

## Le nuove fattispecie dell'art. 67 L.F.

*1- la lettura del nuovo articolo 67 nell'ottica del dibattito relativo alla funzione della revocatoria fallimentare.*

L'esegesi del nuovo art. 67 L. F. può essere condotta sotto diversi filtri e con differenti chiavi di lettura, la prima delle quali evoca, ovviamente, il risalente dibattito relativo alla natura dell'azione revocatoria: dibattito che si era, nel nostro ordinamento, soprattutto alimentato dalla contrapposizione tra le teorie cc.dd. indennitarie e quelle cc.dd. antindennitarie, e che era rinverdito negli ultimi anni, in occasione della prolungata vigilia di una riforma organica della legge concorsuale, <giocata> per così dire su molteplici tavoli, istituzionali e non, che aveva dato vita a progetti nei quali le generali esigenze di superamento della crisi di efficienza delle procedure fallimentari si erano combinate ovvero scontrate con ben individuate istanze di categoria.

E' in questo contesto, infatti, che ha fatto la sua repentina apparizione il nuovo testo normativo introdotto, con il discutibile strumento del decreto legge, dal Governo nel marzo di quest'anno, e che – questa almeno è la prima impressione che se ne ricava – nella sua formulazione sostanziale e letterale non è sovrapponibile ad alcuna delle proposte di riforma fin qui dibattute.

Vale perciò la pena di segnalare come il problema della definizione del danno nell'azione revocatoria fallimentare – problema che è alla base del contrasto tra interpretazioni *unitaria* ed *antindennitaria* – aveva, nella sua originaria elaborazione dottrinale, assunto toni principalmente sistematici, legati al tema della identificazione del rapporto tra azione revocatoria ordinaria ed azione fallimentare, con ricadute apprezzabili, dal punto di vista applicativo, soprattutto sotto il profilo della prescrizione, che la teoria indennitaria o unitaria faceva infatti decorrere dall'atto piuttosto che dalla declaratoria di fallimento. Ma sul piano pratico – quello dell'individuazione dei presupposti per l'adozione della misura - è opinione che ha trovato una certa diffusione quella secondo la quale le distanze tra le due impostazioni siano in effetti ridotte o quantomeno elastiche. In particolare, il riconoscimento da una parte (quella dei sostenitori della teoria indennitaria) che il danno richiesto dall'art. 2901 c.c. possa, nella sede concorsuale, essere individuato anche nella lesione della *par condicio*; e la

constatazione, dall'altra parte, che gli atti compiuti nell'imminenza del fallimento sono in ogni caso dannosi, per la loro capacità di aggravare l'insolvenza impedendo l'avvio di una sollecita procedura concorsuale attuativa della *par condicio* (Cass. 16915\03): ebbene, tutto ciò dimostra la non assoluta inconciliabilità tra le ricostruzioni in esame, il cui confronto si risolveva, forse, nel tentativo di contenere i risultati obiettivamente abnormi della meccanica applicazione della teoria antindennitaria, piuttosto che nel mettere effettivamente in discussione il legame funzionale esistente tra il sistema revocatorio fallimentare e l'attuazione della *par condicio*, in una comune visione distributiva del danno da insolvenza. E non pare in questo contesto inopportuno ricordare che, quasi seguendo in modo parallelo il dibattito recente cui sopra si accennava, sia stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione proprio la controversa questione relativa alla revocabilità di quegli atti e pagamenti che non provocano alcun danno alla *par condicio* perché non alterano la graduazione dei crediti concorrenti, come, ad esempio, avviene nel caso di pagamento di un debito privilegiato (e potenzialmente capiente) ovvero di una vendita di un bene ipotecato, il cui prezzo sia stato pagato integralmente e direttamente al creditore ipotecario.

Ma, si diceva, il risalente dibattito ha ricevuto nuova linfa dalla più recente rappresentazione di istanze ed esigenze, che hanno trovato la loro naturale sponda proprio nel campo delle teorie indennitarie e che possono essere riassunte in tre fondamentali tendenze:

a)- in primo luogo, dal punto di vista globale, nella diffusione di modelli di tipo anglosassone che, pur non essendo sovrapponibili al nostro a causa della fondamentale rilevanza che in essi si attribuisce all'intento fraudolento del debitore – piuttosto che alla condizione psicologica dell'acquirente o dell' *accipiens* –, contemplanò però una serie di misure atte a salvaguardare la funzionalità dell'azienda per il tramite dell'esenzione da revoca di molti atti cd. normali, nei quali il danno è di regola inesistente;

b)- ciò evidentemente, anche per motivi di concorrenza tra modelli, ha fatto sì che tali schemi - e questa è la seconda tendenza – fossero naturalmente considerati come paradigma di una revocatoria compatibile con le istanze di potenziamento dell'efficienza delle procedure concorsuali, perseguita anche attraverso la salvaguardia del valore aziendale, cui è infatti di ostacolo la previsione di una misura di ricostruzione

del patrimonio che, allocando e distribuendo il peso dell'insolvenza indiscriminatamente su tutti coloro che abbiano intrattenuto, nel cd. periodo sospetto, relazioni con l'imprenditore in crisi, tende naturalmente ad escludere quest'ultimo dal mercato e ad avviarlo verso la liquidazione atomistica di un'azienda ormai in disarmo, con possibile distruzione di valore (quello aziendale) distribuibile proprio ai creditori;

c)- su argomentazioni non del tutto dissimili si fonda infine - e questa è la terza tendenza - l'istanza del mondo bancario di ottenere l'immunità o la riduzione dell'incidenza della revoca, soprattutto sulle rimesse in conto corrente e sugli apporti di nuova finanza a sostegno dei piani di risanamento.

A tutte le riassunte tendenze sono state invero opposte critiche che sarebbe inutile riassumere in questa sede e che, in definitiva, paventavano il rischio che un depotenziamento dello strumento revocatorio potesse annullare quell'effetto di deterrenza rispetto a pratiche fraudolente pure ampiamente diffuse.

Unico punto effettivamente condiviso era, ed è tuttora, costituito dalla constatazione dell'eccessiva estensione del periodo sospetto e della sua inadeguatezza a garantire certezza dei rapporti giuridici, rispetto ad una realtà economica in cui i *cicli* di un'impresa o di un intero mercato possono registrare andamenti molto rapidi.

