

LEASING, RISOLUZIONE DI DIRITTO E AZIONE REVOCATORIA

1. LEASING E FALLIMENTO
 - 1.1. CONTRATTO DI LEASING
 - 1.2. RISOLUZIONE DEL CONTRATTO
 - 1.3. AZIONE REVOCATORIA EX ART. 67 L. FALL.

2. LA REVOCABILITA' EX ART. 67 COMMA 2 L. FALL. DELLA
RISOLUZIONE DI DIRITTO DI UN CONTRATTO DI LEASING.
 - 2.1. FATTISPECIE NELLA GIURISPRUDENZA
 - 2.2. ANALISI DEI REQUISITI PER ESPERIRE L'AZIONE REVOCATORIA
 - 2.2.1. REQUISITO OGGETTIVO DELL'AZIONE REVOCATORIA
 - 2.2.1.1. GIURISPRUDENZA FAVOREVOLE
 - 2.2.1.2. GIURISPRUDENZA CONTRARIA
 - 2.2.1.3. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA
 - 2.2.2. REQUISITO SOGGETTIVO DELL'AZIONE REVOCATORIA
 - 2.2.3. REQUISITO TEMPORALE DELL'AZIONE REVOCATORIA

 - 2.3. AZIONE REVOCATORIA AUTONOMA O IN VIA D'ECCEZIONE

3. GLI EFFETTI DELL'ACCOGLIMENTO O DEL RIGETTO DELL'AZIONE
REVOCATORIA SUL FALLIMENTO

BIBLIOGRAFIA

1. LEASING E FALLIMENTO

1.1 CONTRATTO DI LEASING

Il contratto di leasing è un contratto atipico riconducibile alla libertà contrattuale sancita dall'art. 1322 cod. civ.¹; esso infatti deriva dall'esperienza anglosassone e ha avuto in Italia una notevolissima espansione, pur non avendo finora formato oggetto di una specifica disciplina². La dottrina più autorevole qualifica infatti questo negozio come “contratto atipico ma socialmente tipico”³ in considerazione della grande diffusione nella pratica commerciale.

La Suprema Corte così ne definisce l'essenza “... *una parte concede all'altra il godimento di un bene dietro corresponsione di un canone periodico determinato; al termine del periodo di*

¹ Art. 1322 cod. civ.: “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge [...]. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*”

² In realtà, va precisato che lo Stato italiano con legge 14 luglio 1993, n. 259 ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione UNIDROIT sul leasing finanziario internazionale, stipulata a Ottawa in data 28 maggio 1988.

³ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 1233 e ss.

godimento è previsto, in via alternativa e a favore della parte che ha ricevuto il godimento, la restituzione del bene o l'acquisto di esso per una somma residua predeterminata”⁴.

La dottrina ha nel tempo ravvisato la sua assimilabilità alla *locazione*, o comunque ai contratti di durata, oppure alla *vendita con riserva di proprietà* con corrispondente applicazione analogica in caso di risoluzione, rispettivamente, del regime di cui all'art. 1458 cod. civ.⁵ ovvero dell'art. 1526 cod. civ.⁶ Le motivazioni che portano ad assimilare tale contratto a quello di locazione si possono riassumere nell'obbligazione di godimento per un determinato arco di tempo di un bene contro il versamento di un corrispettivo. Le argomentazioni a favore della vendita con riserva di proprietà sono riconducibili al fatto che il rischio e le spese di manutenzione sono addossati all'utilizzatore fin

⁴ Cass. 28.02.1983, n. 6390

⁵ Art. 1458 cod. civ.: “*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La risoluzione anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione.*”

⁶ Art. 1526 cod. civ.: “*Se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno. Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta. [...]*”

dall'inizio del rapporto e che la somma normalmente prevista a titolo di riscatto è talmente esigua da far ritenere che i precedenti canoni versati in corso di contratto siano in realtà delle vere e proprie rate di prezzo.

In merito alla scelta tra le due diverse figure, la Suprema Corte⁷ è giunta a distinguere l'ipotesi di finanziamento a scopo di godimento, c.d. "leasing di godimento", da quella preordinata al trasferimento, c.d. "leasing traslativo".

Il primo leasing ha per oggetto un bene a rapida obsolescenza, rispetto al quale l'interesse dell'utilizzatore verso il bene si esaurisce, di solito, con il consumarsi del periodo contrattualmente stabilito per il godimento e quindi tale bene non verrà riscattato perché ha perso la sua utilità o comunque verrà riscattato ad un prezzo molto esiguo, di regola corrispondente al valore venale del bene al termine del rapporto: ad esso si applica l'art. 1458 cod. civ.

Nel leasing traslativo, invece, il bene oggetto del contratto conserva un valore residuo elevato e comunque superiore alla

⁷ Cass. 13.12.1989, n. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574

somma richiesta quale diritto di opzione e i canoni scontano anche una quota di prezzo in previsione del successivo acquisto; per tale ragione quindi, il godimento del bene è strumentale rispetto a quella principale del trasferimento della proprietà: ad esso si applica l'art. 1526 cod. civ. Il concedente, pertanto, nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento del contratto di locazione finanziaria, deve restituire i canoni percepiti durante l'esecuzione del contratto, ma ha diritto ad un "equo compenso" per l'uso della cosa da parte dell'utilizzatore⁸, oltre al risarcimento del danno⁹.

⁸ Sull'"equo compenso" ci ritorneremo più avanti.

⁹ Fra le molte, cfr. Cass. 08.01.2010, n. 173; Trib. Napoli, 09.06.2010, in www.ilcaso.it; Cass. 14.11.2006, n. 24214; Trib. Milano 03.02.2003, in Fall. 2003, 899.

1.2. RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Questa tesi ha il principale fine di approfondire la materia della revocatoria fallimentare avente ad oggetto un atto di risoluzione di diritto di un contratto di locazione finanziaria avvenuto prima della dichiarazione di fallimento della società utilizzatrice.

In via preliminare, verranno analizzati sinteticamente i concetti di risoluzione del contratto e di revocatoria fallimentare, per poi addentrarsi più analiticamente nell'argomento oggetto del presente studio.

La risoluzione di un contratto viene generalmente definita dalla dottrina come un'anomalia sopravvenuta nella corrispettività. Il contratto nasce infatti valido ed efficace, ma per motivi sopravvenuti diviene invalido e/o inefficace¹⁰.

¹⁰ Diversamente dall'istituto della rescissione, che viene considerato dalla dottrina come un'anomalia genetica nella corrispettività, in quanto il contratto nasce "viziato" sin dall'origine. Vedi per tutti TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2004, 207 ss.

Il codice civile disciplina tre tipologie di risoluzione: per impossibilità sopravvenuta, per eccessiva onerosità e per inadempimento (che statisticamente è l'ipotesi più ricorrente). In quest'ultimo caso, in seguito all'inadempimento di una parte, la parte non inadempiente può scegliere se mantenere in vita il contratto e di conseguenza pretendere l'adempimento, oppure chiedere la risoluzione del contratto¹¹.

La risoluzione del contratto può avvenire non soltanto per effetto di una sentenza del giudice (avente natura costitutiva), ma può anche essere consensuale o di diritto (c.d. risoluzione automatica), in tre casi espressamente regolati dal codice civile: in seguito alla comunicazione di una *“diffida ad adempiere”* rimasta senza effetto ai sensi dell'art. 1454 cod. civ.¹²; in seguito a un'intimazione in base a *“clausola risolutiva espressa”* ai sensi

¹¹ Art. 1453 cod. civ.: *“Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno [...]”*

¹² Art. 1454 cod. civ. Diffida ad adempiere: *“Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente tale termine, il contratto s'intenderà senz'altro risolto. Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.*

dell'art. 1456 cod. civ.¹³; o in seguito alla scadenza del “*termine essenziale*” ai sensi dell'art. 1457 cod. civ.¹⁴.

La *diffida ad adempiere* consiste in una dichiarazione scritta, con la quale si intima al contraente inadempiente di provvedere all'adempimento entro un termine congruo (di regola non inferiore a 15 giorni) con espressa avvertenza che, ove il termine fissato dovesse decorrere senza che si faccia luogo all'adempimento, il contratto, a partire da quel momento, si intenderà senz'altro risolto¹⁵.

Nella *clausola risolutiva espressa*, invece, le parti prevedono espressamente che il contratto dovrà considerarsi automaticamente risolto qualora una determinata obbligazione non venga adempiuta affatto o comunque non venga eseguita rispettando le modalità pattuite. Quando in un contratto figura

¹³ Art. 1456 cod. civ. Clausola risolutiva espressa: “*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva*”.

¹⁴ Art. 1457 cod. civ. Termine essenziale per una delle parti: “*Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni. In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione*”.

¹⁵ La giurisprudenza ammette la rinuncia, anche implicita, agli effetti della risoluzione: cfr. Cass. 08.11.2007, n. 23315; Cass. 01.04.2005, n. 6891.

una tale clausola, la risoluzione in caso di inadempienza si ha quando la parte non inadempiente comunica all'altra parte l'intenzione di avvalersi della clausola risolutiva, e non in maniera automatica (e infatti si dice recettizio). La parte inadempiente infatti ha il diritto di scegliere tra la manutenzione del contratto e la sua risoluzione. Un'offerta di adempimento tardivo a seguito della comunicazione può essere legittimamente rifiutata dal contraente che ha scelto la risoluzione, il quale peraltro non potrebbe più cambiare la sua decisione e tornare a pretendere la manutenzione del contratto.

Il *termine* per l'adempimento di una prestazione si dice *essenziale* quando la prestazione diventa inutile per il creditore, qualora non venga eseguita entro il termine stabilito. In questo caso l'inadempimento determina la risoluzione del contratto senza bisogno di alcuna dichiarazione da parte della parte non inadempiente, a meno che quest'ultimo non voglia mantenere in vita il contratto accettando un adempimento tardivo, comunicando tale scelta entro tre giorni dalla scadenza del termine rimasto inosservato.

1.3. AZIONE REVOCATORIA EX ART. 67 L. FALL.

Il fallimento è una procedura concorsuale diretta all'accertamento dello stato d'insolvenza di un imprenditore che esercita attività commerciale e al conseguente accertamento dei crediti e dei debiti per procedere alla sua liquidazione secondo il principio della par condicio creditorum.

Nell'attivo fallimentare rientrano non soltanto i beni appartenenti al debitore al momento della dichiarazione di fallimento, ma anche quelli sopravvenuti e quelli che hanno cessato di appartenergli anteriormente alla dichiarazione di fallimento e che la legge, ricorrendo determinati presupposti, ritiene opportuno ricomprendere fra i beni soggetti all'esecuzione collettiva¹⁶.

