

LE AZIONI REVOCATORIE FALLIMENTARI PREVISTE DAL SECONDO COMMA DELL'ART. 67 L. FALL.

Nell'ambito del decreto legge sulla competitività il legislatore oltre a modificare le norme sul concordato preventivo e inserire le disposizioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti e sul piano di composizione dell'insolvenza, ha anche profondamente modificato la disciplina delle azioni revocatorie fallimentari, considerando che l'applicazione effettuata dalla giurisprudenza, in maniera particolare per quanto riguardava le revocatorie delle rimesse sui conti correnti bancari, ma non soltanto (si pensi ai pagamenti effettuati ai fornitori), rappresentava un freno alla competitività del nostro sistema industriale rispetto ad altri ordinamenti , anche di paesi inseriti nella comunità europea e non consentiva in molti casi al sistema creditizio e ai creditori di concedere nuova finanza all'impresa in difficoltà, né favoriva la soluzione stragiudiziale degli accordi di ristrutturazione dei debiti consentendo il salvataggio dei complessi produttivi.

In sostanza, come osservato da alcuni dei primi commentatori, il nuovo impianto della revocatori mira ad allentare talune maglie del cordone sanitario che il rischio della declaratoria di inefficaci degli atti tendeva ad erigere intorno all'impresa in crisi, introducendo una serie di esenzioni alla categoria degli atti revocabili e in particolare dei pagamenti dei debiti scaduti , liquidi e esigibili, la cui eventuale accertata inefficacia aveva la funzione economica di disincentivare i creditori dall'accettare la soddisfazione delle proprie pretese verso il debitore, sospingendolo necessariamente verso l'apertura di una procedura concorsuale.¹

¹ V. testualmente, F. S: Martorano, L'esenzione da revocatori nei termini d'uso, in Dir. Fall., 2006, I, p.189 e ss. ; sugli scopi della riforma v. anche De Crescenzo – Panzani, Il nuovo diritto fallimentare, Milano, 2005, Bonfatti (a cura di) La disciplina dell'azione revocatoria, Milano, 2005, G. Tarzia, A. Di Iulio, M. Farina, L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare, Milano, 2006, Bonfatti e Falcone(a cura di) , La riforma della Legge fallimentare, Milano, 2005, Terranova, La nuova disciplina della revocatoria fallimentare, Padova 2006, Santangeli, La disciplina delle azioni revocatorie, in Santangeli (a cura di), La nuova legge

Le procedure concorsuali e segnatamente il fallimento erano tuttavia secondo il pressoché unanime convincimento degli addetti ai lavori profondamente in crisi, sia per i tempi eccessivamente lunghi di durata delle procedure, decisamente superiori allo standard europeo dei nostri principali concorrenti industriali, sia per i modesti risultati in termini di soddisfacimento dei creditori e in particolare dei creditori chirografari, sia per i costi eccessivi delle procedure, in special modo per le azioni di recupero dei crediti e di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci, sia per lo sporadico utilizzo delle procedure alternative al fallimento quali il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, sia infine per l'impossibilità di utilizzare forme di liquidazione diversa e più rispondente alle esigenze economiche, dalla vendita all'asta dei singoli cespiti, con la conseguenza che negli ultimi anni si era andato accentuando la sfiducia verso il ricorso alle procedure concorsuali giudiziali e erano sempre più stati utilizzati strumenti alternativi stragiudiziali di composizione dell'insolvenza².

In particolare la crisi del sistema concorsuale veniva individuata in alcune concause, quali da un lato il lungo periodo di asfissia finanziaria delle imprese in crisi dovuta alla circostanza che il sistema bancario temeva le conseguenze sanzionatorie sia penali che civili (leggi revocatorie) degli eventuali tentativi di salvataggio sfociati in fallimento e dall'altro lato la lunga immobilizzazione di risorse dovute al sistema di liquidazione dell'attivo con i ritmi e le regole, di stampo quasi ottocentesco, dettate dal codice di procedura civile in tema di esecuzioni.

fallimentare, Milano, 2006, Bozza, Commento breve alla riforma della legge fallimentare, Lodi, 2006, Fabiani, l'alfabeto della revocatoria fallimentare, in Fallimento, 2005, Arato, Fallimento, : le nuove norme introdotte con la legge n. 80/05, in Dir. Fall., 2006, I, p. 157 e ss. e Grossi, La riforma della legge fallimentare, Milano, 2005, F. Santangeli, Il sistema della revocatoria fallimentare secondo la legge 15.05.2005, n. 80, in www. Judicium .it. ,B. Mieli, la revocatoria fallimentare : profili generali, in Ambrosini, La riforma della legge fallimentare, Bologna 2006, p.119 e Pasi, La revocatoria dei pagamenti non bancari, in Ambrosiani, op. cit., p.145.; Schiano di Pepe, La nuova revocatoria fallimentare, in Dirr. Fall. , 2005, I,, p.798, Tarzia, Le esenzioni vecchie e nuove dell'azione revocatoria fallimentare, in Fallimento, 2005, p. 835.