In tale contesto erano stati predisposti numerosi progetti di riforma (anche) dell'azione revocatoria che, senza entrare nel dettaglio, contemplavano tutti un certo *scivolamento* verso la teoria indennitaria, attraverso la previsione di assoggettabilità a revoca dei cd. *atti normali*, solo a condizione della loro dannosità per il patrimonio del debitore ovvero per la *par condicio*; oggetto di disaccordo effettivo era invece costituito dalla sorte delle rimesse su conto corrente bancario.

Il nuovo testo non sembra invece incidere sulla portata dell'art. 67 a livello per così dire di principio: manca l'enunciazione espressa di una nuova *regola*; regola che (naturalmente) può essere dedotta dal nuovo impianto ma che, almeno così mi pare, non sembra ispirata ad un principio indennitario; o, meglio, non è animata dall'intento di informare allo stesso la nuova disciplina. Il che significa che, come sarà chiarito di seguito, una lettura con il filtro della funzione indennitaria delle nuove disposizioni (soprattutto delle nuove esenzioni) porta ad interpretazioni distorsive di quella che mi pare sia l'intenzione del legislatore.

2- *Il profilo quantitativo: la riduzione del periodo sospetto; il campo di applicazione delle esenzioni previgenti.*

Ciò che in primo luogo si apprezza leggendo la nuova norma è il suo impatto *quantitativo* sull'estensione della misura revocatoria, il cui ambito applicativo si riduce sensibilmente, a vantaggio di quello della revocatoria ordinaria.

Tale effetto è determinato dalla generalizzata riduzione alla metà del cd. periodo sospetto e, dunque, dalla contrazione di quelli che sono veri e propri termini di decadenza per la proposizione della domanda.

Ciò, se da un lato attua l'adeguamento, sotto il profilo in esame, del regime revocatorio alle viste esigenze di stabilità dei rapporti, crea, per l'altro, evidenti ricadute sulle prassi della cd. *istruttoria prefallimentare*, nella quale le necessità di attuazione del diritto di difesa e di accertamento dello stato di insolvenza o dell'eventuale possibilità di un suo superamento attraverso un piano di risanamento – esigenze che naturalmente spingono verso la dilatazione dei tempi di indagine da attuarsi anche a mezzo di consulenze –, confliggono obiettivamente con la riduzione dei tempi di impugnazione dell'atto revocabile.

Peraltro, nei precedenti progetti di riforma, l'impatto della riduzione del periodo sospetto, risultava temperato dalla previsione di una serie di misure di anticipazione del trattamento della crisi (le cc.dd. *misure di allerta e prevenzione*), che invece mancano nel disegno riformatore varato dalla delega conferita al Governo con la legge n. 80\05. Ciò contribuisce ad ampliare l'incidenza della nuova previsione.

Ma, sempre sotto il profilo quantitativo, il restringimento dell'ambito di applicazione della revoca fallimentare consegue anche all'introduzione di un'ampia serie di esenzioni, che si aggiungono a quelle preesistenti, con un risultato aritmetico che non ha bisogno di dimostrazione.

Il legislatore, infatti, non ha recepito l'indicazione proveniente da più parti – ad esempio dal progetto della cd. *Commissione Trevisanato* ristretta – di mettere mano ad una drastica riduzione del numero delle *vecchie* esenzioni dalla revoca e, in particolare, di quelle più risalenti, stratificate in una sfilza di previsioni normative speciali, il cui

numero contribuiva, così come contribuisce tuttora, a disegnare un quadro per un verso irrazionale e per l'altro incerto, se è vero che, come da più parti affermato, un elenco di tali disposizioni non può mai essere con certezza considerato esaustivo.

Peraltro, già con riferimento alle fattispecie contemplate dall'art. 67\3 L.F., nella sua vecchia formulazione, un oggettivo ampliamento del campo applicativo delle esenzioni era conseguito all'attuazione del processo di *despecializzazione* nell'offerta dei servizi e delle operazioni bancarie, in virtù del quale, ad esempio, la qualifica di operazione fondiaria, con la conseguente inassoggettabilità a revoca delle ipoteche consolidate nel termine breve dell'art. 39 TUB, e dei pagamenti, compete, in definitiva, a tutti i finanziamenti a medio\lungo termine che rispettino i parametri stabiliti dal CICR. E' noto che, con la scomparsa del sistema di raccolta attuata per il tramite delle cartelle fondiari, molteplici erano state le obiezioni sollevate a riguardo della giustificazione, anche costituzionale, di tale privilegi; ma è altresì noto che, recentemente, la corte costituzionale si è espressa nel senso di ritenere dette obiezioni infondate. Il legislatore avrebbe potuto intervenire almeno per limitare gli effetti di un trattamento che, nonostante la decisione della corte, appare invero irragionevole.

Ciò non è avvenuto; anzi un ulteriore ampliamento del campo oggettivo di applicazione dell'esenzione deriva dalla nuova formulazione letterale del IV comma dell'art. 67, in cui sono *scivolate* le previsioni già contenute nel III. In particolare, il nuovo testo ha riscritto l'esenzione in termini oggettivi, riferendola all'operazione di credito fondiario e non più agli istituti; il che è coerente con il concetto di *banca universale* disegnato dal vigente TUB cui già si è fatto cenno. Ora, l'art. 39\4 TUB già prevede l'esenzione, ma la riferisce ai *pagamenti* effettuati a fronte dei mutui fondiari; il nuovo art. 67\4, invece, si esprime nel senso dell'inapplicabilità all'operazione dell'intera previsione dell'art. 67. Dunque, deve ritenersi che anche i pagamenti effettuati con mezzi anormali o le *dationes in solutum* siano oggi esclusi dalla misura revocatoria, cui prima risultavano invece assoggettati attesa la limitazione dell'esenzione al solo *pagamento*. Più difficile è ipotizzare che, in virtù della nuova disposizione, siano escluse dalla revoca anche le garanzie non contestuali, costituite, ad esempio, per consolidare in mutuo fondiario un'esposizione di altro genere. E ciò per un motivo che esorbita dallo stretto ambito dell'esegesi dell'art. 67. In tali casi, nei quali la giurisprudenza ha individuato fattispecie di simulazione ovvero di negozio indiretto,

forse più correttamente si configura un'impossibilità di qualificazione dell'operazione in termini fondiari, atteso che la contestualità della garanzia, a fronte dell'erogazione del credito, pare elemento indispensabile ai fini della riconduzione del mutuo alla fattispecie disciplinata dal TUB e, dunque, dell'applicazione della relativa disciplina di favore; disciplina che peraltro la corte costituzionale ha giustificato, sotto il profilo della sua compatibilità col principio di eguaglianza, proprio con la considerazione che la stessa favorirebbe l'accesso dell'imprenditore in crisi al credito e, più specificamente, la mobilitazione della proprietà immobiliare. Dunque, l'effettiva erogazione di finanza nuova, piuttosto che il consolidamento di quella già concessa, integrano un carattere tipico dell'operazione, necessario ai fini dell'esenzione e dell'applicazione degli altri privilegi, che non possono essere riconosciuti al consolidamento di debiti pregressi.

Anche l'esenzione relativa alle operazioni di *credito su pegno* è stata riformulata in termini oggettivi, e ciò appare una scelta razionale atteso che la despecializzazione consente oggi a tutti gli istituti di credito, e non più soltanto a quelli autorizzati, di concedere finanziamenti di tal genere. Non mi sembra invece che la nuova norma possa essere letta, sotto il profilo oggettivo, in un senso più ampio della precedente. Essa si riferisce letteralmente alle <operazioni di credito su pegno>, per cui mi pare che faccia riferimento proprio alla rubrica dell'art. 48 TUB, che definisce tali i finanziamenti garantiti da pegno su beni mobili: sicché l'esenzione non potrebbe riguardare sia quelli concessi da creditori non bancari, sia quelli garantiti da altro tipo di pegno, come il pegno su crediti.

Invariate restano invece le esenzioni sancite a favore dell'Istituto di emissione e cioè della Banca d'Italia.

### *3- Il profilo qualitativo: le nuove previsioni del I comma.*

Ma, come detto, il nuovo testo dell'art. 67 modifica il sistema revocatorio soprattutto sotto il profilo qualitativo. Tale fenomeno ha però riguardato il primo comma - e cioè la disciplina dei cc.dd. *atti anormali* - in modo non particolarmente significativo. Il legislatore si è infatti limitato a precisare che le prestazioni di un contratto corrispettivo, ai fini del suo assoggettamento a revoca fallimentare, sono

notevolmente sproporzionate se quella effettuata dal fallito superi di oltre un quarto quella che il fallito medesimo riceva. Il che, se per un verso non fa altro che trasferire l'accertamento della sproporzione dal piano della discrezionalità del giudice a quello della discrezionalità del consulente tecnico, crea, per l'altro, un problema di coordinamento con la previsione che esenta da revoca le vendite di immobili ad uso abitativo, purché stipulate a prezzo *giusto* (art. 67\3 lett. c). Sorge infatti la necessità di capire se prezzo *giusto* e prezzo *proporzionato* siano due concetti dal medesimo contenuto oppure no. In effetti mi sembrerebbe che alla domanda si possa rispondere affermativamente: riterrei infatti che gli atti di vendita a prezzo non sproporzionato (e cioè con una sproporzione tra le prestazioni contenuta nel *range* di un quarto) siano revocabili ai sensi dell'art. 67\2 - e quindi, trattandosi di atti normali, se il curatore fallimentare adempia al suo onere di dimostrare che l'acquirente fosse consapevole dello stato di insolvenza del venditore - salvo che si tratti di immobili destinati ad uso di abitazione dell'acquirente medesimo, perché in tal caso dovrebbe applicarsi la disposizione del terzo comma che, dunque, si configura quale eccezione a quella generale del secondo.

*4- L'aspetto qualitativo (segue): la conferma della previsione del II comma ed il suo rilievo sistematico.*

Immutato resta poi anche il II comma dell'art. 67, salvo che per la precisazione che la costituzione di garanzie per debiti di terzi deve considerarsi atto a titolo oneroso anche ai fini della revoca fallimentare, e non solo a quelli della revoca ordinaria, come la dizione letterale del terzo comma dell'art. 2901 c.c. avrebbe potuto far ritenere.

Ciò che però colpisce è che il legislatore, a differenza da quanto previsto in molti dei progetti di riforma fin qui elaborati, non ha compiuto una scelta decisa in favore della teoria indennitaria; non ha, infatti, subordinato in alcun modo la revocabilità dei cc.dd. *atti normali* alla loro capacità di incidere in termini negativi sulla consistenza patrimoniale del debitore ovvero sulla *par condicio*. L'attenuazione dell'impatto dell'art. 67\2 sulla certezza degli atti giuridici e l'allentamento di un regime che, a torto o a ragione, era stato considerato troppo rigido, è attuata, ed a mio avviso in modo solo

indiretto, attraverso una serie di esenzioni, forse eccessivamente ampia, il cui campo di applicazione costituisce il vero banco di prova del nuovo regime revocatorio.

La tensione verso l'affermazione di un modello *indennitario*, manifestatasi nel già accennato dibattito che ha preceduto l'emanazione della nuova disciplina, ha, dunque, importanza limitata. Ma, come si avrà modo di precisare anche oltre, molteplici sono le letture del testo del nuovo art. 67\3 e, dunque, delle esenzioni da esso previste, che, a fini esegetici, utilizzano per così dire la *lente* della teoria indennitaria e, dunque, del danno al patrimonio. Dirò subito che tali interpretazioni non sempre sembrano convincenti: non v'è infatti dubbio che l'effetto indiretto ed ultimo delle esenzioni in questione sia la riduzione del campo di applicazione della revoca degli atti normali e, dunque, proprio di quella misura che, alla stregua delle imperanti teorie antindennitarie, testimonia del fatto che la revocatoria fallimentare attua, indipendentemente dalla sussistenza di un danno al patrimonio, una redistribuzione del peso dell'insolvenza su una schiera di soggetti più ampia di quella costituita dai creditori attuali dell'imprenditore insolvente. Ma, come detto, tale riduzione è solo un *effetto* e non – almeno così mi pare – l'obiettivo del legislatore. Ciò emerge con chiarezza proprio dalla circostanza che la previsione dell'art. 67\2, con la non rilevante modifica sopra già illustrata, è però rimasta immutata. E tale notazione non ha poco rilievo ai fini dell'esegesi del testo delle nuove esenzioni, e ciò perché consente di ritenere che la *chiave indennitaria* non costituisce il criterio alla cui stregua risolvere i problemi interpretativi che le nuove disposizioni obiettivamente pongono.

##### *5- L'esenzione dei pagamenti effettuati <nei termini d'uso>.*

La precedente precisazione vale in particolar modo ai fini della definizione del campo obiettivo di estensione dell'esenzione di cui alla lett. a) dell'art. 67\3, e cioè di quella relativa ai pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Il punto certamente più controverso della disposizione è costituito dalla individuazione del significato dell'espressione *termini d'uso*, la quale pare in effetti essere l'unico elemento qualificativo che possa consentire di capire *quali* pagamenti, nell'ambito di quelli per corrispettivi di contratti di acquisto, siano esclusi dalla revoca,

e quali invece no. Ed infatti, la precisazione che debba trattarsi di beni e servizi acquistati nell'esercizio dell'*attività d'impresa*, sembra poco rilevante ai predetti fini. Nel caso di imprenditore individuale, essa servirebbe solo ad assoggettare a revoca i pagamenti di beni e servizi acquistati per finalità di tipo personale, con una distinzione che potrebbe risultare debole anche sotto il profilo della legittimità costituzionale. Nel caso invece di imprenditore societario, la capacità dell'espressione di limitare il campo applicativo dell'esenzione, sarebbe ancor più irrilevante. Non penso, infatti, che essa valga a distinguere, ai fini della loro revocabilità, gli atti congruenti con l'oggetto sociale da quelli ad esso estranei: a ciò infatti osta la previsione dell'art. 2384 c.c., nella parte in cui non collega più il potere di rappresentanza degli amministratori appunto all'estensione dell'oggetto sociale. E' evidente che la disposizione tutela i terzi e non si vede perché tale tutela non debba essere estesa anche al campo della esenzione dalla revoca fallimentare.

Dunque, l'elemento decisivo ai fini della individuazione del contenuto dell'estensione in parola è costituito esclusivamente dalla qualificazione del pagamento come pagamento effettuato nei termini d'uso.

Ora, a tale espressione è stato attribuito un significato che evoca un concetto di equilibrio o di proporzione tra le prestazioni: si è infatti affermato che essa starebbe a significare che il pagamento deve essere effettuato secondo le *modalità usuali* e cioè deve trattarsi di acquisti che, per il corrispettivo pattuito e per i modi e termini di pagamento, deve apparire normale. E' evidente l'influenza che su tale interpretazione esercita una certa quale suggestione di tipo indennitario: ed infatti la stessa giunge ad affermare che non vi sarebbe ragione di escludere dalla esenzione qualunque tipo di pagamento che, appunto perché proporzionato alla controprestazione ed effettuato nei termini ordinari, possa essere giudicato normale, di guisa che, in definitiva, il nuovo sistema revocatorio dovrebbe contemplare soltanto due tipi di atti e cioè quelli anormali, assoggettati alla revoca giusta la previsione dell'art. 67\1, e quelli normali, che ne sarebbero invece esclusi.

L'interpretazione riassunta finisce con l'abrogare la previsione dell'art. 67\2 nella parte sono assoggettati a revoca i pagamenti normali; e proprio per tale motivo essa non sembra praticabile. Vero è che la fattura delle nuove disposizioni introdotte dal D.L. 35\05 non è delle migliori e che i suoi *deficit* di coerenza e perfezione sotto il profilo

tecnico appaiono in modo ancor più evidente a cagione dell'elevata qualità delle previsioni del '42 in materia di revocatoria, confermata dalla loro longevità; ed è vero altresì che il rapporto tra la previsione generale dell'art. 67\2, e cioè quella che conferma la funzione distributiva ed antindennitaria della revoca, e le eccezioni costituite dalle esenzioni di cui al terzo comma, si dimostra, da un punto di vista quantitativo, del tutto sproporzionato, atteso che l'ampiezza ed il numero delle operazioni esentate rende quasi residuale quello delle operazioni normali revocabili. Ma da ciò non mi pare che possa dedursi l'abrogazione di una previsione normativa che invece il riformatore, rimodulandola, ha dimostrato di voler mantenere in vigore.

Peraltro anche il dato letterale conferma l'impressione che il legislatore abbia legato l'applicabilità dell'esenzione esclusivamente all'osservanza di modalità di pagamento del prezzo; la norma fa infatti riferimento a *pagamenti effettuati* nei termini d'uso così dando l'impressione di interessarsi più alle modalità estintive dell'obbligazione che non al profilo genetico delle stesse.

Ed infatti, molteplici sono state le interpretazioni che hanno considerato determinante, ai fini dell'applicazione della norma, la circostanza che il pagamento sia effettuato immediatamente e cioè senza ritardo. Si sono al riguardo evocate le previsioni dell'art. 1183 c.c., secondo cui, in mancanza di usi contrari, *quod sine die debetur statim debetur*; o, ancora, le disposizioni del D. Lgs. 213\02 che regola le conseguenze del ritardo in materia di pagamenti nelle transazioni commerciali. Anche questa interpretazione appare però sotto certi profili insoddisfacente, e ciò perché essa finisce per obliterare il rilievo del riferimento all'*uso* contenuto nella nuova previsione in esame.

Giova infatti evidenziare che sia i termini d'uso stabiliti dall'art. 1183 c.c. sia quelli del D. lgs. 213 sono in effetti termini negoziali, filtrati nel contenuto del contratto attraverso le sue fonti di integrazione. Ed infatti, elevando dette previsioni a criterio discrezionale a fini di applicazione dell'esenzione, si apre la strada ad un'interpretazione ancora più ampia della norma, tale da far rientrare nell'esenzione ogni pagamento che sia stato effettuato nel rispetto dei termini di contratto; interpretazione questa che già circola, alla cui stregua sarebbero, ad esempio, da ritenersi escluse dalla misura revocatoria anche le restituzioni di finanziamenti (non fondiari) effettuate nei termini contrattuali.

Ma, come detto, questa impostazione esegetica si fonda su una equiparazione tra termine d'uso e termine contrattuale; equiparazione che, anche sotto il profilo letterale, non pare però sostenibile.

In effetti, il contenuto della previsione credo possa essere definito alla stregua anche del dibattito di fondo e del confronto con le esperienze straniere che ha preceduto la novella. E' noto che, soprattutto nei modelli anglosassoni, si possono individuare due diversi tipi di pagamenti esenti: quelli effettuati nell'ambito del cd. *ordinary course* e cioè nella normale attività d'impresa; e quelli contestuali o, come si dice, in contanti. La *ratio* delle due esenzioni sembra però comune. In entrambe le fattispecie si ritiene giusto esentare l'*accipiens* dalla revoca perché egli, utilizzando quale strumento di coazione all'adempimento, il blocco della fornitura contestuale o continuata, in effetti non concede credito al debitore, non sopporta i costi di monitoraggio della situazione patrimoniale dello stesso, non preventiva una remunerazione per una dilazione che non intende concedere. In entrambe le fattispecie si ritiene poi opportuna l'esenzione anche per motivi di conservazione del valore aziendale. Pur non essendovi assoluta certezza in merito, è però diffusa l'idea secondo cui proprio le prestazioni pagate di solito mano contro mano, come quelle correnti, garantirebbero il normale afflusso dei fattori di produzione, che dovrebbe mantenere attiva l'attività d'impresa e dunque evitare che il suo valore aggiunto, rispetto a quello dei beni aziendali atomisticamente liquidati, deperisca.

L'esenzione in esame credo che riassume e sintetizzi entrambe le fattispecie del modello americano dello US Code cui si faceva riferimento sopra. Essa, ancorando l'esenzione alla conformità del pagamento ad un uso, evidentemente evoca rapporti contrattuali ordinari e ricorrenti.

Pur essendo evidente che il pagamento debba essere effettuato immediatamente, e cioè contestualmente o almeno coevamente alla consegna della prestazione corrispettiva, sicché non potrà considerarsi esente un pagamento effettuato per saldare un vecchio debito; pur essendo vero ciò, il concetto d'uso non può però che rimandare a specifiche tipologie di rapporti (commerciali e non finanziari) nelle quali è *normale* ( e cioè *d'uso*) che lo scambio delle prestazioni sia coevo o contestuale. Non il pagamento contestuale in sé è esente; è esente quello effettuato contestualmente (o almeno coevamente) e che *di solito* viene effettuato in tal modo.

In quest'ottica penso che si recuperi anche quel concetto di *normalità* nell'esercizio dell'impresa, cui alcuni progetti di riforma facevano riferimento espresso e che, come detto, non è invece previsto dalla norma in esame. Per essere usuali, i rapporti cui i pagamenti si riferiscono devono essere relativi al normale esercizio commerciale; deve trattarsi di debiti che incidono sulle variazioni del cd. circolante ovvero del *working capital*.

L'interpretazione in parola consente poi di superare anche la problematica relativa ai pagamenti effettuati in corso di liquidazione. Essi, di norma, non possono essere contestuali perché, se l'attività è cessata, devono riferirsi a prestazioni già da tempo eseguite. Può però evidenziarsi che la regola non vale in caso di pagamenti effettuati dal liquidatore autorizzato all'esercizio provvisorio ai sensi dell'art. 2497\1 lett. c. c.c.

#### *6- L'esenzione dei pagamenti per corrispettivi a lavoratori e collaboratori.*

Da quanto sopra detto comincia a configurarsi la *ratio* delle esenzioni in esame: quella di limitare l'impatto della revocatoria su quei rapporti che non solo, di norma, non provocano danno al patrimonio responsabile ma che, anzi, conservandone l'eventuale valore produttivo, garantiscono un miglior realizzo proprio nell'interesse dell'intero ceto creditorio: lo *scivolamento* verso le ragioni della teoria indennitaria è, in tale contesto, una mera conseguenza, non lo scopo perseguito dal legislatore; dunque, la relativa chiave di lettura è inutilizzabile.

Ciò vale anche ai fini dell'interpretazione dell'esenzione di cui alla lett. e)- dell'art. 67\3. Se scopo della norma è quello di scongiurare il blocco dell'attività aziendale, ed allora esenti da revoca devono essere quei pagamenti di retribuzioni che vengono scambiati contestualmente o quasi, con la prestazione lavorativa: la *ratio* è quella di rendere sicuri tali pagamenti sotto il profilo della loro revoca (e ciò peraltro già rispondeva a prassi consolidata), al fine di garantire la correttezza delle indispensabili prestazioni lavorative.

Ciò vuol dire che sono esenti quei pagamenti che di solito sono contestuali alla prestazione; e che la loro esenzione da revoca non è legata al riconoscimento del privilegio (peraltro molto spesso solo nominale, per la generalizzata incapienza dei crediti con privilegio mobiliare, ancorché assistiti da collocazione sussidiaria). Anche

qui la affermazione di una regola indennitaria è solo una conseguenza indiretta ed eventuale ma non può essere una chiave esegetica: sicché quell'interpretazione che individua proprio nella sussistenza (e che ancora all'estensione) del privilegio (art. 2751 *bis* c.c.), il campo applicativo dell'esenzione, non pare sostenibile.

Perplessità sorgono in merito alla definizione dell'estensione soggettiva dell'esenzione. Essa riguarda, oltre ai dipendenti, anche gli altri collaboratori. Tra questi sarebbero da annoverare i lavoratori parasubordinati ed i prestatori d'opera anche intellettuale. In tal modo l'esenzione, per quanto sopra detto, sarebbe applicabile anche per pagamenti relativi a prestazioni che esorbitano il termine biennale stabilito dall'art. 2751 *bis* n. 2 c.c. Peraltro essa crea un problema di coordinamento con la disposizione della lett. *g*) dell'articolo in esame, la quale invece esenta da revoca soltanto i pagamenti per prestazioni funzionali all'accesso alle procedure di A.C. e C.P.

