedure concorsuali.

Prendendo le mosse dall'indagine sulla fisionomia di dette operazioni di finanziamento, vi è che esse possono programarsi in concreto secondo schemi negoziali molto diversi tra loro. Dunque, fondamentale è la configurazione degli interessi, ovvero della funzione del contratto, attribuita in concreto dalle parti nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Minimo comun denominatore delle possibili varianti contrattuali, tale da ricondurle tutte alla caratteristica

di autoliquidabilità, risulta il collegamento tra gli importi erogati dalla banca e il valore dei crediti vantati dal soggetto finanziato presso terzi, nonché la predestinazione degli stessi crediti all'adempimento del debito da rimborso del finanziamento. In questo senso, si esprimono le Istruzioni della Banca d'Italia sulle segnalazioni di credito agli effetti della Centrale Rischio (sez. II, § 1.1), ove è dedicata apposita definizione al rischio di credito connesso a tali modalità di finanziamento. Si tratta di finanziamenti concessi per consentire alla clientela «l'immediata disponibilità di crediti non ancora scaduti vantati nei confronti di terzi» e per i quali l'intermediario assume «il controllo sui flussi di cassa». La definizione è quanto mai esaustiva in quanto coglie i due tratti peculiari del modello negoziale autoliquidante: a) rendere presente per l'imprenditore la ricchezza ancora assente rappresentata da crediti non scaduti verso terzi; b) assicurare alla banca la destinazione delle somme rinvenienti dai crediti verso terzi al rimborso del *quantum* anticipato. Quest'ultimo profilo merita di essere segnalato, fin da subito, come essenziale ai fini della comprensione della funzione del contratto e della sua preservazione anche in sede di concordato preventivo. Proprio la Banca d'Italia sottolinea l'importanza del secondo profilo sintetizzando i caratteri di questa autonoma classe di rischio di credito con l'espressione «operazioni caratterizzate da una fonte di rimborso predeterminata».

Dunque, non debiti il cui adempimento è affidato alla libera iniziativa del finanziato, né alla garanzia generica del suo patrimonio, ma piuttosto alla sicura destinazione di pagamenti futuri di cui la banca assume la legittimazione diretta a ricevere. In questo la tutela della banca segue un percorso soltanto affine, ma non identico, a quello delle garanzie specifiche del credito, giacché l'escussione della fonte del suo soddisfacimento non è subordinata al momento patologico dell'inadempimento, potendo avvenire direttamente con l'incasso del credito dal terzo senza necessità di intermediazione né del debitore, né dell'autorità giudiziaria o di suoi organi delegati. Ne risulta una posizione di forza della banca addirittura più accentuata di quella rinveniente dalla titolarità di garanzie reali (almeno nella loro configurazione tradizionale), e finanche dal coinvolgimento del patrimonio di terzi fideiussori. Il fideiussore, infatti, proprio in quanto chiamato a garanzia con tutto il suo patrimonio (sebbene eventualmente nei limiti di un importo massimo) rimane soggetto facoltizzato

all'adempimento di un'obbligazione di garanzia e non di un debito "sentito come proprio", di cui avverte tutto il peso, e al quale spesso tenta di sfuggire non adempiendo spontaneamente, ovvero con tentativi di sottrazione fraudolenta del suo patrimonio alla funzione di garanzia. Di contro, il terzo debitore del finanziato è soggetto "psicologicamente" interessato all'adempimento di un debito contratto per proprio nome e conto (anch'esso spesso collegato all'esigenza della continuità aziendale) e ben circoscritto nell'importo fin dalla sua genesi, di modo che certamente indifferente risulta per costui adempiere direttamente verso il suo creditore o verso altri.

Tale è quindi il rilievo pratico delle operazioni di credito autoliquidanti che di esse ha preso atto anche la legge fallimentare e il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, con disposizioni le quali, appunto, colgono l'esigenza di un trattamento dedicato della fattispecie¹.

Ancora, è la Banca d'Italia a fornire un catalogo delle operazioni confluenti nell'ipotesi del rischio di credito autoliquidante. Si affiancano così fattispecie eterogenee quali «le operazioni di anticipo per operazioni di *factoring*; anticipo *salvo buon fine*; anticipo su fatture; altri anticipi su effetti e documenti rappresentativi di crediti commerciali; sconto di portafoglio commerciale e finanziario indiretto; anticipo all'esportazione; finanziamento a fronte di cessioni di credito effettuate ai sensi dell'art. 1260 c.c.; prestiti contro cessione di stipendio; operazioni di acquisto di crediti a titolo definitivo». Quanto, invece, all'essenziale requisito del controllo della banca sui flussi di cassa, le Istruzioni dell'Autorità bancaria affermano che esso si concretizza quando l'intermediario si renda cessionario del credito, abbia un mandato irrevocabile all'incasso, ovvero i crediti siano domiciliati per il pagamento presso i suoi sportelli.

La prima delle tre ipotesi va tenuta distinta dalle restanti due, per via di considerazioni poi decisive ai fini della soluzione del problema relativo al destino delle linee autoliquidanti all'apertura del concordato preventivo. Mentre con la cessione del credito avviene che la banca subentri nella stessa titolarità del credito, con effetto quindi traslativo

¹ Il riferimento è all'art. 182 *quinquies*, comma 3, l.f., oggi art. 99, comma 2, C.C.I.I.

dello stesso già al tempo dell'accordo di cessione² *pro solvendo*; di contro, con il solo conferimento alla banca del mandato all'incasso dei crediti o del ruolo di domiciliataria dei pagamenti, essa non acquista affatto la titolarità del credito, la quale rimane in capo al debitore, ma soltanto la legittimazione a chiedere o a ricevere l'adempimento del terzo: secondo una prima impressione, quindi, nessun effetto traslativo del credito in grado di collocarsi cronologicamente, attraverso l'espedito dell'atto avente data certa, in un tempo anteriore alle traversie concorsuali del debitore. Peraltro, il dato oggettivo del trasferimento consensuale del credito alla banca in cambio della erogazione di credito esclude chiaramente che in tale ipotesi possa aprirsi questione sullo stato di esecuzione del contratto al momento della apertura della procedura concorsuale³, profilo che invece ancora impegna molto il dibattito dottrinale per il caso di mandato all'incasso o di domiciliataria di pagamento a favore della banca. La presenza dell'effetto traslativo del diritto nella sola cessione del credito ha portato la giurisprudenza a distinguere il potere giuridico della banca

² P. PERLINGERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. cod. civ.*, A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), IV, Bologna-Roma, 1982, p. 159 ss.

³ Rileva ai fini della opponibilità alla procedura concorsuale la circostanza che la cessione del credito sia stata notificata o accettata dal debitore ceduto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento. Sul punto, tra le ultime, v. Cass. civ., 7 maggio 2014, n. 9831, in banca dati *DeJure*; Cass. civ., 25 gennaio 2012, n. 1012, in *Giust. civ.*, 2012, p. 964 ss.; Cass. civ., 6 luglio 2009, n. 15797, in *Fall.*, 2010, p. 245 ss.; Trib. Reggio Emilia, 12 ottobre 2017, n. 1074, in banca dati *DeJure*, che espressamente estende l'argomentazione anche al concordato preventivo. In dottrina, M. MARTINO, *Cessione dei crediti in garanzia e funzione solutoria nel finanziamento bancario alle imprese: una perdita di coerenza tipologica*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 724; A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*. Artt. 1260-1267, in *Il Codice civile*, Commentario, P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (diretto da), Milano, 2014, p. 273; F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, in *I contratti di garanzia*, F. MASTROPAOLO (a cura di), in *Tratt. dei contratti*, P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2006, II, p. 920; E. GINEVRA, *Le garanzie contrattuali atipiche sui crediti di impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 252; G. GUERRIERI, *Cessione del credito a scopo di garanzia* (dir. civ.) (voce), in *Enc. giur.*, VI, Roma, Treccani, 2001, p. 6; A. DOLMETTA - G. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, p. 114; *Contra*, B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 185 ss.

ottenuto attraverso il trasferimento del credito dal potere di mero fatto ottenuto dalla stessa nella diversa ipotesi di mandato all'incasso⁴.

Il mandato all'incasso, tuttavia, a differenza della domiciliazione di pagamento presso la banca, presenta in più l'attributo fondamentale di legittimare la stessa all'esercizio della pretesa creditoria nei confronti dei terzi, seppur con il successivo obbligo di restituzione delle somme al cliente. Particolarmente accattivante per l'istituto di credito è quindi la prospettiva di agire autonomamente per la riscossione. Naturalmente però, sia che si tratti di mandato all'incasso, sia che vi sia la sola indicazione di pagamento presso la banca, la funzione autoliquidante dell'operazione di realizza soltanto nel momento in cui la stessa banca può portare a compensazione del suo debito da restituzione l'originario credito verso il cliente. Il passaggio è così fondamentale che nella prassi applicativa è d'uso completare lo schema negoziale attraverso l'aggiunta di un patto programmatico di compensazione tra le reciproche pretese delle parti. La sequenza negoziale, riconducibile allo schema dell'operazione economica, è per questa via data dal collegamento necessitato tra l'anticipazione delle somme da parte della banca – il mandato all'incasso di crediti verso terzi conferitole dal cliente – il patto di futura compensazione dei reciproci rapporti di dare e avere.

Ebbene, se questo è lo schema negoziale, è evidente la relazione biunivoca tra i singoli passaggi dell'operazione, tale per cui nessuno di essi avrebbe ragione di essere senza gli altri: la banca concede il credito in base ad una valutazione del *quantum* inscindibilmente collegata al valore dei crediti presso terzi del finanziato; anche la decisione sull'*an* del finanziamento è poi direttamente condizionata dalla possibilità

⁴ Cass. civ., 27 aprile 2011, n. 9387, in *Fall.*, 2012, p. 233; Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Fall.*, 2003, p. 1187, con nota di P. OLIVA, *Mandato all'incasso e revocatoria dei pagamenti*. Sul diverso atteggiarsi della funzione di garanzia nelle due forme contrattuali v. F. MAIMERI, *Cessione dei crediti in garanzia e mandato irrevocabile all'incasso*, cit.; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm e dir. pubb. dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 1994, p. 129 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Mandato in rem propriam all'incasso e fallimento del mandante*, in *Quaderni giuridici dell'impresa*, 1989, p. 16 ss., il quale definisce il mandato «strumento debolissimo» rispetto alla cessione del credito per la inopponibilità degli incassi effettuati dal mandatario dopo l'apertura del fallimento; M. SESTA, *Le garanzie atipiche. Vendita, cessione del credito, mandato a scopo di garanzia. Contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1988, p. 304 ss.

offerta alla banca di incassare direttamente le somme rinvenienti dai crediti e portarle a compensazione⁵; infine, lo stesso finanziato ha interesse al patto di compensazione percependolo come la soluzione più agevole per accedere a una forma di finanziamento duraturo e programmarne il futuro rimborso. In definitiva, non vi è dubbio che l'interrogativo sulla natura giuridica delle c.dd. linee di credito autoliquidanti debba essere risolto nel senso del loro necessario inquadramento nella figura dell'operazione economica complessa, ossia una serie concatenata di negozi (per lo più tipici: apertura di credito, conto corrente, mandato irrevocabile all'incasso, patto di compensazione) con la quale trova soddisfazione il particolare interesse delle parti alla unitaria e convenzionale disciplina sia del momento genetico del finanziamento che di quello estintivo del suo rimborso.

2. Seconda questione preliminare: lo stato di esecuzione del contratto. Necessaria limitazione del campo d'indagine al trattamento giuridico del credito erogato dalla banca prima dell'apertura del concordato cui sia seguito l'incasso delle somme presso terzi

Secondo il prevalente approccio degli studiosi, la soluzione al problema del regime giuridico applicabile ai pagamenti ricevuti dalla banca in epoca successiva all'apertura del concordato non può prescindere dalla valutazione dello stato di esecuzione del rapporto banca-cliente alla data di avvio della procedura, ciò principalmente per l'avvertita esigenza di ottemperare al disposto dell'art. 169 *bis* l.f., inerente il trattamento dei contratti pendenti in corso di concordato. La norma, introdotta nella legge fallimentare nel 2012 (dall'art. 33, comma 1, lett. d) del D.L. 22 giugno 2012, n. 83), e benché modificata dalla successiva riforma del 2015 (dall'art. 8, comma 1, lett. a) del D.L. 27 giugno 2015, n. 83), conserva una definizione equivoca di contratto pendente, riferendosi poco puntualmente ai contratti «ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso», di tal ché essa ha lasciato aperta l'interpretazione alla possibilità di

⁵ Sottolinea l'importanza di questo aspetto B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., p. 154, secondo il quale l'intera operazione di credito si giustifica «ponendo come indici di riferimento per la quantità ed intensità della erogazione del credito, il volume e la solvibilità dei crediti verso terzi per i quali la banca stessa viene incaricata dell'incasso».

includervi sia i contratti non ancora adempiuti da tutte le parti, che quelli già eseguiti unilateralmente⁶.

L'opinione maggioritaria e condivisibile ha, tuttavia, saputo completare il disposto della norma attraverso l'aggiunta della necessaria precisazione sulla impossibilità di considerare ancora pendente un contratto che abbia avuto esecuzione per una delle parti e per il quale, quindi, sopravviva esclusivamente la pretesa creditoria della parte adempiente nei confronti di quella non adempiente⁷, tanto in linea con la più esaustiva formulazione della corrispondente norma sul fallimento (art. 72 l.f.), là dove da sempre è contenuta l'espressione «ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti». Al possibile equivoco in ambito concordatario pone oggi rimedio il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, a mezzo dell'art. 97 il quale, appunto, allinea il testo della norma sui contratti pendenti a quello della corrispondente disposizione in materia di fallimento (oggi art. 172 C.C.I.I.), aggiungendovi peraltro l'espresso riferimento alle sole prestazioni *principali*, così da vincere ogni residuo dubbio sulla rilevanza ai fini della definizione dello stato di esecuzione del contratto di quelle accessorie⁸.

⁶ Trib. Perugia, 18 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, p. 1359 ss.; App. Napoli, 13 gennaio 2015, in *Dir. Fall.* 2015, p. 419 ss.; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, in *ilcaso.it*.

⁷ L'opinione maggioritaria ritiene che vadano esclusi dalla definizione di “contratti pendenti” sia i contratti unilaterali, che quelli a prestazioni corrispettive ma eseguiti da una delle parti. A. DIMUNDO, *Struttura e funzione dei contratti pendenti nelle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2018, p. 1085 ss.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, in *IlCivilista*, 2015, Milano, p. 59 ss.; G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, p. 1124 ss.; D. VATTERMOLI, *Sub art. 72 l. fall.*, in A. NIGRO - M. SANDULLI - M. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 993. In giurisprudenza, tra le più recenti, Trib. Venezia, 24 giugno 2019, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 6 novembre 2014, *ivi*; Trib. Milano, 11 settembre 2014, *ivi*.