Uno dei rimedi e dei mezzi più efficaci (e di più larga applicazione) per la ricostruzione dell'attivo fallimentare è la revocatoria fallimentare (disciplinata dall'art. 67 l. fall.), la cui finalità è, infatti, quella di ricostruire il patrimonio

¹⁶ FIALE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 2010, 156

dell'imprenditore fallito, richiamando in esso beni che ne siano usciti¹⁷ o espellendo da esso debiti o garanzie che siano venuti a farne parte illegittimamente, con pregiudizio per i creditori. La revocatoria fallimentare è dunque preordinata alla salvaguardia del principio della *par condicio creditorum* e si fonda sul presupposto che il patrimonio del debitore è destinato a soddisfare alla pari tutti i creditori, fatte salve naturalmente le cause legittime di prelazione (pegno, ipoteca, privilegio).

Per quanto riguarda gli atti sottoposti alla revocatoria fallimentare, il legislatore ha delineato la seguente distinzione per categorie:

- a) per gli atti a titolo oneroso, pagamenti di debiti scaduti e garanzie che presentino anormalità tali da far sospettare l'intenzione fraudolenta (es.: dazione di pagamento di un bene notevolmente superiore al debito, vendita di un bene per una somma irrisoria, etc.) ha posto una presunzione di conoscenza dell'insolvenza da parte del terzo se compiuti

¹⁷ Va precisato che l'azione revocatoria non comporta un effetto restitutorio del bene al patrimonio del debitore, con la conseguenza che il bene non torna nella proprietà del fallito; sul punto si ritornerà più avanti.

nell'anno antecedente alla dichiarazione di fallimento, ammettendo tuttavia la possibilità che il terzo acquirente provi di aver ignorato lo stato di insolvenza del debitore nel momento in cui è stato compiuto l'atto¹⁸;

b) per gli atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie che non presentino irregolarità ha ammesso la revoca solo se il curatore provi che l'altra parte conosceva lo stato di insolvenza e gli atti stessi siano stati compiuti entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento¹⁹.

“Presupposto soggettivo” dell'azione revocatoria è invece la conoscenza dello stato d'insolvenza da parte del terzo; l'art. 67 l. fall., infatti, non fa alcun cenno all'elemento psicologico del debitore, richiedendo solo, nel terzo contraente, la

¹⁸ Art. 67, primo comma, nn. 1-2-3-4, l. fall.: “sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui e' stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti”.

¹⁹ Art. 67, secondo comma, l. fall.: “Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento”.

consapevolezza dello stato di insolvenza del debitore (che si traduce nella conoscenza dell'incapacità del debitore di adempiere regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni). L'art. 67 l. fall. sancisce, per gli atti elencati nel primo comma, una presunzione relativa di conoscenza dell'insolvenza da parte del terzo, salvo il caso in cui il terzo provi la sua *inscientia decoctionis*, ovvero che “non conosceva lo stato di insolvenza del debitore”²⁰, mentre pone a carico del curatore, per le ipotesi previste dal secondo comma, l'onere di provare lo stato soggettivo del terzo (*scientia decoctionis*), sempre al momento del compimento dell'atto o del ricevimento del pagamento. Quindi, rispetto alle previsioni del primo comma, vi è l'inversione dell'onere della prova²¹.

La questione di maggior rilievo anche ai fini del presente lavoro consiste nello stabilire se, ai fini della conoscenza dello stato di insolvenza, sia sufficiente la cosiddetta conoscibilità di

²⁰ Cass. 23.07.2003, n. 11430 in *Fall.* 2004, 1022 secondo cui “agli effetti dell'azione revocatoria di un atto con prestazioni sproporzionate al curatore incombe la prova del compimento dell'atto medesimo, mentre al convenuto quella di aver agito in circostanze tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza ed avvedutezza che l'imprenditore si trovasse in una situazione di normale esercizio dell'impresa”.

²¹ Si afferma infatti che nelle ipotesi di revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 1, l. fall. il curatore gode di un'agevolazione probatoria.

tale stato oppure se occorra la conoscenza effettiva. Ci si chiede cioè se il terzo debba avere una conoscenza piena o una mera conoscibilità dello stato di insolvenza del debitore. La giurisprudenza prevalente²² sostiene che la conoscenza dello stato di insolvenza di cui all'art. 67, primo comma, 1. fall., va intesa non tanto come conoscenza effettiva, quanto come *“possibilità di conoscere rapportata alla capacità media di apprensione intellettuale”*²³ (con riferimento alla qualità delle persone, alle condizioni di tempo e di luogo e tenendo conto di tutti gli elementi di conoscibilità reperibili nella fattispecie); la conoscenza dello stato di insolvenza di cui all'art. 67, comma 2, 1. fall., va intesa, invece, come *“conoscenza effettiva”* e non

²² Cass. 21.12.2005, n. 28299

²³ Sul punto si sono espressi: Cass. 08.02.1983, n. 1043 in *Giust. civ. Mass.* 1983, ove si deduce che: *“ai fini dell'azione revocatoria ex art. 67, comma 1, l.f., la conoscenza, da parte del terzo, dello stato di insolvenza del debitore, nel momento in cui fu posto in essere l'atto del quale si chiede la revoca, è presunta, sicché, per vincere questa presunzione, il terzo deve fornire la prova, con ogni mezzo e quindi anche con presunzioni semplici, della propria inscientia decoctionis che potendo essere circoscritta ad un mero stato d'animo, ma ricorrendo solo quando sussistano circostanze esterne, concrete e specifiche, tali da indurre ragionevolmente un soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza in quel convincimento – si risolve nella non conoscibilità dell'insolvenza, secondo il parametro della ragionevolezza di una persona di ordinaria prudenza e avvedutezza [...].* E ancora, Cass. 22.05.2007, n. 11844: *“il terzo [...] può vincere la presunzione di conoscenza dello stato d'insolvenza, di cui gode il curatore, soltanto dimostrando l'esistenza, al momento in cui è stato posto in essere l'atto impugnato, di circostanze tali da far ritenere ad una persona di ordinaria prudenza e avvedutezza che l'imprenditore si trovi in una situazione normale di esercizio dell'impresa”.*

Sulla medesima posizione: Cass. 09.05.2007, n. 10629 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5.

come possibilità di conoscere, anche se sul punto si aggiunge che gli elementi di conoscibilità possono essere rappresentati da presunzioni ed indizi gravi, precisi e concordanti in modo tale da fornire la certezza della scientia decoctionis al momento della ricezione dei pagamenti.

Terzo e ultimo presupposto ai fini dell'azione revocatoria è il cosiddetto "presupposto temporale". La legge fallimentare infatti prevede espressamente i termini per la proponibilità dell'azione revocatoria e ne stabilisce la decorrenza a ritroso dalla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento: gli atti a titolo oneroso che presentino anormalità – ex art. 67, comma 1, 1. fall. – devono essere compiuti entro l'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, quegli atti che invece non presentino anormalità – ex art. 67, comma 2, 1. fall. e art. 67, comma 1, n. 4, 1. fall. – devono essere compiuti entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento.

La revocatoria fallimentare, infine, deve essere esercitata entro un determinato lasso di tempo previsto dall'art. 69-bis 1. fall., a pena di decadenza.

2. LA REVOCABILITA' EX ART. 67 COMMA 2 L. FALL. DELLA RISOLUZIONE DI DIRITTO DI UN CONTRATTO DI LEASING

2.1. FATTISPECIE NELLA GIURISPRUDENZA

Una società di leasing concedeva in locazione finanziaria un immobile industriale a un'impresa edile, convenendo il pagamento di 60 rate mensili di canone e la possibilità, al termine del contratto, di riscattare il bene mediante il pagamento di un prezzo predeterminato nel suo ammontare. Il contratto prevedeva, fra le altre, una clausola risolutiva espressa a favore del concedente per l'ipotesi di inadempimento dell'utilizzatore nel pagamento delle rate di canone.

Dopo tre anni dalla conclusione del contratto, in seguito al peggioramento delle condizioni economiche e patrimoniali dell'utilizzatrice e al ritardo nel pagamento di alcune rate di leasing, la società concedente provocava la risoluzione di diritto della locazione finanziaria avvalendosi della clausola risolutiva espressa contenuta nelle condizioni generali di contratto. Cinque

mesi e mezzo dopo la risoluzione del contratto, la società utilizzatrice veniva dichiarata fallita (si precisa che la comunicazione di risoluzione del contratto di leasing risaliva a oltre sei mesi prima rispetto alla dichiarazione di fallimento, ma con effetti prodotti nel semestre anteriore).

La società concedente, che alla data del fallimento dell'utilizzatrice non era ancora rientrata nella disponibilità materiale dell'immobile oggetto del contratto di leasing risolto, presentava al Tribunale fallimentare domanda di restituzione dell'immobile e domanda di ammissione al passivo fallimentare per le rate scadute e non pagate, gli interessi e le penali contrattuali.

In vista dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo il curatore fallimentare depositava il progetto di stato passivo ai sensi dell'art. 95, comma 2, 1. fall. proponendo il rigetto sia della domanda di restituzione dell'immobile, sia della domanda di insinuazione al passivo. In particolare, secondo il curatore: a) l'atto di risoluzione di diritto del contratto di leasing appariva revocabile ai sensi dell'art. 67, comma 2, 1. fall., in quanto atto a titolo oneroso compiuto nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento; b) la domanda di insinuazione risultava infondata

in considerazione dell'inesistenza di un credito della società concedente opponibile al fallimento per canoni di leasing arretrati, interessi e penali.

Oggetto della nostra indagine sarà pertanto la verifica della fondatezza della tesi del curatore alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in materia.

2.2. ANALISI DEI REQUISITI PER ESPERIRE

L'AZIONE REVOCATORIA

2.2.1. REQUISITO OGGETTIVO DELL'AZIONE

REVOCATORIA

Va in primo luogo esaminato l'elemento oggettivo della revocatoria fallimentare, costituito dalla circostanza che l'atto compiuto tra il soggetto poi fallito e un terzo rientri nelle categorie previste dall'art. 67 commi 1 e 2, 1. fall. (ad esempio si tratti di un pagamento con mezzi anormali, di costituzione di pegno, ipoteca, anticresi, ecc) e che lo stesso abbia anche eventualmente costituito un pregiudizio per i creditori del soggetto che poi è stato dichiarato fallito²⁴.

²⁴ Secondo la giurisprudenza, infatti, l'art. 67 l.fall. non richiederebbe l'ulteriore requisito del danno effettivo (a differenza di quanto avviene per l'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ.), tenuto conto della natura dell'azione revocatoria fallimentare che – come precisato in particolare da Cass., sez. unite, 28.03.2006, n. 7028 – non ha funzione indennitaria, ma distributiva, essendo diretta a ripristinare l'attivo concorsuale al fine di consentire il soddisfacimento dei crediti nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*: cfr., di recente, Trib. Piacenza 31.03.2011, in www.ilcaso.it.

Il pregiudizio, valutato ex ante e non in base agli effetti realmente prodotti, non si manifesta soltanto in una diminuzione del patrimonio del fallito, ma anche in una disuguale distribuzione dello stesso fra i creditori. Il pregiudizio infatti dovrebbe essere valutato con riferimento alla situazione del concorso dei creditori poiché sussiste un danno non solo quando ciascun creditore riceve meno, ma anche nell'ipotesi in cui un creditore riceva di più, in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Nella fattispecie oggetto di tesi, la risoluzione unilaterale di un contratto di leasing da parte della società concedente comporta un depauperamento del patrimonio del soggetto utilizzatore, il quale, fra l'altro, viene privato della possibilità di riscattare il bene alla scadenza contrattuale (nonostante il pagamento delle rate già corrisposte). Infatti, la risoluzione del contratto di leasing fa perdere definitivamente all'utilizzatore il valore delle rate già pagate che, nel leasing cosiddetto "traslativo", non hanno natura di corrispettivo per l'uso del bene, non essendo ragguagliate al valore di utilizzazione di

quest'ultimo per la durata della vita tecnico-economica dello stesso²⁵. Nel leasing “traslativo”, infatti, il corrispettivo del trasferimento del bene è in parte incluso nell'ammontare dei canoni e riguarda beni atti a conservare, alla scadenza contrattuale, un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione di riscatto.

In altri termini, la risoluzione di diritto del contratto di leasing, soprattutto se attuata in prossimità della scadenza naturale del contratto, impedisce all'utilizzatore di poter acquisire la proprietà del bene mediante il pagamento del prezzo di riscatto. Ciò comporta inevitabilmente un pregiudizio per i creditori dell'utilizzatore, che non potranno soddisfarsi (anche) su quel bene ai sensi dell'art. 2740 cod. civ. nell'ipotesi di successivo inadempimento del loro debitore.

²⁵ Diversamente da quanto avviene nel leasing cosiddetto “di godimento” (o leasing “di finanziamento”), che riguarda beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto, esposti a notevole usura, e per il quale i canoni configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi. In questa tipologia di leasing, la previsione del pagamento del prezzo di riscatto si pone come clausola marginale ed accessoria che dimostra la ininfluenza del valore residuo del bene al momento del riscatto stesso.

2.2.1.1. GIURISPRUDENZA FAVOREVOLE

La giurisprudenza che per prima si è occupata della questione ha ritenuto ammissibile la revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 2, 1. fall. dell'atto di risoluzione unilaterale di un contratto di locazione finanziaria – considerato a tutti gli effetti “atto a titolo oneroso” – attuato dal soggetto concedente ai danni del soggetto utilizzatore ai sensi degli artt. 1454 cod. civ. e/o 1456 cod. civ; in tal senso si sono pronunciati diversi tribunali²⁶. Si è infatti argomentato che *“se l'esigenza di tutelare la par condicio creditorum consente di attribuire al curatore il potere di revocare una risoluzione consensuale di un contratto, ... non si vede come la stessa esigenza non debba permettere un identico potere al curatore, quando il medesimo effetto giuridico - economico venga dal terzo conseguito, non già*

²⁶ In epoca risalente: Trib. Reggio Emilia 15.01.1953, in *Dir. fall.* 1953, II, 270; Trib. Firenze 04.12.1959, in *Giur. tosc.* 1960, 13; Trib. Firenze 04.12.1959, *ivi*, 126; Corte d'appello di Bologna, 04.07.1963, in *Giur. it.* 1964, 1, 2, 218.

Più di recente: Trib. Milano 03.02.2003, in *Giurisprudenza milanese* 2003, 12, 413; Trib. Milano 18.04.1994, in *Fall.*, 2009, 514; Trib. Milano 14.09.1989, in *Fall.* 1990, 312; Trib. Milano 08.06.1989, in *Fall.* 1990, 291; Trib. Milano 04.07.1985, in *Fall.* 1986, 208; Trib. Roma 21.02.1983, in *Fall.* 1983, 1122; Trib. Venezia 05.05.1981, in *Fall.* 1983, 99; Trib. Milano 12.03.1981, in *Fall.* 1982.

mediante la risoluzione consensuale del contratto, bensì mediante lo strumento concessogli dall'art. 1454 Codice Civile”

²⁷.

In particolare, più di recente, si è ritenuto che *“la risoluzione unilaterale del contratto da parte del contraente “in bonis” costituisce atto a titolo oneroso suscettibile di revocatoria fallimentare, comportando esso un depauperamento del patrimonio del debitore, a nulla rilevando che l’atto non sia stato compiuto dal fallito, né che questi non vi abbia in alcun modo cooperato”*. Secondo il Tribunale, *“... argomento che solitamente è addotto contro la tesi della revocabilità della risoluzione di diritto è quello letterale. Si sostiene infatti che gli atti a titolo oneroso revocabili sono quelli che provengono dal debitore. Senonchè, in primo luogo, deve replicarsi che l’argomento letterale non è decisivo, poiché nell’art. 67, comma secondo, l.f. la categoria degli “atti a titolo oneroso” non è riferita ad un soggetto. Né il mancato riferimento al soggetto del debitore può configurare un elemento interpretativo di*

²⁷ Trib. Firenze 04.12.1959, cit.

*significato soltanto equivoco, dovendosi considerare [...] che sono revocabili anche gli atti posti in essere da terzi, come l'iscrizione dell'ipoteca volontaria e dell'ipoteca giudiziale nonché la riscossione di mandati di pagamento ... ”.*²⁸

La sentenza, che conferma l'orientamento che ammette l'ammissibilità della revocatoria fallimentare degli atti di risoluzione di diritto, è meritevole di essere segnalata in quanto precisa che per “atti a titolo oneroso” ai sensi dell'art. 67, comma 2, 1. fall. devono comprendersi sia quelli posti in essere dal soggetto fallito, sia quelli posti in essere da terzi senza la cooperazione del fallito (come nel caso di risoluzione di diritto provocata dal creditore del soggetto poi fallito in seguito a diffida ad adempiere o a clausola risolutiva espressa)²⁹. L'elemento di novità, o comunque di particolare importanza, consiste in sostanza nel riconoscimento che qualsiasi “atto a titolo oneroso” è suscettibile di revocatoria fallimentare – se compiuto nel c.d.

²⁸ Trib. Milano 03.02.2003, in *Giurisprudenza milanese* 2003, 12, 413, cit.

²⁹ Va tuttavia precisato, per mera completezza d'argomento, che anche nei casi in cui la risoluzione di diritto di un contratto sia provocata mediante ad esempio diffida ad adempiere, appare quantomeno dubbio che il debitore non cooperi in alcun modo nella caducazione degli effetti del contratto. Si potrebbe infatti ipotizzare un comportamento ‘omissivo’ del debitore che, sollecitato dal creditore ad adempiere con una diffida ai sensi dell'art. 1454 cod. civ., resti inerte, provocando in tal modo la risoluzione automatica del contratto.

“periodo sospetto” e purché il curatore dimostri la conoscenza in capo al terzo contraente dello stato di decozione in cui versava il debitore poi fallito al momento della conclusione dell’atto – sia che provenga dal fallito, sia che provenga anche dal fallito (come nel caso di una risoluzione consensuale)³⁰, sia che non provenga affatto dal fallito ma da un terzo (come nel caso di risoluzione di diritto attuata in forza di clausola risolutiva espressa o di diffida ad adempiere).

L’interpretazione fornita dal Tribunale di Milano appare del tutto coerente con il tenore letterale dell’art. 67, comma 2, 1. fall., che non precisa se gli atti a titolo oneroso debbano essere compiuti da un soggetto piuttosto che da un altro. Sembra quindi corretto sostenere che per “atti a titolo oneroso” debbano intendersi tutti gli atti, da chiunque posti in essere, che abbiano un contenuto suscettibile di valutazione economica e che

³⁰ Si tratta dell’accordo col quale le parti stabiliscono di risolvere un contratto precedentemente tra loro intervenuto. La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso della revocabilità ai sensi dell’art. 67, comma 2, 1. fall.: cfr. Trib. Genova 18.02.2005, in www.dejure.giuffre.it; Trib. Milano 03.02.2003, in *Giurisprudenza milanese* 2003, 12, 413; Cass. 21.07.1962, n. 2030, in *Dir. fall.* 1962, II, 791; Cass. 20.04.1959, n. 1186, in *Giust. civ.* 1959, I, 993; Cass. 08.07.1957, n. 1830, in *Dir. fall.* 1957, II, 529. Peraltro, in alcuni casi la giurisprudenza ha qualificato la risoluzione consensuale come atto estintivo ‘anormale’, revocabile ai sensi dell’art. 67, comma 1, n. 2, 1. fall.: cfr. Corte d’appello Bologna, 06.07.1975, in *Giur. it.* 1976, I, 2, 460; Trib. Firenze 13.04.1959, in *Dir. fall.* 1959, II, 530.

incidano sul patrimonio del fallito alterando la par condicio creditorum.

Si tenga presente che alle stesse conclusioni si potrebbe altresì giungere considerando che:

(i) anche i ‘pagamenti coattivi’ e le ‘iscrizioni ipotecarie operate dal creditore’ sono pacificamente revocabili ai sensi dell’art. 67, comma 2, 1. fall., nonostante siano atti compiuti da terzi e non invece dal fallito³¹;

(ii) l’art. 2901 cod. civ. in materia di revocatoria ordinaria si riferisce espressamente agli atti in frode compiuti dal debitore. Invece, l’art. 67, comma 2, 1. fall. non fa nessun riferimento al debitore, con la conseguenza che in assenza di indicazione specifica deve ritenersi che l’atto a titolo oneroso possa essere compiuto sia dal fallito, sia da un terzo (con o senza il concorso del fallito).

³¹ Per la revocabilità dei pagamenti coattivi, quali ad esempio quelli eseguiti in seguito ad un procedimento di esecuzione forzata presso terzi, cfr., fra le molte, Cass. 19.11.2008, n. 27518; Cass. 12.01.2006, n. 463.

2.2.1.2. GIURISPRUDENZA CONTRARIA

Va tuttavia segnalato un orientamento giurisprudenziale contrario che, seppur molto recente, non sembra condivisibile. In particolare, si sostiene che *“dal tenore letterale dell’art. 67, comma 2, l. fall. appare chiaro che oggetto dell’azione revocatoria sia unicamente l’atto compiuto dal fallendo nel c.d. periodo sospetto, mentre nella fattispecie oggetto di revoca sarebbe, secondo la pretesa della curatela, la dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa, rilasciata tuttavia da soggetto altro e diverso rispetto al fallendo”*³². Le ragioni per le quali la sentenza non appare convincente paiono del tutto evidenti sulla base di quanto sopra scritto. Basti qui pensare che l’art. 67, comma 2, l. fall., contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale capitolino, non menziona in alcun modo il soggetto fallito (diversamente, ricordiamo, da quanto avviene per l’art. 2901 cod. civ. in materia di revocatoria ordinaria). Non si comprende pertanto il motivo per il quale la sentenza in

³² Trib. Roma 01.10.2010, in www.ilcaso.it

questione dia atto che “*dal tenore letterale dell’art. 67, comma 2, l. fall. appare chiaro che oggetto dell’azione revocatoria sia unicamente l’atto compiuto dal fallendo nel c.d. periodo sospetto ...*”.

Nel senso della non revocabilità dell’atto di risoluzione di un contratto di leasing si è pronunciato anche un altro tribunale³³, secondo cui “*la revocatoria fallimentare è predisposta per rendere inefficace un atto di disposizione compiuto dal debitore prima della dichiarazione di fallimento, e concerne beni e diritti appartenenti al patrimonio del debitore; la risoluzione del contratto di leasing intervenuta tra l’imprenditore poi fallito e il concedente, convenuto dal curatore in revocatoria, non rientra in nessuna delle ipotesi previste dall’art. 67, l. fall., e segnatamente non rientra nel n. 1, quando il contratto di leasing escludesse ogni restituzione di canoni in precedenza versati e subordinasse il finale acquisto del bene in leasing al regolare adempimento di tutte le obbligazioni dell’utilizzatore*”. La sentenza in questione è stata pubblicata sulla rivista *Giur. merito*

³³ Trib. Viterbo 13.03.2002, in *Giur. merito* 2003, 918

solo in massima, pertanto non è possibile cogliere appieno il ragionamento seguito dai giudici. Tuttavia, sembrerebbe poco coerente con il tenore letterale dell'art. 67, comma 2, l. fall. (che, come già osservato, si riferisce agli “atti a titolo oneroso” senza distinzioni di sorta) e in contrasto con la giurisprudenza prevalente che ritiene ammissibile la revocatoria fallimentare sia dell'atto di risoluzione di diritto del contratto di leasing (vedi nota 2), sia dell'accordo di risoluzione consensuale del contratto³⁴.

2.2.1.3. LA POSIZIONE DELLA DOTTRINA

La questione avente ad oggetto la revocabilità dell'atto di risoluzione di un contratto (nel nostro caso di leasing immobiliare) è stata dibattuta anche in dottrina. In particolare, l'orientamento seguito dalla prevalente giurisprudenza che ammette la revocatoria fallimentare è stato condiviso anche da

³⁴ Trib. Genova 18.02.2005, in www.dejure.giuffre.it; Trib. Milano 03.02.2003, in *Giurisprudenza milanese* 2003, 12, 413; Cass. 21.07.1962, n. 2030, in *Dir. fall.* 1962, II, 791; Cass. 20.04.1959, n. 1186, in *Giust. civ.* 1959, I, 993; Cass. 08.07.1957, n. 1830, in *Dir. fall.* 1957, II, 529

vari autorevoli giuristi. Maffei Alberti, ad esempio, ritiene che: *“per poter affermare la revocabilità della risoluzione sembra sufficiente ammettere che la revocatoria fallimentare può colpire anche atti posti in essere da terzi senza alcuna partecipazione del debitore: potranno così essere resi inefficaci sia il negozio unilaterale della diffida ad adempiere, sia il negozio unilaterale recettizio con il quale il curatore manifesta la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa”*³⁵. Nello stesso senso si è pronunciata anche altra parte della dottrina: *“revocabile è anche la risoluzione di diritto conseguente alla diffida ad adempiere, o attuata in forza di clausola risolutiva espressa”*³⁶; *“la dichiarazione della controparte di volersi avvalere della risoluzione di diritto del contratto stipulato con il debitore poi fallito, manifestata prima dell’inizio della procedura concorsuale, è soggetta all’azione revocatoria fallimentare”*³⁷; *“è revocabile la dichiarazione della controparte di volersi avvalere della risoluzione di diritto del contratto stipulato col debitore,*

³⁵ MAFFEI ALBERTI, Fallimento, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 13.

³⁶ cfr. GUERRIERI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, sub. art. 67, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2009, 341

³⁷ PERUGINI, *La nuova revocatoria fallimentare*, Napoli, 2005, 145

poi fallito, manifestata prima dell'inizio del procedimento concorsuale"³⁸. Nello stesso senso, per la dottrina più risalente, cfr. altresì FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, 306.

* * *

Alla luce di quanto esposto e limitatamente al requisito oggettivo, nella fattispecie oggetto di tesi è possibile ritenere abbastanza consolidato il diritto del curatore di chiedere la revocatoria fallimentare dell'atto di risoluzione del contratto di leasing attuata dalla società concedente, prima del fallimento della società utilizzatrice, in forza di clausola risolutiva espressa. L'azione trova infatti conforto in giurisprudenza e in dottrina; l'orientamento contrario che tende invece a negare questa possibilità per il curatore appare, allo stato, minoritario.

³⁸ LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 291

2.2.2. REQUISITO SOGGETTIVO DELL'AZIONE

REVOCATORIA

L'altro presupposto dell'azione revocatoria fallimentare è costituito dall'elemento soggettivo, inteso come conoscenza, da parte del terzo avente causa dal soggetto poi fallito, dello stato di insolvenza in cui versava quest'ultimo al momento in cui è stato compiuto l'atto astrattamente revocabile. La prova dell'elemento soggettivo è generalmente a carico del curatore, ma per determinate categorie di atti la conoscenza dello stato di insolvenza è presunta (si tratta di una presunzione relativa, ossia che ammette la prova contraria), con conseguente inversione dell'onere della prova.

In particolare, l'art. 67, comma 1, l. fall. stabilisce una serie di atti – particolarmente sintomatici dello stato di insolvenza – per i quali la legge presume che il terzo avente causa dal soggetto poi fallito fosse a conoscenza dello stato di decozione in cui versava l'altro contraente. Si tratta degli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito

sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso (c.d. atti a prestazioni sproporzionate); degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o con altri mezzi normali di pagamento, compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento (c.d. pagamento anormali); dei pegni, anticresi, ipoteche volontarie costituite nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; dei pegni, anticresi, ipoteche giudiziali o volontarie costituite entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

In tutti questi casi, il curatore è agevolato sotto il profilo probatorio, in quanto dovrà limitarsi a provare solo l'elemento oggettivo, essendo quello soggettivo presunto ex lege. Sarà onere della parte convenuta nel giudizio di revocatoria dimostrare la propria "insciantia decoctionis", ossia l'effettiva ignoranza dello stato di insolvenza (non essendo sufficiente l'obbiettiva inconoscibilità)³⁹.

³⁹ Nella pratica, stante l'impossibilità o la estrema difficoltà di fornire direttamente la prova negativa di un atteggiamento psicologico, di regola la prova liberatoria sarà fornita attraverso presunzioni tali da indurre un soggetto di normale avvedutezza e prudenza nella convinzione che il debitore, nel

Invece, per gli atti elencati all'art. 67, comma 2, 1. fall. (pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, atti a titolo oneroso, atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti anche di terzi contestualmente creati, compiuti nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento), il curatore dovrà provare – in modo per la verità piuttosto rigoroso – la conoscenza dello stato di insolvenza in capo al terzo contraente.

La c.d. 'scientia decoctionis' consiste nella conoscenza effettiva dell'insolvenza nel momento del compimento dell'atto revocabile⁴⁰. Deve quindi trattarsi di conoscenza "effettiva" e non di mera conoscibilità. Il contenuto della prova si esaurisce generalmente nella dimostrazione di circostanze tali da determinare la conoscenza in un soggetto di normale prudenza e avvedutezza. La prova, nei casi in cui sia a carico del curatore, può essere fornita in qualsiasi modo, anche a mezzo testimoni o addirittura in base a presunzioni, purché gravi, precise e concordanti e tali da far ritenere dimostrato che il terzo creditore

momento in cui è stato posto in essere l'atto astrattamente revocabile, si trovava in condizioni di normale esercizio dell'attività di impresa.

⁴⁰ Ad esempio, nel caso di compravendita di un immobile, occorre avere riguardo alla data del rogito notarile e non a quelle della stipulazione del precedente contratto preliminare o della successiva trascrizione dell'atto definitivo nei pubblici registri immobiliari.

fosse consapevole dello stato di dissesto economico e di crisi irreversibile in cui versava il debitore⁴¹.

Secondo la giurisprudenza, *“la scientia decoctionis deve consistere non già in una conoscenza meramente potenziale, secondo un paradigma astratto di doveroso comportamento esigibile, secondo un canone di normale prudenza, in base ad una tipizzazione schematica di situazioni di fatto caratteristiche dello stato di dissesto (alla stregua di conoscibilità), ma in una conoscenza effettiva, sul solido fondamento di elementi indiziari, ma gravi, precisi e concordanti, tali cioè da lasciare ragionevolmente presumere una conoscenza effettiva”*⁴².

Va inoltre precisato che nei casi in cui il terzo, per il compimento dell'atto revocabile, si sia avvalso di un rappresentante, la scientia decoctionis va accertata in capo allo stesso rappresentante ai sensi dell'art. 1391 cod. civ.⁴³

⁴¹ Sull'ammissibilità del ricorso a presunzioni aventi i requisiti della gravità, precisione e concordanza, cfr., fra le tante, Cass. 17.07.2007, n. 15939.

⁴² Corte d'appello Torino, 30.04.2009, *Foro it. Rep.* 2009, voce Liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, n. 31.

⁴³ Tuttavia, secondo alcuni, nell'ipotesi di scientia decoctionis del rappresentato, l'atto sarebbe revocabile anche nei casi in cui il rappresentante ignorasse lo stato di insolvenza del fallito: cfr. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1967, 674.

Nella fattispecie oggetto di questa tesi, la risoluzione di diritto di un contratto di locazione finanziaria attuata dalla società concedente avvalendosi di clausola risolutiva espressa (o diffida ad adempiere) contenuta nel contratto di leasing rientra – perlomeno in base all’orientamento prevalente – fra gli “atti a titolo oneroso” ai sensi dell’art. 67, comma 2, 1. fall⁴⁴. Di conseguenza, ai fini dell’esercizio dell’azione revocatoria fallimentare dell’atto di risoluzione di diritto, l’onere di provare la scientia decoctionis in capo alla società concedente spetta al curatore, il quale non potrà giovare del regime probatorio agevolato previsto invece per gli atti indicati dall’art. 67, comma 1, 1. fall.

Il curatore, ai fini del raggiungimento della prova della conoscenza dello stato di insolvenza, ha a disposizione diversi elementi indiziari, tra cui i più comuni sono:

⁴⁴ Isolata è rimasta la tesi sostenuta da una parte della dottrina secondo cui “*se la risoluzione impinge nelle condizioni economiche generali del debitore che non può pagare il prezzo, e trova la sua spiegazione nel desiderio del creditore di ridurre e contenere il suo danno, col riprendersi in possesso ed in proprietà la merce venduta, la risoluzione realizza una solutio con mezzi anormali di pagamento e va assoggettata al regime presuntivo in esame [art. 67, comma 1, 1. fall.]*”: cfr. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, 350.

- i. pubblicazione di protesti cambiari⁴⁵;
- ii. pendenza di procedure esecutive immobiliari a carico del soggetto poi fallito, in considerazione della pubblicità cui sono soggette⁴⁶;

⁴⁵ La pubblicazione assume particolare valore sia nei casi in cui il titolo protestato sia stato rilasciato allo stesso convenuto in revocatoria (cfr. Cass. 21.08.1996, n. 7722; Trib. Roma 30.06.1967, *Dir. fall.* 1967, II, 682), sia nei casi in cui il convenuto nell'azione revocatoria sia un istituto di credito o comunque un soggetto che svolge attività di finanziamento, come ad esempio le società finanziarie e di leasing: in tal senso, cfr. Trib. Milano 28.06.2005, *Foro it. Rep.* 2006, voce Revocatoria (azione), n. 25; cfr. altresì Trib. Roma 13.09.2010, in www.dejure.giuffre.it).

Costituisce infatti dato acquisito alla comune esperienza che le banche e in generale i soggetti che svolgono attività di finanziamento, in considerazione dell'attività svolta, delle modalità che la connotano, della circostanza che dispongono di operatori professionali qualificati, possono cogliere i sintomi di un dissesto del soggetto finanziato meglio e più tempestivamente di un soggetto non professionale, avendo a disposizione, più facilmente rispetto agli altri creditori, gli strumenti atti a interpretarli e valutarli. In questi casi, la giurisprudenza ritiene che il certificato della Camera di commercio attestanti i numerosi protesti levati contro la società debitrice poi fallita abbia valenza di "piena prova" della conoscenza dello stato di insolvenza (in tal senso, cfr. Trib. Napoli 21.04.2004, *Foro it. Rep.* 2005, voce Fallimento, n. 462; Corte d'appello Napoli, 11.03.2003, in *Giur. nap.* 2003, 271; Corte d'appello Bari, 14.02.2002, in *Fall.* 2009, 422; Trib. Milano 06.07.1995, in *Giust.* 1995, 3876; Trib. Venezia 28.07.1987, *Foro it. Rep.* 1988, voce Fallimento, n. 382; Trib. Roma 10.12.1959, *Dir. fall.* 1960, II, 140. Di recente, cfr. altresì Cass. 13.01.2010, n. 391, secondo cui "*l'avvenuta pubblicazione di una pluralità di protesti a carico del fallito può costituire presunzione tale da esimere il curatore dall'onere della prova che gli stessi fossero concretamente noti al convenuto in revocatoria, su quest'ultimo risultando, in tal caso, traslato l'onere di dimostrare il contrario e senza che, tuttavia, ciò esima il giudicante dalla considerazione di rilevanza, caso per caso, del loro numero, qualità, ammontare, collocazione cronologica, luogo di pubblicazione oltre che dello status professionale della parte che avrebbe dovuto averne conoscenza*"). Secondo la Cassazione, qualora il curatore provi la pubblicazione dei protesti a carico del fallito nel periodo "sospetto" (ossia nel semestre anteriore alla dichiarazione di fallimento, come previsto dal secondo comma dell'art. 67 l.fall.), incomberà sul terzo convenuto che voglia evitare la revoca l'onere di provare la mancata conoscenza dello stato di insolvenza: cfr. Cass. 04.05.2009, n. 10209; Cass. 04.11.1998, n. 11060; Cass. 14.07.1983, n. 4839; Cass. 20.05.1980, n. 3302.

⁴⁶ L'esecuzione forzata avente ad oggetto immobili è resa conoscibile ai terzi mediante la trascrizione nei pubblici registri immobiliari dell'atto di pignoramento (cfr. art. 555, comma 2, c.p.c.).

- iii. presentazione da parte del creditore di istanze di fallimento a carico del debitore⁴⁷;
- iv. sussistenza di decreti ingiuntivi chiesti da banche e intermediari finanziari nei confronti del soggetto debitore poi fallito⁴⁸;

Diversamente, invece, per le procedure esecutive mobiliari e presso terzi, che non sono soggette ad alcuna forma di pubblicità, salvo naturalmente il caso in cui il creditore pignorante sia il convenuto nell'azione revocatoria. In generale, per l'irrelevanza delle procedure monitorie ed esecutive non soggette a pubblicità, cfr. Trib. Monza 09.07.2010 e Trib. Bari 30.06.2010, in www.dejure.giuffre.it. Le procedure esecutive mobiliari e presso terzi tuttavia costituiscono un indizio particolarmente significativo d'insolvenza quando sono numerose ed eventualmente accompagnate da altri elementi di fatto, quali ad esempio la concessione di decreti ingiuntivi a carico del debitore, la revoca dei fidi da parte delle banche e l'esistenza di proposte per un concordato stragiudiziale.

⁴⁷ Cass. 28.04.1998, n. 4318; Corte d'appello Bologna, 15.05.1993, Trib. Palermo 10.03.1986, Corte d'appello Torino, 12.11.1982, richiamate in LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 255.

Sono invece irrilevanti le istanze di fallimento presentate da terzi, in quanto potrebbero non essere conosciute dal creditore in considerazione dell'assenza di un regime di pubblicità ad hoc. In ordine ai procedimenti esecutivi e prefallimentari, infatti, non esiste alcun dovere di informazione, ma anzi è espressamente sancita la riservatezza dei registri di cancelleria e degli atti relativi.

⁴⁸ Se generalmente i procedimenti monitori non sono soggetti ad alcuna forma di pubblicità e rilevano solo nei casi in cui siano stati promossi dal convenuto nell'azione revocatoria (che richiedendo il decreto ingiuntivo manifesta l'intenzione di procurarsi un titolo esecutivo al fine di aggredire il patrimonio del proprio debitore inadempiente), lo stesso discorso non vale anche per il caso in cui il creditore sia una banca o altro intermediario finanziario: in tal senso, cfr. Cass. 13.10.2005, n. 19894 che ha di recente statuito che *“a proposito della conoscibilità dei decreti ingiuntivi, costituisce dato acquisito alla comune esperienza che gli istituti di credito, disponendo di operatori professionali qualificati, possono cogliere i sintomi di un dissesto del soggetto finanziato meglio e più tempestivamente di un soggetto non professionale. Essi hanno a disposizione, più facilmente rispetto agli altri creditori, gli strumenti atti a metterli in condizione di rendersi conto dello stato di decozione dell'imprenditore; in altri termini, è noto che una banca è in grado di avere informazioni sulla situazione patrimoniale ed economica dei propri debitori (specie per quanto concerne l'eventuale assoggettamento a procedure giudiziarie recuperatorie) in misura certamente superiore a quella comune e che le specifiche conoscenze tecniche a sua disposizione possono valere a renderla edotta che eventuali, anche minimi, segni esteriori di crisi sono in realtà sintomi di insolvenza”*. Inoltre, *“il*

- v. dati provenienti dalla Centrale rischi⁴⁹, purché in concorso con altri indizi;
- vi. situazione di illiquidità e di sbilancio corrente risultante dai bilanci della società debitrice depositati presso il registro delle imprese⁵⁰;

sistema informativo della Centrale dei rischi è regolato da norme di legge e fondato sull'obbligo, posto a carico degli intermediari partecipanti, di segnalare mensilmente i rapporti di credito in essere nei confronti di ciascun cliente, di importo pari o superiore ai limiti di censimento definiti nella menzionata circolare della Banca d'Italia, contenente le istruzioni per gli intermediari creditizi. Gli intermediari sono tenuti a una puntuale osservanza delle norme che regolano il funzionamento del servizio di centralizzazione dei rischi; le eventuali violazioni delle disposizioni concernenti il servizio emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia comporta l'irrorazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 144 del TUB". La Cassazione ha perciò concluso nel senso che "di fronte a un simile quadro normativo, è difficile sostenere che la segnalazione dei crediti appostati a sofferenza, quali quelli rivenienti da conti affidati revocati o oggetto di iniziative giudiziarie di recupero, sia solo da presumersi e non invece usualmente praticata da tutti gli intermediari sotto comminatoria di pesanti sanzioni e rilievi ispettivi da parte dell'Istituto di vigilanza. Così come è arduo negare che un banchiere, anche solo minimamente avveduto, sia solito compulsare questa preziosa fonte di informazione prima di concedere o rinnovare l'affidamento a un proprio cliente" (sottolineature nostra).

⁴⁹ Va tuttavia rilevato che secondo un orientamento i dati provenienti dalla Centrale rischi istituita dalle banche non costituiscono elementi univoci per fondare la consapevolezza dello stato di insolvenza in quanto l'indebitamento dell'imprenditore potrebbe anche rappresentare indice di un perdurante elevato livello di credito e quindi di solvibilità: cfr. in tal senso Corte d'appello Venezia, 04.12.1998, in *Foro it.* 1999, I, 2682; Trib. Parma 27.05.1998, in *Fall.* 1999, 565.

⁵⁰ Trib. Busto Arsizio 30.08.2010, in www.dejure.giuffre.it, con riferimento ad una fattispecie in cui la scientia decoctionis è stata ravvisata in capo al creditore bancario di un'impresa di grandi dimensioni che aveva preso visione dei bilanci consolidati. Secondo parte della dottrina (REBECCA-SPEROTTI, *La revocatoria di rimesse bancarie*, Milano, 1998, 21 ss.), i dati sintomatici di conoscenza dello stato di insolvenza, ricavabili dal bilancio della società debitrice, alla data o all'epoca di compimento dell'atto revocabile sarebbero: a) l'indice di disponibilità, costituito dal rapporto tra il capitale circolante (liquidità e magazzino) e i debiti a breve; b) il rapporto di liquidità, cioè il rapporto tra le attività correnti (escluso il magazzino) e le passività correnti; c) l'indice di garanzia dei debiti a medio termine, dato dal rapporto tra le immobilizzazioni e i debiti con scadenza oltre i dodici mesi; d) il rapporto di indebitamento, ossia il rapporto tra il patrimonio netto e il totale delle attività.

- vii. il mancato deposito del bilancio sociale⁵¹;
- viii. pendenza di debiti con l'Erario⁵²;
- ix. notizie di stampa sulla situazione economica della debitrice⁵³;
- x. solleciti di pagamento⁵⁴;
- xi. revoca dei fidi bancari⁵⁵;

⁵¹ Il mancato deposito del bilancio sociale deve essere in concorso con altri elementi presuntivi della scientia decoctionis, visto che di per sé il solo omesso deposito potrebbe addirittura costituire argomento a favore del convenuto in revocatoria, che si troverebbe oggettivamente nell'impossibilità di valutare la situazione economica e finanziaria del proprio debitore. Sul punto, cfr. QUATRARO, GIORGETTI, FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare, Tomo I*, Milano, 2009, 733.

⁵² Debiti con l'erario desumibili ad esempio dall'esistenza di ipoteche legali iscritte dal concessionario della riscossione (Equitalia Estari).

⁵³ Affinché siano rilevanti, le notizie di stampa devono essere frequenti e allarmanti, di interpretazione univoca e non generiche: in tal senso, cfr. Trib. Verona 13.03.2007, in *Fall.* 2007, 728; Trib. Milano 19.05.1983, in *Fall.* 1983, 969; Trib. Milano 18.01.1982, in *Fall.* 1983, 235. Per l'orientamento che esclude la rilevanza di notizie concernenti la precaria situazione economica dell'impresa, pubblicate su quotidiani locali o su edizioni regionali di quotidiani non diffusi nella regione del terzo creditore, cfr. Corte d'appello Genova, 28.01.1980, *Giur. comm.* 1981, II, 111.

⁵⁴ Trib. Milano 09.03.1999, *Foro it.* 1999, I, 2682; Corte d'appello Genova, 04.07.1983, Trib. Genova 21.05.1990, Trib. Milano 12.05.1983, Trib. Milano 24.03.1983, tutte richiamate in LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 256. Cfr. altresì Cass. 18.06.1987, n. 5356, secondo cui la prova della scientia decoctionis può desumersi anche dal ritardo nel pagamento di una sola rata di prezzo della compravendita. Per l'orientamento meno rigoroso, secondo cui l'inadempimento e la richiesta di dilazioni di pagamento fra soggetti distanti e di lunga conoscenza commerciali non integra conoscenza dello stato di insolvenza, cfr. Corte d'appello Milano, 13.06.2000, *Foro it. Rep.* 2001, voce Fallimento, n. 277; nello stesso senso, con riferimento alla richiesta di spostamento dei termini di pagamento nei casi in cui tale richiesta costituiva una prassi commerciale consolidata fra le parti, cfr. Trib. Milano 17.06.2010, in www.dejure.giuffre.it.

⁵⁵ Trib. Firenze 06.10.1999, *Foro it. Rep.* 2000, voce Fallimento, n. 487; Trib. Milano 04.06.1990, Trib. Torino 24.05.1988, Corte d'appello Milano 02.12.1986, richiamate in LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 255.

- xii. richiesta di postergazione della scadenza delle obbligazioni⁵⁶ (ma non anche il rilascio di assegni postdatati)⁵⁷;
- xiii. adesione a concordati stragiudiziali proposti dal debitore⁵⁸;
- xiv. andamento negativo dei rapporti bancari intrattenuti con il debitore⁵⁹;
- xv. invito di immediato rientro dall'esposizione debitoria comunicato dalla banca⁶⁰;
- xvi. concessione di ulteriore credito o prosecuzione di rapporti commerciali⁶¹;
- xvii. assemblea straordinaria per riduzione capitale per perdite;

⁵⁶ Trib. Milano 23.08.1990, richiamata in LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 256.

⁵⁷ La postdatazione degli assegni, in considerazione del fatto che la prassi di emettere assegni postdatati è ormai largamente diffusa, costituisce un semplice indizio non determinante per l'esistenza di uno stato di insolvenza e come tale non produce in chi lo percepisce la consapevolezza dello stato di insolvenza: cfr. Trib. Torino 17.03.1990, in *Fall.* 1995, 1230.

⁵⁸ Trib. Torino 26.06.1990 e Corte d'appello Milano 29.06.1982, richiamati in LO CASCIO, *Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 255.

⁵⁹ Trib. Santa Maria Capua Vetere 27.09.2004, *Foro it. Rep.* 2006, voce Fallimento, n. 484.

⁶⁰ Trib. Catania 28.12.1991, *Foro it. Rep.* 1992, voce Fallimento, n. 429.

⁶¹ La concessione di ulteriore credito non presuppone di per sé l'inscienza decoctionis, potendo il creditore auspicare che il nuovo finanziamento aiuti l'imprenditore a superare la crisi e a uscire dall'insolvenza, o potendo egli volersi munire di garanzie che escludano o limitino il rischio legato allo stato di insolvenza: cfr. Cass. 03.08.2007, n. 17049; Cass. 03.04.2002, n. 4759.

- xviii. notizie di dissesto, di scioperi o licenziamenti di rilievo;
- xix. irregolarità dei pagamenti degli stipendi;
- xx. cessioni anomale di crediti, ecc.

Pertanto il curatore, sulla base di tali elementi indiziari a sua disposizione, dovrà assolvere all'onere probatorio imposto dall'art. 67, comma 2, 1. fall., dimostrando la conoscenza, in capo alla società di leasing, dello stato di insolvenza in cui versava la società utilizzatrice nel momento in cui è stata provocata la risoluzione del contratto.

2.2.3. REQUISITO TEMPORALE DELL’AZIONE

REVOCATORIA

Come già osservato, l’azione revocatoria fallimentare deve essere proposta entro limiti temporali ben precisi. Ad esempio, ai sensi dell’art. 67 l. fall. sono soggetti a revocatoria fallimentare gli atti a titolo oneroso con prestazioni ‘sproporzionate’ compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che restano irrilevanti ai fini della revocatoria fallimentare gli atti compiuti un anno e sei mesi prima del fallimento (al ricorrere di determinati presupposti, questi atti potranno essere al limite soggetti a revocatoria ordinaria ai sensi dell’art. 66 l. fall.).

Ai fini della revoca di un atto è quindi necessario che lo stesso sia astrattamente revocabile sotto il profilo oggettivo (ad esempio si tratti di atto a titolo oneroso, oppure di un atto estintivo di un debito eseguito con mezzi anormali di pagamento, ecc.), che sia stato compiuto entro un preciso lasso di tempo anteriore rispetto alla dichiarazione di fallimento e che sussista in capo al convenuto in revocatoria la consapevolezza che il

debitore, al momento del compimento dell'atto, si trovava in stato di insolvenza.

A ciò va però aggiunto un ulteriore requisito, costituito dalla necessità che l'azione revocatoria sia promossa entro un determinato periodo di tempo dal compimento dell'atto revocabile, a pena di decadenza. L'art. 69-bis l. fall., inserito dall'art. 55, d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, stabilisce infatti che *“le azioni revocatoria disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto”*. La norma, che riguarda solo le procedure fallimentari i cui ricorsi siano stati presentati dopo il 16 luglio 2006, stabilisce un duplice termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria⁶²: tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque cinque anni dal compimento dell'atto. I termini sono di decadenza⁶³, e quindi non sono soggetti a interruzione⁶⁴.

⁶² In dottrina si discute se i termini di cui all'art. 69-bis l. fall. riguardino solo le azioni revocatorie fallimentari (in tal senso, cfr. LIMITONE, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, 516) o anche le revocatorie ordinarie promosse nell'ambito di una procedura fallimentare ai sensi dell'art. 66 l. fall. (sul punto, cfr. MONTANARI, in *Fall.* 2005, 1094).

⁶³ Prima della riforma attuata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, non era previsto alcun termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria. Secondo la giurisprudenza prevalente l'azione

Nel nostro caso, la comunicazione con la quale la società concedente ha provocato la risoluzione del contratto di leasing era stata inviata oltre sei mesi prima rispetto alla dichiarazione di fallimento, ma è stata ricevuta dalla società utilizzatrice nel semestre anteriore al fallimento. La dichiarazione con cui si manifesta la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa costituisce atto negoziale ‘recettizio’, per cui acquista efficacia solo quando perviene a conoscenza dell’interessato⁶⁵. Di conseguenza, l’atto in questione risulterà revocabile ai sensi

revocatoria fallimentare doveva essere promossa a pena di prescrizione nel termine di cinque anni decorrente dalla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento, anche nell’ipotesi in cui l’azione revocatoria fosse fatta valere in via di eccezione dal curatore nei giudizi di accertamento del passivo (Cass. 16.02.1998, n. 1635; Trib. Milano 11.01.1993, in *Foro it. Rep.* 1993, voce Prescrizione e decadenza, n. 81; Trib. Palermo 04.04.1991, in *Foro it. Rep.* 1991, voce Fallimento, n. 358); secondo altra tesi, minoritaria e risalente nel tempo, il termine di prescrizione decorreva dalla data dell’atto e ciò sulla base dell’affermazione dell’identità di natura tra revocatoria ordinaria e revocatoria fallimentare (Corte d’appello Napoli, 07.07.1960, in *Foro nap.* 1960, I, 148; Corte d’appello Venezia, 08.08.1957, in *Dir. fall.* 1958, II, 820; Trib. Roma 12.04.1955, in *Dir. fall.* 1955, II, 341).

⁶⁴ La norma mira a scongiurare azioni revocatorie a distanza di molti anni dal compimento dell’atto revocabile, fenomeno che è piuttosto frequente nelle ipotesi di consecuzione tra procedure concorsuali, per effetto della c.d. retrodatazione del periodo sospetto (ad esempio fallimento conseguente a un concordato preventivo non omologato). Prima della recente riforma che ha introdotto l’art. 69-bis l. fall., la giurisprudenza riteneva che la prescrizione dell’azione revocatoria fallimentare non poteva essere interrotta da parte del curatore con in atto stragiudiziale di messa in mora, ma era necessaria la notifica dell’atto introduttivo del giudizio in considerazione della natura costitutiva di tale azione: cfr. Cass., sez. unite, 08.07.1996, n. 6225.

⁶⁵ Cass. 05.01.2005, n. 167; per la dottrina, cfr. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa*, in *Encicl. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

dell'art. 67, comma 2, 1. fall., alla condizione che l'azione revocatoria sia esperita entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento.

2.3. AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE IN VIA AUTONOMA E IN VIA DI ECCEZIONE

L'azione revocatoria fallimentare può essere promossa dal curatore “in via autonoma” oppure “in via di eccezione”.

Nel primo caso, l'azione può essere esperita dal curatore – previa autorizzazione del Giudice delegato ai sensi dell'art. 25, comma 6, 1. fall. – nel corso della procedura fallimentare, in qualsiasi momento anteriore al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo. In questi casi, l'azione è introdotta con atto di citazione oppure con ricorso⁶⁶ e la vertenza verrà definita con sentenza (o con ordinanza se il giudizio era stato introdotto ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c.) soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione.

Nel secondo caso, invece, il curatore nel formulare le proprie conclusioni in merito a ciascuna domanda di insinuazione al passivo fallimentare potrà eccepire ai sensi dell'art. 95 1. fall. i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere,

⁶⁶ Ad esempio nei casi in cui l'azione revocatoria sia promossa col rito sommario ai sensi dell'art. 702-bis. c.p.c.

nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione. Questa seconda via è più snella e veloce rispetto all'azione in via autonoma, in quanto consente al curatore di far valere l'eccezione di revocatoria fallimentare (c.d. revocatoria in via breve) nell'ambito del giudizio di accertamento dello stato passivo, direttamente davanti al Giudice delegato, senza dover introdurre un giudizio ordinario, iscrivere a ruolo la causa, ecc. A fronte di questo indubbio vantaggio, vi è d'altro canto lo svantaggio costituito dalla circostanza che ben difficilmente all'udienza di verifica dello stato passivo il curatore sarà già in grado di valutare in modo compiuto gli estremi per una revocatoria fallimentare. L'udienza di verifica dello stato passivo viene infatti generalmente fissata dopo pochi mesi dalla dichiarazione di fallimento e spesso le operazioni di verifica si esauriscono dopo qualche udienza (in alcuni casi, quando le domande non sono molte, la verifica dello stato passivo si conclude addirittura in un'unica udienza, a pochi mesi di distanza dalla dichiarazione di fallimento).

Va tuttavia precisato che mentre l'azione revocatoria "in via di eccezione" non incontra ostacoli di sorta, dal momento che l'art. 95, comma 1, l. fall. consente al curatore di formulare la

relativa eccezione “*anche se è prescritta la relativa azione*”⁶⁷, lo stesso discorso non vale anche per quanto riguarda la revocatoria “in via autonoma”. In quest’ultimo caso, infatti, al curatore sarebbe precluso agire per la revocatoria ove si sia già formato un giudicato endofallimentare incompatibile con l’esercizio dell’espletanda azione revocatoria, derivante ad esempio dal decreto di esecutività dello stato passivo divenuto definitivo. L’effetto preclusivo determinato dal decreto di esecutività dello stato passivo fallimentare non più impugnabile ha per oggetto sia la domanda, sia il titolo da cui origina il credito, sotto i concorrenti profili della validità, dell’efficacia e della consistenza. Sul punto appare di grande importanza il principio di diritto sancito di recente dalla Cassazione a Sezioni Unite, secondo cui “*quando il creditore richiede l’ammissione al passivo per un importo inferiore a quello originario deducendo la compensazione, l’esame del giudice delegato investe il titolo*

⁶⁷ Parte della dottrina ritiene che anche quando l’azione revocatoria non possa più essere esercitata dal curatore per intervenuta decadenza ai sensi dell’art. 69-bis l. fall., lo stesso possa comunque eccepire l’inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione ai sensi dell’art. 95 l. fall.: cfr. LIMITONE, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, 516; CONTE, *Il fallimento*, 2007, 944.

posto a fondamento della pretesa, la sua validità, la sua efficacia e la sua consistenza. Ne consegue che il provvedimento di ammissione del credito residuo nei termini richiesti comporta implicitamente il riconoscimento della compensazione quale causa parzialmente estintiva della pretesa, riconoscimento che determina una preclusione endofallimentare, che opera in ogni ulteriore eventuale giudizio promosso per impugnare, sotto i sopra indicati profili dell'esistenza, validità, efficacia, consistenza, il titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione”⁶⁸. Il principio, enunciato in un caso avente ad oggetto la compensazione di crediti e debiti, per la sua portata generale è senz'altro applicabile in tutti i casi in cui sulla domanda di un creditore si sia formato un giudicato endofallimentare incompatibile con il successivo esercizio di un'azione revocatoria.

⁶⁸ Cass., sez. unite, 14.07.2010, n. 16508, in *Foro it.* 2010, I, 3376 con nota di Fabiani

Nella fattispecie oggetto di tesi, il curatore per poter revocare l'atto di risoluzione del contratto di leasing avrà quindi due possibilità, alternative fra loro:

i. sollevare la c.d. eccezione revocatoria nel corso dell'esame dello stato passivo davanti al Giudice delegato ai sensi dell'art. 95 l. fall., proponendo il rigetto della domanda di restituzione dell'immobile oggetto del contratto di locazione finanziaria risolto prima del fallimento, in considerazione dell'inefficacia della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.⁶⁹;

ii. oppure promuovere un autonomo giudizio di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall. alla condizione che la domanda di restituzione della società concedente non sia stata accolta in via definitiva⁷⁰ dal Giudice delegato nell'ambito del procedimento di verifica dello stato passivo. Infatti, nell'ipotesi in cui la domanda di restituzione fosse stata accolta e lo stato passivo dichiarato esecutivo e

⁶⁹ La decisione assunta dal Giudice Delegato potrà poi essere impugnata nell'ambito di un autonomo giudizio di opposizione allo stato passivo ai sensi dell'art. 98 l. fall.

⁷⁰ Ossia lo stato passivo esecutivo non deve essere divenuto inoppugnabile.

divenuto inoppugnabile, in applicazione del principio affermato da Cass., sez. unite, 14 luglio 2010, n. 16508 cit. al curatore sarebbe precluso agire per la revocatoria fallimentare dell'atto di risoluzione del contratto di leasing.

3. GLI EFFETTI DELL' ACCOGLIMENTO O DEL RIGETTO DELL' AZIONE REVOCATORIA SUL FALLIMENTO

L'accoglimento di un'azione revocatoria comporta di regola conseguenze molto importanti per il Fallimento.

In via generale, l'azione revocatoria non ha alcun effetto restitutorio del bene al patrimonio del debitore, con la conseguenza che con l'accoglimento della domanda il bene non torna nella proprietà del fallito. L'atto dispositivo è infatti pienamente valido ed efficace inter partes (ossia fra le parti originarie), ma è colpito da inefficacia relativa, nel senso che il curatore potrà liquidare il bene direttamente, senza ulteriori attività che non siano quelle ordinarie per l'apprensione dei beni all'attivo fallimentare mediante l'adempimento delle formalità di legge (quali ad esempio, per gli immobili, la trascrizione e l'annotazione) previste per la domanda e la sentenza di revoca⁷¹.

⁷¹ Fra le molte, cfr. Cass. 21.06.2000, n. 8419 e di recente, per la giurisprudenza di merito, Trib. Busto Arsizio 13.04.2010, G.U. dott.ssa Savignano, inedita.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare, avendo natura costitutiva, sarebbe inidonea ad acquistare efficacia esecutiva prima del passaggio in giudicato e così pure tutte le statuizioni immediatamente e direttamente consequenziali alla stessa, come le condanne restitutorie, dipendenti dalla revocatoria, comportanti il ripristino della garanzia patrimoniale ai sensi dell'art. 2740 c.c.⁷². Di conseguenza, il curatore prima di porre in esecuzione la sentenza dovrà attendere il decorso del termine previsto dal codice di procedura civile per l'impugnazione (in Corte d'appello o in Corte di Cassazione).

Secondo altro orientamento, invece, *“la sentenza che dichiara la revocatoria è suscettibile di essere posta in esecuzione relativamente ai capi di condanna in essa contenuti e*

⁷² Trib. Cuneo 21.12.2010, in www.ilcaso.it; Corte d'appello Torino, 22.05.2006, in *Foro it. Rep.* 2007, Fallimento, 578; Corte d'appello Napoli, 18.11.2002, in *Foro it. Rep.* 2003, Fallimento, 459; Trib. Modena, 01.02.2001, in *Giur. it.*, 2001, 977.

ciò indipendentemente dalla natura costitutiva del capo avente ad oggetto la dichiarazione di inefficacia degli atti revocati”⁷³.

Nella fattispecie oggetto di questa tesi, l’eventuale accoglimento dell’azione revocatoria avente ad oggetto l’atto di risoluzione di diritto di un contratto di leasing comporterebbe rilevanti conseguenze sul piano pratico.

In primo luogo, la sentenza, avendo natura costitutiva, sarà efficace solo dopo il suo passaggio in giudicato.

In secondo luogo, la revocatoria fallimentare dell’atto di risoluzione di diritto di un contratto comporterà la non opponibilità al Fallimento di tale atto. Di conseguenza, il curatore potrà avvalersi della facoltà prevista dall’art. 72 l. fall.⁷⁴ di

⁷³ Corte d’appello Brescia, 30.11.2005, in www.ilcaso.it e, di recente, Trib. Napoli 04.05.2011, in www.ilcaso.it. Più in generale, cfr. Cass. 10.11.2004, n. 21367 che ha riconosciuto la provvisoria esecutività di tutti i capi delle sentenze di primo grado aventi portata condannatoria. Per una disamina completa sull’efficacia esecutiva di sentenze aventi natura costitutiva o di condanna in materia di revocatoria fallimentare, cfr. Trib. Cuneo 21.12.2010, in www.ilcaso.it e Corte d’appello Torino 21.10.2010, in www.ilcaso.it.