#### *7- L'esenzione delle rimesse in conto corrente bancario.*

Problemi interpretativi altrettanto complessi sono posti dalla previsione di cui alla lett. *b*)- dell'art. 67\3 L.F., la quale esenta dalla misura della revoca le rimesse in conto corrente che non abbiano determinato una riduzione *consistente e durevole* dell'esposizione.

La disposizione è naturalmente collegata a quella dell'art. 70, anch'essa riscritta con la riforma di quest'anno, la quale, per tutti i rapporti continuativi, stabilisce che l'obbligo di restituzione dei pagamenti oggetto di revoca deve essere contenuto entro il limite costituito dalla differenza tra l'ammontare massimo delle pretese del creditore, raggiunto nel periodo per il quale è dimostrata la conoscenza dello stato di insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso.

Il rapporto tra le due previsioni è oggetto di differenti letture. Per un verso si è sostenuto che l'art. 70 costituirebbe regola di carattere generale, di cui, invece, l'art. 67\3 lett. *b*)- non rappresenterebbe altro che applicazione particolare.

Tale conclusione, che, come si potrà accennare di seguito, non è priva di ricadute di tipo applicativo, non sembra però trovare riscontri sul piano letterale. E ciò per almeno due ragioni.

i)- I livelli su cui si muovono le due disposizioni sembrano differenti: mentre quella dell'art.67 indica i *presupposti* per la revoca delle rimesse, quella dell'art. 70 stabilisce un limite di tipo quantitativo all'*effetto* della revoca e cioè all'obbligo restitutorio. Una rimessa in conto è revocabile alle condizioni stabilite dall'art. 67 (e cioè a condizione che abbia ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione); una volta accertata la revocabilità di una o più rimesse, l'ammontare massimo delle somme che il revocato deve restituire è limitato alla stregua dell'art. 70.

ii)- L'art. 67\3 lett. b)- è collegato espressamente al limite temporale sancito dalla norma dell'art. 67\2: se il curatore adempie all'onere probatorio previsto da quest'ultima, sono revocabili le rimesse effettuate nel semestre anteriore all'apertura del concorso. L'art. 70, invece, individua quale elemento alla stregua del quale determinare l'importo massimo ripetibile, la massima esposizione *<nel periodo nel quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza>*: dunque, si potrebbe arguire che l'importo massimo dell'obbligo restitutorio sia limitato alla differenza tra massimo scoperto e debito residuo, calcolata anche su un arco temporale più ampio del semestre, sempre che il curatore dimostri (anche) che il creditore conoscesse lo stato di insolvenza registratosi già anteriormente. Ciò chiaramente escluderebbe che tra le due disposizioni possa esistere un rapporto di *species a genus*.

Detto ciò, e posto che il calcolo del limite del massimo scoperto non pone particolari problemi interpretativi, il punto di maggior interesse sembra essere costituito dall'interpretazione dei concetti di *durevolezza* e *consistenza* che, come detto, condizionano la assoggettabilità a revoca delle rimesse.

A tal fine pare non superfluo segnalare che dietro la complessa articolazione delle previsioni normative in esame sembrano potersi individuare due diverse esigenze e *rationes*.

Tutti sono a conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali che hanno dominato gli ultimi vent'anni e che hanno ancorato la non revocabilità delle rimesse alla circostanza che esse siano relative ad un conto regolarmente affidato, piuttosto che ad un conto cd. *scoperto*.

E' altresì noto che le banche hanno avanzato sempre più pressanti richieste di modifica del quadro normativo o interpretativo, al quale hanno rivolto critiche che si sono snodate lungo due versanti.

1)- Il primo è costituito dalla considerazione che il rischio che esse si assumono è appunto limitato all'importo massimo di credito regolarmente concesso o, comunque, tollerato; mentre il coacervo degli importi corrispondenti alle rimesse revocabili può essere, in un conto particolarmente movimentato con operazioni di segno opposto, di molto superiore.

2)- Il secondo consiste nell'osservare che l'effetto di ultradeterrenza determinato dalla minaccia di revoca spingerebbe le banche a chiudere i conti e, dunque, a provocare l'insolvenza dell'imprenditore, piuttosto che ad aiutare l'eventuale superamento della crisi o comunque la normale continuazione dell'attività imprenditoriale, sì da salvaguardare il valore produttivo dell'azienda. Ed infatti, come tutti i rapporti correnti, anche il servizio di cassa attuato per il tramite del conto, assicura tale finalità conservativa.

Senza entrare nel merito delle posizioni sopra riassunte e senza analizzare i profili di efficienza economica che esse coinvolgono, nonché quelli di opportunità o di ragionevolezza della tutela accordata al sistema bancario, le due disposizioni in esame (l'art. 67\3 lett. *b* e l'art. 70) mi pare che assecondino rispettivamente le due istanze sopra individuate.

Quella dell'art. 70 serve evidentemente a limitare il *rischio di revocatoria* ad un importo equivalente al *rischio di credito* che la banca si sia assunta.

La seconda mi pare più orientata ad assicurare il servizio di cassa e dunque essa, sotto il profilo della *ratio*, può essere assimilata a quella della lettera *a*)- del medesimo art. 67\3, sopra già analizzata.

Sono infatti esentate da revoca le rimesse che non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione e cioè quelle che siano state effettuate, nel periodo sospetto, al solo scopo di predisporre la provvista per eseguire un'operazione di segno opposto e cioè un pagamento. In tal caso la rimessa non ha (se si vuole utilizzare, ma con diverso contenuto, un'espressione che ha avuto fortuna) *<carattere solutorio>*: e ciò non perché essa non sia correlata ad un affidamento, atteso che l'esistenza di quest'ultimo non è presa in considerazione dal legislatore e dunque mi sembra che sia del tutto irrilevante ai fini in esame; la rimessa, invece, non è solutoria perché è compensata da un prelievo, effettuato contestualmente o coevamente ed a cui, dunque, la rimessa stessa è funzionalmente collegata.