² v. ad esempio Ragusa Maggiore e Tortrici (a cura di), Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma. Padova, 2002; Jorio, Le procedure concorsuali fra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi, in Giur. Comm., 1994, I, p. 492 e ss., nonché Terranova sulla preistoria della riforma, op. cit. , p.7.

Il problema, ad avviso di alcuni attenti studiosi, era stato per lungo tempo circoscritto e rimosso, solo perché le crisi delle imprese di medio grandi dimensioni venivano risolte o con interventi di natura pubblica attraverso il ricorso alle leggi sull'amministrazione straordinaria (pur non tecnicamente perfette, ma che godevano di generosi finanziamenti pubblici) o delle partecipazioni statali, o attraverso le soluzioni stragiudiziali mediante accordi con il ceto creditorio e in particolare con il sistema bancario, volti ad evitare il ricorso alle procedure giudiziali viste come, lunghe, infruttuose, dispendiose e pericolose sia dagli istituti di credito, sia dagli altri creditori.³

La legge fallimentare sotto tale profilo aveva manifestato negli anni tutti i limiti di un impianto concepito in termini quasi esclusivamente liquidatori e con rigide previsioni in termini di azioni revocatorie, bancarotta preferenziale e sistema di tutela eccessiva dei creditori privilegiati, non suddivisibili in classi, neppure in sede di concordato preventivo, che non consentiva alcuno spazio di manovra al debitore, per trovare accordi con il sistema creditizio e i creditori chirografari.⁴

Il legislatore nel porre mano alla riforma organica delle procedure, con gli interventi del D. L. 14.03.2005, n. 35 , convertito con la legge 14.05.2005, n. 80 e del d. lgs. n. 5 del 9.01.2006 in attuazione della legge delega di cui all'art. 1, 5° comma , della richiamata l. n. 80 /05, si è prefisso lo scopo di una rapida e soddisfacente liquidazione dei creditori, privilegiando non più solo gli scopi liquidatori e sanzionatori delle procedure concorsuali, ma piuttosto gli scopi di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurandone, ove possibile la sopravvivenza, attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi dei complessi produttivi, procurando alla collettività e in

³ v. sul punto Bonsignori, Il fallimento sempre più inattuale, in *Dir. fall.*, I, p.697 e ss., Bonelli, Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese, in *Giur.Comm.*, 1997, I , p. 488 e G. Rossi, Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale, in *Riv. Soc.*, 1996, p.321 e ss.

⁴ v. ancora Terranova , op. cit. , p. 9 e ivi richiami di dottrina.

primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale, attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali.⁵

La relazione illustrativa alla legge di riforma specifica che la nuova legislazione si ispira ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici più ampi, con la conseguenza che le procedure concorsuali vanno considerate non più in termini meramente liquidatori, ma piuttosto come destinate alla conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando ove possibile la sopravvivenza di questa, a vantaggio sia della collettività che degli stessi creditori.⁶

Uno degli scopi che si è prefissato il legislatore è stato pertanto quello di attenuare il rigore del sistema revocatorio, giudicato troppo rigido e penalizzante non solo per il sistema bancario, ma anche per tutta una serie di soggetti, quali i fornitori, gli acquirenti di immobili, i professionisti e gli intermediari specializzati e che rischiava di minare la certezza del sistema dei pagamenti e la stabilità degli acquisti, rendendo il nostro sistema economico non in grado di reggere il passo e la concorrenza dei nostri partner commerciali.

Le maggiori modifiche apportate alla disciplina della revocatoria fallimentare sono quelle previste dal secondo comma dell'art. 67 l. fall, in quanto oltre al dimezzamento del periodo sospetto, viene ampliata la categoria degli atti

⁵ v. per una panoramica dello stato delle procedure prima della riforma ad esempio, : Caiafa, Il sistema delle procedure concorsuali, tra vecchie e nuove regole per la gestione della crisi di impresa tra risanamento e conservazione, in Dir. Fall., 2003, III, 1021, mentre per i primi commenti alla riforma v.: Lo Cascio, La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto, in Falimento, 2005, p. 361 e Panzani, il d. l. 35/05, la legge 14.05.2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare, in www.Fallimentoonline.it, p.4

⁶ per una critica degli interventi legislativi, che non danno precisa attuazione ai buoni propositi espressi nella relazione, per la conservazione del solo presupposto dell'insolvenza nell'ambito delle procedure concorsuali e l'assenza in particolare di strumenti alternativi al fallimento, che consentano la tempestiva emersione della crisi e siano volti alla conservazione dell'impresa, dopo l'abrogazione dell'amministrazione controllata, così come erano stati invece ipotizzati dalle due commissioni Trevisanato in riferimento al modello francese dei procedimenti di allerta e di accordo con i creditori, v. Bozza op. cit., p.7 e ss. e anche Ambrosini - Demarchi, Il nuovo concordato preventivo, Milano, 2005, p. 8 e ss. per i riferimenti alle esperienze di altri paesi.

sottoposti a revocatoria con inserzione accanto ai già previsti pagamenti di debiti liquidi e esigibili, agli atti a titolo oneroso e a quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati, anche degli atti costitutivi di diritti di prelazione per debiti di terzi contestualmente creati, sulla scorta di una interpretazione giurisprudenziale che già ammetteva tale tipo di revocatoria.