⁷⁴ Art. 72 l.fall.: “*Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l’esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo [...]*”.

subentrare o di sciogliersi dal contratto di leasing, senza dover subire le conseguenze di una decisione unilaterale posta in essere dalla società di leasing. In questo caso, il curatore potrà pertanto valutare se:

(i) subentrare nel contratto, dando esecuzione allo stesso come se il contratto non si fosse mai risolto e il concedente non fosse mai stato dichiarato fallito (pagando di conseguenza in prededuzione i canoni di leasing già scaduti, in quanto sorti prima del fallimento, e quelli a scadere);

(ii) sciogliersi dal contratto, facendo venire meno in modo definitivo e assoluto gli effetti del rapporto⁷⁵. Naturalmente, nei casi di revocatoria di atti di risoluzione di un contratto la decisione di sciogliersi dal contratto dovrebbe essere remota, tenuto conto della finalità propria dell'azione revocatoria in casi simili⁷⁶.

⁷⁵ Lo scioglimento ha valore assoluto e definitivo e rimane fermo anche dopo la chiusura o l'eventuale revoca del fallimento (Cass. 09.07.1999, n. 7203).

⁷⁶ La scelta di sciogliersi dal contratto, dopo il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria fallimentare, potrebbe essere giustificata da circostanze sopravvenute, quali l'improvvisa carenza della liquidità necessaria per il subentro, oppure l'accertata non convenienza del subentro a causa ad esempio del crollo dei prezzi degli immobili (per l'ipotesi di leasing immobiliare).

La scelta di subentrare (o sciogliersi)⁷⁷ dal contratto dovrà previamente essere autorizzato dal comitato dei creditori ai sensi dell'art. 72, comma 1, l. fall.⁷⁸.

Qualora invece la domanda di revocatoria fallimentare venisse respinta, il Fallimento, pur non potendo più subentrare nel contratto e di conseguenza riscattare il bene oggetto del leasing risolto, non rimarrebbe sempre e comunque privo di tutela.

Nei capitoli precedenti di questa tesi si è visto come la giurisprudenza effettui una precisa distinzione fra il leasing 'traslativo' e quello di 'godimento' quanto agli effetti conseguenti alla risoluzione del contratto. In sintesi: nel caso del leasing traslativo, si applica per analogia la disciplina dettata dall'art. 1526 cod. civ. per la risoluzione del contratto di vendita

⁷⁷ E' discusso se l'autorizzazione del comitato dei creditori sia necessaria anche per la decisione del curatore di sciogliersi dal rapporto. L'orientamento prevalente esclude tale necessità in considerazione del fatto che, stante la previsione dell'art. 72, comma 2, l. fall., lo scioglimento del contratto può conseguire anche al decorso del termine di messa in mora, senza la necessità di alcuna autorizzazione (cfr., per la disciplina ante riforma, Cass. 25.08.2004, n. 16860).

⁷⁸ Qualora il curatore opti per il subentro nel rapporto in assenza di autorizzazione del comitato dei creditori, gli atti compiuti in esecuzione del contratto saranno inopponibili alla massa e il curatore dovrà rispondere degli eventuali danni cagionati al terzo contraente in bonis.

con riserva di proprietà in caso di inadempimento dell'utilizzatore, il quale, una volta riconsegnato il bene, ha diritto alla restituzione delle rate riscosse, mentre il concedente ha diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa; nel leasing di godimento, invece, trattandosi di un negozio con funzione di finanziamento a scopo di godimento e quindi qualificabile come contratto di esecuzione continuata o periodica, l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende ai canoni già corrisposti in base alla regola di cui all'art. 1458 cod. civ., con la conseguenza che il concedente conserva il diritto a trattenere tutti i canoni percepiti⁷⁹.

Ciò premesso, nella fattispecie oggetto del nostro esame qualora la domanda di revocatoria fallimentare avente ad oggetto la risoluzione di diritto del contratto di leasing venisse respinta, il
Fallimento:

⁷⁹ Fra le più recenti, cfr. Cass. 08.01.2010, n. 173; Trib. Napoli, 09.06.2010, in www.ilcaso.it; Cass. 14.11.2006, n. 24214; Trib. Milano 03.02.2003, in Fall. 2003, 899. Si registra tuttavia un recente orientamento di merito, sorto all'indomani dell'entrata in vigore della nuova legge fallimentare, che ritiene che non sia più valida la distinzione fra leasing traslativo e leasing di godimento e che propone l'applicazione dell'art. 72-quater l. fall. a ogni fattispecie di locazione finanziaria risolta prima della dichiarazione di fallimento: cfr. Trib. Treviso 06.05.2011, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 22.11.2007, in Banca borsa e titoli di credito, 2009, 2, II, 222.

a) nel caso di leasing ‘traslativo’, avrebbe pur sempre diritto a ottenere la restituzione di tutte le rate pagate dalla società quando era in bonis, salva la restituzione del bene al concedente e il riconoscimento a favore di quest’ultimo del c.d. “equo compenso”⁸⁰ (in applicazione analogica dell’art. 1526 cod. civ. disciplinante la vendita con patto di riservato dominio). Queste conclusioni valgono naturalmente nel solo caso di locazione finanziaria avente ad oggetto beni atti a conservare alla scadenza contrattuale un valore residuo superiore all’importo convenuto per l’opzione, e dietro canoni che scontano anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto;

b) nel caso di leasing di godimento, invece, non avrebbe alcuna tutela, dal momento che: (i) non potrebbe chiedere la restituzione delle rate già corrisposte prima del fallimento⁸¹ (come invece avviene nel caso del leasing traslativo), (ii)

⁸⁰ L’equo compenso per l’uso della cosa comprende la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e il logoramento per l’uso, ma non include il risarcimento del danno che può derivare da un deterioramento anormale della cosa né comprende il mancato guadagno: cfr. Cass. 08.01.2010, n. 173.

⁸¹ Nel leasing di godimento trova infatti applicazione l’art. 1458 cod. civ. che stabilisce la non retroattività degli effetti della risoluzione per inadempimento di contratti ad esecuzione continuata o periodica.

dovrebbe restituire il bene oggetto del leasing risolto, (iii) dovrebbe ammettere al passivo fallimentare il diritto di credito della società concedente relativo ai canoni maturati fino alla dichiarazione di fallimento⁸² (naturalmente nel caso in cui la società concedente abbia tempestivamente avanzato specifica domanda in tal senso ai sensi dell'art. 93 l. fall.).

A conclusioni parzialmente diverse si perverrebbe infine nell'ipotesi in cui si accedesse alla tesi sostenuta di recente da una parte della giurisprudenza di merito che ritiene che dopo la riforma della legge fallimentare troverebbe sempre applicazione l'art. 72-quater l. fall.⁸³ in tutti i casi di risoluzione del contratto di leasing sia prima che dopo il fallimento⁸⁴. Come già ricordato sopra, questa tesi non distingue infatti fra leasing 'traslativo' e leasing di 'godimento' e ritiene applicabile l'art. 72-quater l. fall.

⁸² Sul punto appare utile il richiamo a Cass. 13.12.1989, n. 5573, in *Foro it.*, 1990, I, 461, con nota di De Nova e Pardolesi.

⁸³ Art. 72-quater l.fall: *“Al contratto di locazione finanziaria si applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'articolo 72. [...] In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale [...] Il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo fra la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova collocazione del bene. [...]”*.

⁸⁴ Trib. Treviso 06.05.2011, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 22.11.2007, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, 2, II, 222.

anche nei casi di leasing non più pendente alla data della dichiarazione di fallimento. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui venisse respinta l'azione revocatoria fallimentare tesa a far dichiarare l'inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di leasing, il Fallimento dovrebbe sempre restituire il bene al concedente e ammettere al passivo fallimentare l'eventuale credito vantato dallo stesso dopo l'allocazione del bene sul mercato in base al (complicato) meccanismo previsto dall'art. 72-
quater l. fall.⁸⁵

In conclusione, facendo applicazione di quanto sopra scritto alla fattispecie in esame – trattandosi pacificamente di leasing “traslativo” in considerazione del fatto che il contratto di locazione finanziaria ha per oggetto un immobile industriale destinato a durare nel tempo, e in relazione al quale, di regola, il prezzo di riscatto risulta ben inferiore al valore residuo al termine del contratto – nell'ipotesi di non accoglimento della domanda di revocatoria fallimentare, il curatore sarà quindi tenuto a restituire

⁸⁵ Previa insinuazione al passivo fallimentare, ma solo dopo l'allocazione del bene sul mercato, tenuto conto che prima di tale momento la società concedente non sarebbe in grado di quantificare con esattezza l'ammontare del proprio credito.

alla società di leasing l'immobile, potrà pretendere la restituzione delle rate già pagate prima della dichiarazione di fallimento, ma dovrà corrispondere alla società di leasing il c.d. "equo compenso", in applicazione dell'art. 1526 cod. civ. Queste conclusioni sono condivise dall'orientamento giurisprudenziale prevalente che, come già rilevato, ritiene applicabile tale norma al leasing traslativo risolto per inadempimento dell'utilizzatore.

BIBLIOGRAFIA

- COSTANZA, Clausola risolutiva espressa, in Encicl. Giur. Treccani, Roma, 1988.
- FERRARA, il Fallimento, Milano, 1959, 306.
- FIALE, Diritto fallimentare, Napoli, 2010, 156.
- GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 1996, 1233 e ss.
- GUERRIERI, Commentario breve alla legge fallimentare, sub. art. 67, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2009, 341.
- LIMITONE, La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico a cura di Massimo Ferro, Padova, 2007, 516.
- LO CASCIO, Codice del fallimento commentato con la dottrina e la giurisprudenza, sub. art. 67, Ipsoa, 1997, 255, 256, 291.
- MAFFEI ALBERTI, Fallimento, in Encicl. Giur. Treccani, Roma, 1988, 13.
- PAJARDI, Manuale di diritto fallimentare, Milano, 1969, 350.
- PERUGINI, La nuova revocatoria fallimentare, Napoli, 2005, 145.
- QUATRARO, GIORGETTI, FUMAGALLI, Revocatoria ordinaria e fallimentare, Tomo I, Milano, 2009, 733.
- RAGUSA MAGGIORE, Diritto fallimentare, Napoli, 1967, 674.
- REBECCA-SPEROTTI, La revocatoria di rimesse bancarie, Milano, 1998, 21 ss.
- Il materiale giurisprudenziale è stato reperito nelle banche dati de IL FORO ITALIANO (Zanichelli), DeJure (Giuffrè), sito internet www.ILCASO.it, oltre alle altre riviste citate volta per volta nelle sentenze.