⁸ La bozza di Relazione alla riforma spiega che “*opportunamente, la disposizione attribuisce rilievo solo alla mancata, compiuta esecuzione delle prestazioni principali, sancendo l'irrelevanza dell'eventuale adempimento integrale delle prestazioni accessorie, tema sul quale si sono registrati contrasti di giurisprudenza*”. Sul punto G. FALCONE, *Il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento di accesso al concordato preventivo ed al giudizio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel nuovo “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”*, in *Riv. dir. banc.*, 3/2019, p. 2 ss., il quale riflette sull'efficacia della precisazione legislativa, giacché essa invece che «sbaragliare» quelle interpretazioni per le quali, non essendo ancora stato eseguito il mandato (all'incasso) o il patto (di

Sgombrato il campo dal dubbio interpretativo, la domanda successiva da porsi è dunque quella della includibilità o meno delle c.dd. linee di credito autoliquidanti nell'area della pendenza contrattuale. La domanda è premessa indispensabile del discorso, in quanto alla inclusione nella definizione di contratto pendente segue la possibilità per il debitore di chiedere con apposita istanza l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento del contratto, con buona pace dell'eventuale interesse della banca alla sua prosecuzione.

La corretta impostazione del discorso richiede di tenere nel dovuto conto la concreta configurazione che l'operazione economica assume in base alla volontà delle parti, giacché non è unico lo schema contrattuale possibile. Da questo fondamentale aspetto discende la diversa qualificazione dello stato di esecuzione del contratto, che sicuramente vede nel tempo di durata del rapporto banca-cliente un suo connotato essenziale e non trascurabile. La distinzione da compiere è quella tra le ipotesi di anticipazioni bancarie *una tantum*, ossia circoscritte a singole concessioni di credito della banca, dietro presentazione di fattura o altro titolo rappresentativo del credito, e più complesse (ma invero più frequenti nella prassi) operazioni programmatiche di finanziamento continuativo, nelle quali l'istituto di credito si impegna per il futuro a concedere in forma duratura lo smobilizzo anticipato di crediti del cliente entro il limite massimo di un *plafond*. Questa seconda modalità di erogazione continuativa di somme viene regolata in un conto corrente dedicato, attraverso l'addebito delle somme anticipate (cui corrisponderà un accredito sul conto corrente operativo dell'imprenditore) e il successivo accredito dei corrispondenti importi riscossi da crediti verso terzi (con giroconto dallo stesso conto operativo). Bene, è evidente che l'una e l'altra configurazione dei rapporti condiziona forme e tempo di adempimento del contratto giacché mentre, nella prima ipotesi, la banca si libera definitivamente dal proprio obbligo di finanziamento con l'erogazione delle somme anticipate; nella seconda, l'obbligo si reitera nel tempo, incontrando il solo limite del *plafond*; di conseguenza in quest'ultimo

compensazione), la stessa prestazione della banca non potrebbe considerarsi completamente eseguita, potrebbe far rivivere gli argomenti sulla natura principale di dette pattuizioni (sul punto v. *infra* nota 11).

caso, e non nel primo, ci sarà sempre un tempo nel quale conviveranno tra loro i rinnovati obblighi di dare e avere delle parti.

In questo scenario variabile, l'inizio della procedura concordataria non può che incidere diversamente. Se in presenza di una anticipazione *una tantum* è da escludersi che il contratto possa dirsi ancora in corso, poiché all'apertura della procedura sussiste soltanto il credito da rimborso del finanziatore, in costanza di un rapporto di anticipazione programmato e duraturo, è ben possibile che alla data di apertura del concordato sussista non solo il diritto di credito della banca da restituzione di quanto già anticipato, ma anche il suo obbligo per il futuro di finanziare ancora il cliente⁹. Ne segue che nell'ambito di questa seconda fattispecie la soluzione sul regime applicabile al contratto debba essere diversamente declinata a seconda del segmento contrattuale preso in considerazione (se gli anticipi già effettuati dalla banca o quelli ancora da effettuarsi)¹⁰. Un diverso approccio che consideri unitariamente il fascio di rapporti banca-cliente, per quindi ritenere indistintamente operante l'art. 169 *bis* l.f.¹¹, non è condivisibile

⁹ Nel compiere questa distinzione, V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis l. fall. ai contratti bancari*, in *Fall.*, 1016, p. 592, richiama il rapporto tra il contratto quadro (con il quale la banca si impegna alla concessione di una disponibilità di smobilizzo crediti dietro presentazione dei documenti di incasso) e i singoli atti di utilizzazione del credito da parte del cliente.

¹⁰ In questo senso, v. il recente Trib. Milano, 2 marzo 2017, in *Fall.*, 2017, p. 480, che così distingue: «In tema di effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti, lo scioglimento dei contratti previsto dall'art. 169-bis l.fall. può riguardare il contratto di conto corrente e le linee di credito per anticipazione fatture, *finimport* e *finexport*, ma non può consentire al debitore l'incasso di somme relative ad anticipazioni integralmente erogate dalla banca prima del deposito della domanda di concordato preventivo (nella specie, con riserva), in esecuzione di contratti di anticipazione cui acceda mandato all'incasso e patto di annotazione in conto corrente ed elisione del passivo del cliente».

¹¹ Nell'ambito di questa opinione, si afferma che nel contratto, anche a fronte dei singoli smobilizzi già eseguiti dalla banca, siano sempre individuabili obbligazioni ancora pendenti a carico della stessa, secondo alcuni corrispondenti al restante obbligo di mantenere la disponibilità dell'apertura di credito o castelletto di sconto non ancora interamente consumato (*Linee guida interpretative su alcuni profili della L. 132/2015*, in *ilFallimentarista.it*, p. 9); secondo altri, relative all'obbligo di provvedere all'incasso dei crediti in virtù del mandato all'incasso in *rem propriam* del credito oggetto di anticipazione, di dare esecuzione alla compensazione in virtù del patto di compensazione e più in generale di garantire un comportamento diligente nella gestione dei rapporti continuando a garantire un servizio di cassa nel limite

perché funzionalmente in contrasto con l'operazione voluta dalle parti, nonché oggettivamente ingiusto per il tipo di sacrificio economico profilabile a carico della banca¹².

La correttezza della lettura diacronica data allo stato di esecuzione delle prestazioni tra banca e cliente e, a ben guardare, confermata dalla più recente disciplina in materia di linee autoliquidanti. Sempre con la riforma del 2015 è intervenuta la modifica dell'art. 185 *quinquies* l.f., il quale per la prima volta (comma 3) si riferisce espressamente alla particolare forma di finanziamento dell'impresa costituita da tali linee di credito (oggi art. 99, comma 2, C.C.I.I.). La norma dispone la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il mantenimento di tali linee di credito in pendenza del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, con ciò alimentando ulteriormente la disputa sugli effetti della procedura su tali rapporti. È stata, infatti, da subito percepita una difficoltà di coordinamento tra tale previsione e quella dell'art. 169 *bis*, la quale appunto detta la regola esattamente opposta della normale prosecuzione dei rapporti in corso di concordato, salva apposita autorizzazione alla loro interruzione o sospensione. Le diverse opinioni formulate sul punto si dividono sostanzialmente in due filoni interpretativi: da una parte, chi ritiene che l'art. 182 *quinquies* non interferisca con l'art. 169 *bis*, dovendosi riferire il primo alle anticipazioni da erogarsi ma non ancora erogate dalla banca e il secondo

dell'importo pattuito (Trib. Perugia, 18 luglio 2018, cit.; Trib. Massa, 5 giugno 2018, in *ilcaso.it*; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *ilFallimentarista.it*; Trib. Pordenone, 14 ottobre 2015, in *FallimentieSocietà.it*. Aderisce a tale visione dei tribunali E. MARINUCCI, *Fallimento e concordato preventivo (II parte) – gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 511).

¹² Il danno concreto per la banca è immediatamente percepibile ove si guardi alla casistica giurisprudenziale, dove non è insolito assistere a veri e propri abusi del debitore richiedente il concordato. Uno tra tutti l'esempio di una società che ha chiesto la sospensione delle operazioni anticipate pochissimi giorni prima del deposito del ricorso per concordato, salvo dichiararsi interessata ad aprire un nuovo rapporto di anticipazione con la stessa banca. Nonostante le caratteristiche concrete della fattispecie, la Corte d'Appello di Lecce, 19 giugno 2019 (inedita) reputava comunque di aderire all'orientamento favorevole alla sospensione *ex art. 169 bis* l.f. Sebbene astrattamente favorevole alla sospensione, Trib. Milano, 2 marzo 2017, cit., non manca di osservare come «consentire al debitore di operare inertizzando la garanzia, dopo avere pacificamente goduto dell'erogazione, equivarrebbe ad ampliare surrettiziamente le ipotesi di inefficacia di cui alla legge (art. 168 L.F.) ed a consentire operazioni al limite della frode ove organizzate».

ai segmenti contrattuali già parzialmente eseguiti dalla banca che abbia smobilizzato tutta o parte delle somme promesse¹³; dall'altra, chi reputa la disciplina dell'art. 182 *quinquies* derogatoria della norma generale sui contratti pendenti¹⁴.

Nessuna delle interpretazioni proposte pare, tuttavia, cogliere veramente nel segno, optando entrambe ancora una volta per una visione monolitica della fattispecie «linee autoliquidanti», priva di quell'approccio diacronico che invece consente di distinguere i diversi gradi di esecuzione del rapporto in corso di procedura. Si vuole dire che la possibile soluzione al problema dei rapporti tra l'art. 182 *quinquies* e l'art. 169 *bis* non è neppure essa decisiva della questione sul trattamento delle somme incassate dalla banca presso terzi, ponendosi entrambe le norme sul piano della fattispecie che, secondo la nostra distinzione operativa, si riferisce al solo segmento contrattuale relativo agli smobilizzi di somme ancora da effettuarsi dalla banca nei limiti del *plafond*; ne rimane estranea, cioè, l'ipotesi delle somme già anticipate e per le quali la banca abbia ottenuto dal debitore mandato all'incasso irrevocabile con collegato patto di compensazione tra le reciproche pretese. Questa ipotesi, come detto, ben lungi dal collocarsi nell'area dei contratti pendenti, si traduce in un credito della banca pregresso all'inizio della procedura e, tuttavia, sottratto alla disciplina concorsuale perché assicurato da una particolare forma di predestinazione di crediti dell'imprenditore al suo adempimento.

In conclusione, è vero sì che alla norma dell'art. 182 *quinquies* va riconosciuto un effetto derogatorio rispetto a quella dell'art. 169 *bis*, ma l'ambito di applicazione della stessa rimane circoscritto alla possibilità che il debitore ottenga dal giudice di mantenere vigente per il futuro il

¹³ In questo senso vedi le risposte dei giudici interpellati al Questionario dell'Osservatorio sulle Crisi d'Impresa 2016, dalle quali risulta che la maggioranza di essi ritiene applicabile l'art. 169 *bis* alle linee autoliquidanti. Sul punto v. la ricostruzione di R. BROGI, *Contratti bancari e procedure concorsuali*, in *La continuità aziendale e le procedure concorsuali*, M. FERRO - S. PACCHI - G.M. NONNO - R. BROGI (a cura di), Pisa, 2018, p. 203.

¹⁴ All'interno di questo filone si distingue poi l'opinione secondo la quale la deroga consisterebbe nella necessità dell'autorizzazione giudiziale per il proseguimento del rapporto (R. BROGI, op. cit., p. 208), e quella che invece attribuisce all'autorizzazione suddetta il solo effetto di disporre la prededucibilità del credito della banca (E. MARINUCCI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti*, cit., pp. 518-519).

regolamento contrattuale sulle linee autoliquidanti, vale a dire di accedere ancora a nuove anticipazioni, senza affatto toccare la natura di quelle già avvenute le quali, in quanto singoli atti di adempimento della banca, sono ormai fuoriuscite dall'effetto di programmazione delle anticipazioni future previsto dal contratto, per avere definitivamente ingresso nell'area degli atti di adempimento e legittimare la banca alla pura posizione di credito da rimborso. Tanto significa, in poche parole, che là dove si discorra di linee di credito autoliquidanti la norma dell'art. 169 *bis* esce di scena completamente, perché soppiantata da quella speciale dell'art. 182 *quinquies*.

Se tale è la conclusione, dovrebbe anche seguirne che, per effetto dell'autorizzazione giudiziale, la regolamentazione dei rapporti banca cliente permanga identica a come voluta dalle parti, ossia anche nella parte relativa alla predisposizione delle forme di adempimento del cliente mediante mandato irrevocabile all'incasso per la banca e automatica compensazione delle pretese. Non avrebbe senso ipotizzare il contrario, dal momento che se il debitore ritiene sconveniente tale impostazione dei rapporti, tanto varrà non chiederne l'autorizzazione alla prosecuzione; di contro, ove un interesse vi sia, errato sarebbe pensare di poter imporre unilateralmente alla banca la continuazione di un rapporto privato della sua principale ragione d'essere, ossia la predestinazione e il controllo diretto della fonte di rimborso degli anticipi. Si tratta, evidentemente, di seguire le ragioni della correttezza e dell'equilibrio contrattuale, valevoli nel diritto in generale prima ancora che in quello della crisi di impresa, il quale giammai potrebbe derogarvi sotto le professate vesti di diritto speciale: il tema della continuazione dei rapporti pendenti nel corso di una procedura concorsuale merita tale valutazione degli organi della procedura e dell'autorità giudiziaria proprio in quanto si tratta di scegliere della convenienza di un rapporto contrattuale tale quale operante prima dell'avvio della procedura, altrimenti trattandosi di nuovi e diversi rapporti per i quali non si può prescindere dalla richiesta del consenso della controparte contrattuale.

In quest'ottica, è agevolmente smentita anche la possibilità di riferire all'art. 182 *quinquies*, comma 3, la funzione di riconoscimento normativo della prededuzione a favore della banca come per le altre forme di finanziamento all'impresa in crisi autorizzate dalla norma, prededuzione che a ben vedere non ha ragione di operare in tal caso

stante la più soddisfacente programmazione convenzionale delle modalità di adempimento del cliente.

Giunti a questo punto di definizione dell'area di operatività delle norme vigenti, è evidente che il problema della opponibilità concordataria del mandato irrevocabile all'incasso della banca e del connesso patto di compensazione si pone soltanto in relazione alle erogazioni già effettuate dall'istituto di credito prima dell'inizio della procedura, dovendosi valutare se e con quali presupposti la permanente operatività del regolamento contrattuale nel suo complesso possa anch'essa risultare legittima rispetto all'aspettativa di soddisfazione degli altri creditori in concorso.