La legge ha finito per introdurre, con una scelta parsa ai più piuttosto discutibile, tutti e tre i rimedi allo stato di disagio degli operatori economici che erano stati prospettati in via alternativa nelle varie commissioni di studio della riforma della legge fallimentare, sia dimezzando il periodo sospetto, previsto tanto dal primo, quanto dal secondo comma dell'art. 67, sia introducendo delle esenzioni oggettive alla revocabilità di singoli atti, oltre a quelle soggettive già presenti nella vecchia formulazione della norma, sia infine introducendo se pur in maniera surrettizia, il concetto di massimo scoperto per le revocatorie delle rimesse bancarie, che rappresentava l'aspetto più controverso e secondo il sistema creditizio più punitivo della legge fallimentare previgente, anche per gli effetti distorsivi e paradossali che in alcuni casi aveva assunto, nell'interpretazione data dalla giurisprudenza delle rimesse affluite sul conto scoperto e considerate revocabili.

L'impostazione di fondo dell'azione revocatoria non è stata modificata dal legislatore in quanto i presupposti di base, del compimento dell'atto nel periodo sospetto e della conoscenza dello stato di insolvenza in capo al creditore, rimangono immutati, mentre non è stato preso in considerazione il danno fra i presupposti dell'azione revocatoria, rimanendo pertanto inalterato il principio previgente della non necessità della dimostrazione del danno tra i presupposti dell'azione revocatoria fallimentare a differenza di quella ordinaria, con la conseguenza che continua ad essere applicabile il principio che nella revocatoria fallimentare il danno, consiste nella lesione della par

condicio creditorum deve ritenersi presunto, incombendo al creditore di dimostrarne l'insussistenza.⁷

Il legislatore ha per contro preferito intervenire con effetti, secondo alcuni, dirimpenti sul periodo sospetto, in particolare per quanto attiene al termine annuale per gli atti del secondo comma dell'art. 67 l. fall., mentre non troppo incisivi per quanto attiene al termine biennale del primo comma, posto che gli atti in questione possono essere impugnati anche con la revocatoria ordinaria, in quanto il dimezzamento del termine del secondo comma a soli sei mesi si scontra con la cronica lentezza della giustizia civile e quindi anche dell'istruttoria prefallimentare (fra l'altro non certamente snellita dal nuovo art. 15 l. fall.), rendendo praticamente quasi abrogato di fatto l'istituto della revocatoria dei pagamenti e delle garanzie contestuali al sorgere del credito o prestate per debiti scaduti.⁸

La soluzione di retrodatare il periodo sospetto alla data della domanda di fallimento, è stata tuttavia scartata dal nostro legislatore per il timore di legare il consolidamento dell'acquisto ad un evento non pubblico quale il deposito dell'istanza di fallimento o alla collusione fra creditore e debitore, mediante tacitazione della pretesa al fine di fissare il termine a cui far risalire l'insolvenza o per evitare tali inconvenienti, o di dover affidare al Tribunale la determinazione dell'istanza a cui far risalire l'insolvenza, ripristinando il sistema in vigore sotto il codice di commercio del 1882, quando era il Tribunale che determinava la data della cessazione dei pagamenti, ai fini dell'individuazione del periodo sospetto e della presunzione (assoluta e

⁷V. al riguardo, Guglielmucci, La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare, Torino, 2005, p. 2, che sottolinea come il legislatore non abbia ritenuto di prendere posizione fra la teoria indennitaria e teoria antiindennitaria della revocatoria, anche se nelle varie commissioni di studio della riforma il tema era stato ampiamente affrontato.

⁸ V in tal senso Guglielmucci, op. cit., p. che sottolinea come nella legislazione di altri paesi europei, quali la Spagna e la Germania il periodo sospetto per alcuni atti non sia affatto breve, ma di due anni nel primo paese e di quattro o dieci anni nel secondo, a seconda che si tratti di atti a titolo gratuito o di atti intenzionalmente pregiudizievoli, mentre anche il termine di soli tre mesi per i pagamenti e la costituzione delle garanzie venga fatto decorrere non dalla dichiarazione di fallimento, ma dalla data del deposito dell'istanza di fallimento, mentre nell'ordinamento francese sopravvive ancora il sistema della retrodatazione dell'insolvenza, che può arrivare fino ad un anno e mezzo.

relativa) del compimento di atti collusivi, in frode alla massa dei creditori, dopo la determinazione provvisoria effettuata con la sentenza dichiarativa di fallimento (artt. 704, 706 cod. di comm.).⁹

Il dimezzamento del periodo sospetto si accompagna inoltre ad un'altra rilevante modifica del sistema di decadenza dell'azione revocatoria introdotto dal legislatore con l'art. 69 bis l. fall, