



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Tesi di Laurea in Diritto Fallimentare

**Le esenzioni da revocatoria per
favorire la salvaguardia e la
prosecuzione dell'attività d'impresa**

Relatore

Chiar.mo Prof. Lorenzo Stanghellini

Candidato

Nicola Novelli

Anno Accademico 2012/2013

INDICE SOMMARIO

| | |
|--------------|--------|
| | (pag.) |
| Introduzione | VII |

CAPITOLO I

L'IMPATTO DELLE ESENZIONI SUL SISTEMA FALLIMENTARE

| | |
|--|----|
| 1. Premessa | 1 |
| 2. Il depotenziamento della revocatoria fallimentare. Dalla rigidità passata alla riforma del 2005 | 5 |
| 2.1 I progressivi eccessi prima della riforma | 7 |
| 2.1.1 Il rigore della giurisprudenza | 7 |
| 2.1.2 L'inefficienza economica e l'incertezza dei rapporti commerciali | 9 |
| 2.2 Dimezzamento del periodo sospetto e nuove ipotesi di esenzione | 11 |
| 3. Il regime delle esenzioni come risposta al rigore della revocatoria | 14 |
| 3.1 Dalle vecchie alle nuove ipotesi di esenzione | 15 |
| 3.1.1 L'art. 67, comma 4 e le vecchie esenzioni | 16 |
| 3.1.1.1 L'esenzione a favore dell'Istituto di emissione | 17 |
| 3.1.1.2 L'esenzione delle operazioni di credito su pegno | 18 |
| 3.1.1.3 L'esenzione delle operazioni di credito fondiario | 21 |
| 3.1.1.4 L'estensione delle vecchie esenzioni | 24 |
| 3.1.2 Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate dalla giurisprudenza | 26 |
| 3.2 L'art. 67, comma 3. Il nuovo catalogo di esenzioni e il suo fondamento | 29 |
| 4. Limiti delle esenzioni e loro ambito di applicazione | 33 |
| 4.1 L'orientamento interpretativo prevalente: la teoria restrittiva | 34 |
| 4.2 (<i>segue</i>) La teoria estensiva | 37 |
| 4.3 Eccessi delle teorie e loro critica | 38 |
| 4.4 L'interpretazione "intermedia" e modulabile in rapporto alle diverse tipologie di atti protetti dalle singole esenzioni | 39 |

| | |
|---|----|
| 5. Il rapporto fra esenzioni e azione revocatoria ordinaria | 43 |
| 5.1 L'estensione delle fattispecie di esenzione alla revocatoria ordinaria promossa dal curatore in sede fallimentare <i>ex art. 66 l. fall.</i> | 45 |
| 5.2 La revocatoria ordinaria esercitata dal curatore e l'azione promossa dai singoli creditori al di fuori del fallimento | 47 |
| 5.3 La possibilità di compiere una scelta unitaria. L'estensione delle immunità anche alla revocatoria esercitata in sede civile | 49 |
| 6. Il regime delle esenzioni nel sistema fallimentare | 51 |
| 6.1 L'azione revocatoria nel sistema del 1942 come strumento attuativo della parità di trattamento fra i creditori | 52 |
| 6.2 Le esenzioni come bilanciamento dei valori: dalla <i>par condicio creditorum</i> alla prosecuzione dell'attività d'impresa | 53 |
| 6.3 La progressiva erosione della <i>par condicio</i> | 56 |
| 7. L'effetto delle esenzioni sulla funzione dell'azione revocatoria | 58 |
| 7.1 Teoria indennitaria e redistributiva a confronto. Brevi cenni | 58 |
| 7.2 Le esenzioni in chiave indennitaria e la prospettiva redistributiva delle Sezioni Unite | 61 |
| 7.3 L'impossibilità di attribuire alle esenzioni il ripristino di una connotazione indennitaria e l'inattualità di un sistema redistributivo "puro" | 63 |

CAPITOLO II

L'ESENZIONE DEI PAGAMENTI NEI TERMINI D'USO IN FUNZIONE DELLA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA

| | |
|--|----|
| 1. Un'esenzione a salvaguardia della continuità aziendale | 69 |
| 2. Elementi dell'esenzione e sua formulazione in termini oggettivi | 73 |
| 2.1 I pagamenti | 75 |
| 2.2 (<i>segue</i>) I pagamenti di beni e servizi | 77 |
| 2.3 L'adempimento di debiti bancari: denaro come bene e finanziamento come servizio? | 79 |
| 2.4 (<i>segue</i>) L'esenzione dei canoni in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria | 81 |

| | |
|---|-----|
| 3. L'esercizio dell'attività d'impresa | 85 |
| 3.1 L'esenzione dei pagamenti compiuti dal terzo con beni dell'imprenditore e quelli effettuati con mezzi propri seguiti da rivalsa | 86 |
| 3.2 (<i>segue</i>) La deviazione dell'azione revocatoria sulla rivalsa esercitata dal terzo | 89 |
| 3.3 Il caso dei pagamenti effettuati dalla società in stato di liquidazione | 90 |
| 4. I pagamenti... nei termini d'uso | 94 |
| 4.1 Gli orientamenti della dottrina | 95 |
| 4.1.1 Termini d'uso come parametro cronologico | 95 |
| 4.1.2 Il rapporto fra la fattispecie di cui alla lett. a) e il decreto legislativo n. 231/2002 attuativo della direttiva CE in materia di adempimento nelle transazioni commerciali | 97 |
| 4.1.3 Termini d'uso come modi dell'adempimento | 99 |
| 4.1.4 L'orientamento maggioritario: termini come modi e come tempo. L'uso in senso oggettivo e soggettivo, la distinzione fra rapporti commerciali occasionali e continuativi | 101 |
| 4.2 La teoria dei termini d'uso riferiti all'attività di impresa | 102 |
| 4.3 (<i>segue</i>) Critica a questa tesi | 106 |
| 5. L'esenzione da revocatoria al vaglio della giurisprudenza di merito | 107 |
| 5.1 L'orientamento in via di consolidamento | 108 |
| 5.2 Termini intesi come parametro temporale e modale | 111 |
| 5.3 L'uso in senso soggettivo e contrattuale nella prassi tra imprenditore e fornitore | 112 |
| 5.4 Il criterio oggettivo quale parametro sussidiario | 114 |
| 6. L'esenzione dei pagamenti nei termini d'uso e i suoi possibili profili applicativi | 115 |
| 6.1 La prosecuzione dell'attività d'impresa in un'ottica di efficienza e l'irrilevanza di un'utilità delle forniture nel perseguire tale scopo | 116 |
| 6.1.1 I termini d'uso come filtro di atti inutili | 117 |
| 6.1.2 La "normalità" dei pagamenti all'interno del rapporto imprenditore-fornitore. L'attualità degli usi in favore di un'esenzione "modulabile" | 119 |
| 6.1.3 I pagamenti esentati | 121 |
| 6.2 La selezione dei fornitori strategici in vista della possibile continuazione dell'impresa | 125 |
| 6.3 I possibili scenari applicativi: i casi in cui l'esenzione consente una vantaggiosa continuazione dell'attività d'impresa | 127 |

| | |
|---|-----|
| 7. Conclusioni. L'esenzione ex art. 67, comma 3, lett. a) sottrae alla revocatoria i pagamenti effettuati all'interno di un flusso "usuale" diretto ai fornitori | 130 |
|---|-----|

CAPITOLO III

LE ESENZIONI DA REVOCATORIA ALL'INTERNO DELLE "PROCEDURE" DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

| | |
|--|-----|
| 1. Premessa | 134 |
| 2. Il sistema di composizione della crisi d'impresa | 135 |
| 2.1 Cenni storici | 135 |
| 2.2 I singoli strumenti: il piano di risanamento attestato | 137 |
| 2.3 (<i>segue</i>) L'accordo di ristrutturazione | 138 |
| 2.4 (<i>segue</i>) Il concordato preventivo | 139 |
| 2.5 Il quadro dei procedimenti di composizione della crisi all'interno dell'autonomia privata | 140 |
| 2.6 Il sostegno finanziario di un'impresa. La necessità di predisporre meccanismi per favorire la competitività di soluzioni alternative al fallimento | 141 |
| 2.7 Il ruolo delle esenzioni da revocatoria all'interno dei percorsi di composizione della crisi. Un potente incentivo in un'ottica di certezza dei rapporti | 142 |
| 3. L'esenzione da revocatoria come conseguenza di un piano di risanamento attestato | 144 |
| 3.1 I presupposti dell'esenzione: l'attestazione del professionista | 145 |
| 3.1.1 L'oggetto dell'attestazione: la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano | 146 |
| 3.1.2 La motivazione | 148 |
| 3.1.3 Attestazione condizionata e provvisoria incapacità del piano di produrre effetti protettivi | 149 |
| 3.2 Il requisito dell'apparente idoneità del piano al risanamento patrimoniale e finanziario dell'impresa | 151 |
| 3.3 L'esenzione a favore dei soli atti esecutivi del piano e l'importanza di una pianificazione dettagliata | 153 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 3.3.1 | La necessità di contenere il tentativo di risanamento entro specifici limiti cronologici | 156 |
| 3.3.2 | La sopravvenuta inidoneità del piano al suo scopo e la perdita dell'efficacia protettiva | 157 |
| 3.3.3 | Gli atti effettuati fra redazione e attestazione del piano. Le difficoltà a riconoscere un'esenzione retroattiva | 159 |
| 4. | Il problema della certezza dell'esenzione nel successivo giudizio di revocatoria e l'ambito soggettivo della fattispecie | 162 |
| 4.1 | La tenuta dell'esenzione al controllo del giudice | 162 |
| 4.1.1 | Sindacato di merito e sindacato formale. Possibili letture a confronto | 163 |
| 4.1.2 | Il sindacato intermedio sull' <i>iter</i> logico seguito dal professionista. L'utilità della motivazione | 165 |
| 4.1.3 | (<i>segue</i>) Un bilanciamento fra contrapposti interessi | 166 |
| 4.2 | I soggetti beneficiari dell'esenzione | 168 |
| 4.3 | Onere di monitorare il piano e oggetto della prova del convenuto in revocatoria | 170 |
| 5. | L'esenzione da revocatoria come effetto di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato | 172 |
| 5.1 | L'esenzione negli accordi di ristrutturazione | 173 |
| 5.1.1 | La protezione degli atti esecutivi di un accordo | 174 |
| 5.1.2 | L'efficacia retroattiva dell'esenzione in pendenza dell'omologazione | 175 |
| 5.1.3 | L'estensione soggettiva della fattispecie. L'esclusione dalla revocatoria fra creditori aderenti, creditori dissenzienti e terzi interlocutori | 178 |
| 5.1.4 | (<i>segue</i>) I terzi estranei all'accordo quali possibili destinatari di una protezione | 180 |
| 5.1.5 | Inattuabilità sopravvenuta dell'accordo e nuova omologazione per proteggere gli atti successivi | 182 |
| 5.2 | L'esenzione da revocatoria nel concordato preventivo | 183 |
| 5.2.1 | La tutela di atti esecutivi del concordato... | 184 |
| 5.2.2 | (<i>segue</i>)... e degli atti legalmente posti in essere a seguito del deposito della domanda di ammissione alla procedura | 185 |
| 5.2.3 | L'ipotesi del concordato in bianco. La tenuta dell'esenzione nel pre-concordato "abortito" e nel caso di mancata ammissione alla procedura | 186 |
| 5.2.4 | La nozione di atti "legalmente compiuti" e la possibilità di subordinare l'esenzione a un preventivo vaglio del Tribunale | 189 |

| | |
|---|-----|
| 5.3 Risoluzione e annullamento dell'accordo e del concordato: la resistenza dell'esenzione | 192 |
| 6. Apparente antinomia fra la disciplina in tema di consecuzione di procedure concorsuali (art. 69-bis, comma 2) ed esenzione degli atti esecutivi di un concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e) | 194 |
| 7. Profili generali delle esenzioni di cui alle lett. d), e). L'ambito di estensione oggettivo e l'esigenza di bilanciare diversi e contrapposti interessi | 198 |
| Conclusioni | 203 |
| Bibliografia | 207 |

INTRODUZIONE

Il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 – cd. “Decreto sulla competitività” – ha introdotto nell’art. 67, comma 3 l. fall. un elenco di atti, pagamenti e garanzie “*non soggetti all’azione revocatoria*”.

Si tratta di un articolato insieme di esenzioni adottate in risposta a un’azione revocatoria “ipertrofica” il cui prezzo per il nostro sistema socio-economico era divenuto insostenibile; la stessa relazione accompagnatrice del decreto evidenziava l’intenzione di rimodulare l’istituto della revocatoria attraverso l’inserimento di “*una completa disciplina di esenzione dalla revocatoria, al fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall’esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie (...)*”.

Le esenzioni costituiscono dunque un potente strumento a disposizione dell’ordinamento per incidere sulle dinamiche sottese alle logiche concorsuali, risultando evidente come l’immunità dalla revoca riconosciuta a determinate tipologie di atti e operazioni finisca per incidere su specifiche categorie di soggetti (*i.e.* operatori economici e commerciali).

Data l’ampiezza e la disomogeneità delle ipotesi introdotte, in questo lavoro sono state approfondite le esenzioni di cui alle lettere a), d) ed e) dell’art. 67, comma 3, l. fall., tutte accomunate dalla finalità di consentire la sopravvivenza dell’impresa, non solo attraverso la continuazione della sua attività ma, anche, mediante procedimenti di composizione della crisi, tenuto conto del rinnovato interesse per l’azienda quale valore da salvaguardare e della sua centralità nel contesto economico.

All'interno degli scenari produttivi ed economici le esenzioni costituiscono un fattore determinante per l'imprenditore in difficoltà che intenda mantenere attivo il ciclo produttivo o che cerchi di approdare a meccanismi di composizione della crisi. Una loro sistematica definizione entro un perimetro circoscritto, consente al debitore – e ai terzi chiamati a sostenerlo – di effettuare una corretta ponderazione dei rischi e delle conseguenze giuridico-economiche che devono essere sostenute. Le principali problematiche nonché le possibili interpretazioni degli aspetti sostanziali e applicativi delle deroghe alla revocatoria rappresentano l'oggetto principale di questo lavoro, all'interno del quale particolare attenzione viene riservata all'oggetto e all'estensione delle fattispecie.

L'ampio utilizzo di formule aperte nell'enunciazione delle disposizioni, costituisce inevitabilmente fonte di grandi incertezze in punto di applicazione e rischia di inficiare il corretto operare delle stesse esenzioni.

È quanto rilevato con particolare riferimento all'ipotesi contenuta alla lettera a) dell'art. 67, comma 3, i cui effetti immunizzanti a favore di pagamenti funzionali all'acquisizione di beni e servizi ne fanno peraltro una delle esenzioni di maggior rilievo nel panorama d'impresa. Nel delinearne i presupposti, ampio spazio è stato dedicato al significato dei "termini d'uso" che, per ampiezza e astrattezza, rappresentano l'elemento dalla cui interpretazione dipendono le sorti e un corretto funzionamento dell'esenzione. L'individuazione della *ratio* della fattispecie nella continuazione dell'attività d'impresa, ha indotto a ipotizzare una lettura più flessibile, in grado di consentire effettivi margini di "manovra" all'imprenditore in difficoltà senza tuttavia sfociare in una indiscriminata e incontrollata apertura dell'esenzione a qualsiasi forma di operazione.

A questo riguardo, l'analisi da ultimo condotta in ordine alle esenzioni funzionali ai tentativi di salvataggio dell'impresa – volte a tutelare atti esecutivi di piani di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordati preventivi –, mostra chiaramente come incaute letture di requisiti e presupposti possano portare a eccessive aperture foriere di abusi a danno della massa dei creditori ed evidenzia, al contempo, un ruolo delle fattispecie quali strumenti capaci di spostare le sorti dei tentativi di risoluzione della crisi.

Ecco allora emergere il delicato ruolo delle esenzioni. Espedienti chiamati a contenere gli eccessi della revocatoria ma allo stesso tempo strumenti funzionali a perseguire obiettivi meritevoli di tutela.

CAPITOLO I

L'IMPATTO DELLE ESENZIONI SUL SISTEMA FALLIMENTARE

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Il depotenziamento della revocatoria fallimentare. Dalla rigidità passata alla riforma del 2005. – 2.1 I progressivi eccessi prima della riforma. – 2.1.1 Il rigore della giurisprudenza. – 2.1.2 L'inefficienza economica e l'incertezza dei rapporti commerciali. – 2.2 Dimezzamento del periodo sospetto e nuove ipotesi di esenzione. – 3. Il regime delle esenzioni come risposta al rigore della revocatoria. – 3.1 Dalle vecchie alle nuove ipotesi di esenzione. – 3.1.1 L'art. 67, comma 4 e le vecchie esenzioni. – 3.1.1.1 L'esenzione a favore dell'Istituto di emissione. – 3.1.1.2 L'esenzione delle operazioni di credito su pegno. – 3.1.1.3 L'esenzione delle operazioni di credito fondiario. – 3.1.1.4 L'estensione delle vecchie esenzioni. – 3.1.2 Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate dalla giurisprudenza. – 3.2 L'art. 67, comma 3. Il nuovo catalogo di esenzioni e il suo fondamento. – 4. Limiti delle esenzioni e loro ambito di applicazione. – 4.1 L'orientamento interpretativo prevalente: la teoria restrittiva. – 4.2 (*segue*) La teoria estensiva. – 4.3 Eccessi delle teorie e loro critica. – 4.4 L'interpretazione "intermedia" e modulabile in rapporto alle diverse tipologie di atti protetti dalle singole esenzioni. – 5. Il rapporto fra esenzioni e azione revocatoria ordinaria. – 5.1 L'estensione delle fattispecie di esenzione alla revocatoria ordinaria promossa dal curatore in sede fallimentare *ex art. 66 l. fall.* – 5.2 La revocatoria ordinaria esercitata dal curatore e l'azione promossa dai singoli creditori al di fuori del fallimento. – 5.3 La possibilità di compiere una scelta unitaria. L'estensione delle immunità anche alla revocatoria esercitata in sede civile. – 6. Il regime delle esenzioni nel sistema fallimentare. – 6.1 L'azione revocatoria nel sistema del 1942 come strumento attuativo della parità di trattamento fra i creditori. – 6.2 Le esenzioni come bilanciamento dei valori: dalla *par condicio creditorum* alla prosecuzione dell'attività d'impresa. – 6.3 La progressiva erosione della *par condicio*. – 7. L'effetto delle esenzioni sulla funzione dell'azione revocatoria. – 7.1 Teoria indennitaria e redistributiva a confronto. Brevi cenni. – 7.2 Le esenzioni in chiave indennitaria e la prospettiva redistributiva delle Sezioni Unite. – 7.3 L'impossibilità di attribuire alle esenzioni il ripristino di una connotazione indennitaria e l'inattualità di un sistema redistributivo "puro".

1. Premessa

Un itinerario in materia di esenzioni dall'azione revocatoria fallimentare non può prescindere da una panoramica, seppur parziale, volta a inquadrare e definire il sistema revocatorio. Questo non tanto per il fatto che le ipotesi di esenzione trovano la propria ragione in funzione della stessa azione revocatoria, quanto perché tali fattispecie costituiscono in buona parte la risposta del legislatore alle

problematiche scaturite dal sistema del 1942 e, più in generale, rappresentano l'espressione di delicate evoluzioni economiche e sociali. È quindi dal precedente assetto che risulta opportuno prendere le mosse per poter individuare le ragioni che hanno condotto a un radicale mutamento dell'istituto.

Normalmente fra il momento in cui un'impresa entra in crisi e il momento in cui questa viene dichiarata fallita dall'autorità giudiziaria intercorre un certo periodo di tempo che può protrarsi anche per diversi mesi. All'interno di questo lasso temporale più o meno esteso può accadere che l'imprenditore, intrattenendo rapporti con soggetti terzi, compia operazioni che incidono in misura maggiore o minore sul proprio patrimonio; si presenta così l'esigenza di neutralizzare atti che, compiuti da un soggetto già in stato di dissesto economico, appaiono potenzialmente fraudolenti e lesivi nei confronti dei creditori e che, nondimeno, potrebbero pregiudicare l'utilità stessa della procedura fallimentare¹.

L'azione revocatoria fallimentare è la risposta a questa necessità.

Il Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (cd. "Legge fallimentare") non si è limitato ad attribuire al curatore la legittimazione a promuovere, all'interno del fallimento, l'azione revocatoria ordinaria in luogo dei singoli creditori ma è andato oltre, prevedendo un'apposita revocatoria semplificata nei suoi presupposti rispetto alla controparte del codice civile. Questa semplificazione si giustifica in ragione di quella particolare situazione in cui versa il debitore: lo stato di insolvenza². È tale condizione, preesistente alla dichiarazione di fallimento, che

¹ Potrebbe accadere, per esempio, che l'imprenditore si spogli di alcuni beni al fine di convertirne il valore in denaro che costituisce notoriamente un bene più facilmente occultabile. Ancora potrebbe costituire cause di prelazione a favore di alcuni creditori o soddisfarne interamente alcuni a danno di altri.

² Lo stato di insolvenza costituisce il presupposto oggettivo del fallimento ed è definito dall'art. 5, co. 2 l. fall. come la situazione in cui il debitore, attraverso inadempimenti o

colora di un certo disvalore determinati atti di disposizione compiuti dal debitore prima della dichiarazione stessa, consentendone una più agevole revocabilità.

Con l'espressione "azione revocatoria fallimentare" si indicano una serie di fattispecie, prive di identica natura e disciplina, previste dagli artt. 64-70 l. fall., attraverso le quali determinati atti possono esser dichiarati, o resi, inefficaci nei confronti dei creditori che concorrono all'interno del fallimento. Si realizza così un duplice effetto: da un lato viene inficiata l'attribuzione patrimoniale del soggetto convenuto in revocatoria, dall'altro viene ricostituito il patrimonio del fallito³. Affinché, tuttavia, tali atti siano revocabili, è necessario che questi siano stati compiuti all'interno di un determinato periodo di tempo (il cd. periodo sospetto).

La disciplina dell'azione revocatoria fallimentare ha carattere centrale sotto un duplice fondamentale profilo.

Da una parte essa incide sugli interessi economici legati alle singole fattispecie dalle quali può derivare l'applicazione della stessa disciplina, dall'altra influenza profondamente i comportamenti dei soggetti (finanziatori e fornitori in *primis*) che entrano quotidianamente in contatto con l'imprenditore nell'esercizio della propria attività. Una disciplina più o meno severa, può infatti scoraggiare o incoraggiare la propensione degli interlocutori dell'imprenditore dall'intraprendere, o dal mantenere, rapporti commerciali con lo stesso, ma non solo. Essa, infatti, incide al punto da indurre i terzi a sostenere, o a rifiutare, le iniziative proposte al fine di superare o comporre le situazioni di crisi. Risulta

altri fatti esteriori, manifesta la propria incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

³ S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013, p. 83.

quindi evidente come l'istituto revocatorio costituisca un fondamentale strumento noto a tutti i moderni ordinamenti e che, a seconda di come congegnato, è destinato a spostare i delicati equilibri che caratterizzano le procedure fallimentari.

Quello delineato dal legislatore del '42 costituisce un sistema revocatorio rigido, imperniato sui cardini del diverso disvalore dell'atto revocando e della *scientia decoctionis* che, a seconda del grado di riprovevolezza dell'atto compiuto, si atteggia come irrilevante, presunta con facoltà di prova contraria o da provare con onere a carico del curatore. Così delineata la revocatoria fallimentare acquisisce un tasso di aggressività variabile in ragione della diversa incidenza dell'atto sulle ragioni dei creditori⁴.

Quanto all'istituto delle esenzioni, per ben comprenderne il significato, è necessario osservarle dall'angolo visuale della disciplina dettata per la revoca degli atti a titolo oneroso compiuti dall'imprenditore.

Il legislatore, all'art. 67 l. fall., ha infatti previsto una distinzione tra atti di gestione cd. "anormali" di cui al comma 1, e atti cd. "normali" di cui al comma 2, accomunati dalla presunzione dello stato di insolvenza la cui prova, però, è rimessa a carico della curatela per i primi e del terzo convenuto in revocatoria per i secondi. Il tutto è poi "condito" dalla previsione di un diverso periodo sospetto dimezzato dalla recente riforma. L'impatto del secondo comma sul "sistema generale delle obbligazioni" colpisce, rendendoli inefficaci nei confronti dei creditori, atti che nel sistema extra fallimentare e ordinario non solo rappresentano atti del tutto legittimi ma anzi, doverosi: si pensi al pagamento di debiti scaduti.

⁴ Cfr. M. E. GALLESIO PIUMA, *Il depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2000, X, p. 1114.

Alla luce di questa disciplina si comprende come il regime delle esenzioni costituisca lo strumento attraverso il quale il legislatore sottrae agli strali dell'azione revocatoria una serie di atti posti in essere all'interno di operazioni ritenute utili o meritevoli.

Fino alla riforma della legge fallimentare, avvenuta nel 2005, l'ordinamento conosceva un ben più esiguo numero di esenzioni; l'art. 67 nella sua precedente formulazione conteneva poche fattispecie esonerative limitate all'istituto di emissione, agli istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno e agli istituti di credito fondiario. A queste ipotesi si affiancavano disposizioni contenute in leggi speciali che venivano espressamente fatte salve.

2. Il depotenziamento della revocatoria fallimentare. Dalla rigidità passata alla riforma del 2005

Il D. L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80 ha realizzato la prima vera riforma della legge fallimentare. Il provvedimento, presentatosi come lo strumento diretto a rilanciare la competitività delle imprese italiane – da qui il nome di cd. “Decreto sulla competitività” – ha introdotto una serie di novità all'interno del sistema fallimentare e segnatamente in materia di azione revocatoria, concordato preventivo e percorsi “stragiudiziali” o “paragiudiziali” alternativi al fallimento⁵.

⁵ Oltre ad aver modificato nei punti più critici la disciplina del concordato preventivo e della revocatoria fallimentare, ha introdotto alcuni istituti di derivazione internazionale che ampliano gli spazi per una gestione privatistica della crisi di impresa: “l'accordo di ristrutturazione” previsto dall'art. 182-bis e “il piano di risanamento attestato” la cui disciplina è contenuta all'interno dell'esenzione di cui all'art. 67, co. 3, lett. d).

Soffermandosi sulle novità apportate al sistema della revocatoria, appare immediato come la struttura alla base dell'azione stessa sia rimasta pressoché invariata: l'art. 67, comma 1 continua a prevedere la revocabilità degli atti cd. anormali mentre il successivo comma 2 detta la disciplina per gli atti cd. normali⁶. A ben vedere però, il legislatore è intervenuto con previsioni che ne hanno modificato enormemente la portata e l'ambito di applicazione, al punto che oggi non si può fare a meno di interrogarsi sull'effettivo ruolo dell'istituto revocatorio. Il riferimento è inevitabilmente diretto alla riduzione (*rectius* dimezzamento) del periodo sospetto – a cui deve aggiungersi l'introduzione della decadenza – e, in particolare, al nuovo terzo comma che ha introdotto *ex novo* un ampliato catalogo di ipotesi di esenzione.

2.1 I progressivi eccessi prima della riforma

Prima di approfondire le novità introdotte sembra opportuno ripercorrere le principali cause che hanno condotto a una progressiva inefficienza delle revocatorie fallimentari. Un tale percorso potrà servire per meglio comprendere le

⁶ Invariata è rimasta la distinzione tra atti cd. anormali e atti cd. normali con il rispettivo diverso atteggiarsi della *scientia decoctionis* (presunta per i primi e da provare con onere a carico del curatore per i secondi). Il comma 1, n. 1) contenente la disciplina degli atti con prestazioni sproporzionate, fissa ora un limite alla sproporzione prevedendo la revocabilità degli atti a titolo oneroso “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.” Il legislatore è intervenuto anche sul comma 2, dove con l'aggiunta delle parole “*anche di terzi*” ha confermato il precedente orientamento sostenuto da dottrina e giurisprudenza maggioritarie in favore della revocabilità degli atti con il quale il fallito costituiva, su propri beni, garanzie a copertura di debiti altrui. Per entrambi i commi è stato previsto il dimezzamento del periodo sospetto.

modifiche apportate e allo stesso tempo reinterprete quelle norme che, preesistenti alla riforma, sono probabilmente destinate ad acquisire un nuovo significato.

2.1.1 Il rigore della giurisprudenza

Un primo fattore determinante è ascrivibile al rigore di cui si è colorata la revocatoria a seguito di una serie di orientamenti giurisprudenziali.

Un lontano indirizzo risalente ai primissimi anni di applicazione della legge fallimentare concerneva la delicata questione del fallimento dell'impresa edile. L'art. 67, comma 1, n. 1) trovava infatti frequente applicazione in ragione della prassi, a fini fiscali, di far risultare nel contratto di acquisto un prezzo notevolmente inferiore a quello realmente versato dall'acquirente. La somma effettivamente corrisposta all'imprenditore, nel caso di successivo fallimento di questo, restava esposta all'esercizio della revocatoria fallimentare in ragione della (apparente) notevole sproporzione fra le prestazioni. Le conseguenze sul piano pratico erano enormi: gli acquirenti rischiavano di perdere l'intero capitale investito, presumibilmente il risparmio di una vita⁷.

La vera motivazione è, tuttavia, comunemente individuata nel rigidissimo indirizzo elaborato dalle Corti durante gli anni '70 del secolo scorso in materia di rimesse bancarie. Tale orientamento ammetteva la revoca indiscriminata di tutte le rimesse poste in essere dal correntista nel corso del periodo sospetto, partendo dal presupposto che queste fossero da considerare pagamenti parziali, autonomi dal

⁷ Sul punto si veda E. SABATELLI, *La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, VI, 989; G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 13.

negozio da cui derivava il credito e non frammenti di un procedimento solutorio più complesso. L'indiscriminata revocatoria di tutte le rimesse transitate su un conto corrente dette vita al periodo delle cd. "revocatorie selvagge"⁸, a cui si cercò di porre rimedio attraverso la tesi intermedia fondata sulla differenza fra massimo scoperto e saldo finale. Per quanto equilibrata, la teoria della differenza non incontrò mai il favore della giurisprudenza secondo la quale oggetto della revocatoria erano pagamenti e non differenze contabili.

Le incertezze si protrassero fino al 1982, anno in cui la Corte di Cassazione⁹ introdusse i concetti di conto scoperto e conto passivo, sancendo che ai fini di una corretta applicazione dell'art. 67 l. fall. fossero revocabili le sole somme transitate sui primi. Da ultimo, gli istituti di credito cercarono di contenere l'ammontare delle somme da restituire attraverso la teoria delle cd. "operazioni bilanciate"¹⁰.

Costantemente al centro di accesi dibattiti, la revoca delle rimesse bancarie

⁸ Sul punto si veda A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, in *Fallimento*, VII, 2005, p. 845, dove l'autore evidenzia chiaramente l'assurdità del meccanismo delineato quando afferma che "se il titolare di un conto corrente bancario non affidato e con saldo zero, preleva un milione di lire, che rimette nel conto un anno dopo, il giorno precedente al suo fallimento la curatela giustamente chiederà alla banca di restituire questo milione, perché l'istituto di credito ha recuperato le somme dovute a differenza degli altri creditori che hanno diritto ad essere trattati paritariamente. Ma se il nostro imprenditore commerciale, dopo aver prelevato il milione, non avendone bisogno continuativamente e volendo evitare il maturare degli interessi, appena può lo rideposita in banca, per poi riprenderselo l'indomani, e così di seguito fino al fallimento, la banca sarà condannata a restituire il milione tante volte quanti sono stati i versamenti, quasi che il nostro amico, a furia di andare e tornare dalla banca, avesse accumulato un ingente debito, poi saldato proprio a ridosso del fallimento. Eppure, nell'uno e nell'altro caso, la banca soltanto un milione aveva prestatato, perché di tanto il titolare del conto aveva bisogno, e soltanto quel milione ha in definitiva recuperato."

⁹ Cass., 18 ottobre 1982, n. 5413, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 179.

¹⁰ Per un approfondimento sulla passata evoluzione giurisprudenziale della revocatoria delle rimesse bancarie prima della riforma si veda, ancora, A. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 845; cfr. anche E. GRANATA, *Le "esenzioni" dalla revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 141.

divenne ben presto un potente strumento utilizzato dalle curatele al fine di produrre apparente ricchezza da distribuire ai creditori chirografari¹¹.

2.1.2 *L'inefficienza economica e l'incertezza dei rapporti commerciali*

Agli illustrati orientamenti della giurisprudenza, fece seguito un utilizzo vessatorio degli strumenti revocatori a cui le curatele ricorrevano per “gonfiare” il patrimonio del debitore fallito, il tutto con il beneplacito dei tribunali.

Sarebbe tuttavia riduttivo ritenere che le sole rimostranze pervenute dal mondo bancario possano aver costituito il fattore fondante dell'attuata riforma.

Il rigore stratificatosi nel corso del tempo non pregiudicava in via unilaterale i soli istituti di credito; esso aveva infatti permeato lo stesso tessuto economico sul quale operavano le imprese, rendendo di fatto impossibile la prosecuzione della loro attività. Al riguardo, è opportuno ricordare come nel corso del tempo si fossero affermati orientamenti che discostavano la revocatoria fallimentare dal danno quale suo elemento fondante: la cd. teoria redistributiva dell'azione revocatoria aveva fatto breccia all'interno della giurisprudenza¹². Si ritenne così che l'azione stessa fosse caratterizzata da una funzione sociale di natura redistributiva che, mirando a realizzare una qualche “giustizia sostanziale”, coinvolgesse tutti gli aventi causa del fallito costringendoli a ripartirsi le conseguenze stesse del fallimento, il tutto anche qualora l'atto revocato non

¹¹ Cfr. L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in Riv. dir. comm., 2009, I-III, p. 85.

¹² L'elaborazione della teoria redistributiva (o antindennitaria) dell'azione revocatoria si deve ad A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970; ID., *La “funzione” della revocatoria fallimentare*, in Giur. comm., 1976, III, p. 362.

avesse arrecato alcun reale pregiudizio. Il raggio di azione della revocatoria si ampliò notevolmente.

Il risultato di un tale rigore revocatorio che persuadeva i terzi dall'intrattenere rapporti con l'imprenditore, portò alla creazione di ciò che è stato definito un "cordone sanitario" che isolava l'impresa in difficoltà indirizzandola nel minor tempo possibile verso il concordato preventivo o, più realisticamente, verso il fallimento¹³. Le conseguenze di un'azione dai confini così ampi e incerti ebbe un costo non indifferente per l'intero sistema economico che non si limitò a pagare in termini di certezza dei rapporti giuridici ed economici, ma assistette al formarsi di "sacche di inefficienza", composte da imprese in difficoltà che non fallivano ma nemmeno si risanavano¹⁴.

Un ulteriore passo verso l'abbandono di un razionale ordine revocatorio fu mosso nel momento in cui si facilitò l'onere probatorio, consentendo alle curatele di dimostrare la conoscenza dello stato di insolvenza sulla base di elementi indiziari, trasformando un giudizio di conoscenza in un giudizio di conoscibilità¹⁵; ma fu con la consacrazione del principio della consecuzione delle procedure che si

¹³ Cfr. L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit., p. 85.

¹⁴ L'espressione è di G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, cit., p. 15 il quale riporta come i creditori, per paura di subire gli effetti delle revocatorie, si astenevano dal chiedere il fallimento delle imprese ma, allo stesso tempo, non intervenivano per risanarle poiché temevano, ugualmente, di non poter recuperare la nuova finanza erogata per rilanciare l'attività.

¹⁵ Sul punto si veda S. FORTUNATO, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, in *Fallimento*, 2004, III, p. 340 che riporta come un esteso richiamo a elementi presuntivi abbia finito per trasformare la prova di un effettivo stato psicologico in una valutazione del grado di diligenza del terzo nella ricerca di elementi tali da fondare il suo stato di conoscenza e il suo giudizio prospettico sulla situazione del debitore.

Inoltre, secondo un orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass., 29 novembre 1985, n. 5953, in *Fallimento*, 1986, p. 733), nel caso in cui l'onere della prova gravasse sul terzo, questo poteva esclusivamente provare la propria non conoscenza circa lo stato di insolvenza, non potendo provare che tale stato oggettivamente non esisteva; sul punto si veda, ancora, L. STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 83.

ampliò notevolmente il novero di atti astrattamente revocabili¹⁶. Alle istanze del mondo bancario si affiancarono ben presto quelle di intere categorie di soggetti – fornitori, acquirenti d’immobili, professionisti, intermediari – le cui economie individuali non potevano sopportare il peso di un’azione revocatoria divenuta sempre più minaccia alla sicurezza dei rapporti commerciali.

Il sistema revocatorio mostrava così la sua natura di strumento dai confini incerti, connotato da ampie incertezze temporali e qualitative, la cui rigidità si traduceva in un costo eccessivo per l’intero ordinamento.

2.2 Dimezzamento del periodo sospetto e nuove ipotesi di esenzione

Analizzate sommariamente le cause che hanno spinto verso la recente riforma, occorre soffermarsi sulle principali novità apportate in risposta agli eccessi manifestati dalla revocatoria nel corso degli ultimi decenni. L’intento del legislatore è stato quello di intervenire nell’ottica di un depotenziamento dell’istituto revocatorio al fine di circoscriverne la portata.

La prima novità introdotta dal decreto legge n. 35/2005 è rappresentata dal dimezzamento del periodo sospetto, ossia del lasso di tempo all’interno del quale determinati atti devono essere compiuti per poter essere assoggettati ad azione revocatoria fallimentare. L’art. 67, così come modificato, prevede ora un termine di sei mesi per gli atti normali di cui al secondo comma e un termine di un anno

¹⁶ Il principio della consecuzione di procedure concorsuali – oggi espressamente sancito dall’art. 69-bis, co. 2 l. fall. – fu elaborato dalla giurisprudenza sulla base di un’interpretazione estensiva dell’art. 67 l. fall. e prevedeva che i termini del periodo sospetto per l’esercizio della revocatoria, decorressero dalla data del provvedimento di ammissione alla prima delle procedure concorsuali consecutive (cfr. Cass., 27 ottobre 1956, n. 3981, in *Foro it.*, 1957, I, 2114). Questo meccanismo consentiva alle curatele di colpire atti posti in essere in un periodo talvolta ben distante e lontano dal fallimento, dilatando così ulteriormente il raggio di azione delle revocatorie

per quelli anormali di cui al primo comma (sei mesi per le garanzie costituite per debiti preesistenti e scaduti di cui al n. 4). La scelta di questa modifica segue un duplice ordine di ragioni: da un lato, quello di allineare il nostro ordinamento ai principali Paesi europei che con particolare riferimento agli atti normali prevedono termini circoscritti¹⁷, dall'altro (e principalmente), il legislatore ha inteso intervenire in maniera incisiva in un'ottica di depotenziamento della revocatoria stessa favorendo al contempo la certezza e la stabilità dei rapporti commerciali. Ridurre il periodo sospetto a cui il curatore può risalire per individuare gli atti da revocare significa infatti diminuire il numero di atti stessi che possono essere oggetto di tale azione e, conseguentemente, comporta una riduzione del numero di revocatorie stesse.

La scelta operata dal legislatore della riforma non è stata peraltro esente da critiche.

Parte della dottrina contesta tuttora la soluzione adottata, rilevando in particolare come il dimezzamento dei termini con riferimento agli atti anormali risulti privo di reali giustificazioni, stridendo inoltre con le soluzioni adottate da molti di quei Paesi ai quali si intendeva avvicinare il nostro ordinamento con la riforma¹⁸.

Ancora, è stato evidenziato come, rispetto ad atti cd. normali, un periodo sospetto di soli sei mesi finisca per coincidere con i tempi della rinnovata istruttoria

¹⁷ Non sembra essere di questo parere L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2007, p. 1044, che evidenzia come il panorama Europeo presenti in realtà soluzioni non unificate, confrontando paesi quali Francia, Germania e Spagna.

¹⁸ Sul punto si veda M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 582.

prefallimentare¹⁹ che, non atteggiandosi più come un procedimento sommario, rende di fatto impossibile il ricorso all'azione revocatoria²⁰.

La seconda, grande novità della riformata disciplina della revocatoria fallimentare, è costituita dall'introduzione del nuovo catalogo di esenzioni, ora contenute nel riformato terzo comma dell'art. 67 l. fall. che allo stato attuale prevede sette distinte ipotesi di esonero che si aggiungono a quelle già esistenti. Si tratta di un intervento di grande rilievo che ha sollevato numerosi interrogativi molti dei quali restano tuttora aperti.

L'obiettivo della riforma del 2005 in punto di azione revocatoria fallimentare è stato quindi diretto a realizzare un depotenziamento immediato e tangibile dell'istituto stesso. Dal dimezzamento del periodo sospetto – a cui si è affiancata la previsione di un termine fisso di decadenza²¹ – alla previsione delle nuove

¹⁹Alcuni autori avevano proposto di far decorrere il periodo sospetto dalla data del deposito del ricorso qualora accolto, questo avrebbe consentito di risalire ad un periodo in cui era possibile imbattersi in atti potenzialmente revocabili, perché posti in essere con un'impresa ancora funzionante, *ex multis* L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fallimento*, cit., p. 1044; dello stesso avviso sembra essere A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, in *ilCaso.it*, II, 327/2012 secondo il quale "un *dies a quo* fissato nella sentenza di fallimento si poteva tollerare (...) solo con un termine sufficientemente lungo". *Contra* G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 250 ad opinione del quale si finirebbe per legare il consolidamento dell'acquisto ad un momento privo di pubblicità ed inoltre si consentirebbe al debitore o ai creditori di influire sulla data di inizio del periodo sospetto.

²⁰ Diversamente, nel caso in cui la dichiarazione di fallimento segua ad una procedura di concordato preventivo, il periodo sospetto decorre (a ritroso) dalla pubblicazione della domanda di ammissione al concordato. In questo modo viene meno la sovrapposizione con la fase istruttoria consentendo la piena operatività dell'azione revocatoria (sul punto v. *supra*, § 2.1 in tema di consecuzione di procedure).

²¹ Il nuovo art. 69-bis rubricato "Decadenza dall'azione" prevede ora un termine di tre anni dalla dichiarazione di fallimento (e comunque di cinque anni dal compimento dell'atto) decorso il quale non possono essere promosse azioni revocatorie ordinarie o fallimentari contro qualunque tipologia di atto, anche se gratuito.

Prima della riforma operata nel 2005 non era previsto alcun termine di decadenza e la giurisprudenza prevalente considerava applicabile il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2903 c.c. sulla base della identità tra azione revocatoria ordinaria e

ipotesi in cui alle curatele non è dato impiegare l'istituto revocatorio, l'impatto di questo all'interno delle procedure fallimentari è stato ampiamente circoscritto; sarebbe tuttavia riduttivo ritenere questi interventi ascrivibili alla sola volontà di contenere le passate esuberanze delle curatele.

L'impressione formatasi all'indomani della riforma sembra individuare profondi mutamenti tali da scuotere le fondamenta di un sistema adesso orientato a tutelare (anche) nuovi e attuali valori.

Le nuove ipotesi di esenzione, vere protagoniste della riforma, hanno inciso sugli interessi in gioco spostando l'attenzione verso soluzioni alternative al fallimento e sulla prosecuzione dell'attività di impresa come valore tangibile da perseguire.

3. Il sistema delle esenzioni come risposta al rigore della revocatoria

Il regime delle esenzioni rappresenta il più ingente tentativo di riformare l'istituto dell'azione revocatoria.

Queste fattispecie costituiscono ipotesi in cui la regola della revocabilità viene meno rispetto a determinati atti compiuti all'interno del periodo sospetto; in altre

fallimentare. Tale termine veniva computato dalla data della sentenza di fallimento. La riqualificazione del termine come decadenziale comporta ora l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2964 c.c. con la conseguente impossibilità di ricorrere a sospensioni o interruzioni del decorso del termine stesso. La *ratio* di tale scelta, peraltro non esente da critiche, è nel senso di promuovere la celerità delle procedure anche in un'ottica di certezza e stabilità dei rapporti, in maniera analoga alla previsione del dimezzamento dei periodi sospetti. L'esigenza di certezza è chiaramente descritta da G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 315, il quale evidenzia come prima della riforma istituti quali la consecuzione delle procedure, la riapertura del fallimento e la sospensione della prescrizione (in fasi morte precedenti o successive al fallimento), consentissero di avviare la revocatoria dopo un'ingente numero di anni dalla data in cui era stato posto in essere l'atto revocando.

parole, atti che presentano tutti i presupposti necessari per essere assoggettati ad azione revocatoria vengono a questa sottratti.

Come istituto complessivamente considerato, la *ratio* delle esenzioni non è quella di creare un diritto singolare a favore di soggetti economicamente più forti, bensì di selezionare le condotte ritenute funzionali al superamento della crisi o alla conservazione dei valori organizzativi e produttivi, distinguendole dalle condotte volte a realizzare fini privi di una qualche utilità sociale e in particolar modo per i creditori²².

3.1 Dalle vecchie alle nuove ipotesi di esenzione

All'interno del sistema previgente, come più volte accennato, le cause esonerative erano circoscritte e previste in maniera disorganica attraverso leggi speciali che si aggiungevano alla scarsa disciplina del precedente terzo comma. Tale scelta era in linea con il rigoroso sistema delineato dal legislatore del '42, dove lo strumento revocatorio aveva assunto il ruolo di principale mezzo di finanziamento della procedura e il principio della *par condicio creditorum* costituiva un valore centrale all'interno del diritto fallimentare.

A ben guardare però, l'introduzione di nuove ipotesi di esenzione non è stato un fenomeno assolutamente nuovo e innovativo; negli anni che hanno preceduto la riforma si era infatti affermata una prassi volta ad estendere e dilatare la portata delle esenzioni già esistenti.

²² Così G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 255 il quale ritiene che l'interprete debba sentirsi coinvolto nella realizzazione di un progetto di conservazione di valori aziendali che consenta di far prevalere le ragioni economiche sulle classificazioni astratte; il tutto senza trascurare la costantemente esigenza di reprimere le frodi.

Con successivi interventi normativi il legislatore, preso atto della dirimente portata del sistema revocatorio, ha puntualmente inserito disposizioni volte a sottrarre determinati atti dal peso dell'istituto stesso; ulteriori ipotesi di esenzione sono state poi elaborate dalla giurisprudenza in favore di soggetti ben definiti²³. In buona sostanza, l'istituto dell'esenzione è stato individuato quale antagonista al sempre più marcato potere della revocatoria: se da una parte si ampliava l'ambito applicativo di questa, dall'altra si rispondeva "a colpi" di esenzione, cercando di contenere la vivacità delle curatele.

Non deve pertanto stupire se, alle richieste di arginare il potere della revocatoria, sia stata data risposta tramite un rinnovato regime di esenzioni affiancato da un ridotto periodo sospetto.

Come già anticipato però, la sensazione è che il legislatore abbia fatto un passo ulteriore andando a scuotere le fondamenta del sistema senza tuttavia volerne ridisegnare i profili.

3.1.1 L'art. 67, comma 4 e le vecchie esenzioni

Il previgente testo dell'art. 67, comma 3 (oggi quarto) conteneva le principali ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria fallimentare: l'immunità per l'Istituto di emissione, per gli istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno limitatamente a tali operazioni e, infine, per gli istituti di credito fondiario.

²³ La principale ipotesi di esenzione è stata individuata a favore dell'impresa che opera in regime di monopolio legale; ipotesi che ha visto un'articolata e contraddittoria evoluzione della giurisprudenza che, in tempi più recenti, si è discostata dal precedente orientamento riconoscendo la revocabilità dei pagamenti ricevuti dal monopolista (sul punto v. *infra*, § 3.1.2). Per una disamina sull'evoluzione delle esenzioni prima della riforma si veda M. E. GALLESIO PIUMA, *Il depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 1114.

L'attuale quarto comma 1. fall. nell'affermare che: *“le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario (...)”* ricalca perlopiù il previgente testo dal quale si discosta per l'assenza di un riferimento agli “istituti autorizzati” relativamente alle operazioni di credito su pegno ed agli “istituti di credito fondiario”.

Le “vecchie” esenzioni dalla revocatoria fallimentare si configuravano come eccezioni alla regola della revocabilità degli atti, talvolta fondate su elementi meramente soggettivi quali la natura del soggetto che aveva intrattenuto rapporti con il debitore poi dichiarato fallito, talvolta incentrate su criteri oggettivi fondati sul tipo di rapporto posto in essere. In certi casi ancora, erano espressione di una combinazione fra criterio soggettivo e oggettivo.

Su questa articolata struttura, che aveva reso particolarmente difficoltosa l'individuazione di una *ratio* comune alle varie fattispecie, è intervenuto il D. L. n. 35/2005 che ha attribuito (eccezion fatta per l'esclusione operante a favore della Banca d'Italia) una connotazione oggettiva ai presupposti delle singole esenzioni.

3.1.1.1 L'esenzione a favore dell'Istituto di emissione

La prima ipotesi di esenzione contenuta nell'art. 67, comma 4 concerne l'inapplicabilità della disciplina revocatoria fallimentare all'Istituto di emissione.

La peculiarità di questa forma esonerativa riguarda la sua natura prettamente soggettiva, essendo prevista in favore della Banca d'Italia, soggetto “forte” per definizione. Pur non essendo attualmente abilitata a compiere attività creditizia al pubblico, la Banca centrale ricopre il ruolo di creditrice di ultima istanza a favore

di imprese bancarie in difficoltà ed è proprio a copertura di questa funzione che opera l'esenzione in questione, andando a tutelare le operazioni effettuate nell'esercizio di tale attività istituzionale²⁴.

La *ratio* della disposizione non appare mutata a seguito della riforma, continuando ad operare nel senso di agevolare l'attività dell'Istituto in quanto garante del sistema creditizio; diversamente potrebbe innescarsi un pericoloso meccanismo tale da generare un dissesto della Banca d'Italia stessa, con gravi conseguenze sull'equilibrio del sistema economico.

3.1.1.2 *L'esenzione delle operazioni di credito su pegno*

L'esenzione a favore delle operazioni di credito su pegno si configura come una fattispecie il cui elemento fondante, prima frutto di una combinazione fra criterio soggettivo e oggettivo, è adesso di natura esclusivamente oggettiva. Come già anticipato, la riforma ha soppresso ogni riferimento agli istituti autorizzati con una conseguente, apparente, dilatazione dell'esenzione in esame.

Nel testo normativo precedente, la *ratio* della previsione era stata individuata nell'intento di favorire forme di soccorso tempestivo, fondate su operazioni di piccolo credito e caratterizzate dalla funzionalità ed essenzialità delle stesse a soddisfare bisogni primari del soggetto finanziato; sul punto era infatti intervenuta più volte la Corte di Cassazione che, attraverso un'altalenante serie di pronunce,

²⁴ Cfr. G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, VII, p. 836.

Per un'interpretazione restrittiva dell'estensione dell'esenzione in questione, si veda G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, legge fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2012, V, p. 489 secondo il quale l'esenzione deve essere mantenuta entro le operazioni poste in essere all'interno della propria attività istituzionale non potendosi estendere, ad esempio, all'acquisto di un bene necessario per esercitare la propria attività.

aveva affermato come tale esenzione non si riferisse indiscriminatamente a tutte le banche ma che anzi, proprio in virtù del tenore letterale della norma, si rivolgeva ai soli istituti abilitati e in esclusivo favore di quelle particolari operazioni di credito garantite da pegno su beni mobili di piccola entità²⁵.

Tuttavia, il nuovo testo della norma riconosce l'esenzione a favore di "*operazioni di credito su pegno*", realizzando quella che può rappresentare una generalizzata protezione a tutela di operazioni che esulano dai confini del piccolo credito pignoratizio.

Viene quindi da chiedersi se il legislatore non sia andato oltre le proprie intenzioni poiché, data l'ampiezza della previsione, nell'esenzione potrebbe astrattamente rientrare qualsiasi operazione garantita da pegno anche non su beni mobili (ad es. garantita da pegno su crediti) e da chiunque compiuta²⁶. Nel dubbio non si può fare a meno di rilevare come, avvalorando una simile interpretazione, risulterebbe definitivamente abbandonata l'originaria *ratio* della fattispecie, pensata dal

²⁵ In tal senso, tra le altre, Cass. 25 gennaio 1993, n. 851; 16 ottobre 1987, n. 7649; 30 gennaio 1985, n. 579. A partire da queste pronunce si era consolidato l'orientamento secondo il quale, in forza della l. n. 756/1938 e del R.D. n. 1279/1939, i soli istituti abilitati – in quanto espressamente autorizzati – a compiere suddette operazioni erano i cd. "Monti di pietà" e le "Casse di risparmio" (a cui si aggiungevano ulteriori istituti di credito pubblico). Successivamente, l'art. 48 del Testo Unico bancario del 1993 rubricato "Credito su pegno", consentì a tutte le imprese bancarie, previa apposita autorizzazione del Questore e nulla osta della Banca d'Italia, di svolgere analoghe operazioni ampliando potenzialmente il novero dei soggetti in grado di beneficiare dell'esenzione stessa. Tuttavia, a fronte di un ampliamento sotto l'aspetto soggettivo delle banche autorizzate a compiere simili operazioni, ai fini dell'esonero nulla era cambiato: sotto l'aspetto oggettivo, infatti, le operazioni rientranti sotto "l'ombrello" dell'esenzione restavano esclusivamente quelle del "piccolo credito pignoratizio".

²⁶ Cfr. G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 836, secondo il quale l'interprete, pur rilevandone la scarsa razionalità "non può che prendere atto dell'attuale modifica del testo della norma di esonero, e dell'ampliamento che ne deriva quanto all'ambito di applicazione (...)". *Contra*, invece, G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, l. fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, op. cit., p. 494, secondo il quale l'esenzione deve essere mantenuta entro i confini delle operazioni di credito garantite da pegno su beni mobili.

legislatore per agevolare operazioni di finanziamento compiute all'interno di modalità semplificate.

Contro un'indiscriminata estensione dell'esenzione a tutte le operazioni garantite da pegno, è stata avanzata la critica per cui si finirebbe per generare un'antinomia rispetto al primo comma dell'art. 67 l. fall. che annovera espressamente il pegno tra le garanzie soggette a revoca²⁷; in questi termini l'ambito di applicazione dell'esenzione finirebbe per coincidere con il perimetro della fattispecie sottoposta a revoca²⁸.

Si può tuttavia osservare che, mentre l'art. 67, comma 1 si riferisce a garanzie non contestuali, il successivo comma 4 dispone l'esenzione a favore di operazioni di credito su pegno, ossia operazioni in cui il credito viene erogato contestualmente allo spossessamento del bene di proprietà del debitore²⁹. In quest'ottica verrebbe pertanto esclusa una contraddizione all'interno del sistema³⁰.

²⁷ L'art. 67, co. 1, n. 3) l.f., assoggetta a revoca i pegni costituiti per debiti preesistenti non scaduti nell'anno anteriore al fallimento mentre, il successivo n. 4), prevede la revoca per i pegni costituiti per debiti scaduti nei sei mesi antecedenti al fallimento.

²⁸ È questa l'opinione di G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 298.

²⁹ Si riporta il D. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 che ha dato attuazione alla direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria prevedendo, a favore di questi, un'assimilazione al pegno ai fini degli artt. 66 e 67 l.f.

Quanto alla natura, l'art. 1 del decreto specifica che per garanzie finanziarie si intendono figure contrattuali caratterizzate da funzioni quali la cessione del credito o contratti produttivi del trasferimento della proprietà di attività finanziarie, ai quali viene attribuita una funzione di garanzia assimilata a quella riconosciuta al pegno. Per quanto riguarda l'assoggettabilità all'azione revocatoria fallimentare, i contratti costitutivi di "garanzie finanziarie" devono considerarsi sottoposti al regime di revocabilità degli atti costitutivi di un diritto di prelazione, quindi alle disposizioni di cui all'art. 67, co. 1, nn. 3) e 4) e co. 2, l.f.

L'art. 9, co. 1 – rubricato "Effetti delle procedure concorsuali sulle garanzie finanziarie" – assicura stabilità e certezza alle operazioni, evitando che i contratti di garanzia possano essere dichiarati inefficaci e fatti oggetto di azioni revocatorie. Per quanto concerne i profili di assoggettabilità a revocatoria, il successivo co. 2 equipara al pegno il contratto di cessione di credito e quello avente ad oggetto il trasferimento di proprietà. Cfr. S. BONFATTI, *Sub art. 67, co. 4*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 1034; E. GABRIELLI, *Contratti di*

3.1.1.3 *L'esenzione delle operazioni di credito fondiario*

Come accaduto per l'esenzione delle operazioni di credito su pegno anche quella successiva, prevista a favore delle operazioni fondiarie, perde ogni riferimento agli istituti abilitati a compiere tali finanziamenti, abbracciando anch'essa un'impostazione del tutto oggettiva³¹.

La lettura di questa norma necessita di un confronto con le disposizioni contenute nel t.u. bancario che, dopo aver fornito all'art. 38 la definizione di credito fondiario, prevede al successivo art. 39, comma 4 un'esenzione dalla revocatoria fallimentare limitata alle ipoteche contestualmente rilasciate e ai pagamenti effettuati all'interno del rapporto di finanziamento.

Senza volersi soffermare sulle norme del testo unico bancario, occorre tuttavia precisare che l'attuale quarto comma dell'art. 67 l. fall. non solo ricomprende, ma amplia il campo di applicazione dell'esonero contenuto nelle prime disposizioni poiché si fonda su di una formulazione sganciata da esplicite limitazioni³².

garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali, in Riv. dir. priv., 2005, III, p. 507.

³⁰ Cfr. G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 765.

³¹ Questa impostazione si limita a recepire quanto già delineato nella sostanza dal Testo unico bancario del 1993 che aveva circoscritto i confini dell'esenzione ai "finanziamenti fondiari" invece che agli Istituti di tale natura.

³² Sono dell'opinione che l'art. 67, co. 4 assorba le disposizioni del t.u.b. in materia di esenzione a favore del credito fondiario, realizzando così un'abrogazione implicita dell'art. 39, co. 4, t.u.b. S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 82.

L'art. 39, co. 4 del t.u. bancario dispone che "Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'articolo 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari". La norma prevede due esenzioni: la prima copre l'ipoteca contestualmente fornita all'operazione non considerando eventuali ed ulteriori garanzie fornite dal soggetto beneficiario, la seconda tutela i soli pagamenti effettuati per estinguere il finanziamento fondiario. E' con particolare riferimento alla prima che si evidenzia il contrasto con quanto disposto dall'art. 67, co. 4, l.f.

Nonostante i dubbi che sorgono dall'attuale formulazione dell'art. 67, comma 4, l'impressione è che il decreto d'urgenza abbia inteso realizzare un'estensione dell'immunità a copertura dei finanziamenti fondiari, al fine di agevolare l'accesso a forme di finanziamento a medio-lungo termine garantite da ipoteca, in un'ottica volta a favorire le imprese in difficoltà.

A testimonianza delle difficoltà riscontrate nel delineare l'ambito di estensione sono richiamabili le diverse possibili letture della riformulata esenzione. Infatti, mentre appare fondato ritenere che l'intervento abbia voluto estendere l'esenzione anche a mezzi di estinzione del finanziamento diversi dai pagamenti, potendo ora ricomprendere anche mezzi anormali, eccessivamente permissiva appare quell'interpretazione che consente di ricomprendere sotto l'ombrello dell'esenzione qualsiasi garanzia accessoria e ulteriore al rapporto di finanziamento. A ben vedere, l'esenzione in commento riguarda le operazioni di credito fondiario in quanto tali e dunque deve ricomprendere le sole garanzie che assistono tecnicamente il credito fondiario: le ipoteche contestuali e, ove previste, le cd. garanzie integrative³³. Ove si propendesse per una diversa soluzione, vi sarebbe il rischio di fornire un'incontrollata porta di accesso all'esenzione a tutte le eventuali garanzie aggiuntive rilasciate dal beneficiario per la medesima

Per un'analisi degli artt. 38 e 39 t.u. bancario cfr. V. SANGIOVANNI, *La particolarità fallimentare del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, X, p. 1146.

Per l'abrogazione implicita delle disposizioni del t.u.b. in quanto assorbite e regolate dall'art. 67, co. 4 l.f., si veda S. BONFATTI, *Sub art. 67, co. 4, cit.*, p. 1010.

³³ In questo senso S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 1020, secondo il quale per garanzie integrative devono considerarsi "quelle figure di garanzia che, benché diverse dall'ipoteca, abbiano contribuito a far assumere all'operazione creditizia il carattere di finanziamento fondiario".

operazione, configurando un'eccessiva ed ingiustificata compressione del principio della *par condicio*³⁴.

Ciò nonostante la presenza di un'esenzione strutturata in termini oggettivi, unitamente al fatto che il credito fondiario – ai sensi dell'art. 38 t.u.b. – difetta di natura di finanziamento di scopo potendo essere impiegato per qualunque fine, fa sì che l'istituto in esame si configuri come uno strumento stabile e sicuro per consentire all'impresa in difficoltà di ottenere finanziamenti; finanziamenti che, presumibilmente, saranno elargiti con minori indugi da banche rassicurate dall'ampia protezione offerta³⁵.

³⁴ Sul punto si veda, ancora, S. BONFATTI, *op. cit.*, p. 1020. In termini analoghi anche G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, l. fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, cit. p. 498, secondo il quale in questo modo si allontanerebbe l'esenzione dalla sua specifica funzione realizzando così un'ingiusta lesione della *par condicio creditorum*.

A favore di un'interpretazione più ampia, ricomprendente tutte le ulteriori garanzie, S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 83. Nello stesso senso, pur rilevandone in parte l'irrazionalità, G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 837.

³⁵ La stessa Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 175, in *Giur. cost.*, 2004, III, p. 1797) ha avuto modo di pronunciarsi sulle operazioni di credito fondiario. Con ordinanza del 24 giugno 2002, il Tribunale di Bolzano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione degli artt. 38 t.u.b. e 67 lf.

Ad opinione del rimettente, il conflitto fra le due norme generava una ingiustificata disparità di trattamento tra la banca che avesse qualificato il proprio credito come fondiario e gli altri creditori, stante l'assenza di un meccanismo di controllo sull'effettivo utilizzo delle somme erogate; il giudice rimettente, riteneva, infatti, che la modifica apportata dal t.u. bancario in punto di credito fondiario avesse fatto venir meno la *ratio* giustificatrice di una tutela privilegiata, generando una lesione della *par condicio* contraria all'art. 3 cost. Il giudice delle leggi ha ritenuto la questione inammissibile, rilevando come la previgente disciplina invocata dal remittente non fosse necessariamente la sola configurabile per l'istituto del credito fondiario e che, peraltro, la nuova struttura delineata dal legislatore poteva rappresentare una scelta di politica economica tale da facilitare "l'accesso a finanziamenti potenzialmente idonei (anche) a consentire il superamento di situazioni di crisi dell'imprenditore".

L'attuale esenzione a favore delle operazioni di credito fondiario sembra andare oltre la sua originaria funzione³⁶, configurandosi oggi come la più versatile fra quelle contenute nell'ultimo comma dell'art. 67 e risultando legittima ogniqualvolta presenti i requisiti di cui all'art. 38, co. 2 t.u. bancario, conferendo così una certa solidità a queste manovre finanziarie.

Alla luce delle considerazioni svolte, tale fattispecie sembra oggi diretta a offrire nuovi canali di finanziamento caratterizzati dalla stabilità, in un'ottica volta a soddisfare il fabbisogno finanziario dell'imprenditore in crisi avvicinando così, sotto il profilo della *ratio*, l'esenzione in esame a talune delle fattispecie contenute nel riformato art. 67, comma 3, l. fall³⁷.

3.1.1.4 L'estensione delle vecchie esenzioni

A differenza di quanto previsto per le esenzioni introdotte dalla riforma, è lo stesso art. 67, comma 4 che limita espressamente la portata delle "vecchie" fattispecie alle previsioni contenute nel medesimo articolo³⁸.

La tutela offerta in queste ipotesi cade infatti dinanzi alle ulteriori disposizioni contenute nella legge fallimentare che prevedono l'esercizio della revocatoria ordinaria ovvero l'inefficacia di atti pregiudizievoli per i creditori.

³⁶ In passato la funzione di questa fattispecie di esenzione veniva individuata nel favorire ed agevolare la diffusione immobiliare, cfr. M. E. GALLESIO PIUMA, *Esenzioni legislative dalla revocatoria fallimentare e marginalità dell'azione nei confronti di un soggetto "forte"*, in *Giur. comm.*, 1994, VI, p. 1063.

³⁷ Cfr. B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 213.

³⁸ Non può sfuggire la contorta formulazione dell'art. 67, co. 4 l.f. che nel prevedere che "le disposizioni di questo articolo non si applicano" alle fattispecie esentate, implicherebbe la non applicabilità alle suddette ipotesi delle medesime esenzioni.

La norma che interessa maggiormente le esenzioni in esame è l'art. 65 l.f. che sancisce l'inefficacia dei pagamenti di crediti già scaduti o che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento: sarà pertanto revocabile il pagamento effettuato, ad esempio, per estinguere una rata del finanziamento fondiario con scadenza successiva alla data del fallimento.

Si deve tuttavia precisare che, in caso di pagamento anticipato di un'obbligazione assistita da garanzia, giunta a scadenza prima della dichiarazione di fallimento a causa dell'esercizio di una facoltà di estinzione anticipata, la Suprema Corte ha ritenuto comunque non revocabile la garanzia reale rilasciata a favore del creditore qualora la facoltà esercitata sia stata riconosciuta al debitore direttamente da una disposizione di legge³⁹.

³⁹ Secondo un precedente orientamento giurisprudenziale richiamato dalla stessa Corte (cfr. Cass., 5 aprile 2002, n. 4842, in *Fallimento*, 2002, p. 1322) la disposizione dell'art. 65 l. fall. richiederebbe, ai fini della sua applicabilità, soltanto il fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla scadenza originaria, prescindendo dalla natura convenzionale o legale del pagamento anticipato. Non avrebbe alcuna rilevanza l'esistenza di una clausola che attribuisca al mutuatario la facoltà di anticipare il pagamento rispetto ai termini originari. Nel caso di specie la Corte osserva che, nella particolare ipotesi in cui il pagamento anticipato risulti garantito da ipoteca (o da altra garanzia reale), al compimento dell'atto solutorio consegue il diritto del debitore di ottenere l'estinzione del vincolo ipotecario ma, in caso di successiva declaratoria di inefficacia del pagamento, non potrà operare una reviviscenza della garanzia, potendosi al più avere l'iscrizione di una nuova ipoteca. In queste ipotesi il creditore ipotecario è inevitabilmente destinato a subire un pregiudizio nel caso in cui, cancellata la garanzia a seguito dell'estinzione del debito, sia chiamato a restituire quanto percepito dal fallendo a seguito dell'esercizio dell'azione revocatoria. Infatti egli avrà il diritto di insinuarsi al passivo per la somma restituita venendo però privato del privilegio che assisteva inizialmente il suo credito. La Corte evidenzia come il rischio di compromissione dell'interesse del creditore – discendente dalla facoltà di estinzione anticipata rimessa alla sola volontà del debitore – possa apparire del tutto lecito quando rappresenti il frutto di un accordo tra le parti; mentre, quando sia accordato al mutuatario direttamente dalla legge, il rischio per il mutuante di subire un pregiudizio al proprio credito non dipende da una libera accettazione di questo, potendo essere costretto a subire il pagamento anticipato e la conseguente revocatoria. Pertanto, nel caso in cui la possibilità di estinguere in via anticipata il proprio debito sia espressamente riconosciuta al debitore dalla legge – situazione che si determina riguardo al mutuo fondiario ipotecario ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 7/1976 – “*appare incompatibile con l'impianto normativo un'eventuale degradazione a livello*

3.1.2 *Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate dalla giurisprudenza*

Alle ipotesi espressamente sancite dall'art. 67, comma 4 l. fall. si affiancano ulteriori esenzioni contenute in leggi speciali a cui la stessa norma, in maniera del tutto identica al precedente terzo comma, rinvia con apposita previsione in bianco. Si tratta di apporti normativi succedutisi nel tempo – sulla spinta di una tendenza moltiplicatrice delle deroghe del sistema revocatorio – al fine di limitare quelle interpretazioni giurisprudenziali ritenute eccessivamente vessatorie dal legislatore. Nell'esposizione che segue si è tenuto conto dell'eterogeneità delle fattispecie in esame, della loro emanazione in contesti differenti e dell'assenza di un coordinamento fra le rispettive discipline; tali fattori rendono pertanto questo *excursus* privo di una qualche pretesa di completezza.

Un primo gruppo di esenzioni, riconducibili all'attività creditizia e quindi caratterizzate da un profilo genetico analogo a quello delle fattispecie precedentemente esposte, è rinvenibile all'interno del t.u. bancario nella disciplina relativa al credito alle opere pubbliche, credito agrario e credito peschereccio.

L'art. 42, comma 4 prevede che qualora alla prima di queste operazioni acceda un'ipoteca su immobili debba applicarsi la disciplina del credito fondiario con relativa esenzione; in maniera del tutto analoga, l'art. 44, comma 5 sancisce

chirografario (...) del credito per restituzioni ed interessi spettanti all'istituto erogatore del mutuo fondiario".

l'applicabilità della medesima disciplina alle operazioni di credito agrario e peschereccio se assistite da ipoteca su immobili⁴⁰.

Sempre in materia creditizia, le operazioni di finanziamento alle imprese a medio e lungo termine (artt. 46 e 47 t.u.b.) risultano anch'esse tutelate da una serie di disposizioni contenute in leggi antecedenti e non abrogate dal testo unico bancario del 1993⁴¹.

Un secondo gruppo di disposizioni a tutela dalla revocatoria fallimentare è invece ascrivibile alla materia tributaria e previdenziale: così l'art. 89 del D.P.R. n. 602/1973 che esenta i pagamenti di imposte dirette scadute⁴² e l'art. 116, comma 14 della legge n. 388/2000 che sottrae alla revocatoria fallimentare “*i pagamenti effettuati per contributi sociali obbligatori ed accessori a favore degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza*”.

Ancora, la legge n. 52/1991 ha predisposto un'apposita disciplina in tema di cessione di crediti di impresa (cd. *factoring*): da una parte, è delineato un particolare regime di tutela fondato su una deviazione della revocatoria nel caso del fallimento del debitore ceduto; dall'altra, sono dettati specifici presupposti per l'esperimento dell'azione stessa nel caso del fallimento del cedente. Mentre nel secondo caso non è prevista alcuna esenzione dalla revocatoria fallimentare, nel

⁴⁰ Con riferimento alle operazioni di credito peschereccio si veda G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 837 secondo il quale, non essendo tali operazioni caratterizzate dal contestuale rilascio di garanzie reali, non potrebbero favorire dell'esenzione.

⁴¹ Si vedano sul punto: *i*) l'art. 62 del R.D. n. 1165/1938 in materia di edilizia economica e popolare; *ii*) l'art. 4 della l. n. 1482/1948 (ora riportato nell'art. 93 della l. n. 218/1978) in favore delle Sezioni di credito industriale del Banco di Napoli, del Banco di Sicilia e del Banco di Sardegna; infine *c*) l'art. 20 della l. n. 623/1959 di cui rimane dubbia l'attuale operatività, sul punto cfr. G. TARZIA, *op. cit.*, p. 838.

⁴² Successivamente il D.P.R. n. 43/1988 ha poi esentato dall'istituto revocatorio anche i pagamenti in materia di Iva.

primo opera un meccanismo per cui l'azione può essere esercitata ma nei confronti del cedente e non del cessionario⁴³.

Infine, l'art. 4 della legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti, prevede un'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria, oltre a un'apposita e più generale riduzione del periodo sospetto per operazioni di cartolarizzazione.

Prive di una qualche rilevanza appaiono invece le esenzioni precedentemente elaborate dalla giurisprudenza attraverso l'estensione analogica dell'art. 67, ultimo comma.

Queste fattispecie non sembrano infatti ricoprire un ruolo di rilievo all'interno dell'impianto revocatorio, essendo perlopiù riconducibili all'ipotesi dei pagamenti ricevuti dal soggetto monopolista che, alla luce dell'attuale orientamento, sembra essere venuta meno.

La questione più volte affrontata dalla Corte di Cassazione, appare oggi risolta sulla base della pronuncia delle Sezioni Unite del 23 gennaio del 2004, n. 1232 che ha riconosciuto la piena applicabilità della disciplina di cui all'art. 67, comma 2 ai pagamenti ricevuti dal soggetto operante in condizioni di monopolio legale,

⁴³ Per il caso del fallimento del debitore ceduto, l'art. 6 prevede che: "Il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non è soggetto alla revocatoria prevista dall'articolo 67 l.fall. (...) Tuttavia tale azione può essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore provi che egli conosceva lo stato del debitore ceduto alla data del pagamento."; mentre per il caso del fallimento del cedente, l'art. 7 sancisce che l'efficacia della cessione verso i terzi: "non è opponibile al fallimento del cedente qualora il curatore provi che il cessionario era a conoscenza, quando ha eseguito il pagamento, dello stato di insolvenza del cedente e sempre che il pagamento del cessionario al cedente sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto."

Sul punto si veda G. DELL'ATTI, *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, legge fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, cit., p. 507; G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 839.

ribaltando così il precedente orientamento consolidatosi all'interno della stessa Suprema Corte⁴⁴.

3.2 L'art. 67, comma 3. Il nuovo catalogo di esenzioni e il suo fondamento

Il ridimensionamento dell'azione revocatoria fallimentare operato dal decreto n. 35/2005 si è incentrato prevalentemente sul regime delle esenzioni.

Da un lato, è stata ampliata la portata di quelle previgenti; dall'altro, è stato delineato un inedito catalogo di esenzioni senza ricorrere a sconesse leggi speciali ma inserendo le nuove fattispecie direttamente all'interno della disciplina revocatoria.

Le vecchie esenzioni sono prevalentemente riconducibili a fattispecie previste a favore di operazioni creditizie e a tutela di determinati settori, ovvero innalzate a protezione di interessi centrali per l'ordinamento quali, appunto, la riscossione di imposte e tributi. Si tratta di ipotesi in qualche modo giustificate dalla peculiarità

⁴⁴ Sulla questione, da tempo dibattuta e controversa all'interno di dottrina e giurisprudenza, si era infatti pronunciata la Corte di Cassazione (v. Cass. S.U., 11 novembre 1998, n. 11350, in *Foro it.*, 1999, I, p. 554) nel senso della non revocabilità dei pagamenti ricevuti dal soggetto monopolista. Le Sezioni unite ritenevano che l'obbligo del monopolista di contrarre con chiunque *ex art. 2597 c.c.*, si estendesse anche alla fase esecutiva del contratto, non consentendo così al creditore di rifiutare (invocando l'art. 1461 c.c.) il pagamento effettuato dal soggetto in evidente stato di dissesto economico. Tuttavia, con la citata sentenza (cfr. Cass. S.U., 23 gennaio 2004, n. 1232, in *Foro it.*, 2004, I, p. 709) la Corte ha ribaltato il proprio orientamento ritenendo applicabile l'art. 1461 c.c. e consentendo così all'impresa, operante in regime di monopolio, di non il pagamento dal soggetto le cui condizioni patrimoniali siano mutate. Di conseguenza, il pagamento di un debito liquido ed esigibile, ottenuto dal monopolista a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore poi fallito, è passibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 2 l. fall. ovviamente se compiuto nei sei mesi antecedenti alla data della sentenza dichiarativa del fallimento.

soggettiva del titolare del credito, spesso collegato all'esercizio di una funzione strettamente connessa ai valori costituzionali⁴⁵.

Come anticipato, l'attuale art. 67, comma 3 l. fall. sancisce che “*non sono soggetti all'azione revocatoria*” una serie di atti, elencati dalla lettera a) alla lettera g), corrispondenti a una serie di fattispecie oggettive alquanto eterogenee⁴⁶.

⁴⁵ Così M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, cit. p. 582.

⁴⁶ Art. 67, comma 3 l. fall.: “Non sono soggetti all'azione revocatoria:

- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio;
- d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore;
- e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161;
- f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;
- g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.”.

Per comprendere il fondamento delle nuove esenzioni è necessario cogliere il contesto economico all'interno del quale tali fattispecie vengono ad operare.

Le procedure di finanziamento, frequentemente assistite da strumenti di garanzia sottratti ai tentacoli della revocatoria, si innescano su piani di rientro di medio-lungo termine; i creditori sono suddivisi in classi e perseguono spesso interessi di natura differente, facendo perdere tenacia a quella solidarietà creditizia a difesa della quale si ergeva il rigore della revocatoria fallimentare; infine, un sempre più ristretto numero di creditori fa affidamento sulla garanzia patrimoniale generica del debitore se non per operazioni di importo limitato.

In questo panorama diventa indispensabile evitare che una raffica di azioni revocatorie si abbatta su quei pochi interlocutori che intrattengono rapporti continuativi con l'imprenditore e che difficilmente potrebbero sopportare il costo dell'insolvenza: banche e fornitori. Poste queste premesse, e visti gli eccessi di un'azione revocatoria fallimentare di cui si era ormai perso il controllo, è apparso inevitabile intervenire per allineare il sistema concorsuale alle nuove esigenze e in particolare al fine di salvare il valore organizzativo dell'azienda⁴⁷.

È tenendo conto di queste circostanze che devono essere lette le fattispecie di esenzione introdotte all'art. 67, comma 3, riconducibili a una pluralità di esigenze aventi natura complessa e differenziata, tra le quali: a) delimitare l'area di impatto di precedenti prassi applicative della revocatoria fallimentare; b) evitare l'isolamento dell'imprenditore in difficoltà e conseguentemente l'inerzia degli operatori economici, facendo venir meno quel "cordone sanitario" intorno all'impresa; c) favorire l'accesso e l'attuazione di procedure di composizione

⁴⁷ Cfr. G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, cit., p. 16.

negoziale della crisi di impresa; d) favorire determinate categorie di soggetti ritenuti meritevoli e bisognosi di protezione⁴⁸.

La disamina eseguita in punto di esenzioni evidenzia come il legislatore, nel riformare l'impianto revocatorio, non si sia avvalso di strumenti nuovi o sconosciuti al nostro ordinamento, ma abbia rivolto le proprie attenzioni a un istituto di cui era perfettamente a conoscenza e del quale, in passato, aveva ampiamente fatto uso.

Il dato che emerge dall'analisi proposta sembra voler suggerire un nuovo ruolo delle esenzioni stesse all'interno dell'impianto revocatorio.

Inizialmente previste quali eccezioni alla regola della revocabilità e dotate di un'incidenza occasionale all'interno del sistema concorsuale, sono progressivamente prosperate fino a divenire uno strumento centrale nella realizzazione di valori economici quali, ad esempio, la conservazione dei complessi produttivi che anche soltanto a fini liquidativi necessita dell'ordinaria attività d'impresa.

Questa sembra essere la prospettiva che sostiene e in parte accomuna le nuove esenzioni, l'essere strumenti volti a impedire che la revocabilità di determinati atti possa pregiudicare la prosecuzione dell'attività d'impresa o l'accesso a soluzioni di composizione della crisi, salvaguardando in maniera diretta o indiretta il valore aziendale dell'impresa insolvente ovvero in difficoltà⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, cit., p. 110.

⁴⁹ In questo senso B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 208.

4. Limiti delle esenzioni e loro ambito di applicazione

All'indomani della loro introduzione numerose critiche sono state avanzate nei confronti delle nuove esenzioni, dotate di parametri così scarsamente definiti da far sorgere forti dubbi nell'interprete che si accinga a determinarne la reale portata⁵⁰.

Non si possono infatti nascondere le numerose incoerenze sistematiche o le imprecisioni linguistiche che, peraltro, sono spesso richiamate per accreditare l'una o l'altra interpretazione fornita alle varie problematiche.

Una delle prime dispute scaturite dall'emanazione dell'attuale terzo comma riguarda l'ambito di applicazione del catalogo di esenzioni. La questione è stata fin da subito avvertita come delicata poiché in grado di incidere su almeno due distinti profili: da un lato, influisce quale limite espresso al perimetro della revocatoria tanto che, in un certo senso, determinare l'ambito di applicazione delle esenzioni significa delimitare l'azione revocatoria stessa; dall'altro, condiziona le operazioni a tutela delle quali sono state previste le stesse esenzioni limitando le conseguenze di un eventuale insuccesso e, prima ancora, aumentando le possibilità di accesso alle "procedure" di composizione della crisi.

Viene quindi da chiedersi quale sia l'effettiva portata della formula richiamata e, nello specifico, se le fattispecie di esonero siano applicabili anche agli artt. 64 e 65 l.f. nonché se gli atti esentati siano sottratti anche all'azione revocatoria ordinaria.

⁵⁰ Si veda M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 584, secondo il quale i confini dell'esenzione "sono così labili e sfumati da lasciare negli operatori economici che contrattano con l'imprenditore in crisi una tale incertezza (dovuta ad un eccesso di aggettivazione nelle categorie esonerative) da rendere comunque rischioso l'approccio con il debitore potenzialmente assoggettabile al fallimento".

La causa di tanta incertezza risiede nell'infelice formulazione che apre l'art. 67, comma 3 l. fall. – “*non sono soggetti ad azione revocatoria*” – che lascia fortemente perplesso l'interprete circa la reale portata di tale affermazione.

Fin dalle prime pubblicazioni che hanno seguito la riforma, la dottrina si è mostrata divisa abbracciando soluzioni contrapposte: da un lato, i sostenitori di un'interpretazione volta a restringere il campo di applicazione al fine di contenere il crescente numero di esenzioni; dall'altro, coloro che invece propendono per una visione estensiva cercando di dilatare al massimo le maglie dell'impianto riformato. Alcuni autori poi, discostandosi dal dato letterale, hanno cercato una soluzione “intermedia” all'interno delle differenti tipologie di operazioni esentate. Mancando oggi una presa di posizione da parte della giurisprudenza, la questione pesa e non poco: si pensi all'individuazione degli atti da esentare all'interno di soluzioni di ristrutturazione o di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) ed e), dove una tutela più o meno ampia finisce per incidere profondamente sulla scelta di soggetti terzi di partecipare a suddette operazioni⁵¹.

4.1 L'orientamento interpretativo prevalente: la teoria restrittiva

L'orientamento maggioritario che si è consolidato nel corso degli anni, considera le nuove esenzioni strumenti di protezione dalla sola revocatoria fallimentare.

Secondo alcuni autori, la collocazione di tali ipotesi all'interno dell'art. 67 l. fall. porta a ritenere implicito il riferimento iniziale del terzo comma alla sola

⁵¹ Cfr. G. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2008, VI, p. 640.

revocatoria fallimentare, ponendo tali fattispecie quali eccezioni alla regola della revocabilità⁵².

Rispetto agli artt. 64 e 65, è stato osservato che queste norme prevedono per gli atti a titolo gratuito e i pagamenti anticipati la sanzione dell'inefficacia, non della revoca, e poiché la locuzione di cui al terzo comma dell'art. 67 parla di “*esenzione dalla revocatoria*” tali fattispecie non potrebbero estendersi alle norme in questione⁵³.

Quanto all'estensione delle esenzioni con riferimento alla revocatoria ordinaria è stato invece sostenuto che le ipotesi di esenzione, in quanto eccezioni alla regola della revocabilità all'interno del fallimento, non potrebbero estendersi a un'azione prevista e disciplinata agli artt. 2901 ss. c.c. in quanto si verrebbe a configurare una deroga extra-concorsuale introdotta però dal legislatore fallimentare⁵⁴.

⁵² Cfr. G. LO IACONO, *Le modifiche alla disciplina della revocatoria nella legge fallimentare*, in *Studium Iuris*, 2006, XII, p. 1384.

⁵³ In dottrina, così come in giurisprudenza, si ritiene che l'inefficacia prevista dagli artt. 64 e 65 l. fall. sia automatica e disposta con sentenza dichiarativa; diversamente dalle sentenze che dispongono la revoca di un atto che hanno natura costitutiva; cfr. B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 209; G.B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, I, p. 15. Dello stesso parere è A. NIGRO, *Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 930 secondo il quale le esenzioni si qualificano come eccezioni al regime normale non potendo essere estese oltre i limiti, impliciti o espliciti, individuati dalle disposizioni. Secondo L. PANZANI, *La revocatoria fallimentare*, in U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 93, le azioni di cui agli artt. 64 e 65 l. fall. non costituiscono vere ipotesi di azione revocatoria fallimentare. Categorico sul punto appare G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 857 il quale esclude ogni esenzione rispetto agli artt. 64 e 65 che si collocano agli antipodi dell'art. 67 l. fall.

⁵⁴ Sul punto si veda D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 167, secondo cui “l'art. 67, 3° comma, attiene alla materia del diritto concorsuale, sicché non può aspirare a disattivare istituti che non entrino nella relativa orbita applicativa”.

Si veda G. TARZIA, *Ambito di applicazione delle esenzioni del nuovo art. 67*, cit., p. 639. Cfr. anche N. ABRIANI – L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della “novissima” revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, IV, p. 380 secondo i quali pur non essendo concludente la collocazione delle esenzioni all'interno della sola legge

A favore della tesi restrittiva militerebbe, ancora, l'evidente discrasia fra il D. lgs. n. 122/2005 in materia di acquisti di immobili da costruire e l'art. 67, comma 3, lett. c) laddove si evidenzia come, qualora si assecondasse un esteso ambito applicativo delle esenzioni, si verrebbe a configurare la curiosa situazione per cui due esenzioni a tutela dei medesimi atti, sarebbero invero caratterizzate da una differente portata applicativa⁵⁵.

All'interno di questo orientamento si deve infine riportare il contrasto tra coloro che estendono integralmente l'ambito delle esenzioni anche alla revocatoria degli atti cd. anormali di cui all'art. 67, comma 1, e coloro che ne circoscrivono la portata alla sola revocatoria degli atti cd. normali *ex art.* 67, comma 2, argomentando sul presupposto che l'esenzione debba cadere dinanzi ad atti caratterizzati da un'anormalità intrinseca tale da non giustificare un regime di favore, essendo peraltro estranei all'ordinaria attività d'impresa⁵⁶.

fallimentare, le esenzioni non devono estendersi alla revocatoria ordinaria. Gli autori abbracciano la convinzione che comunque tale orientamento, anche qualora venisse avallato, riguarderebbe esclusivamente l'azione revocatoria esercitata dal curatore in sede fallimentare *ex art.* 66 l.f. generando così l'insensato effetto di offrire maggior tutela a quei creditori che abbiano promosso l'azione in via individuale prima del fallimento.

⁵⁵ L'art. 10 del d. lgs. n. 122/2005 ha introdotto, a pochi mesi dal D.L. 35/2005, una nuova esenzione in favore degli atti di acquisto di immobili da costruire ad uso abitativo, limitandola espressamente all'azione revocatoria prevista dall'art. 67 l. fall., quindi con una costruzione analoga a quella dell'art. 67, co. 4 l.f.

⁵⁶ A favore di un'interpretazione ristretta appare B. MELI, *La revocatoria fallimentare: profili generali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2010, p. 126 il quale ritiene che le ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 67 l.f. riguardino esclusivamente atti che, se non esentati, ricadrebbero fra quelli del 2° comma; mentre la revoca degli atti anormali sarebbe rimasta invariata nella sostanza.

4.2 (segue) *La teoria estensiva*

I sostenitori della cd. teoria estensiva partendo da un'interpretazione letterale del riformato terzo comma, osservano che riferendosi questo alla generica "azione revocatoria", esso abbia inteso esonerare da tutte le azioni astrattamente esercitabili; interpretazione, questa, che verrebbe corroborata dal diverso tenore del successivo quarto comma che delimita esplicitamente l'ambito di applicazione delle "vecchie" esenzioni⁵⁷.

Quanto al rapporto con le altre disposizioni della legge fallimentare, le esenzioni vengono ritenute applicabili anche agli artt. 64 e 65 sull'assunto che ormai da tempo, tanto la giurisprudenza,⁵⁸ quanto il legislatore,⁵⁹ utilizzino la nozione di revocabilità in termini ampi, facendovi rientrare tutti gli atti pregiudizievoli ai creditori e quindi anche quelli sanzionati con l'inefficacia⁶⁰.

Con riferimento alla revocatoria ordinaria, l'estensione di tali fattispecie viene dilatata fino a ricomprendere tanto l'azione esercitata dal curatore all'interno del fallimento *ex art. 66 l.fall.*, quanto quella promossa dal creditore prima del

⁵⁷ Come opportunamente osservato, non può essere dato un peso eccessivo al dato testuale, se non altro a causa delle ripetute incongruenze e imperfezioni tecniche di cui il legislatore della riforma ha riempito le disposizioni introdotte. Così S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Lineamenti di diritto fallimentare*, cit., p. 87.

⁵⁸ V. Cass. 11 aprile 2001, n. 5369, in *Fallimento*, 2002, p. 69 dove si afferma che l'omologazione del concordato fallimentare produce l'improponibilità e l'improseguibilità delle azioni revocatorie promosse dalla curatela ai sensi degli artt. 64 e 67 l.f.; ancora Cass. 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2584 che si riferisce alla "revocatoria fallimentare a norma dell'art. 64 l.fall."

⁵⁹ Cfr. rubrica art. 49 d.lgs. n. 270/1999 e art. 6 D.L. n. 354/03.

⁶⁰ Per un'interpretazione estensiva limitata però alla sola revocatoria ordinaria, si veda B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 209 secondo il quale "devono ritenersi applicabili alle operazioni esentate, le previsioni di inefficacia di cui agli artt. 64 e 65 l. fall., atteso che esse non possono, in termini tecnici, definirsi fattispecie di revoca".

fallimento ai sensi dell'art. 2901 c.c. (sul rapporto fra esenzioni e azione revocatoria ordinaria v. *infra*, § 5)⁶¹.

4.3 *Eccessi delle teorie e loro critica*

Prima di esporre una possibile interpretazione alternativa elaborata e accolta da parte della dottrina, sembra opportuno soffermarsi sulle ragioni che portano a ritenere le diverse soluzioni prospettate non risolutive della *vexata quaestio*.

Entrambe sono supportate da solide argomentazioni che rispecchiano differenti scuole giuridiche di pensiero ma, allo stesso tempo, adottano posizioni per così dire “assolutistiche” che rischiano di pregiudicare le modifiche apportate dalla riforma.

La cd. teoria restrittiva si mostra come quella dotata di minor forza persuasiva perché, se per un verso rifugge dagli eccessi cercando di limitare il peso delle esenzioni alla luce della constatata dipartita delle revocatorie, dall'altro appare eccessivamente moderata nella tutela offerta agli atti da esentare.

In particolare riduce o quasi impedisce ai tentativi di salvataggio dell'impresa di ottenere l'appoggio necessario per divenire realmente appetibili; soprattutto qualora si accolga quella soluzione ancor più riduttiva che limita ulteriormente l'ambito delle esenzioni al solo art. 67, comma 2, sottraendo così tutta una serie di

⁶¹ Si deve precisare che coloro che ritengo estendibili le esenzioni fino alla revocatoria disciplinata dalle norme del codice civile, fondano tale opinione sul presupposto che la revocatoria *ex art. 66 l.f.* e quella *ex art. 2901 c.c.* siano in realtà la stessa azione; diversamente parte della dottrina ritiene che le esenzioni siano da applicare sì alla revocatoria ordinaria, ma esclusivamente a quella esercitata ai sensi dell'art. 66, azione che si distingue da quella disciplinata dal codice civile in quanto esercitata nell'interesse della massa dei creditori.

operazioni anormali sì, ma giustificate dall'essere funzionali a risanare l'impresa o ad ottimizzarne la ricollocazione⁶².

D'altro canto, l'interpretazione definita "estensiva", se da un lato assicura una qualche certezza alle soluzioni di composizione della crisi e ai rapporti funzionali a consentire l'ordinaria prosecuzione dell'attività d'impresa, dall'altro sembra ricomprendere in maniera smisurata e generica una serie di atti e operazioni che forse il legislatore non intendeva esonerare.

Estendere in maniera incontrollata agli artt. 64 e 65 le fattispecie di esenzione, rischia di offrire riparo dal raggio della revocatoria ad atti – in particolar modo a quelli gratuiti di cui alla prima delle due norme – che forse, anche se dotati di una qualche utilità astratta, certo non rientrano nel novero degli atti usualmente posti in essere dall'imprenditore nella sua attività di impresa⁶³.

Appare quindi evidente come non sia agevole trovare una soluzione interpretativa unitaria applicabile a tutte le ipotesi di esenzione; considerazione che ben si comprende ove si consideri la già evidenziata mancanza di un disegno omogeneo sottostante alle esenzioni di cui all'art. 67, comma 3.

4.4 L'interpretazione "intermedia" e modulabile in rapporto alle diverse tipologie di atti protetti dalle singole esenzioni

Abbandonando l'equivoco dato letterale, una possibile soluzione sembra individuabile nella *ratio* delle esenzioni, valutando il grado di compatibilità di

⁶² In questo senso G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, cit., p. 16.

⁶³ Cfr. N. ABRIANI – L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della "novissima" revocatoria delle rimesse bancarie*, cit., p. 380. Si veda anche D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163.

queste con l'impianto revocatorio. Si è dell'avviso che solo in questo modo sarà possibile arrivare a individuare un giustificato ambito di applicazione, più o meno esteso, sulla base della diversa tipologia di atti posti in essere.

Occorre innanzitutto condividere quell'opinione che raggruppa le esenzioni in base a una più o meno sottesa funzione comune, consentendo di individuare le seguenti categorie⁶⁴:

- esenzioni a protezione di atti funzionali a consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa, di cui alle lett. a), b);
- esenzioni a protezione di atti posti in essere per favorire l'accesso e l'esecuzione di procedure di composizione negoziale della crisi di impresa, di cui alle lett. d), e), g);
- esenzioni volte a tutelare particolari categorie di soggetti in virtù di esigenze di natura sociale, di cui alle lett. c), f).

Per giustificare un diverso trattamento è necessario interrogarsi sulla *ratio* sottostante alle singole esenzioni e, tenendo conto della funzione perseguita dalla norma di esonero, delimitare gli atti che possono astrattamente rientrare nel suo ambito applicativo.

Quanto agli atti rientranti nelle esenzioni *sub* lett. c) e f) previste a tutela di istanze di natura sociale, del tutto irrilevante appare la questione rispetto alla disciplina contenuta all'art. 64 che risulta incompatibile con l'istituto di compravendita e i pagamenti per prestazioni lavorative.

⁶⁴ Sul punto si veda G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, cit., p. 16. Si deve precisare che questa classificazione non è da tutti adottata: si veda P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 412 secondo i quali le esenzioni di cui alla lett. a), b), f) sarebbero funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa mentre quelle *ex* lett. d), e), g) sarebbero strumentali per contrastare la crisi d'impresa.

Forti perplessità riguardano il rapporto con il successivo art. 65 in ordine alla possibilità di rendere non revocabili pagamenti anticipati di prestazioni corrispettive; infatti se da un lato si potrebbe configurare un trattamento diversificato proprio fra gli stessi lavoratori e collaboratori, dall'altro la stessa connotazione sociale di queste esenzioni sembra poter spingere l'ambito di applicazione fino al punto di tutelare un soggetto il cui credito non sia ancora scaduto, pur non rientrando all'interno di operazioni *sub* lett. d) o e) che potrebbero trarre beneficio dall'estinzione anticipata di un credito di questa natura.

Rispetto all'art. 67 si ritiene eccessivo estendere le esenzioni in esame in maniera indiscriminata all'intero disposto del primo comma e, in particolare, all'ipotesi del comma 1, n. 1), non trovando giustificazione una sproporzione di oltre un quarto nella *ratio* della norma⁶⁵; così, ancora, non si ritengono applicabili le esenzioni alle ipotesi di cui ai numeri 3) e 4) in quanto concernenti garanzie e non pagamenti. Diversamente sono da ritenere sottratti alla revocatoria eventuali pagamenti di cui al n. 2), effettuati dall'imprenditore con mezzi anomali, soprattutto nel caso di pagamenti a favore di dipendenti e collaboratori⁶⁶.

Quanto alle esenzioni di cui alle lett. a) e b), individuata la *ratio* nel consentire la prosecuzione dell'ordinaria attività evitando l'isolamento dell'impresa, l'ambito

⁶⁵ Si pensi al caso del collaboratore che riceve un pagamento che eccede, di oltre un quarto, il reale valore della prestazione eseguita ovvero il caso dell'immobile alienato dal debitore-fallito per un prezzo notevolmente inferiore. Queste operazioni mentre potrebbero trovare una protezione qualora poste in essere all'interno di soluzioni alternative al fallimento in un'ottica di risoluzione della crisi o di migliore liquidazione, difficilmente avrebbero ragione di essere tutelate per il solo fatto di essere disposte in favore di soggetti "deboli".

⁶⁶ Diversamente G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, cit., p. 18 che ritiene le fattispecie di cui all'art. 67, co. 3, lett. c) ed f) applicabili, indiscriminatamente, a tutte le ipotesi dell'art. 67, nonché a quella contemplata dall'art. 65.

di queste deve essere mantenuto entro confini più ristretti rispetto ad una generica estensione, potendosi escludere, in quanto ancora una volta incompatibile, l'art. 64 l. fall.

Con particolare riferimento all'esenzione di cui alla lett. a) – oggetto di analisi del prossimo capitolo – questa deve certamente ritenersi esclusa rispetto alle ipotesi di cui all'art. 67, comma 1, numeri 1), 3) e 4) che riguardano tipologie di atti diverse dai pagamenti⁶⁷, mentre rispetto all'ipotesi *sub* n. 2), la ricostruzione proposta dell'esenzione dei pagamenti nei termini d'uso (v. *infra*, cap. II, § 6) induce a escludere l'estensione dell'immunità a modalità solutorie anormali⁶⁸.

L'interpretazione in esame, fondata sulle diverse *rationes* sottostanti alle ipotesi di esenzione, trova la sua più compiuta espressione con riferimento alle esenzioni di cui alle lett. d) ed e) – la lett. g si riferisce espressamente ai soli pagamenti – che sono da ritenere coperte dalla massima estensione configurabile.

Sono due gli elementi in favore di una tale copertura: da un lato, è la stessa lettera della legge che, oltre ai pagamenti, richiama espressamente anche atti e garanzie; dall'altro, queste fattispecie sono dirette a sottrarre alla revocatoria gli atti compiuti in esecuzione di tentativi di salvataggio dell'impresa e, se fossero protetti i soli atti di cui al secondo comma dell'art. 67, si renderebbero poco appetibili le stesse procedure di composizione della crisi⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), Bologna, 2006, p. 1010.

⁶⁸ Diversamente G. B. NARDECCHIA, *op. cit.*, il quale esclude un'interpretazione delle esenzioni che si estenda all'art. 65 ed all'art. 67, co. 1.

⁶⁹ All'interno di strumenti quali accordi di ristrutturazione o piani di risanamento attestati, può apparire del tutto razionale, e funzionale al buon esito di queste operazioni, porre in essere atti rientranti nell'art. 67, co. 1, così come, ad esempio, estinguere in via anticipata debiti particolarmente onerosi che dovrebbero cadere sotto la disciplina dell'art. 65 l.f.; cfr. G. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, cit., p. 638. Sul punto si veda anche *infra*, cap. III, § 6.

Questa scelta interpretativa, più vicina alla *ratio* ispiratrice della riforma e avallata da parte della dottrina⁷⁰, sembrerebbe percorribile anche in considerazione dei particolari meccanismi posti a controllo delle stesse procedure in esecuzione delle quali gli atti esentanti sono disposti.

A conclusione di quanto esposto si deve opportunamente osservare che anche questo orientamento non è esente da critiche; autorevole dottrina osserva infatti che una simile impostazione, fondata su “trattamenti differenziati”, non trova alcun riscontro nel tenore letterale della norma che esenta tutti gli atti da essa elencati⁷¹.

5. Il rapporto fra esenzioni e azione revocatoria ordinaria.

All'interno della complessa questione inerente l'ampiezza del catalogo di esenzioni si colloca il rapporto fra queste e l'azione revocatoria ordinaria.

Gli interpreti, lungi dall'aver trovato una soluzione unanime, si interrogano sulla possibilità di estendere le esenzioni all'azione revocatoria ordinaria e, in via eventuale, a quella promossa fuori dalla sede fallimentare.

Una premessa appare opportuna.

La legge fallimentare, all'art. 51, sancisce il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali dal giorno della dichiarazione di fallimento; da tale momento

⁷⁰ Per interpretazioni differenti, ma accomunate dall'essere fondate sulla diversa tipologia di atti sottostanti, si veda N. ABRIANI – L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della “novissima” revocatoria delle rimesse bancarie*, cit. p. 380; D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163; G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, cit., p. 18.

⁷¹ In questo senso S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 218.

l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria in sede fallimentare è pertanto preclusa al singolo creditore. L'art. 66 della stessa legge legittima il curatore a promuovere l'azione revocatoria ordinaria – notoriamente fondata su una connotazione indennitaria⁷² – secondo le norme del codice civile di cui agli artt. 2901 ss.

Da questa premessa si evince come l'intera questione assuma rilevanza non solo rispetto all'azione esercitata prima della dichiarazione di fallimento dai singoli creditori e a quella promossa dal curatore ai sensi dell'art. 66 ma, prima ancora, rilevi nei confronti di quei soli atti astrattamente assoggettabili ad azione revocatoria ordinaria, in quanto idonei a configurare un danno ai creditori⁷³. È allora con principale riferimento alle esenzioni collegate agli strumenti di composizione della crisi di impresa che si dovrà valutare l'eventuale estensione

⁷² Il curatore può avere interesse a promuovere l'azione revocatoria ordinaria quando non ricorrano i presupposti sostanziali o temporali per l'esercizio di quella fallimentare. L'azione revocatoria ordinaria consente al creditore di far dichiarare inefficaci nei suoi confronti atti di disposizione del patrimonio “*con i quali il debitore rechi un pregiudizio alle sue ragioni*”. La revocatoria ordinaria esige tre elementi essenziali: l'atto di disposizione del debitore sul patrimonio, l'elemento soggettivo (che nel caso di atti a titolo gratuito consiste nella consapevolezza da parte del terzo beneficiario che l'atto comporti un pregiudizio per i creditori ovvero, nell'ipotesi di atto a titolo oneroso, nella cd. *participatio fraudis* da intendersi come dolosa partecipazione del terzo nel comportamento dannoso ai creditori) e, infine, *l'eventus damni*. Il profilo indennitario si coglie proprio nel presupposto oggettivo dove il danno, arrecato dall'atto dispositivo, si configura come requisito imprescindibile che può essere sia attuale che potenziale come nel caso in cui, a seguito del compimento dell'atto, il patrimonio del debitore sia divenuto insufficiente quantitativamente o qualitativamente. Cfr. S. FORTUNATO, *La natura dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. Profili generali*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 3.

⁷³ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, cit., p. 1050 il quale riporta come alcune esenzioni dell'art. 67, comma 3, introdotte dalla riforma, riguardino pagamenti che, in quanto tali, sono impugnabili esclusivamente con azione revocatoria fallimentare [pagamenti di beni e servizi di cui alla lett. a); rimesse effettuate su conto corrente bancario di cui alla lett. b); pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro di cui alla lett. f); pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di concordato preventivo ai sensi della lett. g).

alla revocatoria ordinaria poiché, tali fattispecie, possono ricomprendere anche atti rientranti nell'art. 67, comma 1 e quindi potenzialmente pregiudizievoli ai creditori⁷⁴.

5.1 L'estensione delle fattispecie di esenzione alla revocatoria ordinaria promossa dal curatore in sede fallimentare ex art. 66 l. fall.

Già si è detto (v. *supra*, § 4.2) come, seguendo l'orientamento per cui l'ambito di applicazione deve essere confrontato con la *ratio* sottostante al regime delle esenzioni, gli atti rientranti nelle fattispecie di cui alle lett. d) ed e) del terzo comma dell'art. 67 l. fall. siano da considerare soggetti a una più ampia tutela.

L'opportunità di riconoscere una maggiore estensione a queste fattispecie di esenzione porta a guardare con favore quegli orientamenti che ipotizzano l'applicazione delle norme esonerative anche all'azione revocatoria promossa dal curatore ex art. 66 l. fall.

A favore di una simile ricostruzione, alcuni autori evidenziano sotto più punti l'irrazionalità di un'eventuale soluzione contraria. In primo luogo, esentare determinati atti dalla revocatoria fallimentare ma non da quella ordinaria significherebbe riconoscere maggiore rigidità alla disciplina civilistica dell'istituto rispetto a quella fallimentare, contrastando così il conclamato rigore della

⁷⁴ Di opinione contraria G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 857 che ritiene che le esenzioni debbano applicarsi alla sola revocatoria fallimentare sia per la diversità fra le due azioni, sia per la *sedes materiae* delle esenzioni stesse. Inoltre l'autore ritiene che gli atti di cui alle lett. a), b), d), e), g) non siano aggredibili con la revocatoria ordinaria dato che l'art. 2901, co. 3, c.c. esclude che siano revocabili pagamenti di debiti scaduti.

procedura concorsuale⁷⁵; in secondo luogo, si osserva che assoggettare a revocatoria ordinaria gli atti previsti dal terzo comma finirebbe per svilire l'intervento del riformatore, intervenuto proprio per favorire la realizzazione di determinate operazioni⁷⁶.

Ancora, nel momento in cui ha previsto specifiche ipotesi di esenzione, il legislatore fallimentare ha effettuato una valutazione delle caratteristiche proprie di certe fattispecie e del rapporto di queste con l'interesse dei creditori; valutazione da considerarsi unitaria e non inficiabile dall'interprete richiamando la diversità degli strumenti processuali⁷⁷.

Sulla base di queste considerazioni si ritengono sussistere sufficienti ragioni per ipotizzare l'estensione delle esenzioni anche l'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 66. Se così non fosse, nell'eventuale fallimento succeduto ad un infruttuoso tentativo di composizione della crisi, pagamenti, garanzie e ulteriori atti realizzati in esecuzione di tale procedura e del tutto rientranti nei canoni di tipicità della stessa potrebbero essere aggrediti attraverso la revocatoria ordinaria esercitata dalla curatela. La *ratio* stessa delle esenzioni in questione ne uscirebbe svilita con inevitabili ricadute sul piano dell'accettazione, da parte dei terzi, degli stessi strumenti di composizione della crisi⁷⁸.

⁷⁵ Così G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, cit., p. 42.

⁷⁶ In questo senso L. GUGLIELMUCCI, *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, cit., p. 1050 secondo il quale un'interpretazione che non estende alla revocatoria ordinaria le esenzioni, finirebbe con il "far rientrare dalla finestra ciò che si è voluto far uscire dalla porta". Ancora a favore di un'interpretazione estensiva S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 87.

⁷⁷ Così, ancora, G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁸ Di questa opinione sembra essere G. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni del nuovo art. 67 l. fall.*, cit., p. 640 che pur riconoscendo le difficoltà

5.2 *La revocatoria ordinaria esercitata dal curatore e l'azione promossa dai singoli creditori al di fuori del fallimento*

Ritenute estendibili le esenzioni all'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 66 l. fall., si deve verificare se tali fattispecie rendano immuni gli atti anche dalla revocatoria ordinaria promossa, *ex art. 2901c.c.*, dai singoli creditori al di fuori del fallimento.

Secondo parte della dottrina la questione non dovrebbe porsi, non potendo le esenzioni interessare in alcun modo l'azione esercitata prima e fuori del fallimento dai singoli creditori⁷⁹.

A ben guardare, la questione sembra avere una qualche rilevanza e si tratta di capire cosa comporti, sul piano pratico, esonerare determinati atti dalla revocatoria promossa dal curatore *ex art. 66 l. fall.*, ma non dall'azione prevista dal codice civile.

interpretative che scaturiscono dalla contorta formulazione, ritiene preferibile incoraggiare le procedure alternative alla liquidazione fallimentare delle imprese.

Per un'interpretazione restrittiva che non si estende fino ed anche alla revocatoria ordinaria, si rimanda a quanto già detto (v. *supra*, § 4.1), dovendo precisare che, così come non si ritiene risolutivo il dato letterale che condurrebbe ad estendere la portata delle esenzioni in maniera indiscriminata anche all'azione revocatoria ordinaria, parimenti non si ritiene di poter condividere l'interpretazione opposta fondata sul fatto che il legislatore, collocando le esenzioni all'interno dell'art. 67 l. fall., avrebbe implicitamente inteso limitarne l'ambito di applicazione alla norma stessa. Tralasciando le interpretazioni fondate su una poco chiara tecnica di elaborazione legislativa, si ritiene di poter aderire a quell'interpretazione il cui approccio si fonda sulla funzione perseguita da quelle stesse esenzioni a favore di atti che sono potenzialmente riconducibili nel raggio di azione dell'azione revocatoria ordinaria. In questo senso, si vedano L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 1044; G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, p. 14; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 857.

⁷⁹ È questa l'opinione di D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163. Dello stesso parere E. SABATELLI, *La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, VI, p. 1017 la quale ritiene che, essendo presupposto della revocatoria ordinaria un intento fraudolento del quale il creditore è partecipe, sarebbe assurdo ritenere che il legislatore abbia inteso accordare una tutela indiretta ad atti con consentono di realizzare un vantaggio mediante la frode.

In primo luogo, una simile interpretazione finirebbe per condurre all'insensato (e già evidenziato) risultato di assoggettare gli atti in questione a una disciplina extra fallimentare più severa rispetto a quella applicata all'interno del fallimento⁸⁰.

Un secondo e più rilevante aspetto deriva dal fatto che una siffatta impostazione renderebbe improcedibile l'azione revocatoria promossa dal singolo creditore nel caso in cui dovesse sopraggiungere una dichiarazione di fallimento⁸¹.

Accogliendo l'interpretazione per cui le esenzioni si estendono alla revocatoria ordinaria promossa dal curatore ma non a quella esercitata dai singoli creditori, vi è il rischio di configurare una disparità di trattamento capace di ledere il "principio di strumentalità del processo" garantito dall'art. 24 della Costituzione⁸². Tale principio è salvaguardato dall'omogeneità funzionale che unisce le due azioni ma verrebbe meno nel caso in cui all'azione promossa nel fallimento si opponessero limitazioni non previste in sede extra concorsuale. Secondo un noto orientamento⁸³, il legislatore attraverso l'art. 66 l. fall. avrebbe

⁸⁰ Così S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 216. Dello stesso parere N. ABRIANI – L. QUAGLIOTTI, *An e quantum della "novissima" revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, IV, p. 380 i quali ritengono, però, che sia proprio questo irrazionale risultato a dover far astenere l'interprete dallo spingersi fino a considerare le esenzioni applicabili alla revocatoria ordinaria esercitata dal curatore in sede fallimentare ai sensi dell'art. 66 l. fall., non potendo comunque ricomprendervi l'azione promossa dai singoli creditori prima del fallimento.

⁸¹ In tal senso, ancora, S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *op. cit.*, p. 216.

⁸² Secondo il principio di strumentalità, la cui più completa definizione si deve a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, p. 39, "il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire".

⁸³ L'azione esperibile dal curatore si discosterebbe unicamente sul piano processuale dove la legittimazione attiva spetta al curatore a vantaggio di tutti i creditori e la competenza, diversamente da quanto accade per l'azione proposta in sede civile, è del Tribunale fallimentare. Sul piano sostanziale si genera, quale unico effetto, che l'azione ordinaria da strumento di difesa individuale diverrebbe strumento di difesa collettiva, Cfr. C. CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 391. Questo orientamento ha incontrato più volte il favore della giurisprudenza di legittimità, infatti come affermato da Cass. 5 dicembre 2003, n. 18607 "Questa corte ha già avuto modo di affermare che l'azione

inteso importare in sede fallimentare la stessa azione che, prima della dichiarazione di fallimento, i singoli creditori possono esercitare contro gli atti fraudolentemente compiuti dal debitore⁸⁴.

5.3 La possibilità di compiere una scelta unitaria. L'estensione delle immunità anche alla revocatoria esercitata in sede civile

Alla luce di queste considerazioni sembra preferibile scartare un'interpretazione "parziale", che limita l'impatto delle esenzioni alla sola azione promossa dal curatore, ritenendo che la questione possa essere risolta soltanto mediante una soluzione unitaria, valida sia nell'ipotesi in cui la revocatoria sia esperita dal singolo creditore, sia nel caso in cui sia esercitata in via sostitutiva dal curatore⁸⁵.

Pertanto, individuate le fattispecie che esonerano tipologie di atti astrattamente assoggettabili a revocatoria ordinaria, le possibili soluzioni sono due: o si applicano le esenzioni indistintamente, tanto alla revocatoria ordinaria esercitata

revocatoria ordinaria, esercitata dal curatore a norma dell'art. 66 legge fallimentare, si identifica con quella che i singoli creditori, prima della dichiarazione di fallimento, avrebbero potuto esperire, a norma degli artt. 2901 e segg. cod. civ. (...)" ; si veda anche Cass. 8 settembre 2005, n. 17943, "al litisconsorzio necessario previsto dal sistema ordinario, che richiede la presenza in giudizio del creditore istante, del terzo e del debitore, si sostituisce, nel sistema fallimentare, il curatore, sia come sostituto processuale della massa dei creditori, privati della legittimazione ad iniziare e proseguire l'azione per tutta la durata della procedura fallimentare, sia come sostituto processuale del debitore fallito, il quale ai sensi dell'art. 43 l.f. perde la capacità di stare in giudizio rispetto ai rapporti patrimoniali compresi o da inserire nel fallimento."

⁸⁴ Non si porrebbero problemi di conflittualità laddove si considerasse, come autorevolmente sostenuto, che l'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore e l'azione promossa dai singoli creditori prima del fallimento siano in realtà due azioni differenti. Secondo un diverso orientamento l'azione revocatoria ordinaria promossa ex art. 66 l.f. si trasformerebbe radicalmente rispetto all'azione *pauliana*, mutando nei suoi presupposti processuali e sostanziali ed avvicinandosi di fatto alla revocatoria fallimentare. Sul punto si veda, ancora, C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 393; per una disamina sulle contrastanti teorie elaborate in materia si veda G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 113.

⁸⁵ È questa l'interpretazione proposta da G. B. NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l.fall.*, cit., p. 20.

dal curatore quanto a quella promossa dal singolo creditore prima del fallimento, oppure – ed è questa la soluzione che sarebbe preferibile evitare, in quanto svilente la funzione delle stesse fattispecie esonerative – le esenzioni non si estendono fino e anche alla revocatoria ordinaria, in qualunque sede esercitata.

Il fatto che sia preferibile individuare una soluzione unitaria non comporta che questa debba poi essere indistintamente applicata a tutte le ipotesi di esenzione; del resto, così come si ritiene di poter adattare l'estensione delle esenzioni con riferimento agli artt. 65 e 67, comma 1, allo stesso modo, seppur con le dovute considerazioni del caso, si ritiene opportuno fare in rapporto alla revocatoria ordinaria⁸⁶.

Sulla base di quanto osservato una possibile soluzione interpretativa potrebbe consistere nel ritenere esclusa, rispetto agli atti esentati ai sensi dell'art. 67, co. 3, lett. d) ed e) funzionali all'esecuzione dei piani di risanamento, di accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo, la possibilità di esercitare l'azione revocatoria ordinaria tanto da parte del curatore quanto del singolo creditore prima del fallimento.

Il carattere astrattamente pregiudizievole degli atti spesso adottati in attuazione di queste "procedure", rischierebbe di vanificarne l'accesso qualora l'ombra della revocatoria (ordinaria) tornasse a tormentare la stabilità delle operazioni compiute.

⁸⁶ È di questa opinione G. TERRANOVA, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, cit., p. 297.

6. Il regime delle esenzioni nel sistema fallimentare

All'indomani della riforma, in molti avevano predetto che l'eclissi della revocatoria sarebbe stata la naturale conseguenza di un sistema ormai connotato proprio da un'ampia cultura "antirevocatoria"⁸⁷ e, a distanza di quasi dieci anni dall'intervento riformatore, l'azione revocatoria fallimentare ha ridotto drasticamente il proprio impatto all'interno dei tribunali⁸⁸. Un dato di cui peraltro non è possibile disinteressarsi è che dall'essere considerati uno dei paesi col più alto tasso di revocabilità siamo passati nell'arco di poco tempo a essere uno dei paesi con la più bassa repressione di atti fraudolenti⁸⁹.

Già si è detto delle principali cause che hanno portato il legislatore della riforma a intervenire in un'ottica di depotenziamento della revocatoria, evidenziando come all'obiettivo di ridimensionamento dell'istituto stesso si affiancasse un auspicato intervento in termini di certezza dei traffici commerciali. Accanto alle rimostranze degli istituti di credito a fronte dell'espansione raggiunta dalla revocatoria in materia di rimesse in conto corrente, si aggiungevano infatti le constatazioni di chi asseriva che la rigidità del sistema si propagasse fino e anche agli altri paesi, facendo così desistere gli operatori dell'investire nei nostri mercati.

La riforma del 2005 ha certamente operato in tal senso e sebbene sia da riconoscere quale causa principale (ancorché non esclusiva) della scomparsa della

⁸⁷ In questo senso M. FABIANI, *L'alfabeto delle nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 584.

⁸⁸ Una ricerca condotta dall'Osservatorio e riportata in S. BONFATTI – G. FALCONE, *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, Milano, 2008, p. 35 evidenziava una riduzione dell'esercizio delle azioni revocatorie all'interno della quasi totalità dei tribunali intervistati: Tribunale di Bari (100%), Tribunale di Milano (99%), Tribunale di Roma (90%), Tribunali di Firenze e Prato (80%)

⁸⁹ Cfr. M. FABIANI, *L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 397.

revocatoria il dimezzamento del periodo sospetto – finito con l’essere assorbito dalle tempistiche istruttorie – non può disconoscersi l’impatto che le nuove fattispecie di esenzione hanno sul sistema revocatorio.

La portata del catalogo di esenzioni di cui all’art. 67, comma 3, coadiuvato dall’ampliata estensione delle fattispecie previgenti, sembra spostare gli equilibri nel rapporto fra revocatoria ed esenzioni stesse.

Si deve quindi capire se le esenzioni, così come formulate, si limitino a ridurre l’ambito della revocatoria all’interno di un canonico legame fra regola ed eccezione o se, diversamente, il loro ambito di applicazione e le funzioni a cui sottendono non siano la prova di ben altra realtà.

6.1 L’azione revocatoria nel sistema del 1942 come strumento attuativo della parità di trattamento fra i creditori

A partire dall’adozione della legge fallimentare del 1942 e fino alla sua riforma, l’azione revocatoria è stata il cardine delle procedure fallimentari e questo non solo perché ne costituiva forma di sostentamento ogniqualvolta queste rischiavano di non trovare seguito per mancanza di attivi ma, soprattutto, perché la revocatoria fallimentare costituiva lo strumento emblematico per attuare la *par condicio creditorum*. Essa era il baluardo in difesa di quel principio individuato all’art. 2741 c.c. e in forza del quale, ancora oggi, tutti i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve legittime cause di prelazione⁹⁰.

Il tema della revocatoria rappresenta, all’interno di ogni ordinamento moderno, uno dei punti nevralgici dell’impianto fallimentare, essendo caratterizzata dalla

⁹⁰ Cfr. G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 11.

costante ricerca di un equilibrio tra contrapposte esigenze: protezione dell'imprenditore fallito da un lato, tutela dei creditori dall'altro o, in termini più ampi, del mercato e del sistema economico⁹¹.

Questo principio di parità di trattamento è stato da sempre considerato quale obiettivo di prim'ordine in un'ottica di giustizia redistributiva ma, è proprio perseguendo in maniera talvolta cieca e irreprensibile tale scopo che il sistema ha finito per ledere ulteriori e altrettanto meritori valori: la certezza e la stabilità dei rapporti, la prosecuzione dell'attività di impresa.

Degli eccessi e dell'inadeguatezze dell'istituto in epoca passata si è già dato conto, così come del fatto che questo sia praticamente scomparso dal panorama fallimentare; si vuole adesso precisare che vi è motivo di ritenere che le fattispecie di esenzione costituiscano in realtà l'aspetto di un fenomeno ben più profondo e radicato: la progressiva erosione della *par condicio* a beneficio di ulteriori ed attuali valori.

6.2 Le esenzioni come bilanciamento dei valori: dalla par condicio creditorum alla prosecuzione dell'attività d'impresa

Volgendo lo sguardo alla storia della revocatoria, un punto di svolta alla sua consacrazione quale mezzo a salvaguardia del principio della *par condicio* è ascrivibile all'affermarsi, a partire da una serie di pronunce⁹², della cd. teoria redistributiva dell'azione revocatoria in forza della quale, come è noto, il danno

⁹¹ In questi termini S. A. CERRATO, *Appunti sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in Giur. it., 2006, XIII-IX, p. 1772.

⁹² Indirizzo interpretativo aperto da Cass., 20 settembre 1991 n. 9853 e poi seguito da Cass., 16 settembre 1992 n. 10570; 12 novembre 1996 n. 9908; 19 febbraio 1999 n. 1390; 12 gennaio 2001 n. 403; 14 novembre 2003 n. 17189.

della massa è considerato *in re ipsa*, ovvero presunto in via assoluta e consistetene nella pura e semplice lesione della *par condicio creditorum*.

A partire da questa impostazione, nel momento in cui un soggetto veniva a conoscenza della presunta situazione di insolvenza in cui verteva l'imprenditore, doveva astenersi dall'intrattenere qualsiasi forma di rapporto onde evitare che gli atti posti in essere potessero cadere sotto "i colpi" della revocatoria fallimentare; a questo punto, l'impresa oramai in completo isolamento, si sarebbe dovuta avviare verso il fallimento, il tutto in perfetta armonia con l'impianto delineato nel 1942⁹³. Senonché, non essendo l'insolvenza un elemento "*istantaneo e oggettivamente misurabile*"⁹⁴, il terzo poteva, in maniera del tutto (o quasi) ignara, continuare ad intrattenere rapporti sulla base di atti privi di un danno estrinseco che però, una volta dichiarato il fallimento dell'imprenditore, venivano di fatto revocati sulla base dell'asserita violazione della *par condicio creditorum*.

Le conseguenze di una simile concezione hanno avuto un ruolo determinante nella selezione operata dal legislatore in ordine alle nuove ipotesi di esenzione; non stupisce pertanto come molte di queste siano accumulate dalla condivisa *ratio* volta a consentire la prosecuzione dell'attività di impresa o, ancora, ad agevolare soluzioni di risanamento, ristrutturazione o miglior ricollocazione dell'impresa.

⁹³ Il sistema delineato dal legislatore del 1942 era essenzialmente diretto alla liquidazione dell'impresa insolvente e a garantire una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore. In una procedura improntata a certi parametri, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento. Nella stessa "*Relazione illustrativa alla delega al Governo in materia di riforma organica delle procedure concorsuali*" si ritiene che la procedura fallimentare risulti ormai inadeguata alle finalità che l'evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali).

⁹⁴ Sul punto si veda L. STANGHELLINI, *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, cit., p. 88.

La “sopravvivenza” dell’impresa è oggi un valore di cui l’ordinamento non può non tener conto e il legislatore della riforma sembra averne presto atto⁹⁵.

Nel momento in cui l’imprenditore effettua un pagamento a favore di un fornitore, “*nell’esercizio dell’attività d’impresa e nei termini d’uso*” – pur se nell’arco dei sei mesi antecedenti alla dichiarazione di fallimento e con la consapevolezza dello stesso fornitore circa lo stato di insolvenza – l’ordinamento ritiene che tale atto debba essere sottratto alla disciplina della revocatoria. Siamo in presenza di un meccanismo che opera quale evidente lesione del principio della *par condicio*, ciò nonostante l’operazione è del tutto legittima in quanto il legislatore ha ritenuto giusto favorire la continuazione dell’attività d’impresa. Certamente si dovrà valutare quanto ampie siano le maglie del disposto di cui alla lett. a) al fine di determinare quali atti siano in concreto riconducibili sotto lo schermo dell’esenzione ma, al di là di questo, pochi dubbi possono trasparire dal fatto che in questo caso il legislatore abbia inteso tutelare la prosecuzione dell’attività. Analogo ragionamento deve essere compiuto per tutte le altre ipotesi di esenzione dove, per tutelare differenti valori, il legislatore ha voluto disattendere il principio di parità di trattamento fra i creditori. Così, a questo punto, prendendo in considerazione gli atti potenzialmente riconducibili alle esenzioni di cui alle lett. d) ed e), e alla luce dell’interpretazione suggerita circa l’ambito di applicazione (v. *supra*, § 4.4), risulta evidente come le possibili operazioni favorite a scapito della *par condicio creditorum* tendano a moltiplicarsi esponenzialmente.

⁹⁵ Sulla centralità del valore della conservazione dell’impresa, si veda A. PATTI, *Natura dell’azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Fallimento*, 2006, X, p. 1138.

6.3 *La progressiva erosione della par condicio*

Le ipotesi di esenzione non sono testimoni solitarie di un fenomeno di cambiamento attorno al ruolo della *par condicio*. D'altronde l'attenuazione della parità di trattamento tra i creditori sembra aver costituito il *leitmotiv* dell'intera riforma iniziata ad opera del D. L. n. 35/2005⁹⁶ e proseguita con i successivi interventi, alcuni dei quali di ultimissima battuta⁹⁷. La crisi della parità di trattamento è riconducibile a fattori tanto esterni (si pensi alla proliferazione dei privilegi che ha allargato notevolmente l'ambito di eccezione alla *par condicio*), quanto interni alle procedure concorsuali⁹⁸. Quanto a questi ultimi, si pensi al meccanismo della prededuzione, alla possibilità di differenziare i creditori in classi nel concordato preventivo⁹⁹ e nel concordato fallimentare¹⁰⁰ o, ancora, alla modifica apportata dal D. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ha eliminato il potere del tribunale fallimentare di dichiarare il fallimento d'ufficio¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. E. SABATELLI, *La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare*, cit., p. 989.

⁹⁷ L'art. 182-*quinquies*, co. 4, introdotto dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, consente al debitore che presenta una domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, di ottenere l'autorizzazione a pagare debiti pregressi per ottenere le prestazioni di beni o servizi.

⁹⁸ Sul punto si veda P. G. JAEGER, "*Par condicio creditorum*", in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88.

⁹⁹ Art. 160, lett. c), d) l. fall., come modificato dall'art. 2 D.L. n.35/2005.

¹⁰⁰ Art. 124, co. 2, lett. a), b) l. fall., come modificato dall'art. 114 D.lgs. n.5/2006.

¹⁰¹ L'art. 4 del d.lgs. n. 5/2006 ha modificato l'art. 6 l.f. che attualmente prevede che il fallimento possa essere dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero. Sulla modifica si è espresso G. TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, cit., p. 12, secondo il quale l'eliminazione della dichiarazione d'ufficio provoca la conseguenza "di impedire l'avvio della procedura ogni qual volta il creditore istante sia stato soddisfatto o abbia semplicemente rinunciato al ricorso (sempre che, nel frattempo, non sia intervenuto in giudizio il pubblico ministero)". Così facendo il fallimento, insieme a tutti i suoi strumenti funzionali ad attuare la *par condicio*, sembra essere divenuto uno strumento sussidiario a cui si ricorre quando i soggetti interessati non riescono a trovare una soluzione alternativa.

È proprio all'interno di questo processo di profonde trasformazioni economiche e sociali che devono essere valutate le esenzioni dalla revocatoria; esenzioni il cui ambito applicativo porta inevitabilmente a mettere in discussione la centralità dell'azione revocatoria quale strumento di attuazione di un principio che, lungi dall'essere divenuto irrilevante, appare, oggi, ridimensionato da altrettanto meritevoli interessi¹⁰².

Il tutto non è privo di conseguenze sul piano pratico: si pensi alla natura dell'azione revocatoria o alle ripercussioni sul piano probatorio. Così come non può trascurarsi la posizione di quel creditore che, sprovvisto di privilegi e dei requisiti necessari per beneficiare delle esenzioni, rischierebbe di veder sacrificate le proprie pretese dinanzi ad un sistema esposto a rischi di strumentalizzazione, dovendosi evitare che dietro allo schermo delle esenzioni si celino operazioni di natura fraudolenta, volte ad avvantaggiare quei creditori dotati di maggior peso specifico¹⁰³.

Non può infine trascurarsi che, proprio a ridosso della riforma della legge fallimentare, le Sezioni Unite si sono pronunciate sull'annosa questione della

Si deve precisare che l'art. 7, n. 2 l.f., così come novellato dallo stesso d.lgs. del 2006, bilancia la soppressione dell'iniziativa d'ufficio riconoscendo al pubblico ministero la possibilità di presentare la richiesta di fallimento qualora l'insolvenza sia stata a lui segnalata da un giudice che l'abbia rilevata all'interno di un processo civile.

¹⁰² La questione del rapporto fra revocatoria e *par condicio* a seguito dell'ampliamento delle fattispecie di esenzioni si è posta all'attenzione di più autori. Sul punto, si veda M. FABIANI, *L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali*, cit., p. 395; A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, cit., p. 1136.

¹⁰³ Si veda M. FABIANI, *L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali*, cit., p. 399 il quale osserva come il sistema delineatosi *post* riforma risulti poco attento alla tutela dei diritti di quei creditori che non hanno beneficiato delle "elargizioni erogate dall'imprenditore insolvente".

natura dell'azione revocatoria fallimentare¹⁰⁴, avvalorandone la concezione antindennitaria e dando così nuovo respiro al principio della *par condicio*. Intervento che, comunque, non pone la parola fine ad una tormentata questione, rimessa in discussione proprio in virtù delle esenzioni introdotte.

7. L'effetto delle esenzioni sulla funzione della revocatoria. Tra teoria indennitaria e redistributiva, tra tutela del credito e dei creditori

7.1 Teoria indennitaria e redistributiva a confronto. Cenni

Il contrasto tra natura indennitaria o redistributiva dell'azione ruota attorno al presupposto dell'*eventus damni*.

Secondo la prima di queste teorie, l'atto compiuto dal fallito sarebbe revocabile nel solo caso in cui abbia arrecato un effettivo pregiudizio alla massa dei creditori, identificabile tanto in una vera e propria diminuzione della consistenza patrimoniale dell'imprenditore, quanto in una lesione della *par condicio creditorum*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cass., S.U. 28 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1718 dove si afferma che la revocatoria fallimentare non è correlata alla nozione di danno che emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento, ma alla specialità del sistema fallimentare ispirato all'attuazione del principio della *par condicio creditorum*.

¹⁰⁵ Cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Oggettivazione dell'azione revocatoria fallimentare e sicurezza dei traffici*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, IX, p. 1469. Sul punto si veda anche A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, cit., p. 1137 secondo il quale all'interno della revocatoria fallimentare la nozione di danno si caratterizza per una "maggiore latitudine". Infatti, il generico riferimento al pregiudizio dei creditori consente di ricondurre il danno alla lesione della garanzia patrimoniale (in via del tutto analoga all'azione revocatoria

Secondo la teoria antindennitaria (o redistributiva), il danno non assurgerebbe a presupposto dell'azione revocatoria che finirebbe per trovare applicazione prescindendo dall'accertamento in ordine ad un pregiudizio per i creditori¹⁰⁶. In quest'ottica, l'azione stessa rappresenterebbe un “*effetto (retroattivo) della sentenza dichiarativa di fallimento*”,¹⁰⁷ assolvendo alla funzione di ripartire la perdita – normalmente derivante dall'insolvenza – non solo tra i creditori esistenti al momento della sentenza ma tra una più ampia collettività. Conseguenza di una simile impostazione è la possibilità di colpire non solo gli atti privi di un pregiudizio alle ragioni dei creditori, ma persino quelli che abbiano incrementato il patrimonio del fallito rispetto alla consistenza antecedente al compimento dell'atto¹⁰⁸.

ordinaria) così come alla lesione della *par condicio creditorum* (profilo peculiare della revocatoria fallimentare).

¹⁰⁶ Sulla teoria redistributiva v. *supra*, § 5.2.

¹⁰⁷ In questi termini A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria fallimentare*, cit., p. 151.

¹⁰⁸ Cfr., ancora, A. MAFFEI ALBERTI, *La “funzione” dell'azione revocatoria fallimentare*, cit., p. 362. Secondo F. CORSI, *L'azione revocatoria: dalla natura indennitaria alla tipologia dei pagamenti*, in *Fallimento*, 2004, XI, p. 1181, il principale difetto della teoria antindennitaria, consiste nell'eliminazione di quello che dovrebbe costituire “l'elemento moralizzatore” della revocatoria. L'autore, fa espresso riferimento ai pagamenti, che considera neutrali ma di cui giustifica la revoca in caso di violazione della *par condicio* in ossequio ad un principio di natura morale. E, contestualmente, riporta come esempio il caso in cui, acquistando un bene immobile dal fallendo, il terzo compie un atto pregiudizievole – suscettibile di revocatoria – poiché nel patrimonio del fallito si è sostituito un bene facilmente aggredibile con denaro (che costituisce notoriamente bene di facile occultazione). Tuttavia, nell'ipotesi opposta – in cui è il terzo a vendere al fallendo immettendo nel patrimonio di questi un bene che viene recuperato dal curatore in sede di inventario – il terzo sarà comunque suscettibile di azione revocatoria.

Il dibattito sulla funzione dell'azione revocatoria, ha "tenuto banco" all'interno della giurisprudenza a partire dagli anni '70 del secolo scorso, dando vita a un'altalenante serie di pronunce fra teorie indennitarie¹⁰⁹ e anti-indennitarie¹¹⁰.

Come già anticipato nel precedente paragrafo, chiamate a pronunciarsi in merito alla controversa funzione dell'azione le Sezioni Unite¹¹¹ hanno mostrato il proprio favore alla teoria antindennitaria, riconoscendo nello strumento revocatorio una più ampia connotazione sociale di natura redistributiva volta a realizzare una forma di giustizia sostanziale¹¹².

La pronuncia ha destato reazioni contrastanti all'interno della dottrina, parte della quale aveva accolto con favore le modifiche introdotte dalla riforma, sul presupposto che queste potessero rappresentare la definitiva presa di posizione da parte del legislatore verso un sistema indennitario¹¹³.

¹⁰⁹ Per la necessaria ricorrenza di un danno per la massa dei creditori v. Cass., 16 ottobre 1987, n. 7649, in *Fallimento*, 1988, p. 29; Cass., 28 ottobre 1988, n. 5857, in *Fallimento*, 1989, p. 288.

¹¹⁰ Per la presunzione in via assoluta del danno individuato nella lesione della *par condicio creditorum* v. Cass., 20 settembre 1991, n. 9853, in *Fallimento*, 1992, p. 48; Cass., 16 settembre 1992, n. 10570, in *Fallimento*, 1993, p. 270; Cass., 12 novembre 1996, n. 9908, in *Fallimento*, 1997, p. 692; Cass., 19 febbraio 1999, n. 1390, in *Fallimento*, 1999, p. 911; Cass., 12 gennaio 2001, n. 403, in *Fallimento*, 2001, p. 1324; Cass., 14 novembre 2003, n. 17189, in *Fallimento*, 2004, p. 450.

¹¹¹ Cass. S.U., 28 marzo 2006, n. 7028, cit., p. 1718.

¹¹² Cfr. S. A. CERRATO, *Appunti sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 1772.

¹¹³ In particolare si veda A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, cit., p. 1138 che ritiene la sentenza una "sostanziale sottovalutazione delle rilevanti novità apportate dalla riforma (...)".

7.2 *Le esenzioni in chiave indennitaria e la prospettiva redistributiva delle Sezioni Unite*

Le esenzioni rappresentano il tentativo del legislatore di arginare le passate esuberanze del sistema revocatorio¹¹⁴ potendo, secondo alcuni, celare il più ambizioso progetto di ridisegnare l'impianto revocatorio¹¹⁵.

Per comprendere le ragioni di simili affermazioni occorre partire dal presupposto per cui la fondamentale caratteristica delle azioni revocatorie fallimentari risiede nella capacità di aggredire atti che, del tutto leciti e persino dovuti all'interno dell'ordinamento generale, assumono una connotazione di illegittimità all'interno del più specifico sistema fallimentare¹¹⁶; profilo che, peraltro, appare più marcato quanto più ci si avvicina alla teoria antindennitaria.

Come è stato osservato, le esenzioni dall'azione revocatoria introdotte dalla riforma operano prevalentemente sul piano degli atti dovuti e, in particolare, all'interno dei pagamenti riconducibili al secondo comma dell'art. 67 l. fall., assottigliando così il peculiare tratto che distingue l'azione fallimentare da quella *pauliana*¹¹⁷.

Così, infatti, l'esenzione dei pagamenti effettuati nei termini d'uso si riferisce a pagamenti pienamente dovuti in quanto riferiti a debiti liquidi ed esigibili (il prezzo dei beni o servizi già forniti all'impresa) mentre, all'interno degli atti

¹¹⁴ Sugli eccessi scaturiti dal sistema revocatorio *ante* riforma si rimanda a cap. I, § 2.

¹¹⁵ In questi termini S. FORTUNATO, *Brevi note sulla "filosofia" della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 40. In tono critico M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 852.

¹¹⁶ In questi termini G. LIMITONE, *Le sezioni unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 8. Cfr. anche P. MENTI, *La revocatoria dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2007, V, p. 498.

¹¹⁷ Sul punto si veda, ancora, P. MENTI, *op. cit.*, p. 500.

compiuti in funzione di strumenti di composizione della crisi, rientrano le più disparate tipologie di azioni che, con riferimento all'art. 67, secondo comma, potranno ricomprendere anche gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati.

Nondimeno, provando a volgere lo sguardo anche alle ipotesi non espressamente analizzate all'interno di questo lavoro, è facile desumere come le ulteriori fattispecie vadano a sottrarre alla revocatoria atti o pagamenti riconducibili all'interno degli atti normali.

Alla luce di queste considerazioni è stato ipotizzato come, aldilà di un generico e generalizzato depotenziamento della revocatoria, la riforma abbia inteso rivalutare – se non addirittura ripristinare – la dimensione indennitaria dell'azione, andando a destrutturare quella redistributiva nella sua massima espressione: la revoca di atti di per sé privi di un danno.

Contro un simile lettura – già contestata da parte della dottrina¹¹⁸ – si sono pronunciate le stesse Sezioni Unite che hanno puntualmente riconfermato la funzione redistributiva dell'istituto¹¹⁹. In primo luogo, la Suprema Corte ha ricordato come il riformatore fosse stato ampiamente sensibilizzato sul tema della funzione dell'azione, individuando nella mancata abrogazione della revocabilità dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili l'esplicita scelta di non improntare l'impianto revocatorio in termini indennitari¹²⁰. In secondo luogo, si è osservato

¹¹⁸ Cfr. A. SILVESTRINI, *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, cit., p. 845.

¹¹⁹ Cfr. Cass. S.U., 28 marzo 2006, n. 7028, cit., che rilevava come al legislatore fosse stata presentata una proposta che prevedeva la “rimodulazione di quella norma in senso indennitario ovvero, alternativamente, auspicato un suo ridimensionamento, con abrogazione della revocabilità dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili”.

¹²⁰ Sul punto si veda P. MENTI, *La revocatoria dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, cit., p. 501.

come il mancato stravolgimento del vecchio sistema discenda dalla scelta di incardinare le nuove esenzioni sul generale regime di revocabilità, qualificando queste ultime quali eccezioni implicitamente confermate della regola¹²¹.

7.3 L'impossibilità di attribuire alle esenzioni il ripristino di una funzione indennitaria e l'inattualità di un sistema redistributivo "puro".

Da un punto di vista "formale" appare ineccepibile l'asserto per cui la riforma ha lasciato intatto l'impianto delineato nel 1942; da un lato, la collocazione delle esenzioni all'interno dell'art. 67 l. fall. sembra confermare la formula per cui l'eccezione viene dopo la regola, dall'altro, è del tutto plausibile che, qualora

Durante i lavori di riforma, la funzione dell'azione revocatoria aveva costituito uno dei nodi principali sul quale, all'interno della "Commissione Trevisanato, non era stato possibile raggiungere unanimità di consensi. Le diverse concezioni dettero vita a due distinti testi – uno "maggioritario" e uno "alternativo" – contemporaneamente sottoposti al Governo, all'interno dei quali le maggiori differenze concernevano proprio la disciplina della revoca dei cd. atti normali. Il testo principale introduceva dei caratteri indennitari, prevedendo una immunità per i pagamenti compiuti nell'ambito di rapporti contrattuali continuativi, e per quelli funzionali all'ottenimento di prestazioni essenziali alla continuazione dell'attività (v. cap. II, § 3.3, nt. 54). Il testo alternativo, invece, recuperava il pieno presupposto del pregiudizio esonerando atti e pagamenti che rappresentassero una prestazione del debitore a fronte della quale fosse stata contestualmente acquisita, al suo patrimonio, una controprestazione di eguale valore, salvo che la prestazione non fosse stata posta in essere con l'intenzione di pregiudicare i creditori. Allo stesso tempo, il progetto disponeva la revoca degli atti onerosi normali, delle garanzie contestuali e dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili che avessero determinato un'ingiustificata lesione della *par condicio creditorum*, ovvero un danno al patrimonio del debitore. Il testo della seconda proposta era chiaramente diretto ad accogliere una concezione pienamente indennitaria dell'azione rompendo con la precedente tradizione redistributiva. Per una disamina dei testi della Commissione in punto di revocatoria, si veda F. CORSI, *L'azione revocatoria: dalla natura indennitaria alla tipologia dei pagamenti*, cit., p. 1184.

¹²¹ Così Cass. S.U., 28 marzo 2006, n. 7028, cit. "la natura distributiva della azione di cui al capoverso dell'art. 67 l. fall. non è stata del resto revocata (...) essendo prevalsa la diversa scelta (...) di ridurre semplicemente (dimezzandolo) il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione in esame (...) con l'introduzione anche, per altro, di talune eccezioni alla regola (implicitamente confermate quindi della stessa)".

avesse inteso restaurare in termini perentori la funzione indennitaria, il legislatore si sarebbe limitato a recepire le proposte pervenutegli in tempo di riforma.

Tuttavia la quantità e l'ampiezza delle esenzioni introdotte sono tali da rendere di fatto impossibile la revoca dei pagamenti, facendo sorgere giustificati dubbi nell'interprete circa l'attualità di una finalità redistributiva della revocatoria.

Alla domanda se l'azione revocatoria presenti natura indennitaria o redistributiva non sembra possibile rispondere in termini assoluti o assolutistici; nondimeno appare difficile trovare una soluzione all'interno del sistema che ne immunizza gli effetti.

Se non si vuole rischiare di stravolgere l'impianto formalmente delineato, non si può individuare nelle esenzioni il mezzo impiegato dal legislatore per (re)introdurre una concezione indennitaria della revocatoria¹²²; allo stesso tempo, non può tuttavia riconoscersi una concezione redistributiva "pura".

Quest'ultima infatti, pur essendo del tutto coerente con il precedente sistema improntato ad una visione prettamente liquidatoria, nell'attuale dinamica concorsuale appare anacronistica rispetto alle già illustrate istanze di conservazione dell'impresa¹²³, alla cui dissoluzione seguono squilibri socio-economici, ma non necessariamente maggior vantaggi per i creditori¹²⁴.

Non deve infine dimenticarsi che, fra le ragioni che hanno indotto gli operatori ad invocare a gran voce una riforma dell'azione, vi era proprio lo stampo

¹²² Sul punto si veda G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 859 secondo il quale, un dibattito rilevante come quello inerente alla natura giuridica della revocatoria fallimentare, non può essere risolto introducendo di "soppiatto" una soluzione attraverso le fattispecie di esenzione.

¹²³ Sul punto si veda S. FORTUNATO, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, cit., p. 340.

¹²⁴ Cfr. S. FORTUNATO, *op. cit.*, p. 341.

persecutorio e anti-indennitario di cui questa si era colorata, conducendo alle ormai note conseguenze sul piano giuridico ed economico¹²⁵.

Nel valutare i molteplici interessi, il legislatore ha preferito adottare un profilo elusivo, introducendo un articolato nucleo di esenzioni che, tuttavia, non possono essere declassate a semplici eccezioni; esse rappresentano “l’altra faccia” di un sistema revocatorio alla ricerca di un costante *trade-off* fra contrapposte esigenze di tutela della *par condicio* (i.e. dei creditori) e tutela dell’imprenditore.

L’azione revocatoria fallimentare presenta una connaturale funzione economica che si manifesta, da un lato, in un profilo redistributivo (in senso lato) di ripartizione del danno sociale derivante dall’insolvenza dell’impresa¹²⁶; dall’altro, in un profilo di natura preventiva che si riverbera sulle possibilità operative delle aziende in difficoltà – in termini di accesso a crediti e forniture –, incidendo in via definitiva sulle capacità di sopravvivenza e trasformazione delle stesse¹²⁷.

Questi due profili – fra loro strettamente connessi – vengono diversamente valorizzati a seconda che la disciplina giuridica adottata per l’istituto sia diretta a sanzionare un atto in presenza di un danno concretamente accertabile, ovvero la generalità degli atti compiuti dal fallendo mediante una generica sanzione di inefficacia, con ovvia esclusione di quelli effettuati a favore di terzi inconsapevoli dello stato di decozione.

La valorizzazione di questi profili muta, ancora, a seconda della scelta che ispira il sistema concorsuale nella risoluzione della crisi di impresa, laddove dinamiche

¹²⁵ Per gli eccessi del sistema pre-riforma si rimanda v. *supra* § 2.

¹²⁶ Cfr. S. FORTUNATO, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, cit., p. 340 secondo il quale ogni sistema di inefficacia – come quella che connota ogni sistema revocatorio –, comporta un effetto redistributivo nella misura in cui si traduce comunque in una riacquisizione alla garanzia patrimoniale di beni e valori, mettendoli a disposizione dei creditori ai fini del concorso.

¹²⁷ Cfr. A. PATTI, *La disciplina della revocatoria*, in *Fallimento*, 2004, III, p. 322.

meramente liquidatorie e dissolutive, tendono ad incentivare l'isolamento dell'impresa per procedere al suo allontanamento dal panorama economico.

Stante questa duplice caratteristica emerge il ruolo delle esenzioni quale strumento "anti-redistributivo" che, sacrificando la *par condicio* tra i creditori, introduce un profilo indennitario attenuando la severità della disciplina revocatoria.

Appare evidente, quindi, come a seconda dell'interpretazione a queste riconosciuta si sposti "l'ago della bilancia" tra funzione indennitaria e funzione redistributiva e, conseguentemente, tra tutela dei creditori e tutela dell'impresa, evidenziando l'opportunità – alla luce del mancato stravolgimento dell'impianto sottostante – di evitare interpretazioni eccessivamente limitative che possano riportare l'azione agli eccessi di un tempo.

E, si noti, che alle precedenti eccedenze l'azione revocatoria era stata condotta proprio dal rigore giurisprudenziale, oltre che da un sistema fallimentare disposto in termini meramente liquidatori; motivo in più che deve indurre ad evitare di atrofizzare l'ambito applicativo delle esenzioni.

L'interpretazione che si propone circa l'ambito applicativo delle fattispecie esonerative consente di riconoscere un ruolo attivo delle esenzioni nel sistema revocatorio senza tuttavia svilirne la portata, laddove un'interpretazione restrittiva finirebbe per vanificare il tentativo del legislatore di sostenere meccanismi di prosecuzione e salvaguardia dell'impresa¹²⁸.

¹²⁸ Il riferimento più evidente concerne l'esenzione di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) l.f. che, se interpretata nei termini restrittivi a cui sembrano approdare la maggior parte dei giudici di merito, non produrrebbe particolari novità in termini di prosecuzione dell'impresa. Infatti, collocandosi nella prospettiva anti-indennitaria delle S.U., è ben probabile che si finisca per valorizzare la regolarità dei pagamenti in quanto sintomatica agli occhi della controparte *in bonis*, valorizzando l'elemento soggettivo e facendo perdere quella

Si deve capire se, nel tempo, possano convivere funzione redistributiva da un lato, e un articolato sistema di esenzioni dall'altro; il tutto senza che queste ultime smantellino l'impianto revocatorio o che, al contrario, queste siano annullate da rigide tecniche interpretative.

Appare evidente, allora, che sulle sorti delle esenzioni incideranno profondamente gli orientamenti giurisprudenziali.

connotazione strettamente oggettiva che, si ritiene, caratterizza l'intero catalogo delle esenzioni.

CAPITOLO II

L'ESENZIONE DEI PAGAMENTI NEI TERMINI D'USO IN FUNZIONE DELLA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA

SOMMARIO: – 1. Un'esenzione a salvaguardia della continuità aziendale. – 2. Elementi dell'esenzione e sua formulazione in termini oggettivi. – 2.1 I pagamenti. – 2.2 (*segue*) I pagamenti di beni e servizi. – 2.3 L'adempimento di debiti bancari: denaro come bene e finanziamento come servizio? – 2.4 (*segue*) L'esenzione dei canoni in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria. – 3. L'esercizio dell'attività d'impresa. – 3.1 L'esenzione dei pagamenti compiuti dal terzo con beni dell'imprenditore e quelli effettuati con mezzi propri seguiti da rivalsa. – 3.2 (*segue*) La deviazione dell'azione revocatoria sulla rivalsa esercitata dal terzo. – 3.3 Il caso dei pagamenti effettuati dalla società in stato di liquidazione. – 4. I pagamenti...nei termini d'uso. – 4.1 Gli orientamenti della dottrina. – 4.1.1 Termini d'uso come parametro cronologico. – 4.1.2 Il rapporto tra la fattispecie di cui alla lett. a) e il decreto legislativo n. 231/2002 attuativo della direttiva CE in materia di adempimento nelle transazioni commerciali. – 4.1.3 Termini d'uso come modi dell'adempimento. – 4.1.4 L'orientamento maggioritario: termini come modi e come tempo. L'uso in senso oggettivo e soggettivo, la distinzione fra rapporti commerciali occasionali e continuativi. – 4.2 La teoria dei termini d'uso riferiti all'attività d'impresa. – 4.3 (*segue*) Critica a questa tesi. – 5. L'esenzione da revocatoria al vaglio della giurisprudenza di merito. – 5.1 L'orientamento in via di consolidamento. – 5.2 Termini intesi come parametro temporale e modale. – 5.3 L'uso in senso soggettivo e contrattuale nella prassi tra imprenditore e fornitore. – 5.4 Il criterio oggettivo quale parametro sussidiario. – 6. L'esenzione dei pagamenti nei termini d'uso e i suoi possibili profili applicativi. – 6.1 La prosecuzione dell'attività d'impresa in un'ottica di efficienza e l'irrilevanza di un'utilità delle forniture nel perseguire tale scopo. – 6.1.1 I termini d'uso come filtro di atti inutili. – 6.1.2 La "normalità" dei pagamenti all'interno del rapporto imprenditore-fornitore. L'attualità degli usi in favore di un'esenzione "modulabile". – 6.1.3 I pagamenti esentati. – 6.2 La selezione dei fornitori strategici in vista della possibile continuazione dell'impresa. – 6.3 I possibili scenari applicativi: i casi in cui l'esenzione consente una vantaggiosa continuazione dell'attività d'impresa. – 7. Conclusioni. L'esenzione *ex art. 67, comma 3, lett. a)* sottrae alla revocatoria i pagamenti effettuati all'interno di un flusso "usuale" diretto ai fornitori.

1. Un'esenzione a salvaguardia della continuità aziendale

Il terzo comma dell'art. 67 l. fall. contenente il catalogo delle esenzioni si apre, alla lettera a), con un riferimento ai *"pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso"*.

Prima di addentrarsi nell'analisi della fattispecie e dei suoi elementi occorre soffermarsi sulla *ratio* ispiratrice dell'esonazione in esame.

È comune opinione che la sua funzione sia quella di favorire la continuazione dell'attività d'impresa al fine di agevolare l'accesso a modelli di soluzione della crisi alternativi al fallimento oppure, nel caso in cui questo venga successivamente aperto, l'esercizio provvisorio o una miglior collocazione dell'azienda¹. Si ritiene infatti che, onde evitare di vanificare a priori obiettivi di conservazione dell'impresa in crisi, sia fondamentale evitare che i terzi – e in particolar modo i fornitori strategici – presa conoscenza dello stato di dissesto in cui versa l'impresa, si astengano dall'intrattenere con questa rapporti di natura commerciale, costringendo di fatto l'imprenditore a un blocco della propria attività².

A fronte di questa *ratio* quasi unanimemente individuata si collocano tuttavia una serie di opinioni divergenti. Parte della dottrina ritiene che la norma abbia quale scopo primario quello di tutelare il terzo contraente negli scambi e, in particolare,

¹ Cfr. O. CAGNASSO, *L'esonazione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, in Nuovo dir. soc., 2012, VII, p. 8 ss.; G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 945; G. FALCONE, *La "esonazione" da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 16; A. ZORZI, *Riflessioni sull'esonazione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, in *ilCaso.it*, II, 327/2012; G. LO IACONO, *Le modifiche alla disciplina della revocatoria nella legge fallimentare*, in *Studium Iuris*, 2006, XII, p. 1384.

² In quest'ottica, e secondo l'opinione prevalente, con l'esonazione dei pagamenti di beni e servizi il legislatore vuole assicurare i creditori, impedendo che venga steso quel "cordone sanitario" attorno all'imprenditore ai primi sintomi dell'insolvenza. Si vuole evitare che al primo accenno di una crisi di liquidità i creditori possano far precipitare una situazione che, attraverso la fiducia del mercato, potrebbe essere superata. Si veda G., CAVALLI, *op. cit.*, p. 946; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 859.

quello di privilegiare determinate fasce di interlocutori dell'impresa³; altri autori ritengono invece che la funzione della fattispecie in esame sia ben lontana dal consentire la prosecuzione dell'attività, limitandosi a enfatizzare l'impossibilità della revocatoria di adempiere, nei casi esonerati, alla propria funzione e di evitare il rischio della cd. "insolvenza a catena"⁴.

L'interpretazione riportata come preponderante trova la propria ragione nell'ampia ambiguità di cui è connotato l'intero linguaggio adottato dal legislatore; in altre parole, appare più che mai necessario interpretare le singole fattispecie alla luce degli intenti perseguiti dalla legge. L'intera riforma, iniziata col decreto legge n. 35/2005, ha inciso su molteplici profili di un sistema fallimentare ancora incentrato sulla struttura elaborata dal R.D. 16 marzo 1942, n.

³ Cfr. G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 255 secondo il quale si esentano da revocatoria operazioni realizzate dai fornitori e caratterizzate dalla contestualità fra prestazione e controprestazione. *Contra* G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 945 dove l'autore, pur evidenziando che la norma realizza un'indiscussa disciplina di favore per determinate tipologie di interlocutori nei cui confronti il rimedio revocatorio si atteggia come particolarmente oneroso, afferma che la comune opinione individua, quale *ratio* fondamentale, la salvaguardia della prosecuzione dell'operato della società.

⁴ Propone una soluzione sottesa a logiche differenti D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 163. L'autore parte dal disconoscimento della salvaguardia della continuità dell'impresa quale *ratio* fondamentale dell'esenzione, ritenendola "nient'altro che una formula vuota" poiché l'elemento della prosecuzione non è assolutamente citato all'interno della fattispecie. Afferma, inoltre, che la mera continuazione dell'attività non può assolutamente costituire un valore tale da giustificare la previsione di un'apposita esenzione idonea a ledere il principio della *par condicio creditorum*. L'autore parte dalla ricostruzione dell'istituto dell'azione revocatoria fallimentare quale strumento volto a disincentivare i terzi dall'intrattenere rapporti con l'imprenditore in crisi, al fine di condurre lo stesso verso la liquidazione concorsuale dell'azienda. Per fare questo, l'azione revocatoria sterilizza i vantaggi che il terzo abbia eventualmente ottenuto dall'aver contrattato con il debitore decotto; così il creditore che si era posto al riparo dall'imminente fallimento del debitore riuscendo a soddisfare le proprie pretese, viene costretto *ex post* a subirne le conseguenze. Questa costituisce la funzione tipica della revocatoria fallimentare ricostruita un chiave redistributiva. Pertanto, secondo l'opinione dell'autore, il legislatore nel momento in cui individua le fattispecie di esonero ritiene che in suddette ipotesi la revocatoria non possa svolgere la propria funzione tipica poiché il soggetto passivo non potrebbe comunque subire alcun disincentivo e l'esperimento della stessa azione revocatoria rimarrebbe privo di una qualche utilità, il tutto con evidenti sprechi in termini di tempo e risorse per lo stesso ordinamento.

267 e divenuto del tutto inadeguato alle attuali esigenze giuridico-economiche⁵. La continuazione dell'attività d'impresa costituisce un paradigma fondamentale nell'attuale sistema economico dove l'impresa non è più vista unicamente quale diretta proiezione dell'imprenditore ma, anche, come realtà estrinsecamente rilevante per l'ordinamento stesso⁶. A questa infatti sono collegati, in maniera più o meno diretta, una serie di interessi che coinvolgono un ampio novero di soggetti⁷: dai finanziatori ai consumatori e, più in generale, i cd. *stakeholder*⁸.

⁵ Le problematiche emergenti dall'impianto della legge fallimentare abbracciavano l'intero sistema concorsuale. I principali difetti concernevano tempi e costi delle procedure che si mostravano fra i più alti del contesto europeo mentre il soddisfacimento delle ragioni dei creditori si aggirava su percentuali molto basse; il tutto era appesantito dall'incapacità di preservare i valori aziendali. La legge fallimentare rispecchiava una visione economica e imprenditoriale che non rifletteva i tempi: *i*) mancava un'adeguata considerazione dei valori immateriali (marchi, *know how*, avviamento, organizzazione aziendale), che rischiavano di disperdersi rapidamente all'arresto dell'attività imprenditoriale; *ii*) gli effetti personali sanzionatori che seguivano al fallimento non tenevano conto del rischio congenito dell'attività di impresa e rischiavano di disincentivare i privati dall'intraprendere attività di natura commerciale, il tutto con effetti sfavorevoli per l'economia; *iii*) il peso attribuito all'organo giudiziario e il ridotto coinvolgimento del ceto creditorio nelle scelte aziendali non consentiva di raggiungere risultati soddisfacenti; *iv*) lo scopo sanzionatorio e liquidatorio della procedura fallimentare finiva per relegare in secondo piano la funzione recuperatoria dell'impresa. La riforma è intervenuta su più punti, operando al fine di ottimizzare il recupero dell'impresa e intervenendo sulla "fisionomia" delle procedure concorsuali al fine di indirizzarle verso la conservazione delle capacità produttive. L'estromissione dell'impresa dal substrato economico, oramai conseguenza di una superata visione in termini liquidatori e sanzionatori, è stata affiancata dall'inserimento di istituti volti a consentire, ove possibile, la sopravvivenza dell'impresa e, negli altri casi, il risanamento e la cessione degli impianti aziendali al fine di tutelare le ragioni creditizie. Importanti novità sono state introdotte rispetto agli organi della procedura, dove si è cercato di delineare un nuovo punto di equilibrio: il ruolo degli organi giudiziari è stato ridimensionato rispetto alle scelte aziendali, il curatore ha assunto un ruolo centrale nell'amministrazione del patrimonio fallimentare e, in generale, rispetto alla gestione di tutte le operazioni che si svolgono adesso sotto l'attenta vigilanza e il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori (artt. 25, 31 e 41 l. fall.). È stato dato spazio all'autonomia privata nella disciplina concorsuale: all'interno del conflitto fra debitore insolvente e creditori, questi ultimi partecipano ora a pieno titolo alla gestione della crisi; in tale direzione vengono valorizzate le soluzioni concordate della crisi (concordato preventivo e fallimentare; accordi stragiudiziali).

⁶ Sul punto si veda F. FIMMANÒ, *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *ilCaso.it*, II, 34/2005.

⁷ Si veda A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Fallimento*, 2006, X, p. 1138, il quale riporta

Da questa prospettiva risulta evidente come l'esenzione di cui alla lett. a) sia inevitabilmente diretta a tutelare, o quantomeno incidere su un'ampia categoria di soggetti ma ciò non toglie che il suo obiettivo primario sia di consentire la continuazione dell'operatività dell'impresa in funzione di un miglior soddisfacimento delle ragioni dei creditori⁹.