3. Opponibilità al concordato del regolamento privato nel suo complesso: la violazione solo apparente del principio di cristallizzazione e del divieto di compensazione. Il permanere dell'incertezza operativa a causa del dialogo sordo tra Corte di Cassazione e corti di merito

La ragione fondamentale che sembra spingere i detrattori della tesi della opponibilità del patto di compensazione al concordato preventivo, consiste nell'effetto di «cristallizzazione» che l'apertura della procedura realizza sul patrimonio dell'impresa, ai sensi dell'art. 168 l.f. Detta norma, nell'impedire ai creditori di iniziare o proseguire azioni individuali contro il debitore e di acquisire nuovi titoli di prelazione, disegna invero una linea di demarcazione netta coincidente con il momento di introduzione della procedura, oltre la quale ogni ragione di credito intanto può essere fatta valere e venire soddisfatta in quanto calata nel contesto delle regole del concorso. In linea con tale cristallizzazione si pone la successiva regola dell'art. 169 l.f., la quale coerentemente estende al concordato la medesima disciplina della compensazione prevista nel fallimento (art. 56 l.f.), vale a dire la possibilità di compensare i debiti pregressi all'avvio della procedura soltanto con crediti anch'essi anteriori per causa o titolo a tale momento¹⁵. Peraltro, il rinvio all'art. 56 l.f., evocerebbe la disputa sul

¹⁵ Tra le più recenti, v. Cass. civ., 22 novembre 2015, n. 24046, in *Fall.*, 2016, p. 687; Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 825, *ivi*, 2016, p. 114 con le quali la Corte afferma che «la compensazione determina - a norma del combinato disposto della L. Fall., artt. 56 e 169 una deroga alla regola del concorso ed è ammessa pure quando i presupposti

fondamento di tale norma che, nel consentire l'adempimento di debiti del fallito mediante compensazione, è intesa da alcuni alla stregua di un'eccezione di per sé significativa alla *par condicio creditorum*, dunque da interpretarsi restrittivamente per non ampliare oltremodo la possibilità di consentire pagamenti fuori dal concorso¹⁶.

L'impostazione suddetta, certamente corretta nei suoi termini generali, avrebbe come conseguenza quella di rendere inopponibile al concordato la compensazione che la banca voglia far valere del proprio credito pregresso verso l'impresa con il suo debito da rimborso delle somme incassate mediante mandato dopo l'inizio della procedura. Benché, infatti, tanto il mandato irrevocabile all'incasso quanto il patto programmatico di compensazione siano precedenti al deposito della domanda di concordato, secondo questa tesi restrittiva il titolo o causa sul quale si fonderebbe il debito da rimborso di quanto incassato presso terzi sarebbe successivo, perché dipenderebbe da un fatto (l'incasso delle somme dai terzi) svoltosi posteriormente all'avvio del concordato¹⁷.

di liquidità ed esigibilità, ex art. 1243 c.c., maturino dopo la data di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, purché il fatto genetico delle rispettive obbligazioni sia sempre anteriore a detta domanda»; così anche App. Milano, 23 febbraio 2016; Trib. Verona, 31 agosto 2015; Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015, tutte in *ilcaso.it*.

¹⁶ Una volta superata la concezione di derivazione francese, secondo la quale la compensazione risponderebbe ad una mera esigenza di semplificazione delle attività di adempimento, la dottrina ha individuato nell'art. 56 l.f. una deroga alla parità di trattamento tra creditori: così, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 185, il quale assegna alla norma una funzione di equità sostanziale; M. VANZETTI, *Compensazione in sede di fallimento*, in *Comm. legge fall.*, C. CAVALLINI (diretto da), Milano, 2010, p. 1113; P. SOLDINI, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* A. CAIAFA S. ROMEO (a cura di), t. 1, Trento, 2014, pp. 239-240. In particolare, parte della dottrina non esita a rintracciare nella compensazione una funzione di garanzia in senso lato: v. M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1962, p. 26 ss.; B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 162 ss.; A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. civ. e dir. pubbl. dell'economia*, F. GALGANO (diretto da), v. IX, pp. 378-379; A. FABBRI, *Art. 56. Compensazione in sede di fallimento*, in *Comm.*, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2009, p. 282.

¹⁷ Tra le tante: Cass. civ., 7 maggio 1999, n. 10548, in *Fall.*, 2010, p. 117; Cass. civ., 28 agosto 1995, n. 9030, ivi, 1996, p. 69; Cass. civ., 18 dicembre 1990, n. 11988, ivi, 1991, p. 467; Cass. civ., 28 giugno 1985, n. 3879, ivi, 1986, p. 157; Trib. Lucca, 21 maggio 2013, in *ilcaso.it*; App. Milano, 2 marzo 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*,

Tale lettura, apparentemente rigorosa dei termini della questione, non supera tuttavia la prova del nove, perché frutto di un travisamento di ciò che deve intendersi per *titolo o causa* della contrapposta obbligazione di rimborso della banca. Ben vero, infatti, che per essere opponibili al concordato entrambi - il mandato all'incasso e il patto di compensazione - debbano precedere l'inizio della procedura (v. art. 45 l.f. per come richiamato dall'art. 169 l.f.); non meno vero è però che proprio il binomio "mandato-patto di compensazione" costituisce il titolo di legittimazione della banca a riscuotere e trattenerne quanto incassato, limitandosi il mero fatto empirico della riscossione dei crediti presso terzi a rappresentare l'attività materiale necessaria per la definitiva attuazione dello scopo di quel titolo¹⁸. In quest'ottica, il debito da restituzione della banca non solo è causalmente derivato da un accordo precedente al concordato, ma è anche contestualmente eliso dalla speculare programmazione dell'effetto di compensazione. D'altronde il sistema conosce già, persino nell'ambito del fallimento, soluzioni giurisprudenziali a favore della compensabilità del debito del fallito con un suo controcredito successivo all'apertura della procedura. Si ammette, per esempio, la possibilità di compensare il debito di liquidazione della quota del socio fallito con un controcredito pregresso della società¹⁹. L'argomentazione giurisprudenziale fa forza proprio sul principio elaborato dalle Sezioni unite secondo il quale, ai fini della compensazione fallimentare, rileva l'anteriorità al fallimento del negozio «radice causale» dal quale deriva il credito del fallito, «ciò perché è il fatto generatore delle obbligazioni che più incisivamente verrebbe ad alterare le regole del concorso, determinando la fonte delle obbligazioni medesime»²⁰ e, quindi, nel caso specifico, la preesistenza

2002, p. 552; Trib. Milano, 27 novembre 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, p. 344.

¹⁸ In dottrina, da ultimo condivide questa opinione G. GIURDANELLA, *I rapporti bancari nella fase prenotativa ed ammissiva del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2017, p. 339.

¹⁹ Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fall.*, 2001, p. 665; Cass. civ., 5 novembre 1999, n. 12318, ivi, 2000, p. 1144; App. Venezia, 25 marzo 1974, in *Dir. fall.*, 1974, p. 686, con nota di R. PROVINCIALI, *Compensazione volontaria predeterminata e revocatoria fallimentare*.

²⁰ Cass., sez. un., 2 novembre 1999, n. 755, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 278, con nota di L. PICARDI, *Nuove aperture delle Sezioni unite in tema di compensazione nel fallimento*, la cui massima recita: «La compensazione nel fallimento è ammessa

al fallimento del rapporto tra socio e società suggellato dal contratto sociale²¹.

Per altra via, si potrebbe addirittura compiere un ulteriore passaggio nella qualificazione della fattispecie idoneo a decretare il definitivo superamento dell'ostacolo rappresentato dal combinato disposto degli artt. 169 e 56 l.f. La compensazione di cui si discorre potrebbe, infatti, inquadarsi nell'area della compensazione volontaria *ex art.* 1252 c.c.²², opponibile alla procedura perché di data anteriore. Ed invero, detta compensazione, come noto, può operare su volontà delle parti anche in assenza dei presupposti di certezza, liquidità ed esigibilità delle reciproche pretese necessari, invece, alla compensazione legale. Nello specifico, nelle operazioni di credito autoliquidanti realizzate mediante mandato all'incasso, vi sarebbe che le parti vogliano derogare al carattere della immediata esigibilità del controcredito del cliente per consentirne la compensazione con il suo debito da rimborso del finanziamento già attuale per la parte di prestito man mano erogata. La deroga alla disciplina della compensazione legale starebbe nella rinuncia preventiva da parte del cliente ad opporre un impedimento che osterebbe alla compensazione legale (l'attualità del suo credito) con effetto estintivo immediato della sua pretesa di rimborso. Anche in

anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia».

²¹ Cass. civ., 24 luglio 2000, n. 9678, in *Fall.*, 2001, p. 665, con nota di R. TISCINI, *Momento genetico del credito dedotto in compensazione*, la cui massima recita: «L'articolo 56 legge fall. prevede, quale unico limite per la compensabilità dei debiti verso il fallito - creditore, l'antiorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte; la compensazione fallimentare è pertanto applicabile non solo quando il credito del terzo non è ancora scaduto alla data della dichiarazione di fallimento ma anche quando tale scadenza riguardi il credito del fallito; conseguentemente, poiché il credito del socio escluso a seguito della dichiarazione di fallimento, relativo alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, diviene liquido ed esigibile al momento della delibera di esclusione successiva alla dichiarazione di fallimento ma rinviene il suo fondamento causale nella costituzione del vincolo sociale (antecedente al fallimento), deve ritenersi ammessa la compensazione dei contrapposti crediti del socio e della società essendo il debito di quest'ultima debito verso il fallito e non verso la massa».

²² Discorre appunto di compensazione volontaria C. CURATOLA, *Cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso*, in *Riv. not.*, 2004, p. 1237.

questa prospettiva, evidentemente, si avrà allora che il fatto empirico dell'incasso delle somme dai terzi, avvenuto dopo il patto di compensazione, e addirittura dopo l'apertura della procedura concorsuale, non è affatto il momento di definizione del carattere della esigibilità del debito da rimborso della banca, divenuto irrilevante per via della deroga convenzionale, ma soltanto il momento materiale dell'approvvigionamento delle somme già compensate tra le parti. L'opponibilità della compensazione volontaria, d'altronde, non è in discussione neppure nella sede fallimentare, dove da tempo è pacifico che essa va al più impugnata ai sensi dell'art. 67 l.f.²³.

La soluzione contraria all'opponibilità della compensazione era prassi invalsa nella giurisprudenza fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso. Proprio sul finire di quel decennio, infatti, la Corte di Cassazione si pronunciava per ben tre volte a favore della compensazione nella procedura di amministrazione controllata²⁴, richiamando un suo isolato precedente del 1995²⁵, per vero poco appagante nella motivazione. Le argomentazioni della Corte si distinguono ancora per la loro inequivocabile chiarezza: la compensazione può operare perché il gioco di interessi sotteso alla regolamentazione privata tra banca e cliente, precedente al concordato, non può essere sezionato arbitrariamente dall'interprete, ma va guardato e trattato nella sua *inscindibile interezza*, di guisa che il credito per anticipazione somme erogate dalla banca prima dell'avvio della procedura non può essere affidato alle regole del concorso, ma deve potersi rimborsare secondo quelle stabilite con la scelta negoziale compiuta a monte dalle parti, regole di temperamento dei reciproci

²³ Per la giurisprudenza, infatti, l'effetto estintivo della compensazione non può essere autonomamente impugnato, ma va collegato all'accordo di compensazione rispetto al quale, quindi, va verificata l'esistenza dei presupposti per la revocatoria: tra le tante Cass. civ., 16 settembre 1986, n. 5621, in *Fall.*, 1987, p. 161; Cass. civ., 10 febbraio 2006, n. 2973, in *Fall.*, 2006, p. 1450; e da ultimo Cass. civ., 2 maggio 2019, n. 934, in banca dati *DeJure*.

²⁴ Cass. civ., 23 marzo 2001, n. 4205, in *Guida dir.*, 2001, n. 22, p. 63; Cass. civ., 5 agosto 1997, n. 7194, in *Fall.*, 1998, n. 56; Cass. civ., 7 marzo 1998, n. 2539, *ivi*, 1998, p. 1254. Si tratta di tre pronunce che, come per molti dei precedenti contrari alla compensazione, sono intervenute in materia di amministrazione controllata con argomenti pacificamente estendibili al concordato preventivo.

²⁵ Cass. civ., 23 luglio 1994, n. 6870, in *Fall.*, 1995, p. 262.

interessi senza le quali la stessa anticipazione non avrebbe avuto luogo²⁶.

Come non ci si aspetterebbe che accadesse in questa materia, dato il consueto allineamento delle corti di merito ai principi formulati dalla Cassazione, nel caso che ci occupa si assiste ad un singolare e significativo distacco tra il nuovo orientamento della Corte e le successive decisioni dei giudici del fatto, i quali continuano spesso a reputare insuperabili gli ostacoli rappresentati dall'effetto di cristallizzazione delle pretese derivante dall'avvio del concordato e dalla regola della *par condicio creditorum*²⁷. L'impressione è quella di un dialogo sordo tra i diversi gradi di giudizio, tenuto conto di come spesso i giudici del merito omettano addirittura di argomentare nella motivazione le ragioni del loro discostamento dal pensiero della Corte, a volte del tutto ignorato.

4. Il necessario superamento delle ultime resistenze alla luce di un ripensamento sistematico della fisionomia del rapporto obbligatorio. Emersione di una funzione economica del contratto programmata nel rispetto della par condicio creditorum.

Il ravvedimento della Corte di Cassazione, salve alcune eccezioni²⁸, prosegue nelle pronunce più recenti²⁹. Nella sentenza dello scorso 10

²⁶ Si distingue sempre in quest'ottica una sentenza del Trib. Bergamo, 22 novembre 2011, n. 2606, in *ilcaso.it*, ove si definisce «giuridicamente inaccettabile che il rapporto contrattuale continuerebbe con la banca tenuta a curare l'incasso del portafoglio presentato mantenendo l'apertura di credito in favore del correntista – come di fatto è avvenuto – con esclusione del patto di compensazione contrattualmente previsto quale elemento essenziale del sinallagma contrattuale».

²⁷ Tra le ultime, App. Brescia, 1 giugno 2016, in *fallimentiesocieta.it*; Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in *ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 20 ottobre 2015, in *Fall.*, 2016, p. 588; Trib. Prato, 23 settembre 2015, *ivi*, p. 587; Trib. Verona, 31 agosto 2015, *ivi*, p. 1010; Trib. Reggio Emilia, 11 marzo 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Venezia, 20 gennaio 2015, in *Fall.*, 2015, p. 557; Trib. Ravenna, 22 ottobre 2014, in *ilcaso.it*; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014, *ivi*; Trib. Milano, 28 maggio 2014, *ivi*; Trib. Padova, 7 gennaio 2014, in *fallimentiesocieta.it*.

²⁸ Cass. civ., 7 maggio 2009, n. 10548, in *Fall.*, 2010, p. 117 e la più recente Cass. civ., 25 settembre 2017, n. 22277, in *ilcaso.it*.

²⁹ Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3336, in *Fall.*, 2017, p. 351; Cass. civ., 1 settembre 2011, n. 17999, in *Fall.*, 2012, p. 739; Cass. civ., 15 aprile 2011, n. 8752, in *Giust. civ.*, 2012, p. 778.

aprile 2019, n. 10091, si definisce «decisivo» l'elemento della inscindibilità del patto di compensazione rispetto al complessivo assetto negoziale degli accordi *inter partes* (finanziamento, acquisto dei titoli, loro deposito in garanzia), pacificamente conclusi in epoca anteriore alla domanda di concordato.