Letta la norma in questi termini, le operazioni da essa esentate altro non sono che le cc.dd. *operazioni bilanciate*, che la giurisprudenza già escludeva dalla revoca. Solo che, alla stregua degli orientamenti previgenti, tale tipo di operazione si configurerebbe solo quando tra la rimessa ed il prelievo esista contestualità assoluta (operazioni effettuate nello stesso giorno) ed a condizione che l'importo accreditato sia immediatamente esigibile ed assolutamente pari a quello prelevato. Alla stregua del nuovo testo normativo, tali presupposti possono essere valutati in modo più elastico: gli importi delle opposte operazioni possono anche non essere del tutto equivalenti (l'importante è che essi non comportino una riduzione consistente dell'esposizione); si può anche trattare di operazioni non proprio contestuali, purché sia dimostrato il loro legame funzionale anche emergente dal fatto che la riduzione dell'esposizione non sia durevole e, dunque, vi sia concomitanza tra accredito e addebito.

Se interpretata la norma in tal senso, per l'assoggettamento della rimessa a revoca non mi pare che sia necessario che l'abbattimento dell'esposizione da essa determinato sia apprezzabile fino alla chiusura del rapporto ovvero all'apertura del concorso. Anche una rimessa compensata da un successivo prelievo, non funzionalmente collegato alla rimessa medesima, è –almeno credo – revocabile: essa infatti costituisce un pagamento con funzione restitutoria, seguito, col prelievo, da una successiva concessione di credito: dunque sarà revocabile, salvo il limite restitutorio stabilito dall'art. 70.

Da ultimo due notazioni che coinvolgono anche aspetti processuali.

*i-* Se la previsione dell'art. 70 non costituisce (come mi sembra chiaro) un presupposto per la revoca ma un semplice limite restitutorio, tale limite deve essere invocato, sotto forma di eccezione in senso proprio, dalla banca nei normali termini di decadenza, sempre che con quella di revoca il curatore abbia anche formulato la domanda restitutoria.

*ii-* Se, come mi è sembrato sostenibile, le rimesse in conto sono considerate dal legislatore pagamenti revocabili, salvo che esse abbiano i caratteri per così dire di operazioni bilanciate che sopra si sono riassunti, l'onere di eccepire l'esistenza di tali caratteri e di dimostrare il collegamento tra le rimesse ed i prelievi, compete sempre alla banca. In tal senso, l'espressione letterale della norma (<*Non sono soggetti all'azione revocatoria ..... le rimesse effettuate su conto corrente bancario, <purché non> abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione.....*>) deve essere sciolta

nel senso che le rimesse non sono revocabili *<a condizione che non>* abbiano determinato tale effetto; e deve altresì ritenersi che tale condizione, lungi dal costituire un'eccezione ad un regime di irrevocabilità assoluta, sia invece oggetto di deduzione e di prova da parte della banca. Il che, sotto il profilo strettamente probatorio, non crea forse particolari problemi; ma può avere rilevanza nel caso di rimesse che siano sì durevoli ma non consistenti (si pensi ad una serie di piccole rimesse quotidiane): se la banca è onerata di dimostrare la sussistenza di entrambi i caratteri necessari per la esenzione (non durevolezza e non consistenza della riduzione dell'esposizione), nel caso esemplificato essa non potrebbe assolvere all'onere (perché potrebbe dimostrare la non consistenza ma non la mancanza di durevolezza) e, dunque, dette rimesse sarebbero revocabili. Il risultato sarebbe, invece, diverso ove si aderisse all'opposta interpretazione.

*8- Le esenzioni di atti, garanzie e pagamenti posti in essere in esecuzione di concordati giudiziali o stragiudiziali, e dell'amministrazione controllata.*

L'art. 67\3 lett. d)-, e)- e lett. g)- contempla infine una serie di esenzioni da revoca delle garanzie, degli atti e dei pagamenti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione dei debiti, dell'amministrazione controllata e dei piani stragiudiziali di superamento dell'insolvenza.

Il campo applicativo di tali esenzioni è determinato, *per relationem*, con riferimento al contenuto del piano giudiziale o stragiudiziale approvato dai creditori ed eventualmente omologato, ove chiaramente si tratti di piano giudiziale.

Le previsioni sono finalizzate a stabilizzare gli effetti dei concordati in modo da agevolarne la conclusione, nella supposizione che essi siano lo strumento più efficace di superamento della crisi di impresa. Con le stesse si assecurano, inoltre, le richieste del ceto bancario di garantirsi un ombrello protettivo rispetto alle erogazioni di nuova finanza finalizzata al salvataggio dell'impresa in crisi.

L'aspetto che maggiormente colpisce delle previsioni è senz'altro costituito dalla loro ampiezza nonché dalla circostanza che il beneficio dell'esenzione è riconosciuto in un nuovo contesto in cui il ruolo di controllo dell'autorità giudiziaria si è notevolmente assottigliato, sicché si pone il problema del trattamento giuridico di eventuali abusi posti

in essere dal debitore attraverso la predisposizione del piano, ed eventualmente condivisi da schiere di creditori forti, beneficiari di più o meno palesi preferenze.

Ciò coinvolge probabilmente tematiche che attengono all'analisi dei tratti fondamentali delle nuove procedure concordatarie, così come disegnati dalla riforma, ed è pertanto il caso, a questo punto, di limitarsi ad un rinvio.

#### *9- L'estensione normativa delle esenzioni.*

Una volta individuata l'estensione oggettiva delle nuove esenzioni, l'analisi complessiva dell'art. 67 implica la verifica anche del campo normativo sul quale esse vanno ad incidere e cioè, in altre parole, della definizione delle specifiche misure la cui applicazione resta esclusa.

Mentre per le vecchie esenzioni, come visto, l'art. 67\4 L.F. esplicitamente fa riferimento alla inapplicabilità delle previsioni dell'art. 67, per le nuove esenzioni invece la disposizione espressamente dichiara <*Non soggetti all'azione revocatoria*> gli atti e i pagamenti elencati nel terzo comma.

Per molte delle esenzioni, invero, l'esegesi dell'espressione pone problemi risolvibili anche senza soverchi sforzi interpretativi. Ciò vale per quelle di cui alle lett. *a*)- (pagamenti nei termini d'uso), *b*)- (rimesse in conto corrente), *f*)- (pagamenti dei corrispettivi a dipendenti e collaboratori), *g*)- (pagamenti di prestazioni strumentali all'accesso alle procedure di C.P. e A.C.): queste esenzioni sono riferite ai pagamenti di debiti scaduti, dunque esse attengono soltanto alla revoca di cui al secondo comma dell'art. 67 L.F.

Analoga conclusione vale per l'esenzione di cui alla lett. *c*)- atteso che essa riguarda le vendite a giusto prezzo e, dunque, solo quelle normali contemplate della disposizione del II comma medesima.

Più ampio potrebbe invece essere il campo normativo di applicazione delle esenzioni relative agli atti di cui alla lett. *d*)- ed alla lett. *e*)-. Qui l'esclusione riguarda tutte le fattispecie di revoca in senso tecnico: dunque anche gli atti anormali di cui al primo comma dell'art. 67. Non invece le fattispecie di inefficacia *ex lege* degli atti a titolo gratuito, almeno se verrà mantenuta l'attuale dizione dell'art. 64 L.F. ciò vale anche per la fattispecie dell'art. 65 L.F. e cioè per il pagamento dei debiti che scadono il

giorno del fallimento, sempre che questa scadenza sia contemplata nel piano concordatario e non si tratti di un'originaria scadenza che il piano medesimo abbia anticipato.

#### *10- Conclusioni.*

In conclusione due brevi notazioni, una di carattere complessivo e l'altra che attiene più specificamente ad un possibile scenario.

Come visto, la nuova disciplina dell'art. 67 non è informata alla esplicita e diretta finalità di adeguare il sistema revocatorio fallimentare ai principi della teoria unitaria. Si allontanano, più che avvicinarsi, le distanze tra la previsione dell'art. 2901 e quelle della legge fallimentare, e ciò perché la nuova articolazione degli atti revocabili o esenti rende impossibile quella riduzione ad unità che le teorie appunto unitarie auspicavano nella sede dell'interpretazione del vecchio testo normativo.

Anzi bisogna abituarsi a considerare che un'unità funzionale della revocatoria fallimentare non sia più verificabile (o, meglio: sia verificabile in minor grado).

La originaria previsione contemplava, oltre alle fattispecie di inefficacia *ex lege*, quelle di revoca degli atti anormali e di revoca degli atti normali. Rispetto a questi ultimi, le esenzioni previste dall'art. 67\3 (vecchio testo) costituivano mere eccezioni, deroghe al principio della *par condicio* (cui è funzionale la revoca del vecchio come dell'attuale secondo comma) riconosciuta dall'ordinamento a creditori particolarmente meritevoli di tutela.

Nel nuovo sistema si sommano alle vecchie esenzioni quelle nuove che, però, si ispirano, almeno nelle intenzioni del legislatore, ad altra *ratio*: quella di consentire la continuazione dell'attività aziendale a scopo conservativo; ovvero quella di stabilizzare gli effetti dei concordati per stimolarne la conclusione, considerata quale idoneo ed efficiente strumento di soluzione della crisi o dell'insolvenza. Dunque, esenzioni finalizzate non ad attuare un privilegio *tout cour*, bensì a consentire, in definitiva, una più proficua soddisfazione del ceto creditorio, in una rinnovata concezione dell'idea stessa di *concorso* nonché nell'ottica di una procedura conservativa oltre che liquidatoria.

Si può dunque, per mero amore dell'elencazione, dire che, oltre alle fattispecie di inefficacia *ex lege*, nel sistema convivono modelli di revoca così riassumibili:

- a- revoca degli atti anormali perché dannosi per il patrimonio e per le ragioni dei creditori (art. 67\1);
- b- revoca degli atti normali, in funzione dell'attuazione di redistribuzione del peso dell'insolvenza (art. 67\2);
- c- esenzione da revoca in funzione del riconoscimento di un privilegio al creditore che ne beneficia (vecchie esenzioni ed esenzione relativa all'acquisto di immobile ad uso abitativo);
- d- esenzioni finalizzate alla conservazione del valore produttivo dell'impresa;
- e- esenzioni finalizzate alla stabilizzazione dei patti concordatari ed alla maggior efficienza della procedura.

Ma, come detto, oltre a questa constatazione, si apre anche uno scenario. Manca nel sistema una valvola di sicurezza che garantisca i creditori dalla possibilità che il debitore possa utilizzare a fini preferenziali o fraudolenti soprattutto il nuovo sistema delle esenzioni. Valvola che esiste, ad esempio, nel modello nord americano, il quale esclude che l'esenzione possa applicarsi nei casi di abuso della stessa (*Dean vs. Davis*).

Di fronte alla eventualità (certo non remota) che abusi delle nuove previsioni si verificano anche nel nostro Paese – si pensi all'ipotesi in cui una società di un gruppo venda, prima del fallimento, una serie di materie prime ad un'altra società in crisi, che provveda a pagarle nei termini d'uso, allo scopo di effettuare un trasferimento di liquidità -, v'è chi ha sostenuto che si potrebbe recuperare uno strumento di tutela nella nullità degli atti di preferenza per illiceità, laddove il parametro normativo violato sarebbe costituito dalle previsioni penali dettate in materia di bancarotta.

Pur senza entrare nel merito della proposta interpretativa, la quale comporta la necessità di approfondire il tema del rapporto tra illiceità penale ed invalidità negoziale, penso che il contenimento dell'abuso possa passare attraverso due ulteriori strade.

La prima è quella di un'interpretazione delle esenzioni fedele all'intento del legislatore, che ne limiti il campo di applicazione alle sole fattispecie che attuano le finalità dallo stesso perseguite.

La seconda è quella della responsabilità civile, ricostruita con il filtro delle previsioni penali, la quale peraltro sarebbe capace di consentire non solo la ricostruzione del patrimonio, ma anche la riparazione del maggior danno che l'atto abusivo abbia provocato al ceto creditorio. Si tratterebbe però di definire - sotto il profilo dell'illiceità oltre che del danno e del nesso di causalità - i caratteri specifici di tale fattispecie di responsabilità, il che evidentemente esorbita dall'oggetto della presente trattazione.

*Bruno Meoli*