2. Elementi della fattispecie e sua formulazione in termini oggettivi

L'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) della legge fallimentare è una norma ricca di espressioni generiche, dal contenuto equivoco e attorno alla quale si è stratificata una rilevante produzione di soluzioni interpretative¹⁰. È opportuno osservare che si tratta di una forma di esonero che, seppur attraverso differenti

come l'impresa rappresenti il fulcro di un reticolo di posizioni e di interessi collegati: finanziatori, fornitori, consumatori, lavoratori. Essa è individuabile non soltanto come bene dell'imprenditore, ma come bene in sé.

⁸ Il termine *stakeholder* compare per la prima volta nel 1963 in un *memorandum* interno allo "Stanford Research Institute" (SRI) dell'università di Stanford, tuttavia la prima definizione si deve a E. FREEMAN, *Strategic Management: A stakeholder Approach*, Londra, 1984, che utilizzò il termine per indicare quei gruppi senza il cui appoggio l'organizzazione cesserebbe di esistere. In una successiva evoluzione il termine passò ad indicare tutti quei soggetti che possono influenzare o che sono influenzati dall'impresa; quest'ultima deve infatti tener conto anche di coloro che, pur non avendo potere diretto su processi e profitti dell'impresa, ne subiscono ugualmente le conseguenze.

⁹ Cfr. B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 225 secondo il quale il legislatore ha previsto l'esenzione di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) l.f. alla luce della riconsiderazione della funzione dell'intero procedimento fallimentare, passato da una logica liquidatoria a una logica conservativa dell'azienda nell'interesse dei creditori. L'autore afferma che "l'esenzione tende a garantire il flusso di fattori di produzione, e, in definitiva, la continuazione dell'impresa, che sarebbero, invece, bloccati dall'effetto dissuasivo della minaccia di revoca".

¹⁰ Secondo B. MELI, *La revocatoria fallimentare: profili generali*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 126 la norma "contiene una delle formulazioni più confuse e imprecise, ricca di espressioni atecniche, equivoche, vaghe".

formulazioni, è presente in numerosi ordinamenti stranieri, alcuni dei quali hanno persino ispirato il legislatore della riforma¹¹.

La disposizione in commento sottrae all'azione revocatoria i pagamenti contraddistinti da determinate caratteristiche indicate, mostrando la volontà del legislatore di fondare l'esenzione su elementi di carattere strettamente oggettivo. Del tutto irrilevante risulta pertanto il fatto che l'*accipiens* conoscesse o meno l'insolvenza dell'imprenditore al momento del compimento dell'atto: da un lato perché la mancanza della *scientia decoctionis* comunque impedisce al curatore di promuovere l'azione revocatoria ex art. 67 l. fall., dall'altro perché l'eventuale consapevolezza sembra perdere di rilevanza di fronte alle ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere l'esenzione stessa¹². Secondo la dottrina maggioritaria, sono quindi da respingere quelle interpretazioni che riconducono l'esenzione a una presunzione *iuris et de iure* di non conoscenza dello stato di dissesto¹³, poiché la norma prescinde completamente dall'elemento soggettivo ed

¹¹ L'esenzione per atti o pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa trova, in particolare, riscontro all'interno di ordinamenti quali Germania, Spagna e Stati Uniti; sul punto si veda V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, III-IV, p. 394.

¹² Infatti rientrando tendenzialmente i pagamenti di beni e servizi fra gli atti di cui all'art. 67, co. 2 l.f., il curatore sarebbe comunque tenuto a provare la conoscenza in capo al terzo per cui, l'eventuale difetto circa il requisito della *scientia*, avrebbe quale effetto di sottrarre ugualmente l'atto dal regime revocatorio.

¹³ È questa l'opinione di D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 165 che, confrontando l'esenzione con analoghi meccanismi adottati nei sistemi anglosassoni, ritiene che il motivo fondante sia costituito dal fatto che in queste situazioni risulta difficile per il creditore essere informato sulle condizioni di salute finanziaria del debitore. Ad analoghe conclusioni giunge G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 859 il quale ritiene che il legislatore abbia introdotto una presunzione assoluta consistente nel fatto che "se un imprenditore paga regolarmente i beni e servizi fornitigli, si deve presumere che il creditore che riceve il pagamento, non sappia che il debitore si trovasse in stato d'insolvenza con la conseguenza che viene vietato l'esercizio dell'azione revocatoria (...)". Ancora in questo senso S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 874 che evidenzia

anzi, l'esenzione dalla revocatoria, trova ragion d'essere laddove, in sua assenza, l'atto andrebbe soggetto all'azione promossa dalle curatele¹⁴.

2.1 I pagamenti

Nell'analisi dell'ipotesi di esenzione e dei suoi elementi, una prima questione interpretativa concerne il termine “*pagamenti*”, collocato in apertura della norma stessa.

La disposizione non sembra esentare qualsiasi atto posto in essere dall'imprenditore nel periodo sospetto ma, riferendosi esplicitamente ai soli pagamenti intesi come atti solutori, sembra escludere dall'ambito dell'esenzione differenti tipologie di atti e, in particolare, quelli costitutivi di diritti di prelazione e i contratti sottostanti ai pagamenti.

Con particolare riferimento a quest'ultima categoria, si riporta l'apparente contraddittorietà – lamentata da parte della dottrina¹⁵ – di una soluzione volta a

l'intenzione di esonerare da revocatoria quei soggetti che ricevono pagamenti tali da non insospettire circa lo stato di dissesto in cui si trova debitore.

Sul punto si è pronunciata in maniera non univoca la giurisprudenza di merito, per la quale v. *infra*, § 5.

¹⁴ Così G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, cit., p. 947. Si veda anche G. FALCONE, *La “esenzione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 17 secondo il quale l'esenzione in esame protegge il creditore “qualunque sia il suo stato soggettivo, anche se di piena consapevolezza in ordine allo stato del debitore”. *Contra* P. MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2007, V, p. 510, secondo il quale la norma non esclude la conoscenza dello stato di insolvenza ma semplicemente non ne è più richiesta la ricerca, da parte del terzo, in presenza di un fatto che è sintomatico della solvibilità del debitore. L'autore sembra rifarsi alla sollecitazione, avanzata da A. JORIO, *I lineamenti di una nuova... improbabile legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, III, p. 337 alla vigilia della riforma del 2005 con la quale si invitava il legislatore non a tutelare la generalità degli atti normali ma a predisporre “regole più severe e restrittive relative alla prova della *scientia decoctionis*”.

¹⁵ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 157; G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in

sottrarre dall'azione revocatoria i pagamenti, ma non i negozi giuridici a questi sottostanti e sui quali i primi trovano il proprio fondamento. Se infatti, la *ratio* dell'esenzione è quella di consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa eludendo il pericolo che i terzi interrompano i rapporti di fornitura con l'imprenditore, mal si concilia con questo intento la possibilità di revocare i contratti in forza dei quali si ottengono beni e servizi; l'eventuale inefficacia del contratto travolgerebbe inevitabilmente i pagamenti posti in essere in esecuzione dello stesso¹⁶.

La formulazione testuale non sembra tuttavia lasciare adito ad interpretazioni "lasche"; innanzitutto perché nel prevedere le esenzioni di cui alle lett. d) ed e), il legislatore ha espressamente esonerato, oltre ai pagamenti, anche "gli atti e le garanzie", mostrando così la chiara intenzione di allargare il novero di atti esentati rispetto alla fattispecie relativa ai pagamenti di beni e servizi¹⁷; in secondo luogo, perché il riformatore era stato "sensibilizzato a propendere per una soluzione più liberale" dai testi delle precedenti proposte di riforma, che facevano ampio riferimento a ulteriori tipologie di atti¹⁸. Infatti, a meno di non voler forzare l'espresso limite letterale imposto dal legislatore, non sembrano

Fallimento, 2007, VIII, p. 983; F. S. MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti "nei termini d'uso"*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 191.

¹⁶ A queste considerazioni si deve aggiungere quanto osservato da G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dalla revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, VII, p. 840 il quale ritiene che il nesso funzionale – richiesto dalla norma fra il pagamento e l'esercizio dell'attività d'impresa – prima che ai pagamenti deve necessariamente riferirsi ai contratti in forza dei quali si acquisiscono beni e servizi funzionali alla stessa.

¹⁷ Cfr. V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, cit., p. 395 che giustifica la maggior ampiezza accordata a queste esenzioni sulla base dei controlli giudiziari e dell'attestazione che connotano gli strumenti ricompresi in tali fattispecie.

¹⁸ Espressione ripresa da S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 257. Sui testi precedenti alla riforma v. nt. 52.

sussistere i presupposti per ricomprendere sotto l'ombrello dell'immunità da revocatoria anche i contratti che costituiscono la causa dei pagamenti¹⁹. Una simile impostazione viene avvalorata ove si consideri la revocabilità dell'atto come un limite a un utilizzo distorto dell'esenzione: il pagamento è infatti un atto che, rientrando nella piena disponibilità dell'imprenditore, può divenire oggetto di condotte pregiudizievoli a danno della massa dei creditori²⁰.

2.2 (segue) I pagamenti di beni e servizi

La fattispecie di cui alla lett. a) delimita ulteriormente il campo di irrevocabilità nel momento in cui prevede che i pagamenti costituiscano il corrispettivo di beni o servizi.

L'ampio campo semantico di questi vocaboli – che ricomprende l'intero assortimento delle possibili produzioni di impresa – porta nuovamente l'interprete a confrontarsi con l'ambito applicativo dell'esenzione. Preliminarmente e per quanto attiene ai beni, mentre sono certamente sussumibili all'interno dell'esenzione – a patto che soddisfino anche gli ulteriori requisiti – i pagamenti relativi all'acquisto di beni, sia mobili che immobili, che comportino il trasferimento della proprietà, dubbi sussistono in ordine ai pagamenti effettuati al

¹⁹ Cfr. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, p. 257; V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, p. 395.

²⁰ Sul punto si veda, ancora, V. GIORGI, *op. cit.*, p. 396 che, fra gli esempi di possibili usi distorti dell'esclusione da revocatoria, riporta la stipulazione di contratti simulati o comunque conclusi a fare di "supposti" fornitori.

fine di ottenere beni in godimento in forza di contratti di locazione, affitto e simili²¹.

La questione deve tuttavia essere risolta tenendo presente che, da una parte, la realtà imprenditoriale fa sempre più frequentemente ricorso a tali forme contrattuali per immettere beni nel proprio ciclo produttivo e, dall'altra, che la norma è prevista in funzione della continuazione dell'attività d'impresa, e sarebbe del tutto irrazionale non esentare un'ampia fascia di atti funzionali al mantenimento dell'operatività. A titolo esemplificativo, devono considerarsi ricompresi nell'esenzione, i pagamenti di canoni di locazione per i locali all'interno dei quali viene svolta l'attività d'impresa²².

Spostandosi sul versante dei servizi la questione appare più delicata stante l'ampio novero di prestazioni che possono astrattamente rientrare all'interno di tale vocabolo. Nel suo significato più esteso, questo sembra poter ricomprendere i pagamenti eseguiti a fronte di contratti d'opera, di appalto, di mandato e, in particolare, quelli di trasporto e spedizione così come più in generale i corrispettivi erogati a fronte di obbligazioni di "fare"²³.

Atteso l'ampio campo semantico del termine "servizi", la questione necessita di una più approfondita analisi soprattutto in vista di alcuni orientamenti che estendono l'esenzione fino a ricomprendervi i pagamenti di debiti contratti a titolo di finanziamento e, più in generale, gli atti solutori di origine bancaria.

²¹ Sul punto si veda O. CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8 secondo il quale beni e servizi ricomprendono "l'intera varietà delle produzioni di impresa", dovendo considerare sia i beni di cui si acquistata la proprietà sia quelli che entrano nella semplice disponibilità dell'imprenditore. Cfr. anche S. PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, Torino, 2006, p. 128.

²² Cfr. G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 983.

²³ Cfr. S. PARATORE, *op. cit.*, p. 129.

2.3 L'adempimento di debiti bancari: denaro come bene e finanziamento come servizio?

Una prima considerazione appare opportuna. L'eventuale esenzione di pagamenti estintivi di debiti bancari deve essere valutata avendo cura di distinguere tra pagamenti effettuati a fronte di veri e propri “servizi”, ancorché forniti da operatori del settore bancario, e pagamenti estintivi di debiti sorti dalla concessione di finanziamenti bancari²⁴.

Così, mentre rispetto ai primi appare plausibile ritenere applicabile l'esenzione in quanto atti solutori di un'obbligazione di fare in senso stretto, – si pensi alle commissioni dovute dall'imprenditore a fronte dell'utilizzo di servizi di pagamento o incasso forniti dall'istituto di credito – rispetto ai secondi, connotati da una natura specificatamente creditizia, sorgono i maggiori contrasti dottrinali.

Secondo parte della dottrina la formulazione del precetto è talmente generica che l'esenzione può legittimamente ritenersi applicabile a tutte le tipologie di pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'attività d'impresa e, quindi, anche ai pagamenti estintivi di debiti derivanti da operazioni di finanziamento bancario; la concessione di credito verrebbe in tal modo ricondotta a un generico servizio e il denaro considerato come bene²⁵. In quest'ottica, viene concepita come irrazionale la distinzione tra pagamenti di forniture di beni e servizi e pagamenti di debiti finanziari, in quanto entrambi consentono all'imprenditore in difficoltà di continuare a operare e l'esenzione mira a sollevare dal timore della revocatoria

²⁴ Sul punto si veda S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 259.

²⁵ Cfr. G. FALCONE, *La “esenzione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 26.

tanto i fornitori quanto i finanziatori, figure senza le quali l'impresa non può proseguire nella propria attività²⁶.

A opposte conclusioni giunge la dottrina maggioritaria²⁷, la quale obietta che operazioni di natura bancaria trovano già una compiuta tutela nell'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 67, terzo comma l. fall. e che, attraverso gli strumenti di risanamento e ristrutturazione di cui alle successive lett. d) ed e), è possibile esentare ulteriori manovre finanziarie²⁸. Un'indiscriminata estensione dell'esenzione a tutti i pagamenti effettuati a fronte di operazioni di credito rischierebbe di favorire una situazione di sovraindebitamento che, per quanto non sconosciuta all'attività di impresa, non appare meritevole di beneficiare dell'esenzione²⁹. A favore della revocabilità dei pagamenti soddisfatti di debiti bancari viene evocata, ancora, la diversità tra fornitori e finanziatori tradizionalmente ricondotti a distinte categorie economiche³⁰. Rispetto ai primi, il

²⁶ In questi termini S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 258 i quali ritengono priva di qualsiasi utilità la distinzione basata sull'apporto fornito in concreto dai terzi all'impresa: se beni o finanziamenti.

²⁷ Cfr. G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 983; V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, cit., p. 395; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 243.

²⁸ Secondo L. SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso" [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 430 ogni volta che siano effettuate movimentazioni su conti correnti bancari occorre rifarsi all'art. 67, co. 3, lett. b), l.f., a meno che il finanziamento sia transitato attraverso il canale di intermediazione non bancaria.

²⁹ Cfr. ancora L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 430. Si veda anche O. CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8 che ribadisce la revocabilità dei pagamenti a fronte di finanziamenti bancari che altrimenti, per poter beneficiare dell'esenzione, presupporrebbero un legame con l'esecuzione di un piano all'interno di una soluzione alternativa al fallimento.

³⁰ Differenza che secondo G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 983 trova conferma nel diritto positivo nella più volte citata esenzione a favore delle rimesse su conto corrente bancario

pagamento sarebbe infatti finalizzato a immettere un fattore reale (la fornitura) direttamente legato con il ciclo produttivo dell'impresa; rispetto ai finanziatori verrebbe a mancare quel *trait d'union* intrinseco tra bene ed attività esercitata³¹.

2.4 (segue) L'esenzione dei canoni in caso di scioglimento del contratto di locazione finanziaria

Una possibile chiave di lettura può essere individuata nella disciplina revocatoria dettata a favore delle operazioni di locazione finanziaria (cd. *leasing*).

L'art. 72-*quater*, co. 2 l.fall., così come modificato dal decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, richiama l'esenzione di cui alla lett. a) per i canoni già riscossi in caso di scioglimento del contratto di *leasing* in corso al momento della dichiarazione di fallimento³².

Partendo dall'assunto che la locazione finanziaria è un'operazione dal carattere squisitamente creditizio³³, l'apparente "anomalia" di questa disposizione risiede

di cui all'art. 67, co. 3, lett. b), l. fall. Per un'approfondita esposizione delle differenze economiche e giuridiche fra finanziatori e fornitori, si veda, G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 254.

³¹ G. REBECCA – G. SPEROTTI, *Le operazioni bancarie esenti da revocatoria*, in Dir. fall., 2009, I, p. 714. Si veda anche F. CLEMENTE, *Le esenzioni da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e g) l fall.*, in *ilFallimentarista.it*, in cui risulta palpabile la differenza nel momento in cui parla di "netta cesura tra i debiti di funzionamento e quelli di finanziamento".

³² Prima che il D. lgs. n. 5 del 2006 introducesse l'art. 72-*quater* l'orientamento della giurisprudenza, consolidatosi in una pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. S.U, 7 gennaio 1993, n. 65, in *Fallimento*, 1993, p. 521), aveva individuato due differenti tipologie di *leasing*: traslativo e di godimento. Mentre rispetto al primo si riteneva che la società di *leasing* non fosse tenuta a restituire i canoni già percepiti (poiché trattandosi di contratto ad esecuzione continuata o periodica trovava applicazione l'art. 1458 c.c.), diversamente rispetto alla seconda forma di operazione il carattere traslativo della stessa aveva portato a ritenere che la risoluzione avesse effetti retroattivi e che sulla società di *leasing* gravasse l'obbligo di restituire le somme percepite in adempimento dei canoni di locazione finanziaria.

³³ Il *leasing* non trova una compiuta regolamentazione all'interno del nostro ordinamento; esso rappresenta un'operazione negoziale atipica frutto di una pratica commerciale

nell'esentare un pagamento corrisposto al fine di estinguere un debito di natura creditizia. Infatti, qualora il legislatore abbia inteso ricomprendere sotto l'ombrello protettivo dell'esenzione di cui alla lett. a) anche questa tipologia di pagamenti, non si comprenderebbe l'espressa previsione di tale immunità a favore di pagamenti di canoni di *leasing* effettuati dall'utilizzatore poi fallito. Si ritiene allora che il legislatore, estendendo l'esenzione alla sola specifica ipotesi del pagamento di canoni di *leasing*, abbia espressamente escluso dall'ambito della fattispecie di esenzione tutti gli altri pagamenti, eseguiti a fronte di finanziamenti rilasciati da istituti di credito, consentendo così all'imprenditore – pur trattandosi di atti volti a restituire somme ottenute in finanziamento – di continuare l'esercizio della propria attività d'impresa. La locazione finanziaria è infatti una forma contrattuale ampiamente utilizzata all'interno dell'attività commerciale; essa consente da un lato, il pieno sviluppo dell'attività produttiva evitando di irrigidire eccessivamente la struttura finanziaria, dall'altro di effettuare un agevole *turnover* di beni strumentali, soggetti a rapida obsolescenza tecnologica,

ispirata a istituti anglosassoni. La sua natura quale contratto di credito è tuttavia rinvenibile all'interno del diritto positivo. In primo luogo le società di *leasing* sono soggette alla vigilanza della Banca d'Italia in via analoga ad altri operatori finanziari, così come sottostanno alla normativa in materia di usura e di bilancio. Ancora, il concedente, nel determinare le quote dei canoni tiene conto del costo del denaro nel tempo. Con il D.lgs. n. 5/2006 il legislatore ha accentuato il carattere creditizio dell'operazione, introducendo l'art. 72-*quater* che, ai commi 2 e 3, prevede che il concedente restituisca al fallimento l'eventuale eccedenza fra la somma ottenuta dalla ricollocazione del bene e il capitale inizialmente investito, così come il diritto ad insinuarsi al passivo per l'eventuale differenza in difetto tra, il credito vantato alla data del fallimento, e la somma ricavata dalla nuova allocazione del bene. Da queste previsioni deriva che il capitale finanziato con l'operazione deve essere restituito per intero facendo così perdere all'operazione i connotati dell'aleatorietà. Cfr. G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 288.

rappresentando così un punto nevralgico per la continuazione dell'attività d'impresa³⁴.

Una precisazione appare opportuna. L'art. 72-*quater* richiama espressamente la lett. a) del terzo comma dell'art. 67 l.f., ne discende che l'esenzione deve essere applicata in tutti i suoi elementi: non saranno quindi esonerati indistintamente tutti i pagamenti dei canoni di locazione finanziaria, ma esclusivamente quelli effettuati "nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso" (sul cui punto v. *infra*, §§ 3 e 4)³⁵.

³⁴ Il *leasing* da normalmente luogo ad un'operazione giuridica unitaria che coinvolge tre distinti soggetti: il fornitore del bene, il destinatario che ottiene in godimento il bene e il concedente-finanziatore che ne acquista la proprietà e ne concede l'utilizzo al locatario, a sua volta tenuto a versare un canone periodico. Il canone dovuto dall'utilizzatore, non costituisce il corrispettivo per la locazione del bene, ma rappresenta il pagamento di un finanziamento che, oltre al costo del bene, ricomprende il compenso del soggetto (la società di *leasing*) che ha finanziato l'operazione, compenso che assume la forma di interesse sul capitale investito. È un'operazione molto diffusa nel nostro sistema finanziario in quanto consente all'imprenditore di accrescere la competitività aziendale attraverso l'immissione di beni strumentali caratterizzati da una durata considerevole (come i moderni impianti o sofisticate apparecchiature), evitando al contempo di dover sostenere l'ingente esborso economico richiesto per l'acquisizione degli stessi. In una diversa configurazione, in cui è lo stesso produttore a concedere il bene in godimento all'utilizzatore a fronte di un canone periodico, il *leasing* assume i connotati di un'operazione avente principalmente ad oggetto beni mobili fungibili e dalla durata generalmente coincidente con la vita economica del bene locato. In questi casi l'acquisizione della proprietà al termine dell'operazione rappresenta un accadimento del tutto eventuale ed accessorio. È un meccanismo che consente all'imprenditore di sostituire rapidamente beni strumentali destinati ad essere facilmente surclassati e di cui l'impresa necessita di essere in costante aggiornamento. Sulle possibili forme di locazione finanziaria si veda P. BOTTANI – M. MEONI, *Leasing Finanziario e Leasing Operativo: elementi distintivi e principali differenze*, in www.bottanieassociati.it; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2009, p. 844. Sembra peraltro superata la distinzione, individuata dalla Suprema Corte (si veda nt. 32) tra *leasing traslativo* e *leasing di godimento*, che avrebbe condotto ad una diversa disciplina della risoluzione dei rispettivi contratti. In questo senso Cass., 1 marzo 2010, n. 4862, in *Foro it.*, 2010, p. 1422 e, per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Vicenza, 18 settembre 2012, in *ilCaso.it*, 2012. Per la teoria dell'unitario trattamento concorsuale del *leasing* all'interno della dottrina, si veda, C. PATRIARCA, *Il trattamento fallimentare del leasing tra tutela del credito del concedente e rispetto della par condicio creditorum*, in Banca, borsa, tit. cred., 2013, IV, p. 426.

³⁵ Così G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 293. *Contra* S. BONFATTI – P. F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 259 secondo i quali non si può escludere che l'art. 72-*quater* intenda in realtà esentare da

In conclusione l'esonazione dei canoni di locazione finanziaria deve essere letta come eccezione alla regola che esclude dall'esonero i pagamenti effettuati a fronte di operazioni finanziarie e, secondo un orientamento giurisprudenziale, deve trovare applicazione in via analogica anche ove il contratto di *leasing* sia stato risolto prima della dichiarazione di fallimento³⁶. Si tratta di una deroga che trova riscontro in un precedente orientamento – richiamato da alcuni autori – che sottraeva all'azione revocatoria i pagamenti di canoni già ottenuti dal concedente al momento della dichiarazione di fallimento, nei casi in cui il valore del bene concesso in *leasing* fosse sufficientemente capiente da coprire l'ammontare delle somme già fuoriuscite dal patrimonio del fallito: in simili contesti, non vi sarebbe alcuna ragione di adire il tribunale al fine di far dichiarare inefficaci i pagamenti, potendo i creditori soddisfare le proprie pretese sulla liquidazione del bene. Ove si ritenesse ancora applicabile un simile meccanismo potrebbero essere esentati pagamenti di canoni di *leasing* ancorché non effettuati nei termini d'uso³⁷.

revocatoria i pagamenti dei canoni di leasing “sempre e comunque, anche se non effettuati nei termini d'uso, o nell'esercizio dell'attività d'impresa”. A questa constatazione si deve obiettare che la norma in questione non prevede una generica esenzione in favore dei pagamenti di canoni di *leasing* ma richiama espressamente l'esonazione sancita dalla lett. a) dell'art. 67 l.f. e quindi, implicitamente, tutti i requisiti da questa individuati.

³⁶ Cfr. G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 296. A favore dell'estensione in via analogica dell'art. 72-*quater* l. fall. contenente la disciplina dei diritti della società concedente in caso di scioglimento da parte del curatore del contratto di leasing ancora pendente alla data del fallimento, si v. Trib. Udine, 10 febbraio 2012, in *ilCaso.it*.

³⁷ In questi termini V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, cit., p. 398; G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 296.

3. L'esercizio dell'attività d'impresa

L'art. 67, comma 3, lett. a) pone, quale ulteriore requisito, che i pagamenti (di beni e servizi) siano effettuati “*nell'esercizio dell'attività d'impresa*”.

La questione assume primaria importanza con riferimento all'imprenditore individuale a cui sono imputati, oltre ai pagamenti compiuti in attuazione della propria attività commerciale, anche quelli effettuati per soddisfare debiti estranei al contesto aziendale e quindi non funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa³⁸.

A ben guardare, il requisito può avere un'incidenza anche sulle società dal momento che, secondo un'accreditata opinione, una società acquisisce la qualifica soggettiva di imprenditore nel momento in cui viene costituita, risultando del tutto ininfluyente il fatto che sia effettivamente svolta o meno un'attività d'impresa. Ora, se è vero che gli atti compiuti da un soggetto giuridico qualificato come imprenditore dovrebbero necessariamente costituire “atti di impresa”, con l'esenzione in esame il legislatore – alla luce della *ratio* individuata – intende esentare dall'azione revocatoria quegli atti (i pagamenti) che siano funzionali a consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Ne discende che affinché l'ipotesi di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) possa essere invocata – e questo tanto nel caso dell'imprenditore individuale persona fisica quanto in quello della società – si dovrà accertare se, nelle singole fattispecie, vi sia o meno quella connessione funzionale, richiesta dalla norma, tra il pagamento e l'attività d'impresa e, prima ancora (nel caso della società), se vi sia un'attività

³⁸ Cfr. G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 984.

economica in atto, non essendo risolutivo lo *status* soggettivo del debitore che ha corrisposto il pagamento³⁹.

3.1 L'esenzione dei pagamenti compiuti dal terzo con beni dell'imprenditore e quelli effettuati con mezzi propri seguiti da rivalsa

Il presupposto dell'esercizio dell'attività d'impresa si ricollega alla particolare questione concernente la possibilità di esentare (anche) i pagamenti effettuati da un soggetto terzo o dal socio illimitatamente responsabile della società fallita. Parte della dottrina propende a favore della soluzione in forza della quale i soli pagamenti esonerati sono quelli imputabili all'imprenditore fallito in quanto titolare dell'attività d'impresa⁴⁰.

In via preliminare, devono essere individuati i pagamenti che, effettuati dal terzo per estinguere un debito dell'imprenditore fallito, sono astrattamente assoggettabili ad azione revocatoria: sarà solo rispetto a questi che potrà essere considerata l'eventuale applicazione della fattispecie di esenzione.

Innanzitutto, la soggezione alla revocatoria risulta pienamente giustificata laddove il terzo effettui il pagamento – all'interno del “periodo sospetto” e con la *scientia* dell'*accipiens* circa l'insolvenza del debitore – impiegando denaro

³⁹ In questo senso G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 984 secondo il quale si deve accertare se, tra il pagamento e un'attività economica effettivamente svolta, vi sia quel nesso funzionale alla conservazione di quest'ultima. Sul punto si veda anche S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, cit., p. 880 a opinione della quale il tenore dell'esenzione non consente di ricomprendervi i pagamenti effettuati da una società inattiva o che eserciti di fatto un'attività non qualificabile come di “impresa”.

⁴⁰ In questi termini S. VINCRE, *op. cit.*, p. 880, laddove afferma che “una cosa sono i pagamenti eseguiti dall'imprenditore nel corso della sua attività, un'altra i pagamenti eseguiti da terzi (con proprio denaro), nell'interesse dell'imprenditore”.

dell'imprenditore, quale suo incaricato. In tal caso, la prestazione è revocabile poiché equiparabile a quella eseguita direttamente dal debitore, non rilevando l'eventuale convinzione del creditore in ordine all'impiego da parte del *solvens* di denaro proprio⁴¹.

A differenti conclusioni si arriva laddove il terzo compia l'atto solutorio mediante proprie risorse. Infatti, mentre sarà revocabile il pagamento nel caso in cui il terzo abbia agito in rivalsa dell'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento⁴², per converso non sarà revocabile il pagamento nel caso in cui il terzo non abbia escusso il patrimonio del debitore fallito⁴³.

Pertanto, sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, – e ai fini di un'eventuale applicazione dell'esenzione ai pagamenti compiuti dal terzo – si devono considerare i soli atti solutori compiuti con denaro dell'imprenditore e quelli che, benché attuati con mezzi del terzo, sono stati seguiti da azione di rivalsa sul patrimonio del debitore prima della dichiarazione di fallimento⁴⁴.

⁴¹ Così Cass. 2 maggio 1996, n. 4040.

⁴² Qualora il terzo agisca in rivalsa ottenendo il rimborso della somma corrisposta al creditore dell'imprenditore, il patrimonio di quest'ultimo subisce una riduzione tale da poter far rientrare l'atto solutorio all'interno della disciplina dell'art. 67 legge fallimentare.

⁴³ Sul punto si veda A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 227 secondo il quale nel momento in cui il terzo non si rivale sull'imprenditore dopo aver effettuato il pagamento, la massa creditoria non risente di alcun danno in quanto opera un meccanismo di sostituzione fra i creditori poiché il *solvens* si insinua al passivo in luogo del creditore originario, lasciando immutati importo e qualità del credito.

⁴⁴ Si veda Cass., 12 agosto 2009, n. 18234: “È *jus receptum* che, nel caso in cui un debito del fallito sia stato saldato da un terzo, la revocabilità del pagamento deve essere esclusa allorché il terzo abbia impiegato mezzi propri; tanto a condizione che egli non abbia esercitato azione di rivalsa nei confronti del debitore prima ancora del fallimento (...)”. Si veda anche Cass., 8 febbraio 2008, n. 3021: “questa corte ha avuto spesso modo di occuparsi della revocabilità del pagamento del terzo, elaborando una giurisprudenza, consolidata, per la quale la rimessa effettuata da un terzo sul conto corrente dell'imprenditore, poi dichiarato fallito, non esclude la possibilità di conseguenza pregiudizievoli per i creditori in quanto la non revocabilità del pagamento del terzo è

Individuati i soggetti i cui pagamenti sono assoggettabili ad azione revocatoria, si tratta di capire se il pagamento del terzo possa rientrare nelle maglie dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e, quindi, se è possibile che il pagamento eseguito da un soggetto diverso dall'imprenditore sia effettuato "nell'esercizio dell'attività d'impresa".

Pur concordando sul fatto che il terzo non sia esso stesso imprenditore e quindi soggetto titolare dell'attività di impresa – potendo anzi essere del tutto estraneo alla gestione – si osserva che, nella formulazione della fattispecie di esenzione, sono resi immuni i pagamenti effettuati nell'esercizio dell'impresa, non i pagamenti effettuati dall'imprenditore. La norma sembra infatti richiedere un nesso funzionale fra atto solutorio e attività esercitata e non fra atto e colui che lo compie. Ebbene, anche il pagamento di un terzo può consentire l'immissione di beni e servizi all'interno dell'impresa, risultando così a questa economicamente attribuibile, e costituendo al contempo un atto solutorio funzionale alla prosecuzione dell'attività⁴⁵.

In questa prospettiva, allora, anche il pagamento effettuato dal terzo dovrebbe potersi ritenere esonerato dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. a).

subordinata alla duplice condizione che questo non sia stato eseguito con denaro del fallito e che il terzo, utilizzatore di somme proprie, non abbia proposto azione di rivalsa verso l'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento".

⁴⁵ G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 984; L. SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso" [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, cit., p. 430. È dell'opinione che l'esenzione possa riguardare anche i pagamenti effettuati dal terzo G. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 176, soprattutto in settori quale quello edile dove costituisce una pratica diffusa.

Quanto detto per il terzo si ritiene debba valere anche per l'ipotesi del pagamento effettuato dal socio irresponsabile con la precisazione che, qualora effettui un pagamento di un debito della società sarà esentato, nel caso in cui adempia ad un debito personale non lo sarà⁴⁶.

3.2 (segue) La deviazione dell'azione revocatoria sulla rivalsa esercitata dal terzo

Resta un ultimo profilo incerto. Ritenendo applicabile l'esenzione di cui alla lett. a) dell'art. 67 l. fall. al pagamento effettuato dal terzo – purché effettuato con mezzi propri e seguito da azione di rivalsa nei confronti dell'imprenditore – il creditore non potrà subire gli effetti della revocatoria. Al tal riguardo, si osserva che la somma percepita dall'*accipiens* non comporta alcuna diminuzione del patrimonio dell'imprenditore, almeno fintanto che il terzo non eserciti azione di rivalsa. È in questo momento che, a ben vedere, si concretizza un'alterazione della *par condicio creditorum* con un conseguente potenziale pregiudizio a danno della classe dei creditori. Sulla base di queste considerazioni, vi è chi ha proposto di promuovere l'azione revocatoria non contro il creditore originario, ma nei confronti del terzo che ha adempiuto⁴⁷. Una simile impostazione sembrerebbe richiamare un meccanismo analogo a quello configurato dall'art. 6 della l. 52/1991 che, in materia di *factoring*, delinea un sistema deflattivo dell'azione revocatoria, indirizzandola sul debitore-cedente in luogo del debitore-ceduto (v. *supra*, cap. I, § 3.1.2).

⁴⁶ Cfr. L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 430.

⁴⁷ Cfr. P. GOBIO CASALI, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del terzo e delegazione di pagamento*, in *ilCaso.it*, 2003.

In realtà questa impostazione non ha trovato il favore della giurisprudenza così come si evince in una pronuncia della Suprema Corte che, escludendo che la citata normativa (che trova fondamento nella particolare funzione sociale del *factoring*) possa essere invocata – essendo “*necessaria una espressa previsione normativa per sanzionare con la revoca la prestazione di un diverso soggetto, con deviazione dalla norma generale che assoggetta a revocatoria i pagamenti del debitore insolvente*” –, evidenzia tuttavia come nelle precedenti decisioni la giurisprudenza non abbia mai motivato la ragione per cui si revochi il pagamento ricevuto dall'*accipiens* e non quello (più vicino al fallimento e dal quale discende il depauperamento del patrimonio del debitore) percepito dal terzo in via di rivalsa⁴⁸.

Un simile meccanismo sarebbe comunque ininfluenza sulla fattispecie esonerativa. L'esenzione ha, infatti, come suo presupposto logico l'azione revocatoria; pertanto, qualora fosse riconosciuta al curatore la possibilità di revocare l'atto solutorio intercorso fra imprenditore e *solvens*, anche l'esenzione dovrebbe avere ad oggetto il medesimo rapporto giuridico.

Non avrebbe senso, infatti, proteggere dagli effetti della revocatoria un atto a priori non destinato a subirla.

3.3 Il caso dei pagamenti effettuati dalla società in stato di liquidazione

L'esercizio dell'attività d'impresa quale elemento centrale dell'esenzione, solleva dubbi circa la possibilità di far rientrare all'interno della fattispecie anche i pagamenti di beni e servizi effettuati dall'impresa in stato di liquidazione.

⁴⁸ Cass., 2 luglio 1998, n. 6474, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2765.

La dottrina appare ampiamente divisa sul punto.

La liquidazione costituisce la fase finale della “vita” di una società in cui cessa l’attività d’impresa – fatta salva la possibilità di esercitarla in via provvisoria *ex art. 2487 cod. civ.* – e la gestione viene attribuita ai liquidatori al fine di risolvere le situazioni pregresse e tradurre in denaro gli *assets* aziendali. La circostanza che, in questa fase, venga meno un’attività proiettata verso il futuro, inidonea a salvaguardare l’operatività economica, porta alcuni autori a respingere l’applicabilità dell’esonazione ai pagamenti posti in essere all’interno di quello che è stato definito lo “*stato terminale*” di un’impresa destinata a fuoriuscire dal mercato⁴⁹.

Ulteriori critiche, sono mosse da coloro i quali ritengono che la *ratio* dell’esonazione sia la salvaguardia dell’esercizio “ordinario” dell’attività d’impresa, non potendo in alcun modo rientrarvi gli atti compiuti durante la fase di liquidazione⁵⁰.

Si deve tuttavia osservare che, da un lato, il legislatore ha introdotto nel 2003 la possibilità di revocare in ogni tempo lo stato di liquidazione, facendo così “tornare sul mercato” l’impresa che si stava avviando verso il ritiro⁵¹; dall’altro, non può tralasciarsi il disposto dell’art. 2487, lett. c) c.c. che, nell’attribuire

⁴⁹ Cfr. S. BONFATTI – P. F. CENSONI, in *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 257; G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, cit., p. 950; S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, cit., p. 881. Si veda in particolare G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 863 a cui appartiene l’espressione citata, il quale sostiene che nei confronti dell’impresa in liquidazione verrebbe meno la *ratio* dell’esonazione poiché non vi è alcun rischio che i creditori stendano un “cordone sanitario” essendo l’impresa “già uscita dal circuito commerciale”.

⁵⁰ Sul punto si veda S. PARATORE, *La nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 130.

⁵¹ L’art. 2487-ter c.c., introdotto dal D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che l’assemblea possa in ogni momento deliberare la revoca dello stato di liquidazione previa, se del caso, eliminazione della causa che ha portato allo scioglimento. In quest’ottica si può sostenere che l’esonazione potrebbe favorire la conservazione dei valori aziendali agevolando la ripresa dell’attività imprenditoriale sul mercato.

all'assemblea dei soci il compito di indicare i criteri direttivi per l'attività dei liquidatori, esplicitamente riconosce a questi la possibilità di porre in essere atti necessari alla conservazione dei valori aziendali e anche di disporre l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa, il tutto purché tali operazioni siano funzionali a conseguire migliori risultati in fase di liquidazione.

Il mero stato di liquidazione non esclude pertanto che possa aversi una prosecuzione, seppur limitata, dell'attività imprenditoriale finalizzata, ad esempio, a realizzare una migliore allocazione di singoli rami dell'azienda sul mercato⁵².

Inoltre, confrontando l'espressione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) l.f. che parla di "esercizio dell'attività d'impresa" con quella dell'art. 2487, lett. c) c.c. che si riferisce ad "atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio", non sembrano individuabili differenze tali da impedire di ricomprendere questi atti nella generica attività d'impresa⁵³.

Si deve infine evidenziare come, rispetto ai testi contenuti nei progetti di riforma che hanno preceduto l'emanazione del D. L. n. 80 del 2005, sia venuto meno qualsiasi esplicito riferimento alla "normalità" dell'esercizio o alla "gestione"

⁵² Il blocco di un ramo o l'improvvisa cessazione dell'attività possono pregiudicare la conservazione dell'integrità del patrimonio, laddove invece la continuazione dell'operatività economica può essere funzionale al mantenimento del valore dell'azienda in vista di un miglior ricavo nella fase di liquidazione. L'arresto dell'attività può comportare la perdita o la svalutazione dell'avviamento che costituisce un elemento imprescindibile in vista di una possibile cessione in blocco dell'impresa. Cfr. S. PARATORE, *op. cit.*, p. 130.

⁵³ Non appare condivisibile l'opinione riportata da G. RAGO, *op. cit.*, p. 864 che considera tangibile la differenza semantica fra le due norme. Appare infatti ininfluenza il fatto che l'esercizio provvisorio dell'impresa sia diretto a realizzare un miglior realizzo liquidatorio; quello che rileva è che anche durante questa fase i soci possono avere interesse alla continuazione totale o parziale dell'attività d'impresa.

ordinaria dell'impresa che avrebbe costituito un elemento risolutivo della controversa questione⁵⁴.

Sulla base delle considerazioni svolte appare eccessivamente rigida una aprioristica presa di posizione – favorevole o contraria – sull'estensione dell'esenzione ai pagamenti effettuati dalla società in liquidazione: da un lato, perché la possibilità di proseguire l'ordinaria attività produttiva potrebbe far rientrare i pagamenti effettuati in esecuzione della stessa all'interno del perimetro del requisito richiesto per poter invocare l'ipotesi di esenzione; dall'altro, perché l'esercizio provvisorio è, appunto, un accadimento eventuale che dipende da scelte di natura economico-imprenditoriali. Così, nel caso in cui sia stato disposto il blocco di tutti i rami operativi dell'azienda cessando ogni tipo di attività, viene inevitabilmente a mancare la *ratio* stessa che sorregge l'esenzione a favore dei pagamenti e, conseguentemente, il nesso fra l'atto solutorio e l'esercizio di un'attività che, di fatto, non viene esercitata⁵⁵.

⁵⁴ Nel testo approvato a maggioranza dalla prima "Commissione Trevisanato", si prevedeva l'esenzione per i pagamenti compiuti "per prestazioni essenziali alla continuazione *normale* dell'attività", mentre nella parallela bozza di minoranza si esentavano "gli atti compiuti nell'ambito di rapporti contrattuali continuativi coerenti con l'*ordinaria* gestione dell'impresa". La bozza della seconda Commissione escludeva dalla revocatoria fallimentare i "pagamenti di debiti esigibili alla scadenza, per ottenere la prestazione di beni essenziali alla *normale* continuazione dell'impresa". Cfr. G. FALCONE, *La "esenzione" da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 19; P. MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, cit., p. 505.

⁵⁵ Questo a meno che non si consideri l'attività d'impresa in senso lato e quindi ricomprendente anche la liquidazione in quanto fase necessaria ed essenziale della vita societaria, come ritiene A. NIGRO, *Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 930. Cfr. anche G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 984. Cfr. V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare*, cit., p. 398 il quale dopo aver mostrato il proprio favore verso l'interpretazione estensiva dell'art. 67, co. 3, lett. a) l.f., si dichiara perplesso sulla possibilità di esentare pagamenti effettuati da un'impresa inattiva al fine di estinguere i rapporti giuridici pendenti.

Assodato che in determinate circostanze anche i pagamenti effettuati dalla società in stato di liquidazione possono presentare quel nesso con l'esercizio dell'attività d'impresa, per poter beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 67, terzo comma, lett. a), questi dovranno altresì essere compiuti nel rispetto dell'ulteriore requisito richiesto dalla norma: i "termini d'uso"⁵⁶.

4. I pagamenti... nei termini d'uso

L'ultimo elemento linguistico della norma – nonché requisito finale della fattispecie – rappresenta il profilo attorno al quale si intrecciano i maggiori dubbi interpretativi.

Le diverse opinioni prospettate dalla dottrina divergono, prima ancora che sul contenuto, su quale sia l'effettivo destinatario di una locuzione che si presta a molteplici soluzioni interpretative.

Peraltro, e diversamente da quanto accaduto relativamente ad altre questioni controverse in materia di esenzioni, la giurisprudenza di merito ha mostrato i primi interessamenti sul significato da attribuire all'espressione non sempre giungendo a medesime conclusioni.

⁵⁶ Al riguardo è stato osservato che nel momento in cui un'impresa si trova in fase di liquidazione, i suoi pagamenti saranno con buona probabilità diretti a estinguere debiti contratti in una precedente fase operativa, risultando così difficile che possano soddisfare il requisito dei termini d'uso, qualora tale locuzione sia da riferirsi (anche o solo) all'aspetto temporale dell'operazione. Sul punto si veda G. FALCONE, *La "esenzione" da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 20.

Nei paragrafi che seguono si cercherà pertanto di individuare la portata dei “termini d’uso” – e in via definitiva dell’intera esenzione – tenendo conto dei primi orientamenti e dei possibili sviluppi della giurisprudenza.

4.1 Gli orientamenti della dottrina

Nell’esegesi dell’espressione “termini d’uso” sembra opportuno illustrare preliminarmente quella che è la tesi accolta dalla dottrina maggioritaria e che ritiene la locuzione quale attributo dei pagamenti: a dover essere effettuati nei termini d’uso sono pertanto gli atti solutori e non le forniture o l’attività d’impresa⁵⁷.

Le comuni certezze sembrano tuttavia non andare oltre poiché, non appena si tenti di individuare il perimetro in cui muoversi per definire il significato dell’espressione, si deve fare i conti con una notevole quantità di soluzioni dissonanti.

4.1.1 Termini d’uso come parametro cronologico

Secondo una prima interpretazione, che tende a valorizzare il vocabolo “termini” nel suo significato letterale, l’espressione andrebbe riferita al solo aspetto cronologico e quindi al tempo dell’adempimento⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. A. ZORZI, *Riflessioni sull’esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell’introduzione del concordato in “bianco”* cit., p. 8.

⁵⁸ Cfr. G. FALCONE, *op. cit.*, p. 22; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 861. Il sostantivo “termini” rinvierebbe alla nozione del tempo entro cui deve essere adempiuta l’obbligazione ex art. 1183 c.c..

Sarebbero pertanto esentati i pagamenti adempiuti alla relativa scadenza mentre resterebbero revocabili, da un lato, quelli effettuati anteriormente a tale data in quanto inefficaci *ex art. 65 l. fall.*⁵⁹, dall'altro, quelli compiuti dopo la scadenza⁶⁰.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi è stato sostenuto che un'interpretazione esageratamente rigida finirebbe col penalizzare i pagamenti eseguiti con un moderato ritardo che potrebbe benissimo rientrare nella normale tolleranza insita nei rapporti commerciali⁶¹. E come osservato⁶², il richiamo all'"uso" sembra proprio evocare un intrinseco margine di sopportazione da parte del creditore, anche alla luce della *ratio* della norma⁶³.

Ma a qual è allora l'"uso" a cui si riferisce l'ipotesi di esenzione? Secondo alcuni autori si deve fare riferimento alla prassi che intercorre tra debitore fallito e

⁵⁹ Secondo le prevalenti opinioni i pagamenti anticipati, non rientranti nella disciplina dell'art. 65 l.f. in quanto caratterizzati da una scadenza anteriore alla data della dichiarazione di fallimento, dovrebbero essere considerati coperti dalla fattispecie e quindi esentati dalla revocatoria; sul punto si veda S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, cit., p. 882 che concorda con chi ritiene di non dover seguire un'eccessiva interpretazione della norma che potrebbe rendere inapplicabile l'esonero a pagamenti contestualmente effettuati.

⁶⁰ Sul punto si veda G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 257 secondo il quale l'espressione "nei termini d'uso" andrebbe letta come "entro i termini d'uso". L'autore ritiene che l'esenzione salvaguardi i rapporti tra imprenditore e fornitore caratterizzati dalla prossimità cronologica delle rispettive prestazioni: il pagamento da un lato, la "consegna" del bene o servizio dall'altro. Sarebbero così esentati i pagamenti "*mano contro mano*" in quanto caratterizzati dalla contestualità dello scambio.

⁶¹ Cfr. G. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 158 secondo il quale "non può certo assumere rilievo il ritardo di un giorno e si deve piuttosto pensare ad un ritardo sensibile e sistematico". Si veda anche S. VINCRE, *op. cit.*, p. 882. Si potrebbe peraltro invocare l'art. 1455 cod. civ. in forza del quale il contratto non può essere risolto se l'inadempimento di uno dei contraenti ha scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra.

⁶² Così G. FALCONE, *La "esenzione" da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 22 che tuttavia esclude qualunque tolleranza rispetto ai termini legali.

⁶³ Questo sia qualora si ritenga che l'esenzione sia volta a consentire la continuazione dell'attività d'impresa, sia qualora si riconduca la fattispecie a strumento di tutela per i terzi fornitori. In entrambi i casi, dell'impossibilità di promuovere la revocatoria verso il pagamento effettuato con un lieve ritardo, traggono beneficio tanto il fornitore (che non dovrà preoccuparsi di rifiutare il pagamento) quanto l'imprenditore (che potrà così continuare a operare).

singolo fornitore sulla base del rapporto contrattuale sottostante; altri autori, invece, considerano l'uso come quello che “*corre su piazza*”, in quanto abitualmente seguito nei vari settori economici avendo però cura di distinguere in relazione alla diversa tipologia di prestazione effettuata⁶⁴.

Infine, vi è chi ritiene che debbano essere cumulati entrambi i parametri per valutare l'usualità del rapporto o, ancora, il comportamento generalmente tenuto dal fallito con la massa dei creditori.

Ad ogni modo, non riferendosi la norma all'uso normativo⁶⁵, saranno necessarie valutazioni da compiere caso per caso, non potendo ricorrere a tipizzazioni di sorta⁶⁶.

4.1.2 Il rapporto tra la fattispecie di cui alla lett. a) e il decreto attuativo della direttiva CE in materia di adempimento nelle transazioni commerciali

L'eccezione alla revocatoria deve essere valutata tenendo conto del possibile rapporto con la disciplina contenuta nel decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231⁶⁷ che, in mancanza di diverse scadenze previste dal contratto, sancisce i termini di adempimento in materia di rapporti commerciali⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. G. TERRANOVA, il quale sottolinea come forme di facilitazione siano concesse da tutti gli operatori del settore per non perdere in partenza il conflitto concorrenziale.

⁶⁵ Così A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in “bianco”*, cit., p. 12. Sul punto si veda anche G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 867.

⁶⁶ Cfr. V. GIORGI, *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, cit., p. 401; S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, cit., p. 882.

⁶⁷ Il d.lgs. n. 231/2002 è stato emanato in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nei rapporti commerciali. L'art. 2, comma 1 sancisce che per “transazioni commerciali” il presente decreto intende: “i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che

Il riformatore, nel delineare l'esenzione dei pagamenti, ha trascurato qualsiasi coordinamento con la suddetta normativa risultando così necessario stabilire se a questa debba farsi riferimento o meno nell'applicazione della fattispecie: all'interno delle transazioni commerciali rientrano infatti la maggior parte dei pagamenti effettuati dall'imprenditore fallito⁶⁹.

L'assenza di usi normativi è stata invocata per giustificare il ricorso al decreto, potendo adesso individuarvi parametri oggettivi dai quali determinare se, ai fini dell'applicazione dell'esenzione dall'azione revocatoria, il pagamento sia avvenuto o meno nei "termini d'uso"⁷⁰.

In quest'ottica⁷¹, la suddetta disciplina troverebbe applicazione ogniqualvolta le parti non vi abbiano derogato con esplicite pattuizioni, purché non contrastanti con le limitazioni ivi contenute⁷².

comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo.".

⁶⁸ L'art. 4 del d.lgs. cit. prevede che, salva diversa pattuizione delle parti, il termine legale scada dopo *trenta giorni* dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o da una richiesta di pagamento avente contenuto equivalente; ovvero dalla data di ricevimento delle merci o di prestazione dei servizi nel caso in cui la fattura (o l'equivalente richiesta di pagamento) siano anteriori a tale data o se quest'ultima sia incerta; o ancora *trenta giorni* dalla data di accettazione o di accertamento (se previsto da legge) della conformità dei beni e servizi alle previsioni contrattuali qualora il debitore riceva la fattura (o la richiesta equivalente di pagamento) in epoca anteriore alla data di accettazione o verifica.

⁶⁹ Cfr. G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 840.

⁷⁰ Cfr. G. RAGO, *op. cit.*, p. 867 che evidenzia come la previsione del normativa sui termini delle transazioni commerciali sia stata adottata nell'interesse del creditore, considerato parte debole ogniqualvolta si trovi a dover gestire un rapporto con un soggetto in stato di dissesto economico. L'autore sembra rafforzare quell'orientamento che individua la *ratio legis* dell'esenzione nella primaria tutela del terzo fornitore.

⁷¹ Cfr. G. RAGO, *op. cit.*, p. 866; G. TARZIA, *op. cit.*, p. 840.

⁷² L'art. 7, comma 1 del d. lgs. n. 231/2002 sancisce la nullità delle pattuizioni contrattuali che prevedono diversi termini di pagamento quando questi siano "*gravemente iniqui in danno al creditore*". Il comma 3 sancisce che il giudice, dichiarata la nullità, anche d'ufficio, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo.

Al riguardo non mancano riserve sull'argomento. Un autore, in particolare⁷³, suggerisce come tale soluzione finisca per apparire eccessivamente rigida se rapportata all'effettiva prassi seguita nei rapporti commerciali, oltre che divenire portatrice di un meccanismo sanzionatorio operante esclusivamente a danno del creditore. Escludere il beneficio dell'esenzione, revocando i pagamenti effettuati in ritardo rispetto ai termini fissati dal D. lgs n. 231/2002, finirebbe per imporre al creditore un tempestivo arresto delle forniture non appena fossero varcate le soglie per adempiere⁷⁴; senza contare come l'eventuale tolleranza del terzo non potrebbe che confliggere con norme di legge⁷⁵.

Quest'ultima lettura appare certamente più conforme alla *ratio* dell'esclusione dell'azione revocatoria. Vincolare i termini d'uso a un parametro di natura normativa, finirebbe infatti per svilire la continuazione dell'attività d'impresa, irrigidendo un meccanismo a discapito di una maggior flessibilità di cui certamente necessita l'impresa in stato di dissesto economico.