Le permanenti resistenze di dottrina e giurisprudenza sul punto³⁰ si fanno dunque inspiegabili, tanto più che oggi all'argomento della inscindibile interezza dell'operazione economica per come pensata dalle parti si aggiungono altri non secondari spunti di riflessione con i quali varrebbe la pena si misurassero le opinioni contrarie. Ci si riferisce alla ormai necessaria riconsiderazione sistematica della fisionomia del rapporto obbligatorio, il quale presenta tratti che, già accennati dalla disciplina degli istituti più tradizionali, o sviluppati dalla prassi applicativa, hanno ormai ricevuto il definitivo *placet* legislativo

³⁰ Per la dottrina, R. BROGI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1128, la quale utilizza il richiamo all'art. 1374 c.c. per argomentare che «la pendenza di un contratto alla momento della pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel registro delle imprese non può, pertanto, determinare la subvalenza della norma concorsuale rispetto alla pattuizione negoziale, ma al contrario implica che la prima intervenga a regolare gli effetti del contratto, in base a quanto previsto dall'art. 1374 c.c.». Conforme l'opinione di P. BONTEMPI, *I contratti bancari "autoliquidanti" nel concordato preventivo: tra scioglimento e retrocessione delle somme incassate dalla banca*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 281, il quale, pur ritenendo perfettamente lecito il patto di compensazione, lo ritiene non opponibile al concordato per la prevalenza del principio della *par condicio creditorum*; l'A. utilizza l'ulteriore argomento della impossibilità tecnica di operare la compensazione nel contesto del medesimo rapporto di conto corrente per via della previsione dell'art. 1853 c.c., a mente del quale la compensazione può operare solo tra i saldi di più rapporti distinti o tra più conti. Smentisce questo secondo argomento V. CEDERLE, *La controversa applicazione dell'art. 169 bis*, cit, p. 589, il quale correttamente osserva che la compensazione può ben operare anche fra obbligazioni scaturenti da una unica fonte negoziale, «ricorrendo piuttosto un reale fattore impeditivo quando le prestazioni siano collegate sul piano sinallagmatico in modo tale da escluderne fattivamente l'autonomia, perché se si ammettesse la reciproca elisione di esse si verrebbe ad incidere sull'efficacia stessa del negozio... in questo caso, la compensazione non paralizza affatto gli effetti del negozio, ma è anzi preordinata convenzionalmente perché se ne realizzi la funzione». V. anche A. PATTI, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di inesecuzione*, in *Fall.*, 2015, p. 561. Per la giurisprudenza contraria alla compensazione, oltre alle pronunce già richiamate, v. il recentissimo Trib. Treviso, 20 giugno 2019, in *ilcaso.it*; Trib. Perugia, 18 luglio 2018, *ivi*; Trib. Milano, 2 marzo 2017, *ivi*.

nel senso del riconoscimento di prerogative di tipo dominicale del creditore sui beni destinati dal debitore alla sua soddisfazione³¹.

Ed invero, il mandato all'incasso affidato dal debitore al creditore rientra nell'ipotesi di mandato *in rem propriam* irrevocabile dell'art. 1723 c.c., ed esprime già nel contesto del codice civile l'interesse del sistema verso operazioni contrattuali con funzione "in senso lato" di garanzia del credito³², realizzata non attraverso il ricorso alle cause tipiche di prelazione ma mediante l'attribuzione di poteri di indole proprietaria al creditore, il quale assume il controllo diretto di una fonte di liquidità del debitore da cui attingere senza intermediazioni dell'obbligato o di organi pubblici³³. Il creditore non diviene titolare del credito, come invece nella cessione ma, in modo decisamente affine a quest'ultima, assume il controllo gestorio del bene fonte di ricchezza con un effetto di fatto equivalente a quello della sottrazione dal restante patrimonio del debitore. Una funzione "in senso lato" di garanzia, d'altronde, è stata rintracciata anche nel patto di compensazione che, nel contesto delle procedure concorsuali, agirebbe alla stregua di una deroga alla par *condicio creditorum*³⁴, in maniera affine a quella delle cause legittime di prelazione con le quali condivide il presupposto di un creditore che «non ha seguito la fiducia del debitore»³⁵. Alla stessa stregua, come osservato da attenta dottrina³⁶, si comportano altri istituti del diritto civile, dalle più tradizionali vendite con riserva della proprietà fino alle più recenti figure di patto marciano e di trasferimento di bene sospensivamente condizionato all'adempimento (introdotte dagli artt. 1 e 2 della l. 30 giugno 2016, n. 119, di conversione del d.l. 3 maggio 2016, n. 59).

Tutte queste fattispecie non devono creare più di tanto disagio nella ricostruzione della disciplina del rapporto di credito, potendosi ritenere che esse vadano semplicemente a sviluppare l'*imput* al riconoscimento

³¹ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, in *Dir. cost.*, 2018, p. 75; ID., *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 1.

³² Discorre di «garanzia impropria», B. INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia*, cit., p. 154.

³³ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, cit., p. 79.

³⁴ V. nota 16.

³⁵ F. FERRARA JR. E A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 351.

³⁶ R. DI RAIMO, *Autotutela soddisfattoria e giustizia "volontaria"*, o.l.u.c.

di prerogative gestorie/proprietarie del creditore contenuto in altrettanti istituti tradizionali del diritto civile. Si pensi alle norme dell'art. 524 c.c. (sull'impugnazione della rinuncia all'eredità del creditore); dell'art. 974 c.c. (sul diritto del creditore dell'enfiteuta di intervenire nel giudizio di devoluzione del fondo); dell'art. 1015, comma 3, c.c. (sul diritto di intervento dei creditori dell'usufruttuario nel giudizio a suo carico per abuso dell'usufrutto); e dell'art. 1113 c.c. (sull'intervento dei creditori nella divisione)³⁷: tutte disposizioni queste che, nell'attribuire il diritto di agire o intervenire al creditore, evidentemente presuppongono la legittimità di una sua interferenza sulla sfera di dominio del debitore. Vi è poi che, oltre ai riferimenti normativi individuati, rilevino le soluzioni sperimentate dalla prassi applicativa, la quale pure fa spesso ricorso a convenzioni atipiche per affiancare al contratto di finanziamento clausole di legittimazione del creditore al controllo o all'autorizzazione delle forme di gestione del progetto imprenditoriale finanziato. Dette clausole, tecnicamente definite *covenant*³⁸ concorrono anche esse a segnare le direzioni del sistema

³⁷ M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 257.

³⁸ Si pensi al frequente caso di finanziamenti bancari all'attività edilizia erogati per stadi di avanzamento dei lavori (s.a.l), nei quali la banca ottenga di accedere alle informazioni aziendali per monitorare lo stato dell'affare e di opporre il suo veto alle scelte imprenditoriali di programmazione dell'attività, ivi compresa l'eventuale vendita dei singoli edifici realizzati a terzi acquirenti di suo gradimento. È evidente l'interesse del creditore alla corretta e fruttifera gestione dell'affare edilizio ed è altrettanto evidente l'effetto di arretramento dei poteri dominicali del debitore a suo vantaggio. I primi *covenant* si trovano nei contratti di finanziamento per la realizzazione della linea ferroviaria degli Stati Uniti del XIX secolo. Per una ricostruzione storica, R. BROOK, *Debt Covenants and Event Risk: The Practitioner as a Source of Evidence*, Working Paper n. 51, 1990, Center for Law and Economics Studies, Columbia University School of Law, p. 11. Sulla figura del *covenant* in generale v. la primissima ricostruzione di C.S. ZIMMERMAN, *An Approach to Writing Loan Agreement Covenants*, in *Journal of Commercial Bank Lending*, Novembre, 1975, pp. 2 ss. Per un *excursus* sui possibili contenuti dei *covenants* in Italia: N. SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in *Impr. comm. ind.*, 2003, p. 1618; M. PALMIERI, *I bond covenant*, in *Banca, impr. soc.*, 2006, p. 256. G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p.501 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *I covenant finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 601; M.P. PELUSO, *I covenant nei contratti di finanziamento. Profili introduttivi*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2011, p. 127 ss.; M.C.M. MOZZARELLI, *I business covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2013, p. 1 ss.; P.

verso la rimodulazione del rapporto tra creditore e beni del debitore, questi ultimi sempre più selezionati e indirizzati alla funzione di garanzia di apposite operazioni di finanziamento e per questo sottoposti all'interferenza di poteri strumentali del credito quali contrattare al fine ultimo della continuità aziendale³⁹.

Ora, al cospetto di tale visione di sistema, ciò che deve cogliersi ai fini di questa riflessione è il dato comune della opponibilità alla restante classe dei creditori del patto programmatico dell'operazione di credito; opponibilità che sul piano regolativo è legata alla regola della priorità temporale rispetto all'inizio della procedura esecutiva o concorsuale, ma che sul piano sostanziale/causale si spiega proprio in considerazione dell'estrazione proprietaria del potere acquisito dal creditore mediante una vicenda "in senso ampio traslativa" della fonte di liquidità preposta alla sua soddisfazione, scelta dalle parti quale necessario meccanismo di temperamento tra l'esigenza di garanzia del creditore e il fine della continuità aziendale del debitore, oggi sempre più assunto a principio cardine della disciplina della crisi di impresa.

Probabilmente l'unico scarto realmente meritevole di essere valorizzato tra le operazioni di credito autoliquidanti e le figure della vendita con riserva della proprietà, del patto marciano e del trasferimento di bene sospensivamente condizionato all'adempimento, consiste nella espressa previsione in queste ultime discipline di apposite forme pubblicitarie del patto tra creditore e debitore, a tutela del possibile affidamento dei restanti creditori sulla "appartenenza" di quella fonte di liquidità al patrimonio del debitore. Sennonché, sotto questo profilo, torna a rilevare la maggiore affinità dell'operazione di credito autoliquidante con la cessione del credito, la quale è pacificamente opponibile ai terzi in base alla data di notificazione o accettazione del debitore ceduto: se, dunque, all'antiorità del mandato

CUOMO, *Il controllo societario da credito*, Milano, 2013, p. 1 ss.; L. PICARDI, *Il ruolo dei creditori fra monitoraggio e orientamento della gestione nella società per azioni*, Milano, 2013, p. 1 ss.; Con riferimento ai *covenant* limitativi della libertà di compiere atti e operazioni, la dottrina utilizza anche l'espressione «garanzie negative»: v. A. DAVOLA, *Le garanzie negative dell'obbligazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1089 ss.

³⁹ Utilizza l'argomento della continuità aziendale, C. FRIGENI, *Linee di credito "autoliquidanti" e (pre)concordato preventivo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 545 ss.

all'incasso corrisponde anche quella del patto di compensazione (nella prassi contestuale all'operazione di finanziamento)⁴⁰ non possono residuare dubbi sulla opponibilità della compensazione operata dalla banca tra gli anticipi erogati prima del concordato e gli incassi successivi.

In ultima battuta, e sempre nel segno di una visione sistematica della questione, si ritiene meritevole di menzione il nuovo art. 100, comma 2, C.C.I.I. La norma, «del tutto nuova (e sorprendente)»⁴¹, ammette che in funzione della continuità aziendale il debitore possa essere autorizzato dal tribunale al rimborso, alla scadenza convenuta⁴², delle rate del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, purché un professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. Ora, non può non notarsi la forte affinità funzionale tra la fattispecie disciplinata dalla norma e le linee di credito autoliquidanti, per via della eguale destinazione di specifiche fonti di liquidità dell'impresa al rimborso di un prestito: in entrambi i casi la funzione di garanzia è svolta da beni strumentali (tali sono di fatto anche gli effetti offerti in garanzia dell'anticipazione bancaria), e in entrambi si consente che il debito venga adempiuto, fuori dalle regole del concorso, attraverso l'impiego di valori esattamente corrispondenti a quelli rappresentati dal bene vincolato in garanzia.

⁴⁰ In dottrina si sottolinea opportunamente la non ovvietà del riscontro oggettivo da parte dell'interprete della esistenza della clausola di compensazione, dovendo emergere dal contratto l'espressa volontà delle parti di compensare le reciproche pretese, e non potendosi ritenere sufficiente a tal fine «una mera riproposizione dell'art. 1853 c.c.» o la «classica clausola di compensazione sovente riportata nelle condizioni generali di contratto». In questi termini, B. BROICH, *Le sorti degli incassi derivanti da contratti di anticipazione bancaria assistiti da mandato all'incasso in rem propriam e pactum de compensando*, in *dirittobancario.it*, approfondimento novembre 2018, p. 3.

⁴¹ P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti nel passaggio dalla legge fallimentare al C.C.I.I.*, in *Fall.*, 2019, p. 873.

⁴² In deroga, quindi, alla regola dell'art. 154, comma 2 (ex art. 55, comma 2, l.f.) che dispone l'automatica scadenza dei crediti pecuniari alla data di dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale.

Ne viene fuori un sistema di bilanciamento degli interessi alla conservazione dell'attività aziendale, alla tutela del credito e dell'autonomia negoziale nel quale difficilmente può ancora ammettersi di aderire a visioni estremiste dell'uno o dell'altro interesse, nessuno in grado di essere declinato in termini assoluti e a prescindere dalla valutazione del caso concreto⁴³. Nell'ottica del bilanciamento, difendere anche in sede concorsuale la programmazione negoziale dell'operazione di finanziamento voluta dalle parti non significa allora negare tutela alla *par condicio creditorum*, bensì riservarle lo strumento più idoneo dell'azione revocatoria fallimentare ove ne ricorrano i presupposti. Da tempo, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che la lesione della *par condicio* non comporta violazione di norma imperativa, legittimando al più l'esperimento dell'azione pauliana⁴⁴. Il principio, applicato al mandato irrevocabile all'incasso con connesso patto di compensazione, consente l'autonoma impugnazione dei singoli incassi della banca⁴⁵, salvo valorizzare anche in questa sede – come parrebbe più coerente – l'inscindibile unitarietà dell'operazione di garanzia e, quindi, il suo unitario effetto della legittimazione di tipo dominicale del creditore, così ammettendo la revocatoria del mandato con compensazione per via del suo effetto “in senso lato” traslativo del credito⁴⁶.

⁴³ Sulla rilevanza del concreto assetto di interessi ai fini della individuazione della disciplina applicabile, v. concreto: P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e “ordinamento del caso concreto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 4 ss.

⁴⁴ Principio sancito a partire da Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Cassazioneonline.it*; più di recente Cass., 4 ottobre 2010, n. 20576, in *Guida dir.*, 2010, p. 79; Cass., 31 ottobre 2014, n. 23158, in banca dati *DeJure.it*. Per una più ampia trattazione in dottrina, v. F. DI MARZIO, *Frode alla legge nei contratti*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 603; V. VELLUZZI, *Il contratto in frode al terzo: individuazione della fattispecie e rapporti con la frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, p. 183 ss.

⁴⁵ Cass. civ., 5 marzo 2019, n. 6382, in *Guida dir.*, 2019, p. 57; Cass. civ., 6 settembre 2018, n. 21694, in banca dati *DeJure.it*; Cass. civ., 27 aprile 2011, n. 9387, cit.; Cass. civ., 5 aprile 2005, n. 7074, in *Giust. civ.* 2005, p. 1466; Cass. civ., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Fall.*, 2003, p. 1187.

⁴⁶ Trib. Bergamo, 19 novembre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 240.