4.1.3 *Termini d'uso come modi dell'adempimento*

Una seconda opzione considera i "termini" in senso atecnico, riconducendo l'intera locuzione non all'elemento temporale ma alle modalità dell'adempimento: sarebbero esentati i soli pagamenti compiuti con mezzi usuali.

⁷³ Sul punto si veda A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, cit., p. 12.

⁷⁴ È dell'idea che il legislatore abbia volutamente escluso ogni riferimento al d.lgs. n. 231/2002 F. PASI, *La revocatoria dei pagamenti non bancari*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p. 148. In termini analoghi G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 258 secondo il quale il legislatore ha volutamente optato per un termine più elastico di quello previsto per la decorrenza degli interessi moratori.

⁷⁵ Cfr. M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, cit., p. 576.

Si tratta in realtà di una lettura proposta dalla dottrina minoritaria che richiama il concetto di “normalità” o “ordinarietà” nella gestione dell’impresa⁷⁶. In questa prospettiva si ritiene che la norma faccia riferimento ai profili operativi del rapporto commerciale e che mediante l’espressione “termini d’uso” il legislatore abbia voluto dare seguito ai testi dei progetti di riforma. Secondo questa lettura, trovandosi il fallito in uno stato di difficoltà, l’esenzione andrebbe a sottrarre all’azione revocatoria esclusivamente i pagamenti caratterizzati da una normalità all’interno dell’esercizio d’impresa mentre resterebbero pur sempre revocabili i pagamenti effettuati con mezzi anormali o, appunto, “inusuali”.

Anche rispetto a questa prospettiva vi è poi chi distingue “l’uso” in senso “oggettivo”, avendo cioè riguardo ai meccanismi con cui si svolgono normalmente i rapporti all’interno dei relativi settori commerciali⁷⁷, da quello in senso “soggettivo” che tiene conto delle modalità generalmente praticate fra debitore e creditore. Rimarrebbero pertanto soggetti ad azione revocatoria i pagamenti che, benché compiuti con mezzi normali, risultino difformi dalle modalità concordate.

⁷⁶ Cfr. G. FALCONE, *La “esenzione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell’esercizio dell’attività di impresa*, cit., p. 22; L. SALAMONE, *L’esenzione dall’azione revocatoria fallimentare dei “pagamenti di beni e servizi effettuati nell’esercizio dell’attività d’impresa nei termini d’uso” [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, cit., p. 430.

⁷⁷ Sembra essere di questa opinione B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 227.

4.1.4 *L'orientamento maggioritario: termini come modi e come tempo. L'uso in senso oggettivo e soggettivo, la distinzione fra rapporti commerciali occasionali e continuativi*

All'interno dell'intricato quadro delineato circa le possibili interpretazioni dei termini d'uso, come spesso accade, la scelta finisce per ricadere su una soluzione "temperata" o, per così dire, intermedia. I termini vengono infatti considerati dalla generalità degli autori come espressione complessiva tanto dell'aspetto cronologico quanto di quello attinente alle modalità con cui si adempie al pagamento⁷⁸.

Resterebbero così revocabili, ex art. 67, comma 1, n. 2), l. fall., i pagamenti effettuati con mezzi anomali – sebbene privi di ritardo – così come i pagamenti compiuti con mezzi normali ma effettuati dopo la scadenza del termine per adempiere. I pagamenti anticipati verrebbero esentati purché non riconducibili all'interno della disciplina di cui all'art. 65 della legge fallimentare.

In particolare, è stato osservato che solo in questo modo si potranno circoscrivere i pagamenti effettivamente compiuti nei termini d'uso, valorizzando quelli caratterizzati da una piena regolarità – sia quanto al modo che al tempo – da individuarsi né in astratto né in via generale ma, in concreto, e caso per caso⁷⁹.

⁷⁸ Cfr. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p.157; B. MEOLI, *op. cit.*, p. 227; A. NIGRO, *Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, cit., p. 930; P. MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, cit., p. 511; SALAMONE, *op. cit.*, p. 430; G. REBECCA – G. SPEROTTI, *Le operazioni bancarie esenti da revocatoria*, cit., 710; A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, cit., p. 12. Si veda in particolare D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 174 che considera il vocabolo termini riferito, oltre che all'elemento temporale, anche al "coacervo delle condizioni contrattuali" in quanto grossolana traduzione dell'inglese "terms".

⁷⁹ Sul punto si veda P. MENTI, *op. cit.*, p. 511 che afferma come la sola regolarità temporale possa non rappresentare un indice sufficientemente certo della normalità del

Quanto agli usi e criteri a cui fare riferimento, particolarmente fondata appare la distinzione operata tra affari occasionali e abituali⁸⁰. Rispetto ai primi, il parametro della regolarità non potrà che essere individuato nelle pratiche seguite dagli operatori del settore commerciale di riferimento, stante l'assenza di un duraturo rapporto fra i due contraenti; con riferimento ai secondi, la presenza di un consolidato rapporto tra imprenditore e fornitore dovrebbe consentire di ricercare la prassi commerciale tra i due: si dovrà quindi valutare se le parti praticino determinate modalità o rispettino determinate scadenze nell'adempire. Così, qualora si opti per un criterio "soggettivo", la costanza della consuetudine instauratasi potrà derogare alla prassi tenuta dagli operatori del medesimo settore, e quello che non è considerato usuale su piazza potrebbe, in concreto, essere considerato abituale fra debitore e creditore.

4.2 La teoria dei termini d'uso riferiti all'attività di impresa.

In contrapposizione alle soluzioni elaborate dalla dottrina maggioritaria, un autore⁸¹ propone una differente lettura che valorizza la continuazione dell'attività d'impresa quale *ratio* fondamentale dell'esonazione, considerando i "termini d'uso" attribuito dell'attività d'impresa⁸².

pagamento effettuato, risultando pertanto necessario un'applicazione congiunta del parametro del tempo e delle modalità.

⁸⁰ Cfr. O. CAGNASSO, *L'esonazione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8; P. MENTI, *op. cit.*, p. 511; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 867.

⁸¹ Cfr. G. CAVALLI, *L'esonazione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 987.

⁸² L'autore sembra in parte riproporre la strada già intrapresa da F. S. MARTORANO, *L'esonazione dalla revocatoria dei pagamenti "nei termini d'uso"*, cit., p. 189 che, discostandosi dall'interpretazione predominante, ritiene che "l'usualità" debba essere riferita ai beni e servizi forniti all'imprenditore fallito e non già ai pagamenti da questo

Questa interpretazione comincia col respingere l'opinione predominante che lega la locuzione "termini d'uso" ai pagamenti effettuati dal debitore fallito presentandosi, secondo l'autore, solo apparentemente corretta e portando nella pratica a risultati ben lontani dalla reale intenzione del legislatore⁸³. E questo sia volendo interpretare i termini d'uso come attinenti all'aspetto cronologico sia come espressione delle modalità di adempimento: nel primo caso non troverebbe spiegazione la ragione per cui un pagamento – anticipato o ritardato che sia – debba essere soggetto a revocatoria andando invece esente quello effettuato allo scadere del termine⁸⁴; nel secondo caso, l'interpretazione che esalta i modi dell'adempimento solleverebbe problemi di coordinamento con l'art. 67, secondo comma l. fall⁸⁵.

effettuati. L'autore osserva che la puntualità dell'adempimento attiene alla *scientia decoctionis*, dato di cui l'esenzione in esame sembra implicitamente disinteressarsi, essendo costruita in chiave oggettiva. Forzando il dato letterale della norma, e invitando l'interprete a un uso "a dir poco disinvolto della lingua italiana", l'autore ritiene che siano i beni ed i servizi a dover essere effettuati (*i.e.* forniti) nei termini d'uso. La norma andrebbe pertanto letta come riferita ai pagamenti "delle forniture di beni e servizi effettuate nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso". Secondo questa interpretazione l'esenzione consentirebbe all'impresa in difficoltà di continuare ad operare attraverso l'acquisizione di quelle forniture indispensabili per la prosecuzione della propria attività.

Si tratta di una ricostruzione dai più criticata in quanto fortemente contrastante con il dato testuale dell'esenzione; fra i molti cfr. G. CAVALLI, *op.cit.*, p. 987; G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 861.

⁸³ L'autore, in via analoga a quanto precedentemente osservato (*v. supra*, § 1), respinge l'idea che l'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) l. fall., sia primariamente diretta a tutelare i fornitori, ritenendo che la serie di ulteriori requisiti posti dalla norma non possa trovare giustificazione se non in funzione alla salvaguardia del valore aziendale.

⁸⁴ L'autore ritiene irrazionale esentare i pagamenti ritardati nei confronti di un soggetto che si trova, per definizione, in stato di difficoltà; cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 986.

⁸⁵ Come precisato dallo stesso autore, questa forma di approccio solleva problemi in ordine alla distinzione fra mezzi di pagamento "inusuali" e i mezzi anormali di cui al primo comma, n. 2 dell'art. 67: si deve capire se l'esenzione non trovi applicazione ai pagamenti effettuati con mezzi anomali oppure se, tra mezzi normali ed anormali, trovi collocazione un terzo *genus* definito appunto come non usuale che, lasciato scoperto dall'esenzione dall'art. 67, terzo comma, lett. a, dovrebbe rientrare nel più mite regime del secondo comma della suddetta disposizione; cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 986.

La chiave di lettura proposta risiede, da un lato, nel considerare l'espressione termini in senso atecnico quale sinonimo di "modi" o "modalità"; dall'altro, nell'intendere l'intera locuzione come svincolata dai pagamenti e riconducendola all'esercizio dell'attività d'impresa. Questa ricostruzione, pur non rappresentando la soluzione che immediatamente traspare a una prima lettura, appare compatibile con la formulazione letterale della norma⁸⁶.

In questo modo, sarebbero esentati i pagamenti effettuati a fronte di forniture di beni o servizi funzionali alla continuazione dell'attività dell'impresa, purché tali atti solutori avvengano all'interno non di un generico esercizio imprenditoriale, bensì di un esercizio configurabile come ordinario, normale⁸⁷. In altre parole, è l'esercizio dell'attività che deve essere compiuto nei termini d'uso secondo gli *standards* normalmente praticati dall'imprenditore. Saranno allora esentati i pagamenti corrispondenti a operazioni straordinarie, o che comunque deviano dalle pratiche rientranti nella regolare gestione di un'impresa operante in un determinato settore, in quanto espressione di esigenze che esulano dalla mera conservazione e prosecuzione dell'operatività aziendale. Al contrario, non dovrebbe rilevare il fatto che tali pagamenti siano avvenuti in anticipo o in ritardo rispetto alla scadenza, tantomeno che siano stati effettuati mediante mezzi anormali di pagamento⁸⁸.

⁸⁶ Sul punto si veda G. CAVALLI, *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei termini d'uso*, cit., p. 373 il quale afferma come l'esenzione di cui alla lett. a) non sia concepita in modo da costringere l'interprete a considerare i termini d'uso connessi ai pagamenti né tanto meno che il vocabolo "termini" sia da utilizzare nel senso tecnico di termine di scadenza.

⁸⁷ Questa opinione andrebbe a richiamare i lavori preparatori, che riconducevano l'esenzione dei pagamenti ad un esercizio normale od ordinario dell'attività d'impresa (sul punto si rimanda a nt. 54).

⁸⁸ Sul punto si veda G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 987. Discostandosi dalla dottrina maggioritaria

L'autore evidenzia come una simile interpretazione sia più conforme alla *ratio* dell'esenzione, consentendo ai terzi che entrano in contatto con l'imprenditore di conoscere prima – e quindi con valutazione *ex ante* – se il bene o il servizio che questi si accingono a fornire all'impresa rientri o meno nel normale ambito operativo della stessa e, conseguentemente, se i corrispondenti pagamenti possano beneficiare dell'esenzione in questione⁸⁹.

L'ipotesi di esclusione dall'azione revocatoria risulterebbe così ricostruita in chiave meramente oggettiva, senza che i profili inerenti alle modalità o al tempo dell'adempimento possano incidere su una presunta buona o mala fede del terzo che, a ben vedere, non sembra richiamata dalla formulazione della norma⁹⁰.

L'intero meccanismo esonerativo potrebbe in tal modo acquisire un grado di certezza tale da indurre i terzi interlocutori a interagire con maggior tranquillità nei confronti dell'imprenditore, ampliando esponenzialmente le possibilità che l'impresa continui il proprio operato⁹¹.

l'autore ritiene che l'ambito dell'esenzione possa ricomprendere anche i pagamenti effettuati con mezzi anormali che sarebbero destinati a rientrare nella disciplina dell'art. 67, co. 1, n. 2 l. fall. Egli non concorda sul fatto che il legislatore utilizzato il termine "pagamenti" per escludere implicitamente mezzi solutori diversi dal denaro o da altri strumenti di pagamento.

⁸⁹ Così G. CAVALLI, *op.cit.*, p. 986. L'autore evidenzia come seguendo l'orientamento maggioritario si farebbe dipendere l'operatività dell'esenzione da una mera scelta arbitraria del debitore che, semplicemente decidendo se rispettare o meno i termini d'uso, potrebbe selezionare i fornitori da tutelare.

⁹⁰ Cfr. G. CAVALLI, *op. cit.*, p. 986.

⁹¹ Sul punto si veda G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, cit., p. 954 secondo il quale, porre l'accento sul momento della *solutio*, contrasta con la ragione dell'esenzione perché fa dipendere la decisione del terzo (di continuare o meno a fornire l'impresa in crisi) dal verificarsi di un evento futuro e incerto quale il fatto che l'imprenditore effettui il pagamento nei termini d'uso. Il fornitore nel momento in cui stipula il contratto non può sapere secondo quali modalità e in che modo l'imprenditore adempierà alla propria obbligazione e quindi ignora se il pagamento possa ricadere o meno all'interno dell'esenzione. Questa situazione genera un'incertezza tale da poter indurre i terzi fornitori, in maniera identica a quanto accadeva prima della riforma, dall'astenersi dal tenere contatti con l'imprenditore in difficoltà economica, vanificando così gli intenti del riformatore.

4.3 (segue) Critica a questa teoria

La teoria appena esposta presenta l'indiscutibile pregio di collegare l'esonazione con l'ordinaria attività d'impresa presentandosi come quella maggiormente rispondente alla prosecuzione dell'operatività gestionale⁹². Indubbiamente essa rappresenterebbe un importante "scudo" per i fornitori ma, più che consentire la continuità dell'impresa, rischierebbe di concedere all'imprenditore la possibilità di trascinare la propria attività con effetti dannosi per l'intero sistema economico. Esonerare dalla revocatoria tutti i pagamenti, prescindendo completamente dagli aspetti cronologici e dai modi di adempimento, comporta sul piano pratico una pressoché totale passività dei fornitori che, forti della certa immunità dalla revocatoria, non avranno alcun interesse ad attivarsi per il superamento della crisi. Se da una parte l'impresa non resterà isolata sul mercato, dall'altra si trascinerà fintanto che riuscirà a trovare un modo per procurarsi le forniture necessarie a consentirle di sopravvivere; questo almeno fino a quando, giunta ormai di fronte a un "vicolo cieco", non sarà più in grado di adempiere ai propri debiti (neppure dilazionando e rinegoziando con i fornitori) risultando ormai la situazione pressoché irreversibile per attivare soluzioni alternative⁹³. È difficile infatti che un'impresa risollevi le proprie sorti senza nuovi finanziamenti provenienti dal ceto bancario e, se da un lato la riforma ha introdotto percorsi agevolati per accedere a forme di finanziamento protetto *ex* lett. d) ed e), dall'altro i terzi creditori restano i primi soggetti a dover esercitare pressione al fine di indirizzare

⁹² Cfr. A. ZORZI, *Riflessioni sull'esonazione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, cit., p. 9.

⁹³ Sul punto si veda A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, cit., p. 508.

l'impresa verso le procedure di risanamento cui l'imprenditore, per evidenti ragioni, guarda con timore⁹⁴.

Questo insieme di conseguenze portano, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, a guardare con una certa diffidenza la riconducibilità dei termini d'uso all'esercizio dell'attività d'impresa; soluzione i cui benefici risultano decisamente inferiori se paragonati ai costi per l'intero sistema economico⁹⁵.

5. L'esenzione da revocatoria al vaglio della giurisprudenza di merito

A distanza di quasi dieci anni dall'entrata in vigore del nuovo catalogo di esenzioni la giurisprudenza di merito ha avuto modo – a dire il vero in non molte occasioni – di pronunciarsi su alcuni dei profili più rilevanti della fattispecie di cui all'art. 67, comma 3, lett. a).

Al riguardo, è stato osservato che la principale causa di un così esiguo numero di precedenti sia da individuare nel tracollo dell'azione revocatoria all'interno dei tribunali, prevalentemente causato dal dimezzamento del periodo sospetto⁹⁶.

L'indagine condotta mostra come anche all'interno della giurisprudenza il tema dell'esenzione dei pagamenti nei termini d'uso non riesca a sedimentarsi su posizioni univoche.

⁹⁴ Non ultima la divulgazione dello stato di dissesto economico.

⁹⁵ Sul punto si veda A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, cit., p. 9 il quale osserva come aderendo ad una simile impostazione si finirebbe per consentire all'imprenditore di procurarsi con qualsiasi mezzo beni o servizi purché funzionali all'esercizio dell'attività d'impresa.

⁹⁶ Cfr. A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1. Sulla riduzione del periodo sospetto si rinvia a quanto precedentemente detto (v. *supra* cap. I, § 2.2).

A ben guardare, le varie e diverse soluzioni elaborate dalla dottrina sembrano fare breccia in talune pronunce – salvo poi, magari, essere disattese da quelle successive – lasciando così privi di risposta molti dei dubbi precedentemente illustrati.

A dispetto di quanto affermato, alcuni punti fermi sono tuttavia individuabili e ascrivibili a quello che può essere inquadrato come l'indirizzo predominante.

5.1 L'orientamento in via di consolidamento

Tutte le pronunce analizzate hanno ad oggetto azioni revocatorie promosse dalle curatele fallimentari in relazione a pagamenti effettuati nel periodo sospetto e, verso le quali, era stata eccepita dai convenuti la sussistenza della causa di esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) l. fall., sul presupposto che i pagamenti medesimi fossero stati eseguiti nei termini d'uso.

Preliminarmente, si può riportare come, in una recente pronuncia, il solo Tribunale di Busto Arsizio⁹⁷ abbia considerato la locuzione termini d'uso quale attributo dell'attività d'impresa, aderendo così a quell'interpretazione (v. *supra*, § 4.2) che ricollega l'esenzione ai pagamenti promossi nell'ordinaria attività d'impresa.

Diversamente, e in maniera pressoché implicita, i giudici di merito chiamati a decidere sulla questione hanno considerato i termini d'uso come predicato dei pagamenti. In particolare, in una pronuncia del Tribunale Torino, del 10 gennaio 2011, il giudice si afferma ben consapevole dell'autorevole opinione di cui sopra

⁹⁷ Trib. Busto Arsizio, 2 luglio 2012, in *ilFallimentarista.it*, con commento di G. S. PAGANINI.

ma ritiene che questa non possa non condurre a problematiche operative ancora più complesse. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto sottratti all'azione revocatoria una serie di pagamenti ricevuti dal convenuto secondo modalità solutorie che, pur differenti da quanto praticato in tempi remoti fra le parti, rientravano in una recente prassi ormai consolidata. Una simile situazione sarebbe sfuggita all'esenzione qualora si fossero intesi i termini d'uso come riferiti all'attività d'impresa, in quanto le nuove modalità operative difficilmente sarebbero rientrate nel concetto di "ordinaria o normale" attività che questa ricostruzione sembra presupporre⁹⁸.

Nella risoluzione delle controversie molti tribunali hanno formulato alcune premesse in ordine alla *ratio* dell'esenzione che rimane, come in dottrina, un punto controverso che non sembra trovare una soluzione certa.

Numerose pronunce sembrano ricondurre l'esenzione a una presunta, e diretta, funzione di tutela dei fornitori in tutti quei casi in cui *l'accipiens* non sia presumibilmente in grado di conoscere l'insolvenza del debitore⁹⁹. Così, in una successiva serie di pronunce¹⁰⁰, il Tribunale di Milano ha ritenuto che siano da ricondurre nell'alveo dell'esenzione soltanto i pagamenti che siano tali da non generare alcun sospetto in merito allo stato di decozione dell'imprenditore. Il pagamento non effettuato nei "termini d'uso" resterebbe revocabile in quanto mostrerebbe chiaramente l'acquisizione della *scientia decoctionis* in capo al soggetto fornitore. In senso analogo, si era pronunciato il Tribunale di Torino in

⁹⁸ Trib. Torino, 10 gennaio 2011, in *Giur. it.*, 2011, I, p. 125, con nota di F. IOZZO.

⁹⁹ Sulla formulazione in termini meramente oggettivi dell'esenzione di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) l. fall., si rimanda a quanto precedentemente esposto (v. *supra*, § 2).

¹⁰⁰ Trib. Milano, 7 giugno 2010, in *ilFallimentarista.it*, con nota di V. LENOCI; Trib. Milano, 16 gennaio 2012, n. 447 e n. 448, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, VI, p. 835, con commento di M. RANIELI.

una delle prime sentenze edite sulla questione, ritenendo che l'esenzione “*si declina in un rapporto sinallagmatico che continua a svolgersi de plano rimanendo di fatto estraneo, soprattutto nella percezione dell'accipiens, alle sopravvenienze negative imputabili al sopraggiungere dello stato di insolvenza*”¹⁰¹. Segue questo filone, ancora, il Tribunale di Monza che considera esentati i pagamenti “*oggettivamente*” tali da non destare dubbi circa la solvibilità del debitore¹⁰².

Una diversa corrente giurisprudenziale si attesta intorno a quel differente orientamento – condiviso dalla dottrina maggioritaria e, si ritiene, più vicino agli obiettivi perseguiti dalla riforma – che, individuando quale *ratio* della fattispecie la continuazione dell'attività d'impresa, considera l'esenzione “*sganciata*” da valutazioni in ordine alla conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore.

Così, investito nuovamente di una controversia avente ad oggetto la revoca di una serie di pagamenti effettuati nei sei mesi anteriori al fallimento, il Tribunale di Torino ha disatteso le precedenti conclusioni e, quanto all'individuazione della *ratio* dell'esenzione, ha osservato che non si può prescindere dall'aderire a quell'opinione “*assolutamente unanime*” che individua le ipotesi di esenzione con esclusivo riguardo al profilo oggettivo, dovendo pertanto operare anche quando il destinatario del pagamento sia pienamente a conoscenza dello stato di insolvenza: diversamente, si legge, verrebbe vanificato lo scopo della norma¹⁰³. In senso analogo si è recentemente pronunciato il Tribunale di Salerno ritenendo che

¹⁰¹ Trib. Torino, 23 aprile 2009, in *Fallimento*, 2010, III, p. 371, con nota di G. CAVALLI.

¹⁰² Trib. Monza, 24 aprile 2012, in *ilCaso.it*, 2012.

¹⁰³ Trib. Torino, 10 gennaio 2011, cit., p. 125.

l'esenzione operi oggettivamente e che, dal momento in cui l'atto solutorio è compiuto nei termini d'uso, questo non può essere revocato a prescindere dalla *scientia* circa il dissesto del debitore¹⁰⁴.

5.2 Termini intesi come parametro temporale e modale

All'interno del groviglio giurisprudenziale non sembrano sussistere dubbi quantomeno sul significato da attribuire ai "termini"; tutte le pronunce reperite in materia di esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. a), l. fall., intendono il vocabolo riferito tanto alle modalità quanto ai tempi del pagamento¹⁰⁵. La giurisprudenza sembra del tutto orientata a escludere quelle interpretazioni dottrinali minoritarie (v. *supra*, § 4.1) che si limitano a valorizzare ora il solo dato cronologico, ora solo quello modale. Pertanto, per poter considerare i pagamenti sussumibili nella fattispecie di esenzione, questi dovranno esser compiuti nei termini d'uso sia quanto al tempo dell'adempimento quanto alle modalità di pagamento.

La ragione che giustifica una tale presa di posizione si ritiene debba essere ricercata nella volontà di contenere la portata dell'esonero – mediante il ricorso a

¹⁰⁴ Trib. Salerno, 4 novembre 2013, in *ilCaso.it*, 2013, dove si evidenzia che una lettura in senso oggettivo dell'ipotesi di esenzione "deriva dal fatto che – come prima – ove manca l'elemento soggettiva della conoscenza il pagamento non è comunque revocabile, mentre dall'entrata in vigore della novella vengono salvati ulteriori atti solutori che, altrimenti, ricadrebbero nell'area della revocabilità."

Si veda anche Trib. Marsala, 24 giugno 2011, in *ilCaso.it*, 2011, dove la *ratio* della norma viene individuata nella volontà di evitare che il "manifestarsi della crisi" porti i fornitori ad astenersi dall'intrattenere rapporti commerciali funzionali alla continuazione dell'attività imprenditoriale. Il giudice sembra pertanto ritenere che l'esenzione presupponga una qualche *manifestazione* dello stato di dissesto che implicherebbe un'intrinseca conoscenza da parte del terzo dell'insolvenza dell'imprenditore.

¹⁰⁵ Ad esclusione della citata sentenza Trib. Busto Arsizio, 2 luglio 2012, che prescinde da qualsiasi valutazione inerente ai pagamenti.

criteri “orizzontali” e “verticali” allo stesso tempo – evitando di lasciare la fattispecie in “balia” di operazioni che esulino dalla *ratio* dell’esenzione.

Quanto all’“uso” già si è detto che questo può essere individuato avuto riguardo alla prassi instauratasi fra debitore e creditore (cd. *criterio soggettivo*) o alle pratiche che intercorrono all’interno del settore commerciale di riferimento (cd. *criterio oggettivo*).

5.3 L’uso in senso soggettivo e contrattuale nella prassi tra imprenditore e fornitore

La giurisprudenza si è costantemente espressa a favore del criterio soggettivo intendendo per “termini d’uso” quelli soggettivamente vigenti fra le parti. All’interno di questo orientamento, alcune pronunce tendono tuttavia a valorizzare il dato contrattuale ritenendo che la conformità del pagamento debba essere valutata sulla base di quanto pattuito ed accettato dalle parti all’interno del negozio sottostante al pagamento.

In questi termini si è espresso inizialmente il Tribunale di Milano¹⁰⁶ che, escludendo che possa farsi riferimento a un parametro di confronto inesistente come quello dei termini praticati all’interno di un generico settore produttivo, ha accolto la pretesa attorea dichiarando inefficaci una serie di pagamenti ricevuti dalla società convenuta in quanto eseguiti con significativo ritardo rispetto a quanto “*dalle parti concordato nel momento genetico del negozio*”.

¹⁰⁶ Trib. Milano, 7 giugno 2010, cit.; cfr. Trib. Bergamo, 1 gennaio 2012, in *Fallimento*, 2013, III, p. 371.

Lo stesso tribunale, in una successiva decisione¹⁰⁷, osserva che il rispetto dei termini deve esser accertato non solo sulla base del contratto vigente *inter partes* ma, anche, con riferimento alle specifiche modalità con cui si è svolto il rapporto fra i contraenti, ponendosi così in linea con una posizione che aveva già trovato riscontro in una serie di precedenti decisioni¹⁰⁸ e che ha riscosso ulteriori conferme in recenti pronunce¹⁰⁹.

Quest'ultimo orientamento appare più conforme al dettato letterale della fattispecie di esenzione che, richiamando "l'uso", sembra in qualche modo estendere l'immunità da revocatoria anche a pagamenti che fuoriescono da quello che sono i soli termini contrattuali e, si ritiene, se il legislatore avesse inteso riferirsi a questi ultimi, avrebbe direttamente richiamato, all'interno della disposizione, i termini contrattualmente accettati dalle parti.

In una rilevante pronuncia il Tribunale di Milano¹¹⁰, dopo aver accertato che per contratto i pagamenti avrebbero dovuto essere effettuati entro un mese dalla fattura ma che venivano normalmente eseguiti con un ritardo di due-tre mesi, aveva ritenuto che quella modalità di adempimento – oramai protrattasi per un considerevole lasso temporale – fosse divenuta consuetudine in vigore all'interno del rapporto commerciale fra i contraenti e che a quella si dovesse pertanto guardare per accertare la fondatezza dell'esenzione. Tuttavia nel corso del giudizio, era stato appurato come i pagamenti oggetto del contenzioso fossero stati effettuati – quanto ai termini temporali – con un ritardo ben maggiore di quello fino ad allora tollerato dal convenuto, configurando nel caso di specie una

¹⁰⁷ Trib. Milano, 19 novembre 2012, in *ilCaso.it*, 2012.

¹⁰⁸ Trib. Torino, 10 gennaio 2011, *cit.*, p. 125; Trib. Marsala, 24 giugno 2011, in *ilCaso.it*, 2011; Trib. Monza, 24 aprile 2012, in *ilCaso.it*, 2012.

¹⁰⁹ Trib. Salerno, 4 novembre 2013, *cit.*

¹¹⁰ Trib. Milano, 18 luglio 2011, in *ilFallimentarista.it*, con nota di V. LENOCI.

palese e significativa deviazione rispetto alla prassi fino ad allora seguita dai contraenti.

Come già precisato, i termini d'uso non rilevano esclusivamente al requisito temporale dei pagamenti eseguiti – che potrebbero essere cadenzati nel tempo o inclusi in un piano di rientro concordato a ragione della situazione di difficoltà dell'impresa – ma anche rispetto alle modalità con cui gli stessi vengono effettuati. Ne discende che, benché eseguiti con mezzi normali, sono revocabili gli atti solutori difformi dalle modalità concordate o normalmente praticate.

Così il Tribunale di Marsala¹¹¹ ha ritenuto che non operasse l'ipotesi di esenzione a favore di una serie di pagamenti effettuati tramite modalità che, per quanto astrattamente normali nel settore commerciale, si sono rivelate non conformi alle modalità pattuite e seguite fino ad allora dalle parti¹¹².

5.4 Il criterio oggettivo quale parametro sussidiario

Incentrando i termini d'uso sul solo rapporto che intercorre fra le parti, la giurisprudenza non sembra tuttavia tener conto di quella distinzione, elaborata in dottrina, fra rapporti commerciali di natura occasionale e rapporti che presuppongono invece una continuità fra le parti. E, come osservato (v. *supra*, § 4.1.4), rispetto ai primi non sarebbe possibile individuare alcuna prassi o consuetudine fra i contraenti così che si dovrebbe poter ricorrere ad un criterio sussidiario.

¹¹¹ Trib. Marsala, 24 giugno 2011, in *ilCaso.it*, 2011.

¹¹² Nel caso nel caso di specie l'imprenditore fallito effettuò il pagamento tramite girata di assegni e non onorando i pagherò cambiari emessi dalla società acquirente.

Di questa necessità fa espressa menzione il Tribunale di Milano che, in una pronuncia del 18 luglio 2011, dopo aver riaffermato l'esigenza di far riferimento ai tempi di pagamento abitualmente praticati fra imprenditore fallito e convenuto in revocatoria, richiama in via residuale il criterio oggettivo in assenza di una consuetudine commerciale fra le parti¹¹³. Criterio oggettivo che, in altre pronunce, viene evocato ma come parametro per valutare la conformità della prassi instaurata fra debitore e creditore al settore commerciale di riferimento¹¹⁴.

6. L'esenzione dei pagamenti nei termini d'uso e i suoi possibili profili applicativi

Come si è potuto constatare, l'esenzione in esame costituisce una fattispecie che solleva non indifferenti problemi. In attesa di un riscontro in punto di legittimità, la giurisprudenza di merito sembra fornire una serie di elementi dai quali non si può prescindere per cercare di delineare le possibili conseguenze sul piano pratico e, la scelta quasi univoca di riferire i termini d'uso al duplice profilo attinente sia al tempo che alle modalità del pagamento, pone un intreccio di interrogativi ai quali, come osservato, ogni risposta può apparire al tempo stesso arbitraria e sostenibile¹¹⁵.

¹¹³ Trib. Milano, 18 luglio 2013, in *ilFallimentarista.it*, con nota di V. LENOCI, che parla di tempi utilizzati dai "comuni contraenti nell'adempimento di rapporti negoziali posti in essere nell'esercizio normale dell'attività d'impresa."

¹¹⁴ Cfr. Trib. Torino, 10 gennaio 2011, dove si precisa che le modalità di pagamento usualmente praticate dalle parti devono essere conformi alle "prassi ordinarie nel settore di riferimento"; Trib. Milano 19 novembre 2012.

¹¹⁵ Cfr. G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, cit., p. 953.

I termini d'uso sono certamente da considerare quali attributo dei pagamenti così come altrettanto pacifico è il duplice significato che tale locuzione assume: tanto sotto il profilo cronologico quanto sotto quello modale.

Nei paragrafi successivi, si cercherà di delineare un possibile percorso interpretativo, che tenga conto della produzione dei giudici di merito e delle finalità del sistema.

6.1 La prosecuzione dell'attività d'impresa in un'ottica di efficienza e l'irrilevanza di un'utilità delle forniture nel perseguire tale scopo

L'esenzione dell'art. 67, comma 3, lett. a), se funzionale – come si ritiene – alla continuazione dell'attività d'impresa, deve essere considerata volta a perseguire obiettivi di efficienza e, solo indirettamente, la tutela della classe dei fornitori¹¹⁶. Come si è già avuto modo di precisare (v. *supra*, § 1) la continuità aziendale dell'impresa si colloca in vista di una prospettiva futura: il superamento dello stato di crisi, l'accesso a procedure alternative al fallimento ovvero – nel caso in cui questo sia poi dichiarato – l'esercizio provvisorio, l'affitto o la vendita dell'azienda o di parte di essa. In altri termini, l'ordinamento “sposa” la causa dell'impresa solo ove questa comporti un beneficio per i creditori (in termini di miglior soddisfazione) e più in generale del mercato, non potendo tollerare una forzosa e lesiva prosecuzione dell'attività¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. O. CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8.

¹¹⁷ Sul ruolo dell'impresa come bene e valore all'interno dell'ordinamento e del sistema economico, si veda F. FIMMANÒ, *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, cit.; A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, cit., p. 1138.

Individuate queste premesse, non sembra tuttavia possibile far dipendere l'esonero da una valutazione sull'utilità dell'atto (*i.e.* del pagamento) alla prosecuzione dell'impresa¹¹⁸, stante il profilo oggettivo della formulazione della fattispecie. Infatti, il terzo fornitore potrebbe tranquillamente ignorare lo scopo o la destinazione della fornitura somministrata all'imprenditore; considerazione questa, che appare tanto più verosimile qualora si aderisca a quell'orientamento che respinge qualsiasi valutazione in ordine alla *scientia decoctionis* del creditore. Pertanto, così come si prescinde – ai fini dell'esonero – da ogni considerazione in ordine alla conoscenza del dissesto del debitore, allo stesso modo si ritengono escluse valutazioni di sorta circa la consapevolezza del terzo in ordine all'effettivo utilizzo di beni o servizi in funzione della prosecuzione dell'esercizio di impresa ovvero, che a tale fine siano utili o ancora non dannosi per l'azienda¹¹⁹. La scelta di omettere un espresso richiamo a questi presupposti, sembra potersi ricondurre alla *voluntas* del legislatore di offrire maggiore certezza e stabilità ai rapporti giuridici, “trascinando” però all'interno dell'esonero pagamenti del tutto inutili¹²⁰.

6.1.1 *I termini d'uso come filtro di atti inutili*

Cosa accade, allora, nel caso in cui la continuazione dell'attività d'impresa risulti del tutto inutile o, peggio, aggravi lo stato di dissesto?

¹¹⁸ Cfr. C. PECORARO – R. ROSAPEPE, *La revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2012, III, p. 541; G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 840.

¹¹⁹ Cfr. O. CAGNASSO, *L'esonero dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8.

¹²⁰ In questi termini B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 225.

La mancanza di una necessaria utilità dei pagamenti – e quindi, indirettamente, dei beni e dei servizi forniti – alla continuazione dell’attività porta a dover ritenere l’esonazione astrattamente applicabile anche a questa ipotesi.

Per evitare che la prosecuzione dell’attività d’impresa si tramuti in un nocivo processo di sopravvivenza a danno dei creditori e del tessuto economico – rischiando nondimeno di favorire operazioni assolutamente inutili o dannose – è opportuno valorizzare il requisito dei termini d’uso¹²¹. In questo modo soltanto, si potrà scongiurare il rischio che un’esasperata apertura dell’esonazione favorisca meccanismi diretti a un forzato e controproducente mantenimento in attività dell’impresa.

All’interno di questo contesto, si colloca la pronuncia del Tribunale di Salerno¹²² che ha prontamente escluso l’operatività dell’esonazione nei confronti di pagamenti “*palesamente preferenziali*” e concorrenti in attività distrattive, addebitabili alla società convenuta e che, nel caso di specie, erano in aggiunta idonei a configurare ipotesi di reato.

Diversamente, una decisione del Tribunale di Milano¹²³ ha evidenziato come il semplice fatto che il contratto contenga la disciplina di modalità di pagamento ulteriori a quelli ordinarie e rientranti in momenti patologici ed eccezionali del rapporto, non è sufficiente a rendere “usuali” meccanismi solutori che divergono dalle modalità precedentemente adottate dalle parti¹²⁴. In caso contrario le parti, al

¹²¹ Sul punto si veda, ancora, O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 8; B. MEOLI, *op. cit.*, p. 226.

¹²² Trib. Salerno, 14 gennaio 2013, in *ilCaso.it*, 2013.

¹²³ Trib. Milano, 19 novembre 2012, in *ilCaso.it*, 2012.

¹²⁴ Nel caso di specie, la società convenuta, aveva accettato una serie di pagamenti compiuti dal debitore secondo una modalità contrattualmente prevista ma riservata all’ipotesi in cui all’impresa fallita fossero negate ulteriori anticipazioni creditizie da parte della società finanziatrice. Si erano utilizzati meccanismi solutori si espressamente

momento della stipulazione del negozio, potrebbero – per quanto in maniera poco realistica – inserire all’interno del contratto un ampio ventaglio di modalità solutorie, al fine di “coprire” eventuali momenti patologici dei futuri rapporti, ponendo così al riparo dalla revocatoria i pagamenti interscorsi.

6.1.2 *La “normalità” dei pagamenti all’interno del rapporto imprenditore-fornitore. L’attualità degli usi in favore di un’esonazione “modulabile”*

La pretesa rilevanza attribuita ai termini d’uso quale “filtro” di operazioni svantaggiose impone di ricercare i contorni della locuzione stessa.

Un possibile percorso ermeneutico può essere fondato sul richiamo, operato dai termini d’uso, a una “normalità” (od “ordinarietà”)¹²⁵ da attribuire non alla gestione dell’impresa ma – seguendo il più volte richiamato indirizzo giurisprudenziale¹²⁶ – agli stessi pagamenti. In questa prospettiva saranno esentati i pagamenti connotati da una normalità in quanto effettuati all’interno dell’usuale contesto – cronologico e modale – vigente fra imprenditore e fornitore¹²⁷. Di contro, considerare revocabili i pagamenti compiuti dopo le scadenze contrattuali o, in difetto di queste, dopo i termini di cui all’art. 4 del D. lgs. n. 231/2001, non solo contrasta con l’esplicito richiamo agli usi ma sembra del tutto incoerente con la pretesa *ratio* della norma; sarebbe infatti irrazionale tentare di valorizzare

disciplinati, ma fino ad allora mai utilizzati in quanto specificatamente riguardanti una situazione, appunto, patologica.

¹²⁵ Sull’interpretazione che richiama i progetti di riforma si veda quanto detto *sub* § 4.1.3. Si veda anche G. FALCONE, *La “esonazione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell’esercizio dell’attività di impresa*, cit., p. 22.

¹²⁶ Cfr. Trib. Salerno, 4 novembre 2013, cit..

¹²⁷ In definitiva si ritiene che la normalità sia quella “in uso”, appunto, fra imprenditore e fornitore dovendo convenire con quanto ripetutamente affermato dagli organi giudicanti, costantemente attenti al parametro soggettivo.

l'impresa e la sua prosecuzione imponendo al debitore, proprio in un periodo di crisi, di adempiere alle precise scadenze contrattuali o, ancora, di rispettare specifici termini normativi¹²⁸.

La normalità richiamata, e praticata nel rapporto di fornitura, dovrà inoltre essere riferita al momento del compimento dell'atto.

Di grande rilievo appare una pronuncia del Tribunale di Torino che, respingendo la richiesta di revocatoria avanzata dalla parte attrice, riconduceva alcuni pagamenti – effettuati con modalità difformi da quelle pregresse oramai consolidate all'interno di una nuova consuetudine – sotto l'alveo dell'esenzione¹²⁹. La novità della decisione, consiste nell'aver reso l'immunità dalla revocatoria “sensibile” al mutamento dei meccanismi solutori e alle prassi temporali praticate dalle parti, garantendo flessibilità in un momento di dissesto per l'impresa¹³⁰.

Il meccanismo sembra peraltro seguire una certa logica commerciale: il fornitore sarà probabilmente consapevole dello stato di crisi che affligge l'impresa e, in un simile contesto, potrà essere più o meno disposto a tollerare un (ulteriore) ritardo o a ricevere pagamenti attraverso mezzi non impiegati prima di allora. Il ritardo

¹²⁸ Questa lettura richiama le osservazioni già avanzate da G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 986.

Cfr. M. RANIELI, *Osservazioni a Trib. Milano 16 gennaio 2012, nn. 447 e 448 in tema di configurabilità della causa di esonerazione da revocatoria di cui alla lettera a) del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in Banca borsa tit. cred., 2012, VI, p. 835, che si dichiara dubbiosa ad una possibile “sovrapposizione logica” tra i termini d'uso a cui si riferisce l'esenzione ed i termini contrattuali stabiliti dalle parti.

¹²⁹ Trib. Torino, 10 gennaio 2011, cit.

¹³⁰ Sembra riprendere queste considerazioni anche Trib. Milano, 16 luglio 2011, in *Fallimento*, XII, p. 1500, il quale tuttavia non riconosce alla mera tolleranza la possibilità di ridefinire l'usualità fra le parti. Secondo il giudice di merito sarebbe necessaria una convenzione tra le parti, successiva al negozio giuridico sottostante al pagamento, esplicitata o comunque chiaramente desumibile dal loro mutato atteggiamento. Per provare il mutamento dei mezzi e dei tempi di pagamento è pertanto necessaria una nuova volontà negoziale.

aggiuntivo o il nuovo meccanismo solutorio, riproposti nel tempo in tutti i successivi rapporti tra imprenditore e debitore all'interno del periodo di difficoltà, tenderanno a divenire “nuova” prassi fra i contraenti e un idoneo parametro per valutare il rispetto dei termini d'uso.

6.1.3 I pagamenti esentati

Un percorso interpretativo non può prescindere dall'individuazione dei pagamenti effettivamente sottratti all'azione revocatoria. Volendo provare a stabilire quali pagamenti rientrino effettivamente all'interno dell'esenzione, occorre distinguere a seconda della prospettiva da cui si guarda il singolo pagamento e, quindi, se dal profilo cronologico o da quello attinente alle modalità.

Quanto al tempo di adempimento, nel caso di pagamenti effettuati all'interno di rapporti abituali tra fornitore e imprenditore, sarà esentato il pagamento che risulti effettuato nei termini generalmente osservati: così per il caso del pagamento eseguito all'interno di un ritardo precedentemente già praticato. L'uso temporale, sarà quello in vigore al momento in cui è stato effettuato il pagamento, non risultando necessaria una espressa rinegoziazione dei termini¹³¹. Saranno di contro revocabili i pagamenti che intervengono con un ritardo ulteriore a quello generalmente tollerato – o ancora, quelli effettuati dopo la scadenza di un piano di

¹³¹ L'idea di subordinare l'esenzione a una effettiva, ancorché tacita, volontà in ordine alla rinegoziazione dei termini consentirebbe di escludere una tutela in tutti quei casi in cui il fornitore, pur di ottenere la somma a cui ha diritto, tolleri oltremodo i ritardi e le inottemperanze dell'imprenditore. Tuttavia, l'esplicito riferimento all'uso, si ritiene escluda la necessità di un'esplicita volontà convenzionale diretta a rinegoziare i termini fra le parti.

rientro concordato in vista dello stato di dissesto, se presente – così come quelli inerenti a rapporti di fornitura oramai conclusi¹³².

I pagamenti compiuti dopo la scadenza del contratto, non saranno di per sé revocabili, a meno che la prassi fra i contraenti non fosse nel senso di un puntuale pagamento alla scadenza.

Infine, aderendo all'orientamento prevalente, si ritengono a *fortiori* esentati i pagamenti anticipati nei casi in cui non ricadano nella disciplina dell'art. 65 legge fallimentare¹³³. Dubbi permangono rispetto a pagamenti effettuati a seguito di procedure di riscossione coattiva poste in essere dal creditore¹³⁴.

La normalità dei pagamenti, è un requisito che deve essere soddisfatto anche rispetto alle modalità con cui vengono effettuati gli atti solutori, dovendo rientrare anche questi nella nozione di “termini d'uso”.

Il fornitore dovrebbe pertanto allarmarsi qualora l'imprenditore “passi” a modalità di pagamento mai utilizzate prima di allora e del tutto desuete nel settore commerciale di riferimento. Rispetto al profilo modale, il confronto con le pratiche correnti su piazza si ritiene debba assumere un ruolo di parametro di

¹³² La dottrina appare concorde sul punto, cfr. G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 868; G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, cit., p. 840; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 254. Qualche dubbio permane in ordine alla motivazione che porta ad escludere l'applicabilità dell'esenzione e, in particolare, se difetti del collegamento con l'esercizio dell'attività d'impresa o se non rientri nei termini d'uso.

¹³³ In questi termini S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, cit., p. 882. *Contra* G. FALCONE, *La “esenzione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 22; G. RAGO, *op. cit.*, p. 868.

¹³⁴ Secondo i sostenitori della revocabilità del pagamento anticipato, l'atto solutorio ottenuto dal creditore in seguito, ad esempio, ad esercizio del termine di decadenza *ex art.* 1186 c.c. sarebbe del tutto irregolare perché non effettuato nei termini previsti. Sul punto si veda, ancora, G. RAGO, *op. cit.*, p. 868.

valutazione a fini differenziali, potendo fornire elementi idonei a valutare la reale percezione del fornitore¹³⁵.

Per evitare di dilatare oltremodo le maglie dell'esenzione, appare condivisibile quella lettura che porta ad escludere dai termini d'uso i pagamenti effettuati con mezzi anormali di cui al primo comma dell'art. 67 l. fall¹³⁶. Infatti, se come si ritiene i termini d'uso richiamano una normalità dei pagamenti, quanto al profilo dei modi, tale ordinarietà può essere ricondotta a quegli atti normali di cui al secondo comma della suddetta norma¹³⁷. Saranno conseguentemente escluse dall'ambito di applicazione dell'esenzione operazioni solutorie quali la *datio in solutum*¹³⁸, il pagamento con cessione di credito¹³⁹ o, ancora, la delegazione di pagamento¹⁴⁰. L'insieme di queste operazioni – riportate a fini esemplificativi e

¹³⁵ Cfr. P. MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, cit., p. 511.

¹³⁶ Cfr. L. SALAMONE, *L'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare dei "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso" [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, cit., p. 430.

¹³⁷ Questa impostazione consente di superare le obiezioni mosse da G. CAVALLI, *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, cit., p. 986, in ordine alla collocazione dei pagamenti inusuali che potrebbero costituire un *tertium genus* fra quelli normali e anormali. I pagamenti inusuali vengono in questo modo assimilati a quelli anormali effettuati con le modalità di cui all'art. 67, co. 1 l.f.

¹³⁸ Cfr. O. CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8; L. SALAMONE, *op. cit.*, p. 430.

¹³⁹ Cfr. Trib. Bergamo, 1 gennaio 2012, cit., che riconduceva tale meccanismo a una prassi patologica ed anomala.

¹⁴⁰ La delegazione di pagamento ex art. 1269 c.c. costituisce una tipica ipotesi di pagamento compiuto dal terzo (v. *supra*, § 3.1): il terzo-delegato adempie al creditore-delegatario un debito del debitore-delegante. Dovrebbe pertanto trattarsi di operazione astrattamente revocabile che, se compiuta secondo i requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. a) l.fall., dovrebbe rientrare nelle ipotesi esentate. In realtà la giurisprudenza di legittimità (Cass., 17 gennaio 2003, n. 649, in *Foro. it.*, 2003, I, p. 1078) osserva che nella delegazione il denaro non entra in funzione quale strumento di mediata e diretta soluzione ma, in via indiretta, quale effetto finale di altre forme negoziali. Il pagamento effettuato secondo questo schema negoziale sarebbe estraneo alle comuni relazioni commerciali. A questo orientamento obietta parte della dottrina che ritiene la delegazione un atto normale in quanto comunque effettuato con denaro. Cfr. P. GOBIO CASALI, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del terzo e delegazione di pagamento*, cit. Tuttavia anche il

non esaustive in ordine alle ipotesi caratterizzate da profili di anormalità – in quanto anomale, e riconducibili a pratiche patologiche idonee a celare un avanzato stato di dissesto, dovrebbero indurre i fornitori a “spingere” l’impresa verso soluzioni (giudiziali o non) di composizione della crisi.

Diversamente, quanto ai pagamenti con mezzi normali – e contrariamente a quanto deciso in numerose controversie dai giudici di merito¹⁴¹ – non sembra possibile attribuire un’eccessiva importanza al fatto che l’imprenditore abbia adottato meccanismi di pagamento differenti ma fra loro “compatibili” quali, ad esempio, il bonifico bancario in luogo di un assegno circolare.

In questo senso può giovare il riferimento alla prassi del settore, potendosi verificare se il nuovo mezzo impiegato dal debitore sia comunque in uso, ovvero se sia del tutto estraneo e sconosciuto¹⁴².

In conclusione, e conformandosi con quanto enunciato dal tribunale di Salerno,¹⁴³ i pagamenti nei termini d’uso – all’interno di un rapporto continuativo¹⁴⁴ – sono

pagamento per mezzo di assegno bancario costituisce una delegazione di pagamento, essendo in tal caso banca delegata a pagare nelle mani del creditore, sulla base di una specifica provvista. E non sembra potersi dubitare che questa operazione costituisca un procedimento del tutto fisiologico di pagamento.

¹⁴¹ Cfr. Trib. Marsala, 24 giugno 2011, cit.; Trib. Milano, 18 luglio 2011, cit., dove si considera anomalo il pagamento effettuato dal debitore con bonifico bancario e cambiale in luogo del solo bonifico.

¹⁴² Mezzi normali di pagamento, oltre al denaro, sono quelli comunemente accettati all’interno dei rapporti commerciali: assegni circolari, bancari, cambiali o bonifici.

Si veda, ancora, Trib. Torino, 10 gennaio 2011, cit., che ha ritenuto il pagamento in contanti a fronte di acquisti al dettaglio del tutto usuale e conforme alle prassi del settore “ qualsiasi titolare, se richiesto, vende a qualsiasi altro titolare prodotti disponibili a scaffale nel proprio punto di vendita (...) a fronte del pagamento per contanti della merce acquistata”.

¹⁴³ Trib. Salerno, 4 novembre 2013, cit.; in termini analoghi Trib. Bergamo, 26 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, VII, p. 901.

¹⁴⁴ Nel caso di rapporti occasionali, non ritenendo sovrapponibili i termini contrattuali con i termini d’uso, non si potrà prescindere dal condurre un accertamento sui termini effettivamente praticati nel settore commerciale di riferimento. A meno di non assumere, quale parametro di riferimento, i termini di cui al D. lgs. n. 231/2002 come auspicato da parte della dottrina, cfr. G RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 867.

tali se eseguiti con mezzi fisiologici e ordinari e se effettuati non nei tempi previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti ma nei tempi utilizzati nella concreta specifica attività commerciale.

6.2 La selezione dei fornitori strategici in vista della possibile continuazione dell'impresa

Con riferimento al parametro temporale dei pagamenti è stata sollevato un interrogativo di non poco conto: nei “termini d’uso” devono rientrare complessivamente tutti i pagamenti effettuati nel periodo sospetto o, invece, si tratta di un requisito che riguarda il singolo pagamento a fronte della singola fornitura¹⁴⁵? La risposta incide notevolmente sul piano pratico.

La seconda soluzione, viene respinta da coloro che ritengono che un simile orientamento possa aprire le porte all’arbitrarietà dell’imprenditore¹⁴⁶, legittimando una distinzione al fine di individuare i fornitori da “salvare” dall’azione revocatoria in caso di successivo fallimento¹⁴⁷.

Accostamento che si è già ritenuto contrastante con il richiamo ai termini d’uso e che la giurisprudenza di merito, in tutte le pronunce esaminate, non sembra prendere in considerazione.

¹⁴⁵ Il quesito è posto da G. RAGO, *op. cit.*, p. 862.

¹⁴⁶ Sul punto si veda, ancora, G. RAGO, *op. cit.*, p. 862 secondo il quale le curatele si troveranno costantemente di fronte a situazioni in cui l’imprenditore, pur di continuare la propria attività, abbia favorito i fornitori più importanti sulla base di un mero criterio non oggettivo (il pagamento negli usi), realizzando così una palese discriminazione tra creditori, nonché una violazione dell’art. 3 della Costituzione.

¹⁴⁷ Simili obiezioni sono avanzate da G. CAVALLI, *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, cit., p. 954 che, a favore della tesi per cui i termini d’uso sarebbero da riferire all’esercizio dell’attività d’impresa (v. *supra*, § 4.2), sottolinea il fatto che insistendo sull’aspetto cronologico del pagamento si rimetterebbe alla volontà del debitore l’ambito dell’esenzione. Ancora l’autore evidenzia quanto già riportato (v. G. Cavalli nt. 91) in ordine all’impossibilità per il fornitore di valutare in anticipo se il pagamento rientrerà o meno nell’ambito dell’esenzione. A questa considerazione si può obiettare che questo aspetto attiene maggiormente al profilo genetico del rapporto di fornitura; più specificamente è nel momento in cui il terzo si accinge a stipulare il contratto che sarà

Come è stato opportunamente osservato, la discriminazione tra fornitori basata su di una soggettiva selezione operata dall'imprenditore, appare nella "natura delle cose" e rientra in ciò che è del tutto lecito secondo la stessa legge fallimentare¹⁴⁸: si pensi alla possibilità di suddividere i creditori in classi all'interno del concordato preventivo. Pertanto è plausibile, e del tutto probabile, che l'imprenditore in difficoltà operi un'attenta selezione dei propri fornitori, concentrando i propri sforzi per assicurare un continuo flusso di denaro ai fornitori strategici, sacrificando quelli di cui l'impresa non necessita per continuare ad operare¹⁴⁹.

Sarà quindi accordata una qualche preferenza a quei fornitori che ricoprono un ruolo determinante per la sopravvivenza dell'impresa e che tenderanno a coincidere con i terzi con i quali l'imprenditore intrattiene rapporti continuativi e abituali.

all'oscuro in ordine alla futura puntualità dell'adempimento del debitore. L'esenzione sembra invece collocarsi su un piano diverso, riguardando specificatamente i pagamenti e, riferendosi per lo più, a rapporti di fornitura abituali in cui la scelta di instaurare o meno un rapporto con l'impresa è già stata precedentemente adottata. Nel momento in cui riceve un pagamento il fornitore è perfettamente in grado di valutare – alla luce del rapporto pregresso – se l'atto solutorio sia compiuto o meno nei termini d'uso. Le considerazioni dell'autore sembrano riacquisire maggior forza persuasiva nel caso di una fornitura che si innesca su un rapporto occasionale dove (questa volta sì) il fornitore essendo a conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore, potrebbe avere dubbi sul fatto che questo adempia nei termini d'uso esentando il suo pagamento, non potendo fondare il proprio giudizio su di un rapporto pregresso.

¹⁴⁸ Cfr. A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, cit., p. 10.

¹⁴⁹ La teoria secondo la quale i termini d'uso devono essere riferiti all'intero complesso di pagamenti effettuati può essere riformulata in termini più ristretti. Tale requisito dovrebbe essere soddisfatto da tutti i pagamenti qualora riconducibili a una medesima serie continua. In caso contrario, si potrebbe operare intorno al contesto applicativo della norma, "mascherando" da regolari pagamenti privi di tale caratteristica. Sul punto si veda A. ZORZI, *op. cit.*, p. 10.

Ai fornitori minori trascurati dall'imprenditore rimarrà la possibilità di agire in via di autotutela sospendendo le forniture *ex art. 1461 del codice civile*¹⁵⁰, ovvero presentando istanza di fallimento.

D'altro canto, per poter continuare a operare, l'impresa necessita dei "grandi" fornitori ed è probabile che, fintanto che questi continuino a somministrare beni e servizi all'imprenditore – in quanto regolarmente pagati nei termini d'uso –, ai creditori minori non convenga attivarsi chiedendo il fallimento. Questi ultimi potrebbero infatti confidare nel superamento della crisi o nel successo dei tentativi di risanamento che possono rappresentare un'alternativa più invitante a una procedura fallimentare dagli incerti esiti in punto di soddisfacimento. Diversamente, nel caso in cui la mole di fornitori trascurati – ancorché non strategici – assuma più rilevanti entità, il rimedio del blocco delle forniture avrà conseguenze anche su quei fornitori determinanti e inizialmente favoriti, dovendo portare i creditori – e questa volta lo stesso imprenditore – a valutare soluzioni alternative, venendo a mancare le condizioni per protrarre l'esercizio d'impresa.

6.3 I possibili scenari applicativi: i casi in cui l'esenzione consente una vantaggiosa continuazione dell'attività d'impresa

Appare utile individuare alcuni dei possibili contesti in cui l'esenzione dell'art. 67, comma 3, lett. a) può espletare la propria funzione¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. F. S. MARTORANO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti "nei termini d'uso"*, cit., p. 189.

¹⁵¹ L'individuazione degli scenari di seguito illustrati si deve a O. CAGNASSO, *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore azienda, del mercato, dei fornitori?*, cit., p. 8.

Una prima ipotesi è quella relativa a un'impresa che, nonostante la situazione di crisi o di insolvenza, continui a produrre utili – situazione che può riguardare tanto l'imprenditore persona fisica quanto la società¹⁵² – risultando, in un simile contesto, del tutto vantaggiosa la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Un secondo caso riguarda l'impresa operante in perdita la cui prosecuzione potrebbe aggravare lo stato di dissesto ma – almeno in un'ottica di breve periodo – le ulteriori perdite risulterebbero compensate dal mantenimento del valore dell'impresa rimasta attiva sul mercato. In un simile “scenario” la continuazione dell'attività d'impresa risulta del tutto vantaggiosa in vista della vendita o, ad esempio, di operazioni straordinarie di fusione¹⁵³.

In entrambi i casi l'esenzione riesce pienamente a esprimere la propria funzione, consentendo all'impresa di restare in attività perseguendo risultati astrattamente “efficienti”, o comunque vantaggiosi.

Così nella prima ipotesi, dove l'impresa è in grado di produrre dividendi e quindi di autofinanziarsi, l'esenzione consentirà all'imprenditore di selezionare i fornitori strutturali cui adempiere nei termini d'uso, assicurandosi la costante immissione di beni e servizi, essenziali per il mantenimento del ciclo produttivo. In maniera analoga, anche nel caso di produzione in perdita, il protrarsi dell'attività consentirà all'impresa di restare sul mercato salvaguardando i suoi valori intrinseci. Questo a due condizioni: che l'imprenditore disponga di liquidità

¹⁵² Nel caso dell'imprenditore la situazione di dissesto potrà essere conseguenza di debiti non attinenti al contesto imprenditoriale; nel caso della società la crisi potrà essere causata da errate scelte finanziarie ed industriali. Cfr. L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in Riv. soc., 2004, p. 1041.

¹⁵³ Come si è avuto modo di osservare, il blocco della conduzione al manifestarsi dei primi sintomi di insolvenza, potrebbe condurre ad una rapida svalutazione di *assets* immateriali quali l'avviamento ed il *know how*.

sufficienti e che l'azienda in funzionamento abbia un valore tale da compensare le perdite.

Infine, una terza ipotesi è composta da casi "ibridi", in cui la continuazione dell'attività d'impresa presuppone un intervento di finanziamento esterno: a) quello dell'impresa astrattamente in grado di produrre utili ma solo a fronte di operazioni finanziarie¹⁵⁴; b) quello dell'impresa in perdita che, per continuare a operare sul mercato in vista di una sua ricollocazione, necessita di un finanziamento esterno.

In questi contesti è indispensabile un sostegno finanziario – di probabile origine bancaria – che consentirà di realizzare un collegamento fra diverse fattispecie di esenzione: la continuazione dell'attività d'impresa assume una ragionevolezza in quanto prodromica all'attivazione di meccanismi di risanamento o di ristrutturazione¹⁵⁵. In questi casi, per continuare a operare, l'impresa necessita tanto di beni e servizi quanto di liquidità. E mentre l'immissione di *inputs* essenziali al ciclo produttivo sarà garantita proprio dall'esenzione cui alla lett. a) dell'art. 67, comma 3, è attraverso meccanismi di composizione della crisi che l'impresa potrà avere accesso a nuovi finanziamenti. È all'interno di questi percorsi che si inseriscono le esenzioni che saranno oggetto del prossimo capitolo.

¹⁵⁴ Si pensi all'impresa che abbia effettuato importanti investimenti, ad esempio in nuovo settore di mercato, ma per mancanza di liquidità non è in grado di completare l'operazione se non mediante l'intervento di intermediari finanziari.

¹⁵⁵ In questo contesto l'esenzione di cui alla lett. a) dell'art. 67 l. fall. appare connessa alle successive fattispecie previste dalle lett. d) ed e).

7. Conclusioni. L'esenzione ex art. 67, lett. a) sottrae alla revocatoria i pagamenti effettuati all'interno di un flusso "usuale" diretto ai fornitori

L'esenzione dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso rimane avvolta da un alone di indeterminatezza che, soprattutto dal punto di vista operativo, può condurre a risultati del tutto incerti con importanti conseguenze sul piano dei rapporti commerciali. In un simile contesto, l'auspicio è che molti dei dubbi fin qui evidenziati possano trovare risoluzione per mano di un autorevole orientamento della Corte di legittimità, potendo ragionevolmente dubitare in un intervento da parte del legislatore¹⁵⁶.

Nell'attesa che l'esenzione venga indirizzata sui "giusti binari", l'ambito applicativo delineato nei precedenti paragrafi può rappresentare un giusto compromesso tra esigenze imprenditoriali, da un lato, e ragioni creditorie, dall'altro.

L'esenzione non deve essere letta come un "salvacondotto" che consente all'imprenditore di compiere l'intera varietà di atti di gestione dell'impresa purché privi di anomalie funzionali¹⁵⁷.

Essa deve fondare un meccanismo idoneo a consentire la continuazione dell'attività fintanto che l'impresa è in grado, pur se attraverso un'opportuna e giustificata selezione dei fornitori, di adempiere – "nei modi e nei tempi usuali" – ai debiti funzionali a immettere beni e servizi essenziali. L'esenzione deve

¹⁵⁶ Come osservato da G. TARZIA, *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, VI, 2008, p. 637, il legislatore ha avuto numerose occasione per "mettere mano" alla riforma con i successivi interventi normativi.

¹⁵⁷ L'espressione è tratta da G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 259.

pertanto impedire che, scorto in lontananza il primo sintomo dell'insolvenza, il sistema si attivi per eliminare l'impresa dal tessuto economico e sociale.

Il pagamento compiuto al di fuori dei termini temporali e delle modalità di adempimento deve essere revocato non perché palesi al creditore lo stato di decozione dell'impresa, piuttosto perché se l'impresa non è in grado di adempiere nei "modi normali", non potrà trascinarsi aggravando inutilmente lo stato di dissesto.

L'esonero deve operare a favore di quei pagamenti che, seguendo un ritmo abituale e usuale, sono diretti verso i fornitori strategici.

In caso contrario, il debitore dovrà avviare l'impresa verso percorsi giudiziali o stragiudiziali di regolazione della crisi ovvero, nel caso in cui questa non sia ristrutturabile – se non con costi che superano i possibili benefici –, verso il fallimento.

CAPITOLO III

LE ESENZIONI DA REVOCATORIA ALL'INTERNO DELLE "PROCEDURE" DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Il sistema di composizione della crisi d'impresa. – 2.1 Cenni storici. – 2.2 I singoli strumenti: il piano di risanamento attestato. – 2.3 (*segue*) L'accordo di ristrutturazione. – 2.4 (*segue*) Il concordato preventivo. – 2.5 Il quadro dei procedimenti di composizione della crisi all'interno dell'autonomia privata. – 2.6 Il sostegno finanziario di un'impresa. La necessità di predisporre meccanismi per favorire la competitività di soluzioni alternative al fallimento. – 2.7 Il ruolo delle esenzioni da revocatoria all'interno dei percorsi di composizione della crisi. Un potente incentivo in un'ottica di certezza dei rapporti. – 3. L'esenzione da revocatoria come conseguenza di un piano di risanamento attestato. – 3.1 I presupposti dell'esenzione: l'attestazione del professionista. – 3.1.1 L'oggetto dell'attestazione: la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. – 3.1.2 La motivazione. – 3.1.3 Attestazione condizionata e provvisoria incapacità del piano di produrre effetti protettivi. – 3.2 Il requisito dell'apparente idoneità del piano al risanamento patrimoniale e finanziario dell'impresa. – 3.3 L'esenzione a favore dei soli atti esecutivi del piano e l'importanza di una pianificazione dettagliata. – 3.3.1 La necessità di contenere il tentativo di risanamento entro specifici limiti cronologici. – 3.3.2 La sopravvenuta inidoneità del piano al suo scopo e la perdita dell'efficacia protettiva. – 3.3.3 Gli atti effettuati tra redazione e attestazione del piano. Le difficoltà a riconoscere un'esenzione retroattiva. – 4. Il problema della certezza dell'esenzione nel successivo giudizio di revocatoria e l'ambito soggettivo della fattispecie. – 4.1 La tenuta dell'esenzione al controllo del giudice. – 4.1.1 Sindacato di merito e sindacato formale. Possibili letture a confronto. – 4.1.2 Il sindacato intermedio sull'*iter* logico seguito dal professionista. L'utilità della motivazione. – 4.1.3 (*segue*) Un bilanciamento fra contrapposti interessi. – 4.2 I soggetti beneficiari dell'esenzione. – 4.3 Onere di monitorare il piano e oggetto della prova del convenuto in revocatoria. – 5. L'esenzione da revocatoria come effetto di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato. – 5.1 L'esenzione negli accordi di ristrutturazione. – 5.1.1 La protezione degli atti esecutivi di un accordo. – 5.1.2 L'efficacia retroattiva dell'esenzione in pendenza dell'omologazione. – 5.1.3 L'estensione soggettiva della fattispecie. L'esclusione dalla revocatoria fra creditori aderenti, creditori dissenzienti e terzi interlocutori. – 5.1.4 (*segue*) I terzi estranei all'accordo quali possibili destinatari di una protezione. – 5.1.5 Inattuabilità sopravvenuta dell'accordo e nuova omologazione per proteggere gli atti successivi. – 5.2 L'esenzione da revocatoria nel concordato preventivo. – 5.2.1 La tutela di atti esecutivi del concordato... – 5.2.2 (*segue*)...e degli atti legalmente posti in essere a seguito del deposito della domanda di ammissione alla procedura. – 5.2.3 L'ipotesi del concordato in bianco. La tenuta dell'esenzione nel pre-concordato "abortito" e nel caso di mancata ammissione alla procedura. – 5.2.4 La nozione di atti "legalmente compiuti" e la possibilità di subordinare l'esenzione a un preventivo vaglio del Tribunale. – 5.3 Risoluzione e annullamento dell'accordo e del concordato: la resistenza dell'esenzione. – 6. Apparente antinomia fra la disciplina in tema di consecuzione di procedure concorsuali (art. 69-bis, comma 2) ed esenzione degli atti esecutivi di un concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e). – 7. Profili generali delle esenzioni di cui alle lett. d), e). L'ambito di estensione oggettivo e l'esigenza di bilanciare diversi e contrapposti interessi.

1. Premessa

Nel capitolo che precede si è mostrato come la continuazione dell'attività d'impresa costituisca un valore centrale all'interno del sistema economico. L'argomento è stato affrontato attraverso un percorso interpretativo volto a valorizzare il ruolo centrale dell'esenzione dei pagamenti effettuati nei termini d'uso.

La continuazione dell'attività d'impresa non costituisce, tuttavia, il punto di arrivo (o di risoluzione) dello stato di dissesto di un soggetto economicamente in difficoltà; il più delle volte rappresenta una fase di passaggio verso "procedimenti" – in senso atecnico – di composizione della crisi.

All'interno di questi strumenti, ancora una volta, un ruolo centrale è stato attribuito dal legislatore alle esenzioni dall'azione revocatoria.

L'ultima parte di questo lavoro ha ad oggetto le fattispecie di cui alle lett. d) ed e) del terzo comma dell'art. 67, l. fall., avendo cura fin da subito di precisare che, nel prosieguo, saranno affrontate esclusivamente le problematiche inerenti all'effetto esonerativo riconosciuto a questi strumenti di composizione della crisi.

2. Il sistema di composizione della crisi di impresa

2.1 Cenni storici

Al fine di poter correttamente inquadrare le principali problematiche inerenti alle fattispecie di esenzione in esame, è necessario soffermarsi sul processo che ha condotto all'attuale sistema degli strumenti di composizione della crisi.

Come evidenziato nel primo capitolo, prima della riforma del 2005 il fallimento costituiva la pressoché unica alternativa alla conduzione fisiologica dell'impresa. L'esercizio provvisorio dell'attività, la ricollocazione dell'impresa e, più in generale, la conservazione dei complessi produttivi, non erano considerate soluzioni potenzialmente vantaggiose per creditori e sistema; si trattava di visioni estranee alla concezione liquidatoria alla base del contesto fallimentare¹. Il concordato preventivo era uno strumento – legato a particolari requisiti soggettivi – previsto a beneficio dell'imprenditore “sfortunato ma onesto” che non riusciva a fornire una reale alternativa alla procedura liquidatoria².

La via degli strumenti negoziali – spesso intrapresa ancor prima dell'insoddisfacente percorso giudiziale – risultava assai impervia a causa della totale mancanza di meccanismi volti ad attenuare le conseguenze di un eventuale e successivo fallimento³.

¹ Cfr. A. JORIO, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 2, secondo il quale l'ordinamento non prendeva in considerazione la possibilità che l'impresa, quale complesso dei rapporti economici e giuridici facenti capo al fallito, potesse avere un qualche futuro ove fosse passata in altre mani e che il suo trasferimento potesse realizzare un miglior vantaggio per il ceto creditorio.

² Sul punto si veda L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 323.

³ Da un lato, il ricorso a strumenti alternativi a quelli giudiziali per la soluzione della crisi d'impresa era disincentivato dalla natura non istituzionale e atipica degli stessi, dall'altro i

Il legislatore, attento alle mutate esigenze del contesto economico-industriale, nel procedere alla riforma della legge fallimentare – iniziata con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 (convertito nella legge n. 80/2005) e sottoposta a costanti interventi⁴ – ha delineato l’attuale quadro degli strumenti di composizione negoziale della crisi d’impresa, ora caratterizzato da una maggiore flessibilità e varietà di possibilità. Al concordato preventivo, ampiamente rivisitato, sono stati affiancati due istituti basati su accordi con i creditori o, comunque, di natura meramente privatistica: l’accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* e il piano di risanamento attestato di cui all’art. 67, comma 3, lett. d) della legge fallimentare⁵.

Il riformatore si è mosso nel senso di fornire l’imprenditore commerciale di una serie di strumenti idonei a effettuare interventi diretti a ricomporre e affrontare la crisi, introducendo procedure più rapide ed efficaci.

La conservazione dell’impresa si è così progressivamente affermata in luogo di dinamiche meramente liquidatorie sull’assunto che la crisi d’impresa non produce necessariamente conseguenze distruttive ed anzi, in ossequio alla teoria del *going*

soggetti che interagivano adoperandosi per la riuscita del percorso “privatistico” erano chiamati a sopportare i rischi dell’eventuale insuccesso. Le banche finanziatrici erano esposte in prima fila a questo meccanismo: all’incertezza circa l’effettiva tenuta degli accordi si sommavano, in caso di successivo fallimento dell’impresa, l’incognita delle azioni revocatorie degli atti compiuti in esecuzione dell’accordo oltre al rischio di incorrere in un ventaglio di responsabilità civili e penali. Cfr. A. MARABINI, *La gestione delle crisi d’impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, 232.

⁴ Dal 2005 al 2012 gli interventi del legislatore si sono succeduti con cadenza (quasi) annuale.

⁵ Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento attestati rappresentano il primo tentativo di tipizzazione normativa del concordato stragiudiziale.

concern, un'impresa in movimento produce maggiori ricchezze di quelle ricavabili da una procedura liquidatoria⁶.

2.2 I singoli strumenti: il piano di risanamento attestato

In presenza di una situazione di crisi (economica, patrimoniale o finanziaria)⁷, il debitore (*i.e.* l'imprenditore⁸) può accedere a tre possibili "procedimenti" – comunemente denominati "procedure di composizione negoziale della crisi" – fondati sulla predisposizione di un "piano" per sistemare e/o ristrutturare il proprio indebitamento⁹.

Il primo livello di intervento è costituito dal "Piano di risanamento attestato" la cui disciplina si esaurisce (quasi) nell'art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall. inserito

⁶ Si deve tuttavia precisare che, ad esclusione dei piani attestati, gli altri meccanismi non sono necessariamente diretti al risanamento dell'impresa potendo essere volti, secondo linee indicate dal debitore, ad una liquidazione della stessa. Cfr. G. D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in Banca, borsa, tit., cred., 2009, p. 373.

⁷ L'espressione "stato di crisi" ha sollevato un dibattito sul reale significato da attribuire al concetto di crisi di impresa, potendo certamente ricomprendere la "temporanea difficoltà ad adempiere" – che legittimava l'accesso all'ormai abrogata "amministrazione controllata", così come lo "stato di insolvenza" che costituiva il presupposto del precedente concordato preventivo. Le maggiori incertezze si riferiscono a situazioni di cd. "pericolo di insolvenza" dove questa, pur non essendo attuale, si presenta come probabile. Sul punto si veda S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità (Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010)*, ilCaso.it., II, 214/2010.

Secondo M. SANDULLI, *Sub art. 160*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 980 lo stato di crisi ricomprende ogni "fenomeno di malessere economico-finanziario dell'imprenditore". La mancata definizione di tale presupposto da parte del legislatore consente di ricondurre lo stato di crisi ad uno *status* dalle ampie sfumature: potrà quindi ricomprendere una vera e propria insolvenza così come un semplice stato di squilibrio economico.

⁸ Come osserva S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, ilCaso.it, II, 251/2011, nel nostro ordinamento debitore e imprenditore coincidono in quanto le procedure di composizione negoziale della crisi sono riservate ai soggetti che esercitano attività d'impresa.

⁹ Cfr. S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, cit., 251/2011.

proprio all'interno del catalogo delle esenzioni dall'azione revocatoria¹⁰. Si tratta di una “procedura” di natura prettamente privatistica fondata sulla predisposizione, da parte dell'imprenditore, di un programma contenente le manovre finanziarie ed economiche che dovrebbero poter consentire il risanamento dell'esposizione debitoria nonché il riequilibrio della situazione finanziaria. Il piano deve essere affiancato da un'attestazione di un esperto professionista – dotato di particolari requisiti di indipendenza previsti dalla legge¹¹ – che ne attesta la fattibilità. Si tratta quindi di un'intesa di carattere privato all'interno della quale nessun ruolo è attribuito all'autorità giudiziaria¹².

2.3 (segue) *L'accordo di ristrutturazione*

Un secondo strumento a disposizione del debitore è costituito dall'“Accordo (omologato) di ristrutturazione dei debiti” la cui disciplina si colloca all'interno degli artt. 182-*bis* ss. l. fall. nonché nel già richiamato art. 217-*bis*¹³.

¹⁰ L'art. 217-bis, introdotto dal D. L. 31 maggio 2010, n. 78 e rubricato “Esenzioni dai reati di bancarotta”, contiene una forma di esenzione in materia penale che richiama espressamente il piano attestato.

¹¹ Ai sensi dell'art. 67, co. 3, lett. d) l.f., il professionista deve essere soggetto indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b). Deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c., non dovendo – neanche attraverso soggetti con i quali è unito in associazione professionale – aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ovvero aver partecipato ad organi di amministrazione o di controllo.

¹² Cfr. L. SALVATO, *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in *Fallimento*, 2009, I, p. 90.

¹³ La collocazione dell'accordo di ristrutturazione all'interno del Titolo III della l. fall., contenente la disciplina sul concordato preventivo, ha alimentato orientamenti volti a qualificare tale strumento come un'alternativa (semplificata) alla richiamata procedura concorsuale minore. È tuttavia largamente predominante l'interpretazione che considera l'accordo *ex* art. 182-*bis* come un istituto che, pur rientrando all'interno degli strumenti di composizione della crisi, è del tutto separato dal procedimento di concordato preventivo.

A differenza del piano di risanamento – che può prescindere da un effettivo incontro delle volontà con i creditori – questo strumento consiste in un accordo raggiunto con i creditori “*rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti*”. Tale accordo, diretto ad attuare un piano di ristrutturazione delle passività pregresse, deve essere integrato da un’attestazione – rilasciata da un professionista qualificato¹⁴ – che ne certifica l’attuabilità e, in particolar modo, l’idoneità ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei entro termini temporali espressamente sanciti nella stessa norma¹⁵.

A questa prima fase, propriamente stragiudiziale ed all’interno della quale le parti possono concordare in piena autonomia, ne segue una giudiziale in cui l’accordo viene sottoposto al vaglio del Tribunale per essere omologato.

Lo strumento delineato dall’art. 182-*bis* ha pertanto natura parzialmente giudiziale (cd. “paragiudiziale”) e si colloca in congiunzione fra due distinte realtà: la procedura concorsuale da un lato, i percorsi privati dall’altro¹⁶.

2.4 (segue) Il concordato preventivo

Il terzo strumento – anche se in questo caso il termine procedura appare più corretto in quanto di procedura concorsuale si tratta – è rappresentato dal

Per le principali differenze si veda M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, (estratto da) “*Diritto fallimentare. Principi e regole*”, in unijuris.it; G. PRESTI, *L’art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fallimento*, 2006, II, p. 169.

¹⁴ L’art. 182-*bis* rimanda, quanto ai requisiti dell’attestatore, all’art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.

¹⁵ L’art. 182-*bis*, co. 1, lett. a) prevede il pagamento entro centoventi giorni dall’intervenuta omologazione dell’accordo in caso di crediti già scaduti in quella data; la successiva lett. b) fissa un termine analogo che decorre dalla scadenza dei crediti qualora questi non fossero ancora scaduti alla data dell’omologazione.

¹⁶ Cfr. A. PALUCHOWSKI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a 5 anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in www.ugcitrani.it.

“Concordato preventivo”, disciplinato dagli artt. 160 ss. l. fall,¹⁷ e consistente in un accordo del debitore con tanti creditori che rappresentino la maggioranza assoluta delle passività¹⁸.

Anche in questo caso, l'accordo si basa su un piano accompagnato dalla relazione di un professionista e diretto a realizzare la sistemazione della situazione di indebitamento. Il concordato preventivo si concretizza in un articolato procedimento che si snoda nella sequenza “domanda di ammissione e deposito del piano – votazione dei creditori – omologazione”¹⁹, all'interno della quale il ruolo dell'autorità giudiziaria vede la massima dilatazione²⁰.

2.5 Il quadro dei procedimenti di composizione della crisi all'interno dell'autonomia privata

Attualmente quindi, la composizione negoziale di situazioni di crisi d'impresa, costituisce un fenomeno che si sviluppa lungo due direttrici: quella degli strumenti di natura “giudiziale” da un lato; quella degli strumenti “stragiudiziali” o “semi-giudiziali” dall'altro²¹.

¹⁷ L'art. 217-bis di cui si è già evidenziata l'applicabilità a piani attestati ed accordi di ristrutturazione opera anche nel caso del concordato preventivo.

¹⁸ Cfr. S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, cit., 251/2011.

¹⁹ Cfr. G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit., p. 169.

²⁰ Sul punto si veda S. BONFATTI, *op. cit.*, il quale individua la centralità dell'intervento giudiziale nelle tre fasi fondamentali del procedimento: *i*) fase iniziale, dove per poter proporre il concordato l'imprenditore deve superare un “giudizio preliminare di ammissione”; *ii*) fase intermedia, dove un giudice viene incaricato di dirigere la procedura e l'accordo deve formarsi secondo le regole previste dalla legge ed in ossequio alle disposizioni impartite dall'autorità giudiziaria; *iii*) fase finale, dove l'accordo per produrre i propri effetti deve ottenere l'omologazione del Tribunale.

²¹ Cfr. S. BONFATTI, *Le “esenzioni” dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 51.

Il quadro delineato ha visto l'innesto di nuovi percorsi volti a offrire all'imprenditore in difficoltà un variegato ventaglio di soluzioni alternative e preventive al fallimento, seguendo quella prassi già intrapresa nel corso degli anni '90 diretta a valorizzare percorsi differenziati rispetto a quelli giudiziali²².

Il riformatore ha privilegiato l'autonomia privata riconoscendo una priorità, a discapito del fallimento, ai tentativi di auto-composizione degli interessi coinvolti nella crisi²³.

2.6 Il sostegno finanziario di un'impresa. La necessità di predisporre meccanismi per favorire la competitività di soluzioni alternative al fallimento

Per meglio comprendere l'importanza del ruolo ricoperto dalle fattispecie di esenzione all'interno degli strumenti di composizione della crisi, occorre partire dal delicato contesto in cui viene a trovarsi l'impresa in difficoltà che, con le dovute differenze, tenta l'accesso ai suddetti procedimenti.

Il sostegno finanziario di un'impresa – anche *in bonis* – si articola notoriamente in tre canali: il credito bancario, il credito commerciale e il finanziamento dei soci.

Nel momento in cui subentra uno stato di crisi, e a prescindere dall'origine che questo possa avere, l'impresa necessita da un lato, di poter continuare a operare

²² Nel corso degli anni '90, per far fronte alla crisi di grandi gruppi industriali e finanziari, andavano diffondendosi convenzioni stragiudiziali fra imprenditore e i principali creditori. Si trattava di accordi che presentavano vantaggi competitivi in termini di flessibilità, rapidità e riservatezza. Cfr. M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, (estratto da) *“Diritto fallimentare*, cit.

²³ In questi termini G. D. MOSCO, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, cit., p. 374 secondo il quale il debitore può proporre accordi basati su soluzioni conservative, quanto liquidative, e i creditori possono valutare la convenienza delle une rispetto alle altre così come di scegliere fra soluzione negoziata e procedura fallimentare.

attraverso la costante immissione di beni e servizi – profilo su cui incide l'esenzione di cui alla lett. a) dell'art. 67, comma 3 – dall'altro, e allo stesso tempo, di nuova liquidità per poter far fronte alle spese straordinarie e funzionali per accedere alla composizione – negoziale o concordataria – della crisi²⁴. Tuttavia, nel momento in cui questa si manifesta, la possibilità di ottenere accesso a nuovi finanziamenti tende a ridursi repentinamente²⁵ a causa dei rischi che derivano dal possibile insuccesso del tentativo di salvataggio²⁶.

Diviene dunque fondamentale la previsione di strumenti volti a incentivare banche e fornitori – e più in generale tutti i soggetti coinvolti nel tentativo di risanamento – a superare la giustificata diffidenza a sostenere finanziariamente un'impresa in difficoltà.

In altri termini, si devono convincere i creditori – o i soggetti terzi – ad “accompagnare” l'imprenditore nel tentativo di risoluzione della crisi²⁷.

²⁴ Sul punto si veda L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 317, secondo il quale una composizione della crisi di impresa non è pensabile senza una massiccia adesione da parte delle banche salvo il caso in cui, data la modesta entità dei crediti commerciali, è possibile prevedere il pagamento integrale dei creditori.

²⁵ Col manifestarsi della situazione di crisi crescono le difficoltà di accesso non solo al credito bancario ma anche a quello commerciale. Cfr. S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, cit., 214/2010.

²⁶ Sul punto si veda G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 255 che individua, nel periodo antecedente al fallimento, un lungo periodo di “asfissia finanziaria” causata dai timori del sistema bancario.

²⁷ In questi termini G. MEO, *I piani di “risanamento” previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 30.

2.7 Il ruolo delle esenzioni da revocatoria all'interno dei percorsi di composizione della crisi. Un potente incentivo in un'ottica di certezza dei rapporti

Le esenzioni dall'azione revocatoria²⁸ costituiscono un importante strumento diretto a promuovere l'adozione di meccanismi di gestione concordata della crisi²⁹.

Infatti, prima che fossero introdotti idonei dispositivi per controbilanciare gli effetti nel successivo fallimento, l'alea dell'azione revocatoria gravava sui partecipanti all'operazione di "salvataggio"; accadeva infatti che una banca, intervenuta a sostegno di un imprenditore in difficoltà, si trovasse esposta all'azione promossa dal curatore col rischio di veder caducati i pagamenti ricevuti – o le garanzie contestualmente iscritte – che avevano consentito di intervenire sulla crisi d'impresa³⁰.

L'art. 67, comma 3 l. fall, alle lett. d) ed e), prevede due distinte fattispecie di esenzioni che sottraggono alla revocatoria atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione, rispettivamente, di piani attestati, accordi di ristrutturazione omologati e concordati preventivi.

²⁸ Gli ulteriori incentivi riconosciuti dall'ordinamento sono rappresentati da: *i*) la prededuzione – nel concorso con gli altri creditori sul ricavato dalla eventuale liquidazione del patrimonio del debitore – dei crediti sorti in funzione o esecuzione della procedura di composizione della crisi disciplinata dall'art. 111, co. 2, l.f. o da specifiche previsioni di legge; *ii*) l'esenzione dalla responsabilità penale – prevista dall'art. 217-bis l.f. in favore di tutti i meccanismi di composizione della crisi – per atti o fatti che potrebbero configurare taluno dei reati di ambito fallimentare; *iii*) la protezione dell'imprenditore da atti cautelari ed esecutivi intentati dai creditori.

²⁹ Cfr. S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, cit., 251/2011.

³⁰ Cfr. G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 276. Sulle curatele che operano in maniera aggressiva e fare esempio di come uno è disincentivato ad intrattenere rapporti con l'imprenditore.

In questa prospettiva, lo scopo della norma è di rendere immuni dall'azione revocatoria un insieme – peraltro molto vasto – di operazioni effettuate per dar seguito a tentativi di composizione negoziale della crisi, risultando del tutto evidente come sul successo di questi meccanismi incida la futura aspettativa di stabilità di quegli stessi rapporti³¹.

In questo modo, si allenta la funzione di deterrente espletata dalla minaccia di revoca, agevolando, allo stesso tempo, l'afflusso di nuova finanza e il risanamento dell'impresa ovvero – nel caso di strumenti giudiziali – anche l'eventuale “liquidazione guidata” dell'azienda³².

La necessità di un impianto di esenzioni in grado di attribuire una certa “competitività” a soluzioni alternative al fallimento era già stata evidenziata nei progetti di riforma e nelle indicazioni provenienti dalla dottrina.

Il legislatore si è pertanto uniformato a tali indirizzi costruendo meccanismi di composizione della crisi all'interno dei quali l'esenzione dall'azione revocatoria costituisce un elemento essenziale, ancorché non esaustivo, per il buon esito dei tentativi di salvataggio dell'impresa³³.

³¹ In questi termini G. MINUTOLI, *In difesa dell'istituto revocatorio (brevi riflessioni sulle nuove revocatorie fallimentari ex d.l. 14 marzo 2005, n. 35)*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 809.

³² Cfr. B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 207.

³³ Cfr. C. D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, III, 2007, p. 364.

3. L'esenzione da revocatoria come conseguenza di un piano di risanamento attestato

Come già anticipato nella premessa al capitolo, questo lavoro si propone di analizzare i profili rilevanti e le problematiche connesse all'esclusione dalla revocatoria di una determinata varietà di atti all'interno di questi "procedimenti".

La precisazione appare ancor più doverosa nel caso dei piani di risanamento che, come precedentemente anticipato (v. *supra*, § 2.2), esauriscono la propria disciplina – tanto per gli aspetti procedurali che per gli effetti prodotti – nell'art. 67, comma 3, contenente il catalogo delle esenzioni.

Il D. L. n. 35/2005 ha infatti introdotto un istituto che difetta di tipizzazione normativa, nel senso che, il "piano attestato di risanamento", non trova riscontro e definizione nel diritto civile o concorsuale³⁴. Eppure, il legislatore è intervenuto dettando una apposita disciplina i cui effetti si producono in caso di insuccesso di questo strumento.

Paradossalmente, infatti, il piano di risanamento acquista rilevanza giuridica nel momento in cui, falliti i propri obiettivi, si aprono le porte del fallimento per l'imprenditore. È nel momento in cui la curatela esercita l'azione revocatoria che questo, per mezzo dell'attestazione, produce gli effetti attribuitegli dalla legge: fornire stabilità agli atti dispositivi posti in essere in sua esecuzione "immunizzandoli" dalla revocatoria.

³⁴ In questi termini P. G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, ilCaso.it, II, 189/2012 che richiama il *leasing* a testimonianza dell'abitudine, intrapresa dal legislatore, di disciplinare gli effetti di istituti inesistenti.

Pertanto, ai fini di questo lavoro, il piano di risanamento attestato interessa non in quanto strumento che mira a risolvere la crisi ma, piuttosto, in quanto strumento che non sia riuscito a risolverla.

3.1 I presupposti dell'esonazione: l'attestazione del professionista

L'art. 67, comma 3, lett. d) esenta gli atti posti in essere in esecuzione di un piano apparentemente idoneo a risanare l'impresa e sorretto da un'attestazione circa la sua fattibilità.

L'attestazione dell'esperto ricopre un ruolo essenziale all'interno di questo strumento, costituendo l'elemento da cui discende l'effetto dell'esonazione che, a sua volta, rappresenta l'unico incentivo che il nostro ordinamento ha predisposto per questa tipologia di percorsi di composizione della crisi³⁵.

A prescindere dal grado di centralità che viene riconosciuto all'attestazione, essa è certamente necessaria; è infatti grazie a questa che un piano di risanamento si qualifica come "attestato" ai sensi dell'art. 67³⁶.

Nell'analisi delle componenti necessarie per configurare l'esclusione dalla revocatoria, appare quindi opportuno partire da una valutazione di questo elemento.

³⁵ Il beneficio della prededuzione di cui all'art. 111, co. 2, l.f. non opera per i piani di risanamento in quanto questi non costituiscono procedure concorsuali. Parimenti non sono previsti divieti, per i creditori, di intentare azioni esecutive e cautelari.

³⁶ In questo termini A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, VI, p. 1236.

3.1.1 *L'oggetto dell'attestazione: la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano*

Il D. L. 22 giugno 2012, n. 83 ha integrato il compito del professionista attestatore che, oltre alla fattibilità del piano, deve adesso attestare anche la veridicità dei dati aziendali³⁷.

Quello che l'esperto è chiamato ad effettuare è, quindi, un giudizio oggettivo sulle realistiche possibilità del piano di essere realizzato; egli attesta come "altamente probabile" che il programma contenuto nel progetto di risanamento si verifichi³⁸.

Il giudizio di fattibilità opera su due distinti livelli di coerenza: esterno il primo, interno il secondo.

Nel primo, il professionista, valuta la fattibilità del piano prendendo come riferimento il contesto in cui andrà a operare l'impresa, prefigurandosi i futuri scenari e determinando se, sulla base dei dati di esperienza e delle circostanze del caso, questi abbiano un'elevata probabilità di verificarsi.

Il secondo intervento di giudizio, più vicino all'impresa, deve attestare come fattibili le previsioni inerenti all'andamento di quest'ultima³⁹.

È proprio in riferimento a questo secondo livello cognitivo che si evince come il

³⁷ L'art. 33 del D.L. n. 83/2012, ha riformato la lett. d) dell'art. 67, co. 3 l. fall. Nella previgente formulazione la norma si limitava a richiedere che il professionista attestasse la "ragionevolezza" del piano. La *ratio* di questo intervento deve essere intesa nel senso di uniformare le modalità di attestazione del piano in maniera analoga a quanto già previsto per gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo. Peraltro, "ragionevolezza" e "fattibilità" erano già considerati sinonimi prima di questo intervento.

³⁸ Cfr. G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallimentare*, in Dir. fall., 2005, I, 865.

³⁹ In questi termini A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236, al quale si deve la scissione in due distinti livelli di intervento. Sul punto si veda anche G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, in Dir. fall., 2013, I p. 126, i quali ritengono che il professionista debba tener conto del settore in cui l'impresa opera, delle oscillazioni del mercato e delle modalità selezionate dall'imprenditore per raggiungere gli obiettivi.

giudizio sulla veridicità dei dati aziendali costituisca un passaggio indispensabile e prodromico per poter giungere a un giudizio positivo in ordine alla fattibilità del piano⁴⁰. Non potranno essere considerati meritevoli di tutela atti posti in essere in esecuzione di un programma di risanamento la cui pianificazione non abbia trovato fondamento in dati veridici. In assenza di questo elemento, l'esperto non potrà attestare la fattibilità di un piano che, conseguentemente, apparirà del tutto inidoneo⁴¹.

Il professionista deve, in concreto, attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità svolgendo una relazione illustrativa e descrittiva che renda probabile e credibile il programma di risoluzione della crisi nonché il suo esito⁴².

In definitiva, l'attestazione si risolve in un giudizio motivato e compiuto "allo stato degli atti" – ed *ex ante* – che ha due soli possibili esiti: a) l'attestazione, qualora il piano risulti idoneo (sull'idoneità v. *infra*, § 3.3) e fattibile; b) non attestazione, qualora il professionista rilevi la mancanza di uno dei presupposti⁴³.

3.1.2 La motivazione

Si è detto che l'esito della verifica del professionista confluisce in una attestazione contenente un giudizio circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità di un

⁴⁰ Il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali (inizialmente previsto per il solo concordato preventivo) era pacificamente ritenuto imprescindibile tanto dalla dottrina (cfr. A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236) quanto dalla giurisprudenza (v. Tribunale Milano, 15 ottobre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 297).

⁴¹ Cfr. G. MEO, *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, cit., p. 57.

⁴² Sul punto si veda G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, cit., p. 125.

⁴³ Cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, in www.dirittofallimentare.unifi.it, p. 35.

piano da cui poter desumere l'apparente idoneità di questo a perseguire il proprio obiettivo.

Indipendentemente dal grado di sindacabilità nel successivo giudizio di revocatoria (sul cui punto v. *infra*, § 4), una analitica e puntuale motivazione è requisito imprescindibile per certificare la bontà del ragionamento che ha fondato l'attestazione stessa⁴⁴. Come prontamente osservato, non è di per sé sufficiente la presenza di una motivazione, ma è necessario che il linguaggio adottato nel redigere l'attestazione sia il più chiaro e preciso possibile.

Qualora il professionista lasci adito a dubbi o subordini il suo operato a eventi futuri e incerti, verrebbe meno non solo la funzione dell'attestazione, ma anche la fattibilità del progetto di risanamento⁴⁵.

Mediante una scrupolosa e dettagliata motivazione si consente agli interessati di valutare – anche *ex post* – il livello dell'indagine condotta dall'esperto al fine di “*appurare la veridicità delle premesse e la ragionevolezza delle ipotesi su cui si poggia il piano nonché la correttezza delle metodologie utilizzate per i calcoli*”⁴⁶ laddove, invece, un'attestazione priva di adeguata motivazione – o con motivazione stereotipata – sarebbe inidonea a fondare l'esenzione.

⁴⁴ La dottrina sembra concordare sulla necessità di una motivazione; cfr. G. MEO, *I piani di “risanamento” previsti dall'art. 67, l. fall*, cit., p. 31; G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, cit., p. 126; A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

⁴⁵ In questi termini, ancora, A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236 il quale riporta come “l'attestazione è, o non è”, evidenziando così la necessità di una precisa esposizione di quanto compiuto dal professionista. Sul punto v. anche ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., p. 37.

⁴⁶ Così in ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 37.

3.1.3 Attestazione condizionata e provvisoria incapacità del piano di produrre effetti protettivi

La necessità di una puntuale motivazione, unita ad un convincimento sul probabile successo del piano da parte dell'esperto, non impedisce che l'attestazione possa essere subordinata a una condizione sospensiva⁴⁷. L'esperto, potrebbe infatti condizionare la fattibilità del piano al verificarsi di un evento iniziale, il cui manifestarsi sia giudicato indispensabile affinché questo possa acquisire quella verosimile attuabilità.

Nel caso in cui l'elemento della fattibilità dipenda da eventi futuri – e a questo esterni⁴⁸ – l'attestazione del professionista sarà sospensivamente condizionata; in queste ipotesi la condizione dovrà necessariamente verificarsi affinché l'attestazione produca i propri effetti potendo così configurare l'esclusione dalla revocatoria nel successivo fallimento⁴⁹. In altri termini, fintanto che non si

⁴⁷ Sul punto si veda A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236.

⁴⁸ Nel caso in cui l'attestazione dipenda da un evento che l'esperto qualifica come altamente probabile e prossimo (perché, ad esempio, evento interno allo stesso piano), l'attestazione produrrà i propri effetti dal principio. Sul punto si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., p. 40.

⁴⁹ Il caso più comune di condizione sospensiva si ha quando l'esperto subordina il giudizio di fattibilità del piano (e quindi l'attestazione) alla stipulazione di una convenzione bancaria. Nel caso in cui questa venga rilasciata il piano assume una fattibilità estrinseca mentre, diversamente, le probabilità non appaiono sufficientemente elevate per poter rilasciare l'attestazione. Si riporta di seguito l'utile esempio di A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236: “Si ipotizzi un piano che abbia l'80% di probabilità di realizzazione (e sia quindi da ritenere in se ‘fattibile’), mentre la convenzione bancaria che ad esso si accompagna abbia una probabilità, a sua volta, del solo 50% di essere conclusa (...). Un piano soggetto a questa duplice alea avrebbe solo il 40% delle probabilità di andare a buon fine, e non sarebbe più “fattibile”. Ove però si condizioni l'efficacia iniziale dell'attestazione alla conclusione della convenzione bancaria, dal momento dell'avveramento della condizione (...) il piano è fattibile all'80%”.

verifichi l'evento, il progetto non sarà “un piano attestato” con efficacia esonerativa⁵⁰.

Diversamente, non sono da ritenere legittime eventuali apposizioni in ordine a condizioni risolutive che, ai sensi dell'art. 1360, secondo comma, cod. civ., consentirebbero il consolidamento dell'effetto immunizzante per gli atti compiuti prima del verificarsi dell'evento. Una simile interpretazione sembra da escludere⁵¹.

Infatti, contrariamente all'ipotesi di inidoneità sopravvenuta che, per definizione, è costituita da eventi imprevedibili e non ponderabili (sul punto v. *infra*, § 3.3.2), la presenza di una condizione risolutiva potrebbe “inquinare” il giudizio di fattibilità dell'attestatore⁵².

3.2 Il requisito dell'apparente idoneità del piano al risanamento patrimoniale e finanziario dell'impresa

L'art. 67, terzo comma, lett. d) sottrae all'azione revocatoria intentata dalla curatela nell'eventuale e successivo fallimento gli atti esecutivi di un piano che

⁵⁰ In questi termini A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236.

⁵¹ Cfr. G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, III, p. 385.

⁵² Una particolare ipotesi concerne il caso in cui il professionista descriva fattori di rischio riferiti a eventi che potrebbero verificarsi solo in tempi lontani e da collocare a notevole distanza dalla sua asseverazione. In questi casi, l'attestazione, deve ritenersi ammissibile purché l'esperto abbia escluso un pericolo prossimo di insolvenza; in altri termini, il risanamento deve essere indicato come il risultato più probabile nonostante la presenza di lontani profili di rischio. Sul punto si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, cit., p. 38.

“*appaia idoneo*” a consentire il risanamento dell’impresa e dunque il ripristino del normale esercizio⁵³.

Il legislatore utilizza la formula astratta – l’idoneità apparente – partendo dal presupposto che, quanto ai suoi effetti immunizzanti, il tentativo di risanamento assuma una rilevanza nel momento in cui fallisce nel proprio obiettivo, dimostrandosi oggettivamente inidoneo al risanamento e al riequilibrio aziendale⁵⁴.

Pertanto, essendo l’angolo visuale della norma quello di una situazione in cui l’impresa è oramai fallita, il legislatore ha avuto cura di precisare che il piano debba apparire idoneo in un momento antecedente rispetto a quello – *ex post* – in cui verrà effettuata la sua valutazione e in cui sarà già apparso come del tutto inidoneo.

In una simile ricostruzione diviene fondamentale individuare il contesto a cui tale giudizio deve riferirsi.

Nel momento in cui procede ad attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano il professionista è chiamato ad esprimersi anche sull’apparente idoneità di questo al perseguimento del suo scopo.

L’idoneità è infatti l’astratta potenzialità del progetto di risanamento, sotto un profilo tecnico, a raggiungere l’obiettivo indicato⁵⁵; in altri termini questo è

⁵³ Il risanamento dell’impresa deve passare sia dal punto di vista patrimoniale che da quello finanziario. Il primo si attua attraverso il risanamento dell’esposizione debitoria, il secondo mediante il riequilibrio della situazione finanziaria. Cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁴ Cfr. P. G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare*, cit., 189/20120.

⁵⁵ In questi termini P. G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare*, cit., 189/20120.

(astrattamente) idoneo se, realizzandosi tutte le previsioni, si potrebbe raggiungere il risultato indicato nella norma: il risanamento dell'impresa.

Non è tuttavia sufficiente la presenza di una iniziale idoneità ma, seguendo l'orientamento maggioritario⁵⁶, è necessaria (anche) una “perdurante idoneità” del piano – a consentire il risanamento dell'impresa – nel momento in cui il singolo atto viene compiuto⁵⁷.

L'idoneità è pertanto un requisito scisso e distinto dalla fattibilità; si tratta di due elementi che “*non si implicano biunivocamente*”⁵⁸. Un piano potrebbe essere astrattamente idoneo a risanare e riequilibrare un'impresa, ma del tutto privo di fattibilità in quanto strutturato su presupposti impraticabili; allo stesso tempo pur essendo pienamente fattibile potrebbe difettare di una idoneità allo scopo⁵⁹.

L'idoneità apparente si risolve in una valutazione prognostica, da condursi *ex ante*, sulla probabilità che il tentativo di risanamento possa perseguire il risultato per cui è stato predisposto. Un giudizio prognostico che può essere sconfessato

⁵⁶ Secondo questo indirizzo, il piano deve apparire idoneo nel momento in cui viene posto in essere in singolo atto esecutivo, configurando in tal modo un requisito che deve accompagnare l'intera sequenza di atti realizzati in esecuzione del piano. Cfr. D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, IV, p. 1995; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 55.

Contra, G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., p. 387, secondo il quale, l'apparente idoneità è da ricondurre al momento dell'attestazione, dovendo costituire l'oggetto di un giudizio prognostico che si esaurisce con l'attestazione del professionista⁵⁶. Questa interpretazione condurrebbe ad una eccessivamente ampia tutela scevra delle congenite esigenze di adattamento del piano durante la sua fase di esecuzione.

⁵⁷ Sul punto si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., p. 47.

⁵⁸ In questi termini A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236. Sul punto si veda anche D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in Giur. comm., 2007, II, p. 163, (nt. 65), il quale evidenzia come la legge richieda all'esperto di attestare non già direttamente l'idoneità del piano ma la sua ragionevolezza (*i.e.* fattibilità).

⁵⁹ Si veda, ancora, A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236 il quale riporta l'esempio di un piano che fondi il risanamento su flussi di cassa del tutto plausibili e fattibili ma perfettamente inidonei a riequilibrare il dissesto di un'impresa.

dai fatti ma che rileva in quanto condotto secondo criteri oggettivi da parte del professionista attestatore⁶⁰.

3.3 L'esenzione a favore dei soli atti esecutivi del piano e l'importanza di una pianificazione dettagliata

La fattispecie in questione esenta atti, pagamenti e garanzie posti in essere *in esecuzione* di un piano di risanamento attestato.

La norma vincola l'esenzione a una caratteristica che attiene al rapporto tra piano e atto esecutivo e, quindi, al grado di specificità richiesto al primo affinché, nel successivo giudizio di revocatoria, il singolo atto possa essere a questa sottratto⁶¹; in altri termini si richiede quello che è stato definito un "nesso funzionale tra piano e atto"⁶².

La questione deve essere analizzata tenendo presenti le distinte esigenze sottostanti alla pianificazione.

Da un lato, si devono evitare aprioristiche aperture in favore di atti astrattamente riconducibili a una pianificazione sulla base di generiche politiche imprenditoriali; dall'altro, non è astrattamente pensabile che un tentativo di risanamento, contenente un futuro programma operativo, possa elencare in maniera dettagliata tutti gli atti necessari per la sua esecuzione⁶³.

L'attività d'impresa è infatti necessariamente variabile e soggetta a continui mutamenti; soprattutto in un contesto – come quello che caratterizza il debitore in

⁶⁰ Cfr. G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, cit., p. 128.

⁶¹ Cfr. G. MEO, *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, cit., p. 46.

⁶² Cfr. P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca, borsa, tit., cred.*, 2007, I, p. 538.

⁶³ Cfr. G. MEO, *op. cit.*, p. 46.

difficoltà economica o finanziaria – che può richiedere una ulteriore flessibilità dinanzi a nuove esigenze che si dovessero presentare nel corso del processo di risanamento.

Un approccio razionale potrebbe pertanto consistere nel predisporre una pianificazione più dettagliata possibile in modo da facilitare il futuro giudizio di coerenza: nel caso in cui l'atto compiuto trovi una corrispondenza all'interno del piano potrà essere qualificato come esecutivo dello stesso⁶⁴.

Appare peraltro condivisibile quell'orientamento che, richiamando una certa flessibilità, non interpreta la corrispondenza come formale identità ma come sostanziale equivalenza alle previsioni del piano⁶⁵. Pertanto, nei casi in cui non sia possibile procedere a un'analitica esposizione delle singole tipologie di atti, si potranno determinare categorie omogenee di operazioni: per poter ricondurre, in concreto, il singolo atto allo strumento di composizione della crisi, si dovrà verificare non solo la corrispondenza all'interno di quest'ultimo ma anche che il primo rientri in un'area di intervento programmato⁶⁶.

Il giudizio di corrispondenza tra programma di risanamento e singolo atto esige che questo trovi nel primo “*non soltanto una radice motivazionale*” ma

⁶⁴ È di questa opinione A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236 secondo il quale la specifica indicazione dell'atto da compiersi, sebbene non richiesta dalla norma, produce un duplice effetto: *i*) rende esplicito ciò che sarà sottratto alle eventuali azioni revocatorie nel successivo ed eventuale fallimento e fornisce maggiore trasparenza al piano; *ii*) consente una più agevole prova della connessione funzionale tra piano e atto e rende più sicura l'esenzione, incrementando il valore del piano che diviene più appetibile per il soggetto a favore del quale opera l'esenzione.

⁶⁵ In questi termini P. PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizioni delle banche*, cit., p. 545.

⁶⁶ Così potrebbe essere predisposta una categoria ricomprendente una serie di atti delimitati, ad esempio, per entità di importi o periodo temporale in cui realizzarli.

“un’individuazione sufficientemente netta” fondata su dati *per relationem* o su caratteristiche riconoscibili⁶⁷.

In definitiva, l’assenza di una programmazione sufficientemente dettagliata o comunque eccessivamente generica, ovvero il compimento di un atto eccentrico rispetto a quanto pianificato, non comporteranno necessariamente il venir meno dell’esenzione, ma non consentiranno al convenuto in revocatoria di dimostrare il fatto impeditivo dell’inefficacia: che l’atto sia stato effettuato in esecuzione di un piano di risanamento⁶⁸.

3.3.1 *La necessità di contenere il tentativo di risanamento entro specifici limiti cronologici*

Per poter correttamente qualificare un atto come esecutivo di un piano di risanamento è essenziale che quest’ultimo sia contenuto all’interno di un arco temporale delimitato e non eccessivo⁶⁹.

Il rischio che si vuole ovviare è che, redatto il piano, si apra un orizzonte potenzialmente infinito di atti esecutivi con una conseguente impossibilità di identificare il nesso funzionale di cui sopra.

⁶⁷ In questi termini, ancora, G. MEO, *op. cit.*, p. 47. Cfr. anche P. G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare*, cit., 189/20120 secondo il quale nei piani particolarmente complessi, posti in essere da società di notevoli dimensioni, vi saranno inevitabilmente numerosi piccoli atti che, sebbene esecutivi del progetto, non rientreranno espressamente tra quelli singolarmente indicati. L’autore, ritiene tuttavia che anche questi atti possano essere oggetto di “protezione” laddove vi sia una riconducibilità causale dell’atto al programma, ossia un legame di strumentalità tra atto e programma, sulla base di criteri logico-deduttivi.

⁶⁸ Cfr. D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163.

⁶⁹ Cfr. G. MEO, *I piani di “risanamento” previsti dall’art. 67, l. fall.*, cit., p. 47; A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

L'indeterminatezza circa la durata del tentativo di salvataggio dell'impresa può incidere, inoltre, sui suoi requisiti: se, da un lato, termini prolungati possono giustificare un giudizio positivo circa l'apparente idoneità del programma di risanamento, dall'altro, potrebbero far crescere il grado di incertezza delle previsioni, facendo venir meno il fondamentale requisito della fattibilità⁷⁰. Ecco allora che l'elemento temporale, qualora non previsto dai redattori del piano, deve essere preso in considerazione dal professionista, diventando, prima ancora che un parametro per valutare il carattere esecutivo dell'atto, un presupposto per il rilascio dell'attestazione⁷¹.

L'espresso contingentamento temporale è quindi non solo un presupposto per qualificare un atto come esecutivo ma, più in generale e prima ancora, un requisito imprescindibile per il "buon funzionamento" dello stesso strumento di composizione della crisi. Nel procedere alla sua determinazione si dovrà tener presente l'obiettivo che questo meccanismo tende a perseguire: l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa.

Ne discende che il parametro temporale deve essere bilanciato in modo da consentire, per mezzo delle operazioni individuate all'interno del piano, il conseguimento dello scopo⁷².

⁷⁰ Sul punto si veda A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236 il quale riporta come, all'ampliarsi dell'orizzonte temporale, cresce il grado di incertezza delle previsioni.

⁷¹ Cfr. G. MEO, *op. cit.*, p. 48 il quale evidenzia come, privare il piano di una idonea durata, "faciliti le cose" al curatore nel successivo fallimento che avrà "gioco facile a dimostrare l'assenza di idoneo radicamento del singolo atto nel piano".

⁷² Cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., p. 31 in cui si esprime l'opportunità di contenere la durata del piano entro un arco temporale di 3-5 anni, ferma restando la possibilità di prevedere una maggiore durata purché, adeguatamente motivata, e coadiuvata da particolari attenzioni nel giustificare le ipotesi e le stime previsionali utilizzate.

3.3.2 *La sopravvenuta idoneità del piano al suo scopo e la perdita dell'efficacia protettiva*

Generalmente tutti i piani, soprattutto se particolarmente complessi e strutturati, presuppongono delle “tappe intermedie” (cd. *milestones*) al fine di verificare l'andamento e il perseguimento degli obiettivi⁷³.

La possibilità che il piano subisca modifiche in corso di esecuzione è un tema del tutto ignorato dal legislatore; il fatto che questo possa subire disallineamenti fra presupposti e obiettivi è tuttavia altrettanto evidente.

Un costante monitoraggio durante la sua fase di esecuzione appare quindi essenziale per poter rilevare eventuali scostamenti e intervenire tempestivamente per riformulare il percorso di risanamento⁷⁴.

Tuttavia, quando una simile condizione si realizza, il piano non può più essere attuato: esso perde i propri requisiti in quanto “*presupposto dell'esenzione è (...) la (sua) perdurante idoneità a consentire il risanamento dell'impresa al momento in cui l'atto viene compiuto*”⁷⁵.

Nel momento in cui il piano si manifesta inidoneo, questo perde la sua efficacia protettiva e, conseguentemente, gli atti posti in essere a partire da quel momento non potranno più essere opponibili ai creditori nel successivo fallimento⁷⁶.

⁷³ Cfr. A. PELLEGGATTA, *La cd. “nuova asseverazione” o “riattestazione”. Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale*, in Riv. dir. priv., 2011, III, p. 459; A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

⁷⁴ Sul punto si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, cit., p. 46. Sull'onere di monitoraggio v. *infra*, § 4.3.

⁷⁵ Cfr. ASSONIME – CNDCEC – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (prima edizione - 2010)*, in www.Cndcec.it, p. 32.

⁷⁶ Sul punto si veda, ampiamente, A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236.

Gli atti compiuti prima dello scostamento fra realtà e previsioni sono da ritenere pienamente sottratti alla revocatoria – salvo poi il successivo accertamento del tribunale (per il quale v. *infra*, § 4) – mentre quelli successivi non potranno rientrare all'interno dell'esenzione⁷⁷.

Per garantire l'immunità ad atti posti essere dopo che il tentativo di risanamento sia divenuto inidoneo, e sempre che la via degli accordi stragiudiziali risulti ancora percorribile, sarà necessario redigere un nuovo piano sottoponendolo a un ulteriore giudizio di attestazione⁷⁸. Diversamente, gli atti posti in essere in esecuzione di un progetto aggiornato ma non formalmente "riattestato", per quanto prefigurati all'interno della precedente pianificazione, non potranno ricevere quella stabilità che discende dall'art. 67, comma 3, lett. d), della legge fallimentare.

Il tema delle nuove asseverazioni del professionista solleva il delicato problema di eventuali sequenze o "concatenazioni" di piani attestati. Per allontanare il rischio di eventuali abusi dello strumento è essenziale che, nel procedere alla nuova e successiva attestazione, il professionista tenga conto all'interno della motivazione delle ragioni che hanno condotto alla modifica⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. ASSONIME – CNDCEC – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 32 dove si considera significativo uno scostamento tale per cui "l'ipotesi contenuta nel piano e assunta a *milestone* non sia più realizzabile ovvero lo sia, ma a condizioni economiche e/o temporali incompatibili con il rispetto del cronoprogramma e/o degli obiettivi su cui si basa il piano".

⁷⁸ In questi termini G. MEO, *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall, cit.*, p. 50; A. PELLEGATTA, *La cd. "nuova asseverazione" o "riattestazione". Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale*, cit., p. 467; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 483.

⁷⁹ In questi termini G. MEO, *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall, cit.*, p. 50. Sembra trarre analoghe conclusioni A. PELLEGATTA, *op. cit.*, p. 469 che sottolinea come essenziale la professionalità con la quale l'esperto asseveratore affronta la riattestazione, dovendo verificare l'attendibilità dei dati di partenza.

3.3.3 *Gli atti effettuati fra redazione ed attestazione del piano. Le difficoltà a riconoscere un'esonazione retroattiva*

Alla luce di quanto osservato nei precedenti paragrafi, si deve capire se la redazione del programma di risanamento debba necessariamente precedere qualsiasi tipologia di atto che si pretende far rientrare all'interno del perimetro dell'esonazione⁸⁰.

L'esonazione dalla revocatoria è un effetto che l'ordinamento riconosce, nel successivo fallimento, a una varietà di atti esecutivi di un tentativo di risanamento che abbia ricevuto una attestazione qualificata da un esperto; è quindi ovvio che tale effetto si produca come conseguenza dell'attestazione senza la quale, il piano, risulta *inutiliter datum*⁸¹.

La dottrina sembra tuttavia orientata a riconoscere la natura esecutiva – e quindi l'astratta idoneità all'esonazione – ad atti che, per loro urgenza e importanza, siano compiuti prima che il professionista abbia certificato l'idoneità e la fattibilità del programma di risanamento⁸². Il successivo rilascio della relazione dell'esperto produrrebbe un effetto sanante retroattivo a favore di atti che, sebbene compiuti in mancanza dell'attestazione, siano stati comunque effettuati in esecuzione di un piano già redatto⁸³.

⁸⁰ Cfr. G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, cit., p. 112.

⁸¹ Cfr. G. MEO, *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, cit., p. 35, (nt. 19).

⁸² Sul punto si veda G. MEO, *op. cit.*, p. 47; P. G. DEMARCHI, *I piani di "risanamento" ex art. 67 legge fallimentare*, cit., 189/2010; G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, cit., p. 112.

⁸³ Così G. VILLANACCI – A. COEN, *op. cit.*, p.112 i quali affermano che la norma non distingue tra forma e sostanza. L'atto potrà pertanto essere esecutivo del "contenuto" di un piano non ancora attestato nel caso in cui, ad esempio, l'atto sia così urgente da non poter attendere il rilascio dell'attestazione.

L'assenza di un obbligo a carico dell'imprenditore di depositare il piano⁸⁴, fornendo così ufficialità e data certa allo stesso, rende più difficile individuare una soluzione alla questione⁸⁵.

Il rischio è infatti di sconfinare in una sanatoria di atti realizzati non già (e non tanto) in mancanza di un'attestazione ma in totale mancanza di una pianificazione e, quindi, in un momento in cui non poteva esservi alcuna esecuzione di un piano che, a conti fatti, nemmeno esisteva⁸⁶.

Appare allora evidente l'importanza di attribuire al tentativo di salvataggio una data certa che consenta di stabilire da quale momento gli atti possano essere considerati effettuati in sua esecuzione.

Seguendo l'orientamento dottrinale sopraindicato, sarebbero oggetto di esenzione gli atti urgenti compiuti tra la redazione di un piano (che abbia data certa) e la sua attestazione.

Questa interpretazione non convince completamente prestandosi a (perlomeno) due possibili critiche.

In primo luogo, aderendo (v. *supra*, § 3.2) alla concezione per cui "l'apparente idoneità" deve sussistere al momento del compimento dell'atto, si osserva che difficilmente il piano potrà assumere tale parvenza in un momento in cui non è

⁸⁴ Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 ha introdotto, in chiusura dell'art. 67, co. 3, lett. d), l.f., la *facoltà* per il debitore di richiedere la pubblicazione del piano nel registro delle imprese. L'integrazione non produce però obblighi a carico dell'imprenditore, rilevando unicamente sul piano degli effetti fiscali, che si producono nei confronti di quest'ultimo.

⁸⁵ In ordine all'assenza di obblighi di pubblicizzare il piano la dottrina appare divisa. Da una parte si schierano a favore di tale mancanza coloro che ritengono che il successo del piano sia favorito dalla sua riservatezza, poiché pubblicizzare lo stato di crisi può complicare le relazioni commerciali e professionali dell'impresa. Sotto un diverso profilo, si evidenzia che portare a conoscenza di terzi un piano di risanamento può costituire una migliore garanzia per tutti coloro che hanno rapporti con l'azienda, mostrando la serietà e la fattibilità del tentativo di superamento della crisi. Per queste ultime considerazioni si veda P. G. DEMARCHI, *op. cit.*, 189/2010.

⁸⁶ Cfr. P. G. DEMARCHI, *op. cit.*, 189/2010.

ancora intervenuta l'attestazione del professionista (a meno che non si consideri che il programma di risanamento possa apparire idoneo sulla base di un giudizio "incompleto" non essendosi ancora configurato l'elemento da cui discende l'effetto esonerativo).

In secondo luogo il rischio è che possa essere "preconfezionato" un piano di risanamento a cui far seguire, nel futuro momento del bisogno, l'attestazione di un professionista. E, se da un lato è vero che un piano redatto con un largo anticipo rispetto al momento dell'attestazione difficilmente sarà giudicato fattibile dall'esperto, dall'altro, nella remota ipotesi che questo dovesse accadere, l'attestazione potrebbe operare retroattivamente esonerando una serie di atti – in numero potenzialmente elevato – effettuati in un momento in cui, pur esistendo materialmente un piano, non vi erano i presupposti per la sua esecuzione.

4. Il problema della certezza dell'esenzione nel successivo giudizio di revocatoria e l'ambito soggettivo della fattispecie

4.1 La tenuta dell'esenzione al controllo del giudice

La mancanza di un filtro giudiziale di carattere preventivo all'adozione del piano comporta che l'esistenza di quest'ultimo sia dedotta nei successivi giudizi civili di revocatoria e nei procedimenti penali per l'accertamento di reati fallimentari⁸⁷.

Ecco allora emergere il profilo principale attorno al quale ruota la stessa ragion d'essere dei piani: il problema della certezza dell'esenzione.

⁸⁷ Cfr. G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., p. 385.

La scommessa fatta dal legislatore all'art. 67, comma 3, lett. d), "si gioca" quindi sul profilo dell'effettiva "tenuta" dell'effetto esonerativo nel successivo fallimento, quando la curatela agirà in via di revocatoria nei confronti di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in attuazione di un piano di cui, il curatore, potrebbe essere del tutto all'oscuro.

A sostegno del fatto che il tentativo di risanamento rilevi proprio in caso di suo fallimento, si consideri che, in sede contenziosa, saranno oggetto di valutazione i soli piani sfociati in un fallimento che saranno invocati dal convenuto quale fatto impeditivo alla revocatoria o come esimente in un eventuale procedimento penale⁸⁸.

L'esenzione è effetto che discende dall'attestazione e, differentemente da quanto accade in sede di accordi omologati, manca di una forma di pubblicità o di verifica giudiziale⁸⁹.

Diviene allora essenziale capire quale intensità possa avere, in fase di accertamento giudiziale, la successiva valutazione condotta dal Tribunale per comprendere il grado di certezza di cui si colorano gli atti effettuati in esecuzione del piano.

4.1.1 Sindacato di merito e sindacato formale. Possibili letture a confronto

Con riferimento al successivo sindacato del Tribunale la dottrina si assesta su due distinte posizioni.

⁸⁸ Sul punto si veda A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236 che parla di "selection bias" nella verifica dei piani.

⁸⁹ Nel caso dei piani di risanamento attestati, il controllo del giudice è esclusivamente eventuale e successivo, intervenendo a fallimento dichiarato.

Secondo una prima interpretazione, al giudice sarebbe preclusa qualunque tipologia di valutazione in ordine all'idoneità e alla fattibilità del piano, dovendosi limitare a verificare la sussistenza dei requisiti di forma richiesti dalla lettera della legge⁹⁰.

Un diverso orientamento attribuisce al giudice piena facoltà di sindacare nel merito l'operato dell'attestatore, potendo a questo sostituirsi in un giudizio prognostico *ex novo* su fattibilità e idoneità del piano al momento del compimento dell'atto⁹¹.

Alcune considerazioni sono necessarie.

Una totale preclusione al potere di accertamento del giudice rischia di aprire le porte ad abusi e prevaricazioni, scaricando il ruolo di "filtro" sul singolo attestatore.

L'opposta soluzione tende invece a svilire il ruolo del professionista, degradando a mera consulenza obbligatoria l'attestazione da questi rilasciata; se così fosse,

⁹⁰ È questa l'opinione di G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., p. 389, secondo il quale un sindacato di merito sarebbe precluso al giudice cui spetterebbe semplicemente il compito di verificare se il piano sia accompagnato da un'attestazione recante tutti i requisiti. A sostegno di questa lettura, l'autore riporta: *i*) la recente volontà dell'ordinamento di favorire le soluzioni concordate della crisi d'impresa; *ii*) il progressivo depotenziamento dell'azione revocatoria; *iii*) il ruolo di "custode della legalità" che le recenti riforme hanno attribuito all'autorità giudiziaria.

Ancora viene evidenziato come, estendendo il controllo giudiziale sui piani attestati oltre quello previsto per concordato e accordo di ristrutturazione, si produrrebbe l'irrazionale risultato di riconoscere un sindacato "più profondo" rispetto alle ipotesi in cui la relazione dell'esperto pregiudica in maniera più incisiva i diritti dei terzi. Infatti, in tema di controlli giudiziari sui piani sottostanti ad accordi di ristrutturazione e concordati preventivi, la giurisprudenza (Cfr. Cass., 23 gennaio 2013, n. 1521; 16 settembre 2011, n. 18987; 14 febbraio, 2011, n. 3586; 25 ottobre 2010, n. 21860) tende a riconoscere un limitato sindacato del Tribunale sull'*iter* argomentativo seguito dall'esperto per sostenere la posizione adottata.

Contro un possibile sindacato di merito del Tribunale v. anche G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, cit., p. 900; G. TARZIA, *La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi: istruzioni per l'uso*, in *ilFallimentarista.it*.

⁹¹ Si veda P. G. DEMARCHI, *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, cit., 189/2012.

neppure si comprenderebbe la scelta di ricorrere a un soggetto dotato dei requisiti di terzietà e indipendenza. Inoltre, pur fornendo la massima tutela ai creditori estranei al piano nel successivo fallimento questa soluzione attribuisce un alto grado di incertezza alle sorti dell'esenzione, lasciando il terzo entrato in contatto con l'imprenditore durante l'esecuzione del piano privo di certezze in ordine all'effettiva protezione in caso di successivo fallimento. È evidente come, seguendo questa impostazione, si svilisca il ruolo di incentivo precedentemente indicato e riconosciuto alle fattispecie di esenzione in esame.

4.1.2 Il sindacato intermedio sull'iter logico seguito dal professionista. L'utilità della motivazione

Alla luce delle considerazioni svolte, alcuni autori hanno proposto un'interpretazione "intermedia" – rispetto alle contrapposte soluzioni sopra riportate – che vede emergere l'importanza della motivazione all'interno dell'attestazione.

Secondo questo orientamento, il giudice, dinanzi all'invocata esenzione di cui alla lett. d), deve condurre un sindacato di "mera legalità" sull'*iter* logico posto alla base della prognosi condotta dall'attestatore⁹².

In quest'ottica assume un rinnovato valore la motivazione addotta dall'esperto, poiché è questa che permette al giudice di accertare la "*coerenza e la congruenza*

⁹² Cfr. L. SALVATO, *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, cit., p. 97.

logica del giudizio”⁹³. Una motivazione inadeguata potrebbe anche costituire un indizio di negligenza nell’attività di verifica richiesta al professionista⁹⁴.

Seguendo questa lettura, al giudice sarebbe precluso di entrare nel merito della fattibilità del piano non potendo sostituire il proprio giudizio a quello dell’esperto, l’unico richiesto dalla legge, dovendo invece valutare se tale giudizio sia stato condotto su basi logiche corrette⁹⁵.

Qualora, durante il compimento di tale attività valutativa, dovesse essere riscontrato un difetto di motivazione o l’illogicità di questa, ovvero una grave negligenza o, ancora, se l’attestazione provenisse da soggetto non abilitato o in difetto dei requisiti – perché, ad esempio, non imparziale o in conflitto di interessi – in tutte queste ipotesi l’attestazione cadrebbe, aprendo le porte ad un sindacato pieno e profondo da parte del giudice⁹⁶.

Conseguentemente, allorché l’autorità giudiziaria accerti che, al momento della sua redazione, il piano difettava del presupposto di fattibilità, si ritiene che debbano essere accolte le istanze revocatorie avanzate dal curatore al fine di reintegrare il patrimonio dell’imprenditore, con conseguente declaratoria di inefficacia – nei confronti della massa creditoria – di pagamenti e garanzie prestate in esecuzione del tentativo di risanamento, salva la possibilità, per i danneggiati, di agire in via risarcitoria⁹⁷.

⁹³ Si veda, ancora, L. SALVATO, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁴ Sulla questione cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, cit., p. 37.

⁹⁵ Cfr. G. MEO, *I piani di “risanamento” previsti dall’art. 67, l. fall.*, cit., p. 58.

⁹⁶ Sul punto si veda A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

⁹⁷ Potranno essere esperite azioni risarcitorie nei confronti dell’attestatore che potrà essere chiamato a rispondere dei danni causati dalla viziata attestazione. I soggetti prevalentemente pregiudicati saranno coloro che, facendo affidamento sulla futura esenzione (ormai venuta meno), hanno rilasciato nuovi finanziamenti, o più in generale,

4.1.3 (segue) Un bilanciamento tra contrapposti interessi

L'interpretazione esposta presenta l'indiscutibile vantaggio di riconoscere maggiore autorevolezza all'attestazione rilasciata dall'esperto, consentendo allo stesso tempo al giudice di effettuare quantomeno un controllo di forma – non di sostanza – sull'operato del professionista, unitamente alla presenza di tutti gli ulteriori requisiti estrinseci richiesti dalla norma⁹⁸.

Al giudice resterebbe dunque un margine di controllo intermedio tra il merito della fattibilità e la mera regolarità formale⁹⁹.

Se così non fosse, si andrebbe a svilire il ruolo dell'attestatore che peraltro, nell'attuale sistema fallimentare, ha conosciuto un progressivo consolidamento¹⁰⁰.

Testimone dell'importanza e della delicatezza di tale compito è la recente introduzione dell'art. 236-bis l. fall. – rubricato “Falso in attestazioni e relazioni”¹⁰¹ – che, prevedendo nuove forme di responsabilità del professionista

intrattenuto rapporti con l'imprenditore. Sul punto si veda G. VILLANACCI – A. COEN, *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 130.

⁹⁸ Il giudice dinanzi al quale penda un procedimento avente ad oggetto la revocatoria ed in cui sia stata eccepita l'esenzione ex art. 67, comma 3, lett. d), dovrà certamente verificare che siano integrati i requisiti formali sanciti dalla disposizione: *i*) la presenza dell'attestazione sulla fattibilità rilasciata da un soggetto in possesso dei requisiti indicati dalla legge; *ii*) che l'atto, pagamento o garanzia sia stato posto in essere in esecuzione di un piano; *iii*) che il piano apparisse idoneo al momento del compimento dell'atto.

⁹⁹ Così G. MEO, *I piani di “risanamento” previsti dall'art. 67, l. fall.*, cit., p. 58.

¹⁰⁰ L'attestatore è oggi chiamato ad intervenire in una serie sempre maggiore di ipotesi: si pensi, oltre ai già noti casi di concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti, alle ipotesi – recentemente introdotte – di cui agli artt. 182-*quinquies* e 186-*bis*.

¹⁰¹ Di seguito si riporta il testo della norma introdotta ad opera del D. L. n. 83/2012.

“Articolo 236-bis:1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-*quinquies* e 186-*bis* espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.

2. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

3. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.”

attestatore, lo richiama a particolari cautele proprio nello svolgimento del proprio operato.

Infine, non si deve dimenticare la reale motivazione che porta creditori e terzi a “credere” nel piano dell’imprenditore: l’esenzione dalla revocatoria. Questo è, infatti, il solo incentivo – eccezion fatta per l’esimente penale introdotta a favore di tutte le forme di composizione negoziale della crisi – che il legislatore ha riconosciuto ai piani di risanamento attestati.

Un sindacato ricostruito in questi termini offre un adeguato bilanciamento tra contrapposti interessi: da un lato, quello dei terzi interlocutori dell’imprenditore che vorrebbero poter fare affidamento sull’esistenza di un piano attestato; dall’altro, l’interesse dei creditori che, estranei al tentativo di risanamento, vorrebbero un sindacato *ex post* il più esteso possibile onde evitare operazioni eccessivamente pregiudizievoli e rischiose¹⁰².

In definitiva, il successo della soluzione stragiudiziale di composizione della crisi, tende ad essere fortemente condizionato dall’orientamento della giurisprudenza in ordine alle modalità e ai limiti del controllo di fattibilità del piano.

Qualora si dovesse riconoscere una piena sindacabilità dell’attestazione si correrebbe il rischio di pregiudicare – in termini di certezza – uno strumento che, benché privo di prededuzione e di protezione da azioni esecutive e cautelari, si fa apprezzare per i vantaggi in ordine di flessibilità, rapidità e riservatezza.

¹⁰² Sul punto si veda A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

4.2 I soggetti beneficiari dell'esenzione

Un ultimo profilo problematico dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), concerne l'estensione soggettiva della fattispecie, ovvero sia l'identificazione dei soggetti investiti dagli effetti esonerativi¹⁰³.

Secondo un autorevole orientamento dottrinale, l'individuazione dei beneficiari può passare attraverso il prisma dell'idoneità apparente del piano; infatti, essendo questo requisito necessario al momento del compimento dell'atto, è stato sostenuto che gli unici soggetti in grado di valutare tale idoneità sono i terzi – in particolar modo i “creditori forti” e, quindi, i finanziatori – che si sono impegnati col debitore nella ristrutturazione, in quanto unici in grado di disporre delle necessarie informazioni¹⁰⁴.

Assecondando questo indirizzo sarebbe pertanto rinvenibile un proposito del legislatore di assicurare l'immunità dalla revocatoria ai soli soggetti che abbiano attivamente partecipato al piano correndo rischi nella convinzione di contribuire al superamento della crisi¹⁰⁵.

¹⁰³ Sul punto si veda C. D'AMBROSIO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d), e), g)*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 993, il quale illustra tutti i potenziali beneficiari dell'esenzione: *i)* i soggetti che hanno partecipato alle trattative collaborando nella realizzazione del piano; *ii)* tra i primi solo coloro che abbiano assunto specifici obblighi o partecipato attivamente nel tentativo di risoluzione della crisi; *iii)* tutti coloro che, indipendentemente da una cooperazione o dall'assunzione di specifici impegni, sono venuti a conoscenza del piano; *iv)* tutti coloro che, ancorché all'oscuro del piano, hanno comunque intrattenuto rapporti con l'imprenditore.

¹⁰⁴ Per questo orientamento cfr. D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163.

¹⁰⁵ Si esprime in questi termini G. TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, cit., p. 280 che ritiene opportuno contestualizzare la valutazione dei singoli atti. Secondo l'autore, la posizione di chi non ha partecipato attivamente al piano sarà valutata secondo i consueti canoni, che impongono di interagire con cautela nei confronti di un soggetto in stato di difficoltà economica. “Chi, invece, ha mostrato di credere nel risanamento dell'impresa (ed è arrivato ad investire proprie risorse per conseguirlo) va

Seguendo un diverso ragionamento, si può giungere alla conclusione per cui l'esenzione operi in maniera oggettiva anche in favore di soggetti estranei alla redazione del piano, o comunque che non abbiano ricoperto ruoli strategici o centrali nella sua esecuzione.

In altri termini, non necessariamente deve trattarsi di un soggetto istituzionale "forte" (la banca), potendo tranquillamente rientrare sotto "l'ombrello" dell'esenzione anche l'atto compiuto da un terzo non finanziatore in senso stretto: si pensi al caso di un terzo acquirente un bene immobile. Nella maggior parte dei casi, i piani di risanamento prevedono la dismissione di *assets*, la cui acquisizione genera operazioni che potranno – del tutto legittimamente – beneficiare dell'esenzione in quanto riconducibili a un atto di esecuzione del piano.

D'altronde, l'apparente idoneità non osta a questa ricostruzione.

Il terzo, infatti, acquista un bene in quanto la dismissione di quel cespite aziendale è effettivamente ricompresa all'interno di un piano. L'esenzione opera sulla base di una presupposta *scientia decoctionis* in favore di un soggetto che, nonostante il conclamato stato di dissesto del debitore, si convince a porre in essere l'atto proprio perché "coperto" da un piano di risanamento attestato¹⁰⁶. Piano di

trattato con maggiori riguardi". In quest'ottica l'esenzione assume una sorta di funzione "remunerativa" a favore del creditore o terzo finanziatore.

¹⁰⁶ Il terzo, entra in contatto con l'imprenditore ed acquisisce un bene in virtù della conoscenza del piano, diversamente si asterebbe dal "contrattare". L'obiezione per cui il terzo potrebbe esserne all'oscuro perde infatti di rilevanza poiché, l'esenzione della revocatoria, presuppone proprio una conoscenza dello stato di insolvenza.

Questo almeno seguendo l'orientamento per cui l'esenzione trova la propria ragion d'essere nelle ipotesi in cui, sussistendo la *scientia decoctionis*, determinati atti sarebbero altrimenti assoggettabili ad azione revocatoria.

Sulla questione cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., dove si evidenzia come "l'esistenza di un piano ex art. 67 co. 3 lett. d) funge da eccezione alla regola della revocabilità dell'atto, la quale però sussiste solo quando il terzo sia a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore".

risanamento di cui, presumibilmente, sarà messo a conoscenza dallo stesso imprenditore che lo utilizzerà proprio al fine di incentivare il terzo.

4.3 Onere di monitorare il piano e oggetto della prova del convenuto in revocatoria

Il terzo, privo di una posizione di rilievo all'interno del tentativo di risanamento, deve poter avere conoscenza del piano e del suo andamento direttamente dall'imprenditore il quale, per poter far ciò, necessita di un flusso aggiornato di informazioni.

Di una tale necessità si è già fatta menzione quando, analizzando l'esecuzione del piano e i suoi possibili scostamenti (v. *supra*, § 3.3.2), si è evidenziata l'importanza di monitorarne l'andamento; ecco allora che tale esigenza si presenta nuovamente con una differente finalità. Il monitoraggio dell'andamento è rimesso, in primo luogo, all'imprenditore in quanto principale soggetto abilitato ad accedere – in maniera costante e agevole – a tutte le variabili del caso ma, anche, in quanto soggetto su cui deve, necessariamente, fare affidamento il terzo interlocutore che necessita delle opportune informazioni.

Terzo che, una volta appreso dell'esistenza del piano, avrà l'onere, ma anche il diritto, di richiedere e ottenere accesso quantomeno alla parte di pianificazione inerente all'operazione che si accinge ad intraprendere. In questo modo egli potrà valutare, da un lato, la presenza di una relazione che attesti la fattibilità e la veridicità del programma di risanamento, dall'altro, che il proprio atto rientri

effettivamente all'interno del piano¹⁰⁷. Ma, aldilà di questo, nessun onere di monitoraggio potrà essere addossato al terzo.

Nel caso di insuccesso del progetto di risanamento, e di conseguente dichiarazione di fallimento del debitore, nell'eventuale giudizio di revocatoria promosso dalla curatela – al fine di recuperare quanto uscito dal patrimonio dell'imprenditore in esecuzione del piano – è probabile che venga eccepita l'esenzione di cui alla lett. d) quale fatto impeditivo della revocatoria.

In questa ipotesi, fermo restando il giudizio del Tribunale circa la sussistenza dei requisiti richiesti per l'esenzione, il terzo potrà resistere alla revocatoria dimostrando che, nel momento in cui acquistò il bene (ovvero ricevette il pagamento o la garanzia), era in corso l'esecuzione di un piano che “*appariva idoneo*”¹⁰⁸ – in quanto integrato di attestazione qualificata circa la fattibilità del piano e dei dati ivi contenuti – e all'interno del quale trovava corrispondenza l'atto dispositivo intercorso fra questo e l'imprenditore.

¹⁰⁷ Si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *op. cit.*, p. 46 dove si riconosce la qualifica di *best practice* alla previsione di una specifica fase di monitoraggio i cui costi sono peraltro giustificati “quando le parti vogliono garantirsi che ciascun atto di esecuzione possa godere della protezione di legge”.

¹⁰⁸ Al terzo non potrà essere chiesto di dimostrare l'idoneità del piano nel momento in cui è stato realizzato l'atto in esecuzione di questo. A ben vedere, tale idoneità, è stata infatti sconfessata dallo stesso piano nel momento in cui questo è fallito. Il giudice non dovrà limitarsi a prendere atto del fatto che, essendo fallito il debitore, il piano non era idoneo al risanamento, ma dovrà piuttosto accertare se, attraverso un giudizio prognostico fondato sull'esistenza di un'attestazione, il piano fosse astrattamente idoneo ad avere successo e se, pertanto, il suo esito negativo non sia stato causato da eventi sopravvenuti e non prevedibili.

5. L'esenzione da revocatoria come effetti di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato

L'art. 67, comma 3, lett. e) sottrae all'azione revocatoria “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161*”.

Queste fattispecie di esenzione presentano il comune profilo della preventiva verifica giudiziale che passa attraverso il giudizio di omologazione.

5.1 L'esenzione negli accordi di ristrutturazione

Come si è avuto modo di precisare (v. *supra*, § 2.4), gli accordi di ristrutturazione dei debiti vengono ricondotti ad una categoria “ibrida” di strumenti di composizione della crisi, in quanto caratterizzati da due distinti ma connessi momenti; un primo di privata contrattazione e un secondo di natura giudiziale¹⁰⁹.

¹⁰⁹ A differenza del piano attestato, che può anche esaurirsi in un atto unilateralmente disposto dall'imprenditore (per esempio nel caso che preveda esclusivamente la vendita di cespiti aziendali), l'accordo di ristrutturazione dei debiti presuppone, necessariamente, un accordo con i creditori. Cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit.; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, 381 secondo il quale si tratta di accordi extragiudiziali la cui formazione e conclusione si avviene liberamente al di fuori “dell'arena giudiziaria” essendo poi destinati a ricevere l'imprimatur dell'omologazione e, solo a seguito di questa, a beneficiare di un trattamento, almeno per l'esenzione da revocatoria, analogo a quello riservato al concordato preventivo. Sul punto si veda anche B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. Fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *ilCaso.it*, 263/2011 il quale riporta come l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba caratterizzarsi, necessariamente, dalla rimodulazione dei rapporti debito-credito tra l'imprenditore in crisi e i suoi creditori e dalla, quantomeno potenziale, idoneità a liberare risorse per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Ai sensi dell'art. 67, co. , lett. e), l. fall., la principale – ancorché non esclusiva – conseguenza giuridica che discende dall'omologazione di un accordo è la sottrazione all'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie compiuti in esecuzione dell'accordo stesso¹¹⁰.

Questo effetto è uno degli elementi che più caratterizzano l'intera disciplina; infatti è (anche) in ragione dell'inattaccabilità dalla revocatoria in caso di successivo fallimento che i creditori decidono di partecipare alla gestione negoziale della crisi del proprio debitore rinunciando a una parte del proprio credito o concedendo una dilazione del pagamento¹¹¹.

5.1.1 *La protezione degli atti esecutivi di un accordo*

In via analoga a quanto previsto per i piani di risanamento attestati, anche la lett. e) del terzo comma dell'art. 67 considera esentati i soli atti, pagamenti e garanzie effettuati in esecuzione dell'accordo omologato.

Trova pertanto conferma quanto già detto nel precedente paragrafo sulla necessità di una dettagliata previsione in ordine alle operazioni che devono essere effettuate in esecuzione dello strumento negoziale (v. *supra*, § 3.3).

Nonostante la legge garantisca tutela agli atti esecutivi “*dell'accordo*”, devono comunque ritenersi sottratti alla revocatoria gli atti posti in essere in esecuzione

¹¹⁰ Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.; natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei*, in Nuovo dir. soc., XIV, 2013, p. 77 secondo il quale l'esonero dall'assoggettamento all'azione costituisce peculiarità e novità dello strumento stragiudiziale.

¹¹¹ Cfr. D. RESTUCCIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, in *ildirittodegliaffari.it*, 2013.
In ordine alle operazioni e ai mezzi solutori rientranti nell'ambito dell'esenzione si veda *infra*, § 6.1.

del piano che, sottostante al tentativo di ristrutturazione dei debiti, costituisce elemento imprescindibile ai fini dell'omologazione del Tribunale¹¹².

La necessità di un nesso relazionale di corrispondenza, fra atto compiuto e atto previsto, si presenta come un necessario requisito per evitare che un'operazione, regolarmente effettuata, sia qualificata come *extra-vagantes* e quindi esclusa dall'ambito dell'esenzione¹¹³. Restano pertanto estranei all'effetto protettivo atti, pagamenti e concessioni di garanzie "ultronei" rispetto al contenuto dell'accordo o del piano ad esso sottostante¹¹⁴.

In via del tutto marginale la dottrina si è interrogata sulla possibilità di revocare lo stesso "accordo-quadro". A ben vedere, la questione sembra risolvibile nel senso che l'omologa giudiziale – da cui discende l'effetto esonerativo – concerne in via diretta e principale l'accordo.

In altri termini, gli atti sono "immunizzati" in quanto connessi a una "struttura" (l'accordo) che ha superato un controllo preventivo e, si potrebbe dire, è partendo dall'accordo che l'esenzione si estende ai singoli atti¹¹⁵.

¹¹² Cfr. ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione – 2014)*, cit., p. 50 dove si evidenzia come l'accordo, avendo principalmente e prevalentemente ad oggetto la ristrutturazione dei debiti, potrebbe non contenere l'analitica indicazione di tutti i passaggi necessari per il raggiungimento degli obiettivi. L'art. 182-bis l.f. impone il deposito della documentazione di cui all'art. 161 che, al co. 2, lett. e), prevede fa esplicito riferimento ad un piano "contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento". D'altronde, un'operazione che si sostanzia nella vendita di un bene immobiliare dalla aziendale, potrebbe essere prevista in termini generali nell'accordo ma compiutamente descritta nel piano ad esso sottostante.

¹¹³ In questi termini M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, (estratto da) "*Diritto fallimentare*. cit.

¹¹⁴ Si pensi, ad esempio, ad atti per mezzo dei quali il debitore, dopo avere soddisfatto i creditori aderenti all'accordo – oppure anche in modo non funzionale alla soddisfazione di questi o, ancora, alla continuazione dell'attività di impresa –, attribuisce i restanti beni del patrimonio a terzi. Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. Fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, cit., 263/2011.

¹¹⁵ Cfr. M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., in unijuris.it.

5.1.2 L'efficacia retroattiva dell'esenzione in pendenza dell'omologazione

Diversamente da quanto previsto per i piani attestati, all'imprenditore che voglia ottenere l'omologa di un accordo l'ordinamento impone il deposito, ai fini di pubblicità, presso il registro delle imprese. È pertanto agevolmente risolta la questione della sua venuta ad esistenza in quanto, una volta depositato, acquista – per espressa previsione di legge – efficacia giuridica fra le parti¹¹⁶.

Tuttavia, la legge ha cura di precisare che l'immunità dall'azione revocatoria è un beneficio riconosciuto agli atti posti in essere in esecuzione di un accordo “omologato”¹¹⁷, dove la *ratio legis* di una simile previsione sembra volta a tutelare, in via esclusiva, i soli atti compiuti dopo un accertamento dell'autorità giudiziaria, garantendo così un preventivo controllo sulla “bontà” dell'operazione posta in essere da debitore e creditori¹¹⁸.

La dottrina maggioritaria, muovendo da considerazioni simili a quelle illustrate per i piani di risanamento (v. *supra*, § 3.3.3), ha avanzato l'ipotesi per cui l'esenzione coprirebbe ugualmente anche gli atti compiuti dopo il deposito dell'accordo presso il registro delle imprese¹¹⁹.

¹¹⁶ L'art. 182-bis, co. 2, l. fall. sancisce che, dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese, l'accordo acquista efficacia.

¹¹⁷ Cfr. G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006, p. 904.

¹¹⁸ Il fatto che l'accordo di ristrutturazione dei debiti, pur avendo natura privata, si configuri come un negozio in grado di produrre effetti che possono coinvolgere interessi estranei a quelli dei contraenti, passa necessariamente – nonostante l'innegabile ampliamento dei confini dell'autonomia privata nella materia fallimentare – attraverso un intervento di valutazione ad opera dell'autorità giudiziaria, a salvaguardia del delicato equilibrio tra interessi pubblici ed interessi privati che investono la gestione della crisi d'impresa. Sul punto si veda D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in Riv. not., VI, 2012, p. 1257.

¹¹⁹ Cfr. C. D'AMBROSIO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d), e), g)*, cit., p. 996; M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 27; TARZIA, *La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi: istruzioni per l'uso*, cit., p. 3.

In una simile prospettiva, l'esonero sarebbe “*sospensivamente condizionato*” all'omologa il cui sopraggiungere andrebbe a configurare un meccanismo sanante volto a consolidare il già intervenuto effetto protettivo.

Differentemente dalle obiezioni avanzate in sede di piani di risanamento, si ritiene che la presenza di una data certa e, soprattutto, la concomitanza di tutti i requisiti necessari già nel momento del deposito, possano determinare un giudizio favorevole per una simile ricostruzione.

Infatti, nel momento in cui l'imprenditore deposita l'accordo, deve contestualmente allegare un piano integrato da un'attestazione sulla veridicità dei dati, sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua idoneità a soddisfare le pretese dei creditori estranei. In altre parole, il progetto di ristrutturazione dei debiti presenta astrattamente – oltre a una efficacia *ex lege* – tutti i requisiti necessari ai fini dell'ottenimento dell'omologa dal Tribunale, non difettando – diversamente che nei piani attestati – di un giudizio di apparente idoneità al perseguimento dello scopo. In tale prospettiva la pubblicazione costituisce un importante presidio perché individua una data di riferimento e consente di scongiurare il rischio che gli accordi *ex art. 182-bis* siano impiegati come tentavi precostituiti per giustificare, a priori, operazioni lesive della *par condicio creditorum*¹²⁰.

Ovviamente, laddove il Tribunale non dovesse concedere l'omologazione, gli atti effettuati nel periodo compreso tra la data del deposito e l'udienza per la verifica

Ad analoghe conclusioni sembra giungere G. RAGO, *op. cit.*, p. 905 nel momento in cui afferma che saranno revocabili gli atti compiuti durante la procedura di omologazione “ove gli accordi non vengano omologati”, lasciando trasparire che, nel caso in cui dovesse sopraggiungere il decreto di omologazione, opererebbe un meccanismo “sanante”.

¹²⁰ Sul punto si veda C. D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, cit., p. 364.

dei presupposti di cui all'art. 182-*bis* verranno travolti nel successivo fallimento a beneficio di tutti i creditori¹²¹.

5.1.3 *L'estensione soggettiva della fattispecie. L'esclusione dalla revocatoria fra creditori aderenti, creditori dissenzienti e terzi interlocutori*

Un profilo fondamentale dell'esenzione in esame concerne il suo ambito di applicazione soggettivo e, in particolare, nei confronti di quali soggetti produca l'effetto immunizzante.

Provando ad analizzare la questione da un'altra prospettiva ci si può chiedere se l'effetto protettivo riguardi tutti gli atti in assoluto o, diversamente, sia riservato ad atti e pagamenti effettuati in favore dei creditori aderenti all'accordo¹²².

La questione può condurre a due contrapposti risultati.

Secondo una prima interpretazione, i principali beneficiari dell'esenzione dovrebbero essere proprio i creditori estranei all'accordo a cui la legge assicura un puntuale e integrale pagamento¹²³. In quest'ottica, tali atti solutori andrebbero ricondotti – *ex lege* – all'interno del piano e sarebbero conseguentemente da ricomprendere fra quelli esecutivi dell'accordo. Seguendo questa impostazione, si dovrebbe pertanto riconoscere l'esclusione dalla revocatoria all'integrale pagamento in favore dei creditori dissenzienti¹²⁴.

¹²¹ Cfr. G. RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, p. 905.

¹²² Cfr. M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., in unijuris.it.

¹²³ C. D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 364;

¹²⁴ Sul punto si veda G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 381. Cfr. anche V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 365 secondo il quale questi pagamenti possono essere considerati come "avvenuti in esecuzione dell'accordo" e trovare riparo sotto "il suo ombrello protettivo". L'autore ipotizza la riconducibilità di

Questa lettura viene avvalorata dall'apparente irrazionalità di un meccanismo che, qualora non esentasse simili pagamenti, da un lato costringerebbe i creditori estranei a subire l'altrui esenzione e, dall'altro, imporrebbe loro di subire (in proprio) la stessa revocatoria¹²⁵.

D'altronde si potrebbe osservare che l'estensione dell'esenzione anche ai creditori dissenzienti – o comunque estranei all'accordo – produrrebbe in capo a questi il cumulo di due distinti vantaggi: il soddisfacimento per intero del proprio credito e la sottrazione dal peso della revocatoria nel successivo ed eventuale fallimento¹²⁶.

Seconda un diverso orientamento l'esenzione è limitata ad atti, pagamenti e garanzie concesse ai creditori aderenti che hanno rinegoziato la loro pretesa creditoria; ne sono invece esclusi i soggetti estranei all'accordo i quali mantengono il diritto a un integrale e puntuale pagamento ma rimangono esposti ai rischi della revocatoria¹²⁷. Una tale ricostruzione tende a valorizzare la *ratio* sottostante all'esenzione che, come si è detto, è quella di incentivare il terzo ad aderire all'accordo di ristrutturazione.

La seconda obiezione trova un fondamento di natura giuridica. È stato osservato che titolo legittimante gli atti effettuati in favore dei creditori estranei (*i.e.* i

questo meccanismo allo schema del “contratto a favore di terzo” di cui all'art. 1411 c.c. dove l'impresa debitrice ricoprirebbe ruolo di promittente, i creditori aderenti quello di stipulanti e, infine, i creditori estranei risulterebbero i terzi beneficiari.

¹²⁵ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 381.

¹²⁶ Si pensi al caso in cui, soddisfatti integralmente i creditori estranei, l'accordo non fosse più attuabile o dovesse “naufragare” con conseguente dichiarazione di fallimento dell'imprenditore. Cfr. M. FABIANI, *op. cit.*

¹²⁷ Così A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633, secondo il quale limitando l'esenzione si verrebbe ad incentivare il ricorso al meccanismo degli accordi di ristrutturazione per favorire la risoluzione della crisi. Viceversa, estendere l'esenzione ai creditori estranei o dissenzienti, potrebbe innescare un meccanismo controproducente tale da indurre i creditori a non aderire. In termini analoghi M. FABIANI, *op. cit.*, secondo il quale si configurerebbe un sistema che disincentiva i creditori.

pagamenti delle loro pretese) non è l'accordo di ristrutturazione ma il negozio giuridico costitutivo del rapporto obbligatorio. Il rapporto negoziale pregresso, intercorrente fra debitore e creditori non contraenti, non verrebbe infatti "intaccato" e modificato dall'accordo di ristrutturazione dei debiti¹²⁸.

Inoltre, ciò che viene preso in considerazione in simili strumenti di composizione della crisi non è il pagamento del debito nei confronti dei creditori estranei, ma la capacità dell'accordo di liberare risorse idonee a garantire il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Il pagamento dei creditori estranei o dissenzienti non è oggetto di accordo di ristrutturazione, né potrebbe esserlo, in quanto detti creditori non sono parti contrattuali¹²⁹.

5.1.4 (segue) I terzi estranei all'accordo quali possibili destinatari di una protezione

Resta infine un'ultima possibile categoria di soggetti in grado di beneficiare degli effetti dell'esenzione.

Si consideri ad esempio un soggetto terzo che, pur non avendo formalmente preso parte all'accordo, acquisti un ramo d'azienda dell'impresa la cui dismissione è espressamente considerata nell'accordo o nel piano. In questa ipotesi, l'atto di

¹²⁸ È questa la tesi sostenuta da A. GENTILI, *op. cit.*, p. 633 il quale evidenzia come gli atti solutori siano effettuati con tempi e modalità disciplinate dal negozio giuridico. Si deve tuttavia osservare che, quanto ai tempi di adempimento verso i creditori estranei, il D.L. n. 83/2012 ha modificato l'art. 182-*bis* introducendo un nuovo termine di centoventi giorni che decorre dalla data di omologazione o da quella della originaria scadenza del credito a seconda che questo fosse scaduto o meno alla data del decreto emesso dal Tribunale.

Cfr. anche D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, X, 2013, p. 579.

¹²⁹ Cfr. D. RESTUCCIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, cit., 2013.

acquisto posto in essere trova un riscontro nell'accordo quale misura attuativa e, conseguentemente, si presenta come atto esecutivo dell'accordo stesso¹³⁰.

Volendo provare a fare chiarezza alla luce delle osservazioni avanzate, il perimetro soggettivo dell'esenzione potrebbe essere ricostruito in questi termini.

I primi ovvi destinatari degli atti esecutivi del tentativo di ristrutturazione sono, certamente, i creditori aderenti all'accordo; gli atti e i pagamenti effettuati in loro favore trovano fondamento giuridico nel negozio da essi stipulato con l'imprenditore.

Analoga considerazione può essere fatta nei confronti di terzi che, seppur formalmente estranei, abbiano comunque posto in essere atti sulla base di una contrattazione con l'imprenditore purché, ovviamente, il singolo atto trovi una corrispondenza nella pianificazione.

A differenti conclusioni si ritiene di poter giungere rispetto agli integrali pagamenti che il debitore è tenuto ad eseguire in favore dei creditori dissenzienti. Come si è avuto modo di evidenziare, tali atti non sembrano effettuati in forza dell'accordo di ristrutturazione ma, piuttosto, sulla base di un preesistente rapporto giuridico che continua a spiegare i propri effetti tra le parti. Parimenti, non potranno essere considerati oggetto della pianificazione e della ristrutturazione del debito in quanto atti imposti all'imprenditore proprio in ragione della loro estraneità al progetto e, conseguentemente, non saranno riconducibili fra gli atti effettuati in attuazione dell'accordo.

¹³⁰ Sul punto si veda G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 381; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., p. 387.

In definitiva, gli atti solutori che l'imprenditore è tenuto ad effettuare in soddisfacimento dei creditori estranei, non si ritengono esenti dalla revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall.

Così ricostruito, il novero dei soggetti beneficiari dell'esenzione viene mantenuto all'interno di un circoscritto perimetro, laddove la linea di confine della tutela riconosciuta si colloca fra atti effettuati in esecuzione del tentativo di ristrutturazione e atti che trovano una differente ragione causale.

D'altronde, estendere l'immunità a una indiscriminata "platea" potrebbe condurre ad un eccessivo aggravio della posizione di soggetti che, privi di un simile beneficio, vedrebbero deperire l'entità della massa attiva su cui poter fare affidamento nel successivo tentativo di recupero concorsuale del credito insoddisfatto.

5.1.5 Inattuabilità sopravvenuta dell'accordo e nuova omologazione per proteggere gli atti successivi

Quanto all'accordo di ristrutturazione, ancora una volta il legislatore si è disinteressato della sua fase esecutiva e, in particolare, dell'ipotesi in cui questo non sia più attuabile.

In via analoga a quanto visto per i piani di risanamento gli atti compiuti in seguito allo scostamento verificatosi fra realtà e previsioni non potranno godere dell'effetto dell'esenzione¹³¹. Restano salvi gli effetti protettivi per gli atti esecutivi compiuti prima dell'inattuabilità sopravvenuta e, ferma restando la

¹³¹ Proprio come per il piano di risanamento attestato, all'interno della fase esecutiva dell'accordo emerge l'opportunità di un costante monitoraggio, al fine di poter prontamente reagire ad improvvisi scostamenti fra realtà e previsioni.

possibilità di procedere alla modifica dell'accordo per adeguarlo alle sopravvenute esigenze, qualora si intenda assicurare una nuova tutela agli atti da compiere in sua esecuzione, sarà necessario procedere a un nuovo giudizio di omologazione *ex art. 182-bis*.

L'accordo resta invece eseguibile ed esenta gli atti ancora da compiere nel caso in cui preveda autonomi meccanismi di aggiustamento per ovviare ad eventuali scostamenti¹³².

5.2 L'esenzione da revocatoria nel concordato preventivo

La lettera e) del terzo comma dell'art. 67 esenta gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo nonché quelli legalmente effettuati dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l. fall.

A seguito del “Decreto sviluppo” del 2012¹³³, il legislatore sembra aver modulato la fattispecie di esenzione tenendo conto dei due distinti momenti che assumono rilevanza per la procedura del concordato preventivo: a) una prima fase antecedente e prodromica all'apertura della vera e propria procedura di concordato; b) la fase procedimentale che si “chiude” con il decreto di omologazione a cui fa seguito l'esecuzione del concordato.

¹³² Sul punto si veda ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, cit., p. 65.

¹³³ La formulazione dell'esenzione è stata modificata dal più volte richiamato D.L. n. 83/2012.

5.2.1 *La tutela di atti esecutivi del concordato...*

Ancora una volta, il legislatore considera meritevoli di esenzione i soli atti che siano in qualche modo connessi alla fase esecutiva di uno strumento di composizione della crisi, non riconoscendo protezione a operazioni discostatesi dalle previsioni contenute nelle pianificazioni.

È la stessa legge fallimentare che individua – nel capo IV del titolo III dedicato al concordato e agli accordi di ristrutturazione – la fase di esecuzione del concordato come quella che segue al decreto di omologazione. Pertanto, sono da ritenere immunizzati dalla revocatoria i soli atti che il debitore abbia posto in essere per attuare la proposta – approvata dai creditori ed omologata dal Tribunale –, e quindi “giustificati” da una puntuale corrispondenza all’interno del piano di concordato¹³⁴.

Tuttavia secondo un indirizzo dottrinale, gli atti compiuti nel vero e proprio corso della procedura – quindi successivi all’ammissione ma antecedenti all’omologazione – dovrebbero comunque essere investiti dall’esenzione, configurando un limitato effetto retroattivo sanante del tutto analogo a quello riconosciuto in tema di accordi di ristrutturazione (v. *supra*, § 5.1.2)¹³⁵.

¹³⁴ Piano che, a seguito della riforma operata dal decreto sviluppo del 2012, deve essere allegato alla proposta di concordato ai sensi dell’art. 161, co. 2, lett. e).

¹³⁵ In questi termini C. D’AMBROSIO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d), e), g)*, cit., p. 996; TARZIA, *La tutela del sostengo creditizio alle imprese in crisi: istruzioni per l’uso*, cit., p. 3.

5.2.2 (segue) ... e degli gli atti legalmente posti in essere a seguito del deposito della domanda di ammissione alla procedura

Il D. L. n. 83/2012 ha inserito, nell'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall., la previsione dell'esenzione da revocatoria per gli atti compiuti nel periodo compreso fra la pubblicazione del ricorso e l'apertura del concordato.

Questa specifica previsione comporta rilevanti conseguenze sul piano pratico; l'estensione di una protezione anche ad atti compiuti prima dell'ammissione alla procedura consente di rispondere all'esigenza – spesso concreta – di effettuare tempestive operazioni¹³⁶.

Il legislatore ha tuttavia espressamente ricollegato l'esenzione al fatto che questi atti siano “legalmente” compiuti.

Non è chiaro quale sia il significato da attribuire a tale avverbio che, peraltro, è stato impiegato esclusivamente in due ulteriori disposizioni della legge fallimentare¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *ilCaso.it*, II, 303/2012, il quale accoglie con favore la modifica introdotta descrivendo il periodo fra pubblicazione del ricorso e apertura del concordato come “una sorta di terra di nessuno dove non c'erano regole sicure e soprattutto dove le esigenze di effettuare immediati pagamenti potevano essere rilevanti”. Si veda anche I. L. NOCERA, *L'inefficacia delle azioni revocatorie nel concordato preventivo*, in www.academia.edu, il quale riporta come fosse pacifica l'esenzione per gli atti posti in essere dopo l'omologa ed esecutivi del concordato mentre, per gli atti compiuti prima del decreto di ammissione e dopo la presentazione del ricorso, non fosse chiaro se potessero essere esentati dalla revocatoria, dato che la procedura non era ancora formalmente iniziata.

¹³⁷ Si è stati in grado di rinvenire l'avverbio “legalmente” nelle seguenti norme: a) all'art. 18, co. 15, che in caso di revoca del fallimento a seguito di reclamo verso la sentenza che lo ha dichiarato fa salvi gli effetti “*legalmente*” compiuti dagli organi della procedura; b) all'art. 161, co. 7, che dopo aver precisato che a partire dal momento del deposito del ricorso si realizza una parziale riduzione dei poteri gestori dell'imprenditore – il quale sarà libero di effettuare atti di ordinaria amministrazione dovendo richiedere, invece, l'autorizzazione del Tribunale per quelli “urgenti di straordinaria amministrazione” –, precisa che tali atti “*legalmente*” compiuti dal debitore sono prededucibili. E sembra proprio attraverso quest'ultima norma, anch'essa introdotto ad opera del D. L. n. 83/2012,

Gli atti che l'imprenditore può porre in essere *post* pubblicazione della domanda sono ¹³⁸ : a) atti di ordinaria amministrazione; b) atti di straordinaria amministrazione purché urgenti e autorizzati dal Tribunale; c) pagamenti di debiti pregressi – nel solo caso di “concordato con continuità aziendale” – purché autorizzati dal Tribunale e attestati da un esperto come essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa¹³⁹.

Occorre quindi interrogarsi su quali di questi atti possano rientrare nel novero di quelli “legalmente” posti in essere.

5.2.3 L'ipotesi del concordato in bianco. La tenuta dell'esenzione nel pre-concordato “abortito” e nel caso di mancata ammissione alla procedura

Come è noto, lo stesso “Decreto sviluppo” che ha introdotto l'esenzione per gli atti legalmente effettuati a seguito della domanda di concordato, ha novellato l'art. 161 l. fall. introducendo nel nostro ordinamento quello che è stato comunemente definito il concordato “in bianco” (anche detto “pre-concordato” o “concordato con riserva”).

che sembra possibile conferire un significativo contenuto a tale attributo richiesto in capo ai singoli atti.

¹³⁸ Cfr. G. REBECCA, *La confusione del legislatore fra revocatoria e efficacia discrasia tra gli articoli 67, lettera e) e 69 bis l.f. Effetti dirompenti nel concordato in bianco*, in *ilCaso.it*, III, 164/2013.

¹³⁹ Ai sensi dell'art. 182-*quinquies* l.f., nel caso in cui sia presentata domanda di concordato con continuità aziendale *ex art. 186-bis*, nel periodo compreso fra la pubblicazione del ricorso e l'ammissione al concordato l'imprenditore può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a effettuare pagamenti per debiti anteriori, inerenti a prestazioni di beni e servizi, se un professionista qualificato attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare una migliore soddisfazione dei creditori.

Poiché l'art. 67, comma 3, lett. e) nella sua ultima parte si riferisce agli atti compiuti successivamente alla presentazione della domanda di concordato, è opportuno chiedersi se l'esenzione della revocatoria si applichi anche agli atti (legalmente) compiuti a seguito del deposito di domanda con riserva.

La questione non è priva di rilevanza sul piano pratico.

In primo luogo, dal deposito della proposta incompleta, il debitore ha a disposizione un termine compreso fra sessanta e centoventi giorni (prorogabile di ulteriori sessanta) per compiere gli adempimenti imposti dalla legge e, all'interno di questo periodo, può compiere gli atti di ordinaria e straordinaria gestione con i limiti sopra indicati¹⁴⁰.

Conseguenza della presentazione della domanda con riserva è che l'arco temporale compreso fra il deposito del ricorso e l'ammissione alla procedura di concordato è inevitabilmente destinato a dilatarsi, consentendo all'imprenditore di compiere una ingente quantità di atti che, se effettuati "legalmente", potranno beneficiare dell'esenzione da revocatoria.

Il profilo più delicato concerne tuttavia l'ipotesi in cui, presentata una domanda di pre-concordato, il debitore non proceda ad integrarla ai fini dell'ammissione.

Se, nel periodo compreso fra la pubblicazione della domanda *ex art.* 161, comma 6, l. fall. e la scadenza del termine per adempiere alla presentazione degli elementi mancanti, il debitore effettua una serie di atti e pagamenti – magari su espressa autorizzazione del Tribunale – questi saranno sottratti ad azione revocatoria nel successivo fallimento anche nel caso di mancato deposito della documentazione integrativa? Probabilmente sì.

¹⁴⁰ Ai sensi dell'art. 161, co. 6, l.f., entro il termine fissato dal giudice l'imprenditore deve presentare proposta, piano e documentazione indicati nei commi 2 e 3.

Una recente pronuncia del Tribunale di Terni può costituire lo spunto per una serie di riflessioni¹⁴¹. Nel caso in esame, il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi su alcuni crediti sorti come “prededucibili” a seguito della domanda di concordato con riserva successivamente non integrata. Il giudice umbro ha ritenuto tale beneficio, la prededucibilità, non condizionato all’effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo in quanto, altrimenti, una possibile condotta omissiva del debitore potrebbe incidere negativamente, ed in maniera retroattiva, su terzi che, inconsapevolmente, abbiano fatto affidamento su un effetto riconosciuto dalla legge a crediti sorti da “atti legalmente compiuti”¹⁴². Secondo questo giudice, una diversa conclusione produrrebbe effetti destabilizzanti sulla certezza dei rapporti giuridici, depotenziando la fiducia nello strumento del concordato “in bianco”.

Nonostante la controversia vertesse in tema di prededucibilità, la pronuncia non è priva di utilità per la questione in esame¹⁴³.

L’art. 67, comma 3, lett. e), riconosce l’effetto immunizzante ad atti legalmente posti in essere a seguito di una domanda di concordato (anche) in bianco. Un simile effetto costituisce un potente incentivo nei confronti di terzi i quali, sentendosi protetti dai rischi della revocatoria in caso di eventuale insuccesso del tentativo concordatario, potrebbero essere indotti a intrattenere rapporti con l’imprenditore che abbia depositato domanda *ex art.* 161, comma 6. D’altronde,

¹⁴¹ Cfr. Trib. Terni, 17 gennaio 2014, in *ilCaso.it*, (commento di S. LEUZZI, in *ilFallimentarista*).

¹⁴² La prededucibilità è riconosciuta, al pari dell’esenzione, agli atti “*legalmente*” compiuti a seguito del deposito della domanda. Cfr. art. 161, co. 6, l.f.

¹⁴³ D’altronde, esenzione da revocatoria e prededuzione dei crediti, sono state definite come due facce della stessa medaglia rappresentando due strumenti assolutamente complementari. Sul punto v. C. COSTA, *Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 531.

sarebbe poco condivisibile far ricadere l'eventuale condotta omissiva del debitore interamente sui terzi¹⁴⁴.

In termini del tutto analoghi, non si può tuttavia non tener conto che la questione coinvolge interessi contrapposti: da un lato, vi è l'interesse degli interlocutori dell'imprenditore che sono venuti in contatto con questo sul presupposto dell'esenzione (nonché, ovviamente, dell'eventuale prededucibilità dei crediti), dall'altro, vi è l'interesse della massa dei creditori concorsuali a non veder vanificate le proprie pretese a causa di una estesa raffica di esenzioni¹⁴⁵.

Da un punto di vista sostanziale la lettera e) riconosce l'esenzione sul solo presupposto che l'atto, il pagamento o la garanzia sia "legalmente" posto in essere e venga effettuato dopo il deposito della domanda. In definitiva, non sembra possibile far discendere l'effetto dell'esonero da un successivo evento quale, appunto, l'effettiva ammissione alla procedura di concordato o la successiva integrazione della domanda presentata con riserva.

5.2.4 La nozione di atti "legalmente compiuti" e la possibilità di subordinare l'esenzione a un preventivo vaglio del Tribunale

Appurato che l'esenzione opera anche nel caso in cui al deposito della domanda non faccia seguito l'inizio della procedura, si tratta adesso di delineare l'ambito di applicazione degli atti legalmente posti in essere.

Le strade percorribili sono perlomeno due.

¹⁴⁴ Si tenga presente che, in caso di successivo ed eventuale fallimento, la prova della *scientia decoctionis* in capo ai terzi sarebbe particolarmente agevole per le curatele.

¹⁴⁵ Sul punto, anche se con espresso riferimento in punto di prededucibilità, si veda S. LEUZZI, *Preconcordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, in *ilFallimentarista.it*.

La prima consiste nel considerare il termine “legalmente” come espressione di atti compiuti secondo le norme di legge e, quindi, secondo quanto la legge consente all’imprenditore. In questa accezione, sarebbero suscettibili di rientrare nell’esonero non solo gli atti espressamente autorizzati o attestati ma anche gli atti di ordinaria amministrazione in quanto rientranti in una facoltà espressamente riconosciuta all’imprenditore¹⁴⁶.

Questa interpretazione, per quanto conforme al dato testuale, presenta degli inconvenienti. Infatti, mentre per le ipotesi che richiedono un’autorizzazione sarebbe agevole determinarne la revocabilità – solo in presenza di autorizzazione si avrebbe l’esonero da revocatoria –, le maggiori difficoltà si riscontrerebbero nell’inquadrare gli atti di ordinaria amministrazione. E, anche ove questo fosse possibile, il rischio sarebbe quello di creare un pericoloso meccanismo passibile di usi distorti: sarebbe infatti sufficiente depositare una domanda di concordato per avere accesso – quantomeno per gli atti di ordinaria amministrazione¹⁴⁷ – all’esonero da revocatoria e, nel caso in cui alla domanda di concordato con riserva dovesse seguire l’eventuale inerzia del debitore, si potrebbero consolidare gli effetti esonerativi in capo ai terzi in evidente danno alla massa dei creditori.

Un possibile percorso alternativo potrebbe consistere nel considerare “legalmente posti in essere” solo quegli atti che necessitano di espressa autorizzazione del

¹⁴⁶ Sul punto si veda G. REBECCA, *La confusione del legislatore fra revocatoria e efficacia discrasia tra gli articoli 67, lettera e) e 69 bis l.f.*, cit., 164/2013. Cfr. anche I. L. NOCERA, *L’inefficacia delle azioni revocatorie nel concordato preventivo*, cit.

¹⁴⁷ Fermo restando il riferimento esemplificativo di cui all’art. 167 l.f. per gli atti straordinari autorizzabili dal Tribunale – che assorbono la maggior parte delle operazioni maggiormente incidenti sul patrimonio del debitore – all’interno degli atti di ordinaria amministrazione potrebbero comunque annidarsi operazioni potenzialmente pregiudizievoli per la massa dei creditori.

Tribunale o, nel caso di concordato in continuità, anche di attestazione dell'esperto.

In questo modo, l'accezione "legale" starebbe ad indicare un *quid pluris* richiesto per poter beneficiare dell'esenzione: l'autorizzazione del giudice.

In altri termini, posto che a seguito del deposito della domanda sono proprio gli atti di straordinaria amministrazione a non poter essere effettuati liberamente, si potrebbe ipotizzare – non senza una qualche forzatura linguistica – che il legislatore abbia inteso far riferimento ai soli atti che siano stati posti in essere secondo le particolari cautele previste dalla legge.

In questo modo, per poter ottenere l'esenzione dalla revocatoria, gli atti necessiterebbero di un vaglio preventivo del Tribunale che, con particolare riferimento all'ipotesi di domanda anticipata, verrebbe chiamato a svolgere una delicata operazione di selezione¹⁴⁸.

In conclusione, e stando al tenore della norma, si ritiene che l'eventuale dichiarazione di inammissibilità *ex art. 162 l. fall.*, ovvero l'eventuale inerzia del debitore nel caso di domanda con riserva, non facciano venire meno l'esenzione degli atti "legalmente" posti in essere.

Tuttavia, la necessità di non riconoscere un indiscriminato e incontrollato accesso all'esenzione, induce a ricercare un oggettivo criterio di selezione al fine di contenere il novero degli atti da sottrarre alla revocatoria.

¹⁴⁸ Cfr. I. L. NOCERA, *L'inefficacia delle azioni revocatorie nel concordato preventivo*, cit., secondo il quale nel caso di domanda con riserva la mancanza di una proposta e di un piano dovrebbe indurre il Tribunale a rifiutare, il più delle volte, l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione. In queste ipotesi il collegio non potrà infatti valutare la funzionalità e la compatibilità dell'atto rispetto al piano e alla proposta concordataria.

Un possibile “meccanismo di filtraggio” potrebbe dunque essere individuato nell’autorizzazione – unita all’attestazione dell’esperto nel caso di concordato in continuità – che il Tribunale è chiamato a rilasciare per gli atti straordinari: in questo modo verrebbero esonerati i soli atti che abbiano ricevuto un preventivo vaglio giudiziale¹⁴⁹.

5.3 Risoluzione e annullamento dell’accordo e del concordato. La resistenza dell’esenzione

Il quesito circa la “tenuta” dell’esenzione da revocatoria riconosciuta agli atti esecutivi di accordi omologati e concordati preventivi tende ad avere una diversa soluzione rispetto a quello relativo alla resistenza del piano di risanamento attestato¹⁵⁰.

Infatti, l’opinione prevalente sembra escludere che il sopraggiungere di pronunce di annullamento o di risoluzione possa travolgere – *ex tunc* – effetti già prodotti quali, appunto, l’esenzione di atti esecutivi. Questa posizione appare finalizzata a riconoscere massima protezione all’immunità dalla revocatoria che discende dall’omologazione giudiziale¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sul punto si veda V. CAPPUZZELLO, *Autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione dopo la domanda di concordato e prima dell’ammissione*, in *ilFallimentarista.it*, dove l’autrice evidenzia come nell’istanza di autorizzazione l’imprenditore debba evidenziare le ragioni di urgenza e necessità. Al tribunale spetterà il compito di condurre un’indagine rigorosa al fine di accertare, a tutela dei creditori, i requisiti imposti dalla legge ai fini del rilascio dell’autorizzazione.

¹⁵⁰ Sul punto si veda A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, cit., p. 1236.

¹⁵¹ In questo senso C. D’AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, cit., 2007, p. 364; D. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., p. 163, G. TARZIA, *La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi: istruzioni per l’uso*, cit.; A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236. Si veda in particolare L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 364 secondo il quale “l’esenzione da revocatoria di atti, pagamenti e garanzie si applica anche in caso di

Una simile lettura sembra imposta dalla stessa lettera della legge che, nel ricondurre l'esenzione ad atti esecutivi, esclude verifiche in ordine all'attuabilità dei piani sottostanti agli strumenti di composizione¹⁵².

Come osservato, la maggior resistenza dell'esenzione non deriva esclusivamente dalla presenza di un preventivo controllo di natura giurisdizionale ma, a ben vedere, dal fatto che gli eventuali soggetti "controinteressati" all'effetto esonerativo discendente dall'accordo o dal concordato siano stati in grado – *ex ante* – di reagire od opporsi a tale effetto¹⁵³.

Nel caso di accordo di ristrutturazione¹⁵⁴, gli unici soggetti che potrebbero essere pregiudicati dall'intangibilità dell'effetto dell'esenzione sono i creditori anteriori rimasti estranei all'accordo a cui la legge riconosce lo strumento dell'opposizione¹⁵⁵.

risoluzione dell'accordo, ma soltanto per quelli anteriori alla risoluzione, anzi, in conformità al principio della retroattività degli effetti delle pronunce anche costitutive al momento della domanda, per quelli anteriori alla domanda".

¹⁵² Si veda, in particolare, D. GALLETTI, *op. cit.*, p. 163 che evidenzia come l'esenzione di cui alla lett. e) dell'art. 67 – nel caso di specie con particolare riferimento all'accordo di ristrutturazione – si compone esclusivamente "della conformità dell'atto all'accordo, qualora omologato".

¹⁵³ In questi termini A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236.

¹⁵⁴ Infatti, mentre i creditori partecipanti all'accordo non necessitano di particolari tutele in quanto conoscono e accettano l'accordo stesso, quelli non partecipanti e successivi alla pubblicazione dell'accordo sono a conoscenza dell'esistenza di tale strumento (pubblicato ed omologato) e dell'impossibilità di veder esperire l'azione revocatoria nei confronti dei soggetti partecipanti. Infine, i terzi estranei all'accordo che pongono in essere atti in esecuzione di questo, sono tra i principali destinatari dell'esenzione: è il caso del terzo che acquista un bene la cui dismissione sia prevista nel piano. Sul punto si veda, ancora, A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236.

¹⁵⁵ In questi termini A. ZORZI, *op. cit.*, p. 1236 che individua nel connubio "pubblicazione/opposizione" il meccanismo di tutela predisposto dal legislatore a favore del creditore. Anche in mancanza di opposizioni, infatti, il Tribunale deve comunque verificare il rispetto del procedimento e i requisiti estrinseci dell'accordo salvo ritenere che, in mancanza di opposizioni, il giudice debba limitarsi a verificare il raggiungimento della soglia del 60%. Sul punto si veda anche G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., p. 400.

6. Apparente antinomia fra disciplina in tema di consecuzione di procedure concorsuali (art. 69-bis, comma 2) ed esenzione degli atti esecutivi di un concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e)

Come anticipato nel primo capitolo (v. *supra*, cap. I, § 2.2), il principio della consecuzione di procedure concorsuali¹⁵⁶ – pacificamente riconosciuto prima della riforma –, a seguito delle modifiche introdotte nel 2005, viene messo in discussione dalla dottrina per poi trovare nuova conferma dalla giurisprudenza¹⁵⁷.

Oggi, tale principio trova espresso riconoscimento all'interno dell'art. 69-bis, comma 2, 1. fall., che fa decorrere tutti i termini per le azioni revocatorie dalla data di pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel registro delle

¹⁵⁶ Si ha consecuzione di procedure quando una o più procedure minori si susseguono sfociando, senza soluzione di continuità, nel fallimento. Il principio si è tradizionalmente basato sull'assioma che all'origine del procedimento instaurato con l'ammissione alla prima procedura minore fosse già insito lo stato di insolvenza. La retrodatazione del periodo sospetto consente di preservare gli interessi dei creditori dai pregiudizi che derivano dallo sviluppo di un procedimento che termina comunque con una dichiarazione di uno stato di insolvenza uguale a quello che aveva contrassegnato l'ammissione alla prima procedura. Cfr. I. LIBERO NOCERA, *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 242.

¹⁵⁷ Sull'elaborazione del principio da parte della giurisprudenza si veda *supra*, cap. 1, § 2.2 (nt. 15). A partire dalla riforma introdotta dal D.L. n. 35/2005 fu messo in dubbio per una serie di motivi (cfr. S. BONFATTI, *Le "esenzioni" dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, cit., p. 73; A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), 1. fall. alla luce dell'introduzione del concordato "in bianco"*, in *ilCaso.it*, II, 327/2012, p. 3. In primo luogo per il venir meno dell'automatismo tra revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento ma, principalmente, per la eterogeneità dei presupposti oggettivi del concordato preventivo (lo stato di crisi) e del fallimento (l'insolvenza). A favore della "sopravvivenza" di questo principio si è tuttavia espressa la Suprema Corte (Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 873; Cass., 17 febbraio 2012, n. 2335, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, II, p. 179) secondo la quale anche dopo la riforma del D. Lgs. n. 5/2006, in caso di dichiarazione di fallimento che consegue all'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si applica il principio di consecuzione delle procedure, con conseguente retrodatazione alla domanda di ammissione.

imprese¹⁵⁸. Presupposto di tale ricostruzione è che la successione del fallimento al concordato non comporti la nascita di una nuova procedura ma, al contrario, la realizzazione di un procedimento unitario nell'ambito del quale gli effetti che caratterizzano la procedura conclusiva (il fallimento) si estendono alla fase anteriore del procedimento (il concordato preventivo).

Il principio della retrodatazione del periodo sospetto sancito dal secondo comma dell'art. 69-*bis* sembra tuttavia entrare in conflitto con il precedente art. 67, comma 3, lett. e) nella parte in cui, quest'ultimo, prevede l'esenzione da revocatoria a favore degli atti compiuti in esecuzione di un concordato preventivo.

Nel momento in cui viene dichiarato il fallimento, l'operatività della *consecutio* consente al curatore di agire per far dichiarare l'inefficacia di atti posti in essere prima dell'apertura del concordato in luogo di quelli antecedenti alla dichiarazione di fallimento, ossia di atti compiuti in pendenza di un concordato preventivo che l'art. 67, comma 3, lett. e) ha cura di sottrarre a un'azione revocatoria che sembrerebbe tuttavia aprioristicamente esclusa.

Secondo un indirizzo dottrinale avanzato all'indomani della riforma, l'esenzione di cui alla lett. e) si sarebbe limitata a costituire un intervento di natura

¹⁵⁸ Il secondo comma dell'art. 69-*bis* è stato introdotto dal più volte citato D. L. n. 83/2012.

Ai sensi di questa disposizione, per far decorrere il *dies a quo* del periodo sospetto ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, è sufficiente il deposito di una domanda di concordato con riserva (cfr. art. 161, co. 6, l.f.). Questa possibilità determina il dirompente effetto di dilatare considerevolmente il numero di atti astrattamente revocabili: infatti, la facoltà riconosciuta all'imprenditore di integrare la domanda in "bianco" in un periodo ricompreso tra sessanta e centoventi giorni – prorogabili fino a centottanta –, consente alle curatele, in caso di successivo fallimento, di "colpire" mediante azione revocatoria atti posti in essere in un periodo in cui l'impresa era pienamente operativa. Sul punto si veda A. ZORZI, *Riflessioni sull'esenzione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l.fall. alla luce dell'introduzione del concordato "in bianco"*, cit., p. 4 il quale rileva come l'art. 69-bis si riferisca in termini generici alla domanda di concordato proprio come l'art. 161, co. 6, l. fall.

interpretativa, volto a recepire l'ormai consolidato principio della consecuzione di procedure¹⁵⁹.

L'incongruenza deriva dal fatto che l'art. 67, comma 3, lett. e) non estende un'indiscriminata tutela a favore di tutti gli atti compiuti a seguito della procedura di concordato preventivo (potendo altrimenti essere letta come una mera ripetizione dell'art. 69-bis, comma 2), ma solo a quelli effettuati in sua esecuzione o legalmente posti in essere a seguito del deposito della domanda nel registro delle imprese (v. *supra*, § 5.2); in entrambi i casi la norma fa implicitamente emergere la revocabilità di atti che difettino di tali requisiti riconoscendo la possibilità di esperire l'azione revocatoria¹⁶⁰.

Allo stesso tempo, nel caso in cui operi l'art. 69-bis con conseguente retrodatazione del periodo sospetto, non sembra concepibile la revocabilità tanto degli atti compiuti nei sei mesi (o nei dodici mesi) anteriori al concordato preventivo, quanto la revocabilità degli atti compiuti nei sei mesi (o nei dodici mesi) anteriori alla data della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁶¹; un simile meccanismo, per quanto idoneo a scongiurare il contrasto evidenziato, risulta incompatibile con la stessa lettera della legge¹⁶².

¹⁵⁹ In questi termini G. TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, VII, p. 835. In termini analoghi C. D'AMBROSIO, *Sub art. 67, co. 3, lett. d), e), g)*, cit., p. 996.

¹⁶⁰ Sul punto si veda S. BONFATTI, *Le "esenzioni" dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all'accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, cit., p. 73.

¹⁶¹ Cfr. S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, cit., 214/2010.

¹⁶² L'art. 69-bis, co. 2, l.f. è esplicito nell'affermare che "I termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese". E poiché i termini per la revocatoria operano "a ritroso", è espressamente escluso che possano operare anche nei confronti degli atti successivi alla domanda di concordato.

Sulla base di queste considerazioni è stato sostenuto che l'esenzione di cui alla lettera e) rimarrebbe priva di effetti dovendo "cadere" dinanzi alla disposizione successivamente introdotta e avente portata generale¹⁶³.

In realtà, l'introduzione dell'art. 69-*bis* che positivizza il principio della consecuzione consente di mettere a fuoco l'ambito applicativo dell'esenzione in modo da riconoscerle una propria autonomia.

Partendo dal presupposto che l'abrogazione di una norma dovrebbe essere esplicitamente indicata dal legislatore, in caso di contrasto applicativo è opportuno individuare, in ossequio al principio di conservazione degli effetti giuridici¹⁶⁴, un'interpretazione logico sistematica che consenta di salvaguardare gli effetti della disposizione di legge.

Il quadro normativo può quindi essere ricomposto riconoscendo a ciascuna delle disposizioni richiamate un propria logica sistemazione normativa.

L'art. 69-*bis*, comma 2 sancisce la retrodatazione del periodo sospetto positivizzando il principio della consecuzione di procedure concorsuali; risulta quindi inevitabile che nel caso in cui non vi sia una soluzione di continuità tra il fallimento e la procedura minore questo deve trovare applicazione e, conseguentemente, il curatore risulta legittimato a promuovere l'azione revocatoria unicamente verso atti posti in essere prima dell'apertura del concordato preventivo. In questa ipotesi si potrà parlare di revocabilità solo nei confronti di atti antecedenti alla dichiarazione rispetto ai quali non rileva l'esenzione di cui alla lettera e).

¹⁶³ In questi termini G. REBECCA, *La confusione del legislatore fra revocatoria e efficacia discrasia tra gli articoli 67, lettera e) e 69 bis l.f. Effetti dirompenti nel concordato in bianco*, cit., 164/2013.

¹⁶⁴ Il principio di conservazione degli effetti giuridici è principio dell'ordinamento che, in materia di negozi giuridici, è contenuto all'art. 1367 c.c.

Diversamente, nel caso in cui sia provata la soluzione di continuità tra fallimento e concordato preventivo¹⁶⁵, la data dalla quale calcolare a ritroso il periodo sospetto sarà costituita dalla dichiarazione di fallimento. In questa ipotesi la curatela potrà agire in revocatoria contro atti, pagamenti e garanzie compiuti in un periodo anteriore che potrà coincidere con l'esecuzione del concordato – o con quella compresa tra deposito della domanda e ammissione alla procedura – e, in questo caso, può trovare applicazione l'art. 67, comma 3, lett. e) consentendo al terzo di resistere alla revocatoria qualora l'atto disponga dei requisiti necessari.

La possibile interpretazione fornita consente quindi di dimostrare come l'antinomia risulti essere in realtà solo apparente; le due disposizioni qui analizzate sono infatti destinate a disciplinare distinte fattispecie che si differenziano tanto sotto il profilo dell'oggetto quanto sotto il rispettivo ambito di applicazione, consentendo di ricomporre il quadro normativo secondo una più opportuna e logica sistemazione.

7. Profili generali delle esenzioni di cui alle lett. d), e). L'ambito di estensione oggettivo e l'esigenza di bilanciare diversi e contrapposti interessi

L'analisi condotta in questo terzo e ultimo capitolo ha evidenziato come all'interno di piani attestati, accordi omologati e concordati preventivi si annidino i maggiori profili di rischio in ordine a possibili abusi dello strumento esonerativo.

¹⁶⁵ Cfr. Cass., 25 settembre 2013, n. 21900 in *Giust. civ. Mass.*, 2013 che, seppur con riferimento a una ipotesi di consecuzione fra amministrazione controllata e fallimento, ribadisce, nei confronti del curatore che intenda agire in revocatoria verso atti compiuti antecedentemente alla prima procedura concorsuale, l'onere di provare la soluzione di continuità.

Infatti, tentativi di salvataggio dell'impresa privi dei dovuti requisiti possono dar luogo ad abusi capaci di provocare un'ingiustificata disparità di trattamento fra i creditori.

Il legislatore si è mostrato consapevole dei pericoli celati dietro le dinamiche di ristrutturazione e pianificazione di un'impresa, predisponendo una serie di strumenti di salvaguardia (si pensi all'introduzione del reato di falso in attestazioni di cui all'art. 236-*bis*, 1. fall.) e rafforzando alcuni dei requisiti richiesti per il prodursi dell'esenzione¹⁶⁶.

La formula di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 67, comma 3 – *atti, pagamenti e garanzie* – appare sufficientemente ampia da ricomprendere qualsiasi operazione effettuata dall'imprenditore purché posta in essere in esecuzione di uno strumento di risoluzione della crisi¹⁶⁷.

Come evidenziato nel primo capitolo (v. *supra*, § 4.4), sotto un profilo logico sistematico, appare opportuno che l'estensione di tali esenzioni sia dilatata oltre gli atti “normali” di gestione¹⁶⁸.

Infatti, da un lato, gli atti compiuti in attuazione di piani di risanamento, accordi di ristrutturazione e concordati preventivi sono spesso diretti a conseguire il “consolidamento” dell'indebitamento pregresso attraverso la costituzione di garanzie supplementari che, se non esentate, ricadrebbero nell'ambito di

¹⁶⁶ In questo senso il già citato D.L. n. 83/2012 che ha specificatamente previsto che l'attestazione abbia ad oggetto anche la veridicità dei dati aziendali.

¹⁶⁷ Cfr. S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, cit., 251/2011.

¹⁶⁸ In senso contrario, alcuni interpreti ritengono che tali esenzioni debbano operare esclusivamente rispetto a ipotesi in cui l'azione revocatoria sarebbe astrattamente proponibile ai sensi dell'art. 67, co. 1. Per un confronto fra interpretazione restrittiva ed estensiva dell'ambito di applicazione delle esenzioni e, in particolare, per una più approfondita analisi delle ragioni che inducono a respingere la limitazione delle esenzioni al solo art. 67, co. 1, l.f., si veda cap. 1, § 4.

applicazione dell'art. 67, comma 1, nn. 3) e 4)¹⁶⁹; dall'altro, un ridotto ambito applicativo non si coordinerebbe con l'esenzione recentemente introdotta a favore degli atti "legalmente" compiuti a seguito del deposito della domanda di concordato preventivo (v. *supra*, § 5.2.4). Indipendentemente dal significato riconosciuto a tale avverbio, vi rientrano certamente gli atti urgenti e straordinari autorizzati dal Tribunale che, in quanto anormali, sono riconducibili all'art. 67, comma 1.

A fronte di una così ampia categoria di atti esentati, l'esigenza di evitare indiscriminate aperture all'immunità dalla revocatoria deve indurre a ricercare una soluzione interpretativa volta a evitare possibili abusi dello strumento esonerativo, tenendo parimenti conto delle diversità strutturali dei singoli meccanismi di composizione della crisi. Allo stesso tempo non si deve tuttavia circoscrivere il ruolo delle esenzioni all'interno di un esiguo perimetro operativo poiché, alla luce della loro centralità all'interno del sistema di composizione della crisi, si rischierebbe di pregiudicarne e svilirne la funzione.

Non si deve infatti dimenticare che il sistema riformato a partire dal 2005 ha abbandonato la superata visione volta a creare un "cordone sanitario" intorno all'impresa in difficoltà e, le esenzioni di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 67, comma 3, si collocano quali strumenti volti a consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa evitando che l'imprenditore in crisi venga "*messo al bando dal sistema economico*"¹⁷⁰.

Essendo questa la *ratio legis* che anima le esenzioni in esame appare evidente come, l'interpretazione più coerente, sia quella che, da un lato, abbia cura di

¹⁶⁹ Cfr. S. BONFATTI, *op. cit.*

¹⁷⁰ L'espressione è di G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., p. 390.

evitare di esporre le fattispecie ad incauti abusi da parte degli operatori economici; dall'altro, consenta di svolgere in maniera attiva il ruolo di incentivo e beneficio riconosciuto a terzi e creditori che abbiano creduto nel tentativo di salvataggio o semplicemente operato all'interno di un percorso protetto individuato dall'ordinamento.

In quest'ottica si colloca l'interpretazione proposta in relazione ai tre diversi strumenti diretta a bilanciare i diversi e contrapposti interessi tutelati dall'ordinamento.

CONCLUSIONI

La legge fallimentare del 1942 delineava un sistema concorsuale diretto a garantire la tutela paritetica dei creditori, che portava alla cessazione dell'impresa ed era, quindi, poco incline a considerare le opportunità di conservazione degli organismi produttivi.

Le riforme attuate nell'ultimo decennio hanno delineato un nuovo sistema, che ha perso la sua connaturale funzione punitiva nei confronti del fallito e lascia spazio a una concezione volta a consentire, per quanto possibile, la conservazione del complesso aziendale. A tal fine, l'ordinamento ha predisposto a favore dell'imprenditore in difficoltà una serie di percorsi alternativi al fallimento sorretti da un crescente interesse verso soluzioni stragiudiziali della crisi.

Dalla progressiva perdita di centralità del principio della *par condicio creditorum* e dall'esigenza di preservare le necessità produttive dell'impresa è conseguita la drastica riduzione dello spazio riservato all'azione revocatoria, che costituiva il principale strumento per ristabilire una condizione di parità fra i creditori.

Le fattispecie di esenzione si inseriscono in questo rinnovato contesto economico e normativo all'interno del quale rappresentano lo strumento per limitare la revocatoria fallimentare, mostrando al contempo il favore dell'ordinamento a incoraggiare tentativi di risanamento dotati dei requisiti di legge e a proteggere i soggetti coinvolti dalle conseguenze di un loro eventuale insuccesso.

La continuazione dell'attività aziendale conseguente all'attivazione di questi percorsi non si esaurisce unicamente all'interno di dinamiche di mera sopravvivenza "giuridica" dell'impresa. La prosecuzione dei complessi produttivi

può, infatti, rappresentare una fase che, seppur prodromica alla liquidazione, è comunque suscettibile di favorire la valorizzazione di *assets* immateriali (avviamento e *know how*) o rami d'azienda, che verrebbero altrimenti irrimediabilmente danneggiati da un blocco dell'attività, in questo modo determinando una maggior consistenza della massa attiva con conseguenti benefici per la classe dei creditori. Questi ultimi, qualora estranei ai percorsi e ai contesti in cui operano le esenzioni, sono chiamati a sostenere direttamente il costo dell'insolvenza, che non potrà più essere "redistribuito" sui soggetti che hanno beneficiato dell'immunità da revocatoria.

Il sistema delle esenzioni, tuttavia, in taluni casi appare mal coordinato col restante contesto normativo, si pensi all'apparente conflitto (di cui si è detto nel terzo capitolo) tra l'art. 69-*bis* in materia di consecuzione di procedure e l'esenzione a favore di atti esecutivi di un concordato preventivo.

In altri casi tale sistema fa ricorso a formule generiche ed espressioni atecniche che potrebbero essere oggetto dell'intervento del legislatore al fine di introdurre una disciplina di dettaglio per escludere che, alle incertezze del sistema ante riforma, si sostituiscano diverse e nuove incertezze.

In questo contesto è compito degli operatori del diritto procedere attraverso una cauta attività interpretativa, onde evitare di creare *passe-partout* verso una indiscriminata esenzione da revocatoria.

In questo lavoro si è proposto un possibile percorso interpretativo attento ai contrapposti interessi che vengono in rilievo nelle fattispecie di esenzione analizzate.

Così, se da un lato, l'esigenza di assicurare stabilità al beneficio dell'esenzione nel caso di insuccesso di un piano di risanamento comporta la necessità di esaltare il ruolo dell'attestatore mitigando il sindacato del giudice, dall'altro, occorre subordinare l'esenzione stessa a una ferrea valutazione di tutti i presupposti integrativi richiesti dalla norma, ponderando con cautela la possibilità di riconoscere meccanismi sananti a favore di atti intervenuti prima dell'attestazione. Inoltre, nell'ipotesi in cui venga stipulato un accordo di ristrutturazione dei debiti, appare ragionevole limitare l'effetto esonerativo ai soli creditori aderenti o ai terzi che abbiano operato all'interno della pianificazione sottostante all'accordo, evitando un'estensione ai creditori dissenzienti il cui integrale soddisfacimento non rappresenta oggetto di espressa negoziazione. In questo modo un ridotto perimetro soggettivo della fattispecie potrebbe escludere un'eccessiva dilatazione dell'esenzione a danno dei creditori concorsuali.

E, ancora, nel concordato preventivo, dove con particolare riferimento alla fase antecedente all'apertura del procedimento si propone una più ristretta nozione di atti legalmente posti in essere.

Anche al di fuori di procedure di composizione della crisi, l'esenzione a favore dei pagamenti effettuati nell'esercizio dell'attività di impresa dovrebbe essere interpretata in modo da consentire a questa di continuare a operare "nei modi e nei tempi usuali" attraverso una legittima selezione dei fornitori, senza tuttavia autorizzare un ingiustificato aggravio della crisi.

Le esenzioni consentono alla revocatoria di connotarsi di un carattere selettivo; esse non devono creare un diritto singolare a favore di soggetti economicamente più forti, ma separare le condotte ritenute utili al superamento della crisi o alla

conservazione di valori organizzativi da quelle contrastanti con l'interesse della massa dei creditori.

Le esenzioni rappresentano dunque un'espressione del rinnovato contesto economico e sociale che, superata la precedente visione liquidatoria, interviene nel delicato equilibrio fra tutela dei creditori e tutela dell'impresa, individuando valori tali da giustificare un sacrificio della *par condicio creditorum* in un'ottica non limitata alla mera salvaguardia dell'attività imprenditoriale, ma che tiene conto anche delle sue possibili valenze di utilità sociale nello spirito del dettato costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI N. – QUAGLIOTTI L., *An e quantum della “novissima” revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Fallimento*, 2008, IV, p. 380
- ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (seconda edizione - 2014)*, in www.dirittofallimentare.unifi.it
- ASSONIME – UNIVERSITÀ DI FIRENZE – CNDCEC, *Linee-Guida per il finanziamento alle imprese in crisi (prima edizione - 2010)*, www.Cndcec.it
- BELLUCCI V., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 483
- BONFATTI S., *Le “esenzioni” dalla revocatoria. Le operazioni strumentali all’accesso alle procedure concorsuali minori o alla esecuzione delle stesse*, in BONFATTI S. – FALCONE G. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 51
- BONFATTI S., *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziata delle crisi d’impresa*, *ilCaso.it*, II, 251/2011
- BONFATTI S., *Le procedure di composizione negoziata della crisi d’impresa: opportunità e responsabilità (Convegno Nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010)*, *ilCaso.it*, II, 214/2010
- BONFATTI S., *Sub art. 67, co. 4*, in JORIO A. (diretto da) – FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 1010

- BONFATTI S. – CENSONI P. F., *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006
- BONFATTI S. – CENSONI P. F., *Lineamenti di diritto fallimentare*, Padova, 2013
- BONFATTI S. – CENSONI P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011
- BONFATTI S. – FALCONE G., *La nuova legge fallimentare “rivista e corretta”*, Milano, 2008
- BOTTANI P. – MEONI M., *Leasing Finanziario e Leasing Operativo: elementi distintivi e principali differenze*, in www.bottanieassociati.it
- CAGNASSO O., *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti di beni e servizi: strumento di tutela del valore dell'azienda, del mercato, dei fornitori?*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, VII, p. 8
- CAVALLI G., *L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti eseguiti nei termini d'uso*, in *Fallimento*, 2010, III, p. 373
- CAVALLI G., *L'esenzione dei pagamenti eseguiti nell'esercizio dell'impresa nei termini d'uso*, in *Fallimento*, 2007, VIII, p. 983
- CAVALLI G., *Sub art. 67, co. 3, lett. a)*, in JORIO A. (diretto da) – FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 945
- CERRATO S. A., *Appunti sulla “filosofia” della nuova revocatoria fallimentare*, in *Giur. it.*, 2006, XIII-IX, p. 1772

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960
- CLEMENTE F., *Le esenzioni da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. a) e g) l fall.*, in *ilFallimentarista.it*
- CONSOLO C., *La revocatoria ordinaria nel fallimento fra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, Riv. dir. proc., 1998, p. 391
- CORSI F., *L'azione revocatoria: dalla natura indennitaria alla tipologia dei pagamenti*, in *Fallimento*, 2004, XI, p. 1181
- D'AMBROSIO C., *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, III, 2007, p. 364
- D'AMBROSIO C., *Sub art. 67, co. 3, lett. d), e), g)*, in JORIO A. (diretto da) – FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 985;
- DELL'ATTI G., *Par condicio creditorum e tutela del risparmio e del credito: le esenzioni di cui all'art. 67, comma 4, legge fallim. nel sistema della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 488
- DEMARCHI P. G., *I piani di risanamento ex art. 67 legge fallimentare. Tentativo di ricostruzione di un istituto non tipizzato a partire dai suoi effetti in caso di fallimento*, *ilCaso.it*, II, 189/2012
- FABIANI M., *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 582
- FABIANI M., *L'inattualità dell'azione revocatoria fallimentare e i nuovi strumenti rimediali*, in *Foro it.*, 2009, I, p. 397

- FABIANI M., *Gli accordi di ristrutturazione*, (estratto da) “*Diritto fallimentare. Principi e regole*”, in unijuris.it
- FALCONE G., *La “esenzione” da revocatoria dei pagamenti effettuati nell’esercizio dell’attività di impresa*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 11
- FIMMANÒ F., *La conservazione e la riallocazione dei valori aziendali nella riforma delle procedure concorsuali*, in ilCaso.it, II, 34/2005
- FORTUNATO S., *Brevi note sulla “filosofia” della nuova revocatoria fallimentare*, in Giur. comm., 2005, p. 40
- FORTUNATO S., *La natura dell’azione revocatoria nella nuova legge fallimentare. Profili generali*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 3
- FORTUNATO S., *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, in Fallimento, 2004, III, p. 340
- FRASCAROLI SANTI E., *I problemi della revocatoria del contratto di “leasing”*, in Fallimento, 2013, IV, p. 461
- FREEMAN E., *Strategic Management: A stakeholder Approach*, Londra, 1984
- GABRIELLI E., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, in Riv. dir. priv., 2005, III, p. 507.

- GALLESIO PIUMA M. E., *Esenzioni legislative dalla revocatoria fallimentare e marginalità dell'azione nei confronti di un soggetto "forte"*, in *Giur. comm.*, 1994, VI, p. 1063
- GALLESIO PIUMA M. E., *Il depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2000, X, p. 1114
- GALLETTI D., *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, IV, p. 1995
- GALLETTI D., *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 167
- GENTILI A., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 633
- GIORGI V., *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare per favorire la normale prosecuzione dell'impresa (art. 67, comma 3, lettere a ed f, legge fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, III-IV, p. 394
- GOBIO CASALI P., *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del terzo e delegazione di pagamento*, in *ilCaso.it*, 2003
- GRANATA E., *Le "esenzioni" dalla revocatoria fallimentare ed operazioni bancarie*, in BONFATTI S. – FALCONE G. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 143
- GUERRIERI G., *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, III, p. 385
- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2008

- GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012
- GUGLIELMUCCI L., *Le azioni di ricostituzione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2007, p. 1044
- INZITARI B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. Fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *ilCaso.it*, 263/2011
- JAEGER P. G., “*Par condicio creditorum*”, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88
- JORIO A., in JORIO A. (diretto da) – FABIANI M. (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, p. 2
- LIMITONE G., *Le sezioni unite tra vecchia e nuova revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2007, II, p. 8
- LO IACONO G., *Le modifiche alla disciplina della revocatoria nella legge fallimentare*, in *Studium Iuris*, 2006, XII, p. 1384
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Oggettivazione dell'azione revocatoria fallimentare e sicurezza dei traffici*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, IX, p. 1469
- MAFFEI ALBERTI A., *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970
- MAFFEI ALBERTI A., *La “funzione” dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, III, p. 362
- MARABINI A., *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, 232

- MARTORANO F. S., *L'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti "nei termini d'uso"*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 191
- MELI B., *La revocatoria fallimentare: profili generali*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, Bologna, 2006, p. 119
- MENTI P., *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2007, V, p. 510;
- MEO G., *I piani di "risanamento" previsti dall'art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 30
- MEOLI B., *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 213
- MINUTOLI G., *In difesa dell'istituto revocatorio (brevi riflessioni sulle nuove revocatorie fallimentari ex d.l. 14 marzo 2005, n. 35)*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 809
- MOSCO G. D., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, in *Banca borsa tit., cred.*, 2009, p. 373
- NARDECCHIA G. B., *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2009, I, p. 15
- NIGRO A., *Art. 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie*, NIGRO A. – SANDULLI M. (a cura di), in *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 930

- NOCERA I. L., *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 242
- NOCERA I. L., *L'inefficacia delle azioni revocatorie nel concordato preventivo*, in www.academia.edu
- PAJARDI P. – PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008
- PALUCHOWSKI A., *Gli accordi di ristrutturazione del debito a 5 anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in www.ugcitrani.it
- PANZANI L., *La revocatoria fallimentare*, in DE CRESCIENZO U. – PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p. 93
- PARATORE S., *La nuova revocatoria fallimentare*, Torino, 2006
- PASI F., *La revocatoria dei pagamenti non bancari*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p. 148
- PATRIARCA C., *Il trattamento fallimentare del leasing tra tutela del credito del concedente e rispetto della par condicio creditorum*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, IV, p. 426
- PATTI A., *La disciplina della revocatoria*, in *Fallimento*, 2004, III, p. 322
- PATTI A., *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le sezioni unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Fallimento*, 2006, X, p. 1138
- PECORARO C. – ROSAPEPE R., *La revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2012, III, p. 541

- PELLEGATTA A., *La cd. “nuova asseverazione” o “riattestazione”. Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale*, in Riv. dir. priv., 2011, III, p. 459
- PISCITELLO P., *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in Banca borsa tit., cred., 2007, I, p. 538
- PRESTI G., *L’art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in Fallimento, 2006, II, p. 169
- RAGO G., *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006
- RANIELI M., *Osservazioni a Trib. Milano 16 gennaio 2012, nn. 447 e 448 in tema di configurabilità della causa di esonero da revocatoria di cui alla lettera a) del terzo comma dell’art. 67 l. fall.*, in Banca borsa tit. cred., 2012, VI, p. 835
- REBECCA G. – SPEROTTI G., *Le operazioni bancarie esenti da revocatoria*, in Dir. fall., 2009, I, p. 714
- REBECCA G., *La confusione del legislatore fra revocatoria e efficacia discrasia tra gli articoli 67, lettera e) e 69 bis l.f. Effetti dirompenti nel concordato in bianco*, in ilCaso.it, III, 164/2013
- RESTUCCIA D., *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in Riv. not., VI, 2012, p. 1257
- RESTUCCIA D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell’interesse dei terzi*, in ildirittodegliaffari.it, 2013

- ROMANO D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, X, 2013, p. 579
- ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti “di salvataggio” (o ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 365
- SABATELLI E., *La revocatoria degli atti “anormali” nella riforma del diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, VI, p. 1017
- SALAMONE L., *L’esonazione dall’azione revocatoria fallimentare dei “pagamenti di beni e servizi effettuati nell’esercizio dell’attività d’impresa nei termini d’uso” [art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall.]*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 430
- SALVATO L., *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in *Fallimento*, 2009, I, p. 90
- M. SANDULLI, *Sub art. 160*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 980
- SANGIOVANNI V., *La particolarità fallimentare del credito fondiario*, in *Fallimento*, 2011, X, p. 1146
- SILVESTRINI A., *La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, in *Fallimento*, VII, 2005, p. 845
- STANGHELLINI L., *La nuova revocatoria fallimentare nel sistema di protezione dei diritti dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I-III, p. 69
- STANGHELLINI L., *Proprietà e controllo dell’impresa in crisi*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1041

- TARZIA G., *L'ambito di applicazione delle esenzioni nel nuovo art. 67 l. fall.*, in *Fallimento*, 2008, VI, p. 640
- TARZIA G., *La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi: istruzioni per l'uso*, in *ilFallimentarista.it*
- TARZIA G., *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, VII, p. 836
- TERRANOVA G., *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 243
- TERRANOVA G., *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 10
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2009
- VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 865
- VILLANACCI G. – COEN A., *La gestione della crisi di impresa e i piani attestati di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3 comma, lett. d) legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 82
- VINCRE S., *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 874
- ZORZI A., *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, VI, p. 1236

- ZORZI A., *Riflessioni sull'esonazione da revocatoria ex art. 67, comma 3°, lett. a), l. fall. alla luce dell'introduzione del concordato in "bianco"*, in *ilCaso.it*, II, 327/2012

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

- Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 175

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., 25 settembre 2013, n. 21900
- Cass., 23 gennaio 2013, n. 1521
- Cass., 17 febbraio 2012, n. 2335
- Cass., 16 settembre 2011, n. 18987
- Cass., 14 febbraio, 2011, n. 3586
- Cass., 11 novembre 2010, n. 22916
- Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860
- Cass., 6 agosto 2010, n. 18437
- Cass., 1 marzo 2010, n. 4862
- Cass., 12 agosto 2009, n. 18234
- Cass., 8 febbraio 2008, n. 3021
- Cass. Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028

- Cass., 8 settembre 2005, n. 17943
- Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1232
- Cass., 5 dicembre 2003, n. 18607
- Cass., 14 novembre 2003, n. 17189
- Cass., 17 gennaio 2003, n. 649
- Cass., 5 aprile 2002, n. 4842
- Cass., 11 aprile 2001, n. 5369
- Cass., 12 gennaio 2001, n. 403
- Cass., 20 giugno 2000, n. 8379
- Cass., 19 febbraio 1999, n. 1390
- Cass. Sez. Un., 11 novembre 1998, n. 11350
- Cass., 2 luglio 1998, n. 6474
- Cass., 12 novembre 1996 n. 9908
- Cass. 2 maggio 1996, n. 4040
- Cass., 25 gennaio 1993, n. 851
- Cass. Sez. Un., 7 gennaio 1993, n. 65
- Cass., 16 settembre 1992 n. 10570
- Cass., 16 settembre 1992, n. 10570
- Cass., 20 settembre 1991 n. 9853
- Cass., 28 ottobre 1988, n. 5857
- Cass., 16 ottobre 1987, n. 7649
- Cass., 29 novembre 1985, n. 5953
- Cass., 30 gennaio 1985, n. 579
- Cass., 18 ottobre 1982, n. 5413
- Cass., 27 ottobre 1956, n. 3981

TRIBUNALE DI PRIMO GRADO

- Trib. Terni, 17 gennaio 2014
- Trib. Salerno, 4 novembre 2013
- Trib. Milano, 16 luglio 2013

- Trib. Bergamo, 26 aprile 2013
- Trib. Salerno, 14 gennaio 2013
- Trib. Milano, 19 novembre 2012
- Trib. Vicenza, 18 settembre 2012
- Trib. Busto Arsizio, 2 luglio 2012
- Trib. Monza, 24 aprile 2012
- Trib. Udine, 10 febbraio 2012
- Trib. Milano, 16 gennaio 2012, n. 447 e n. 448
- Trib. Bergamo, 1 gennaio 2012
- Trib. Milano, 18 luglio 2011
- Trib. Marsala, 24 giugno 2011
- Trib. Torino, 10 gennaio 2011
- Trib. Milano, 7 giugno 2010
- Trib. Torino, 23 aprile 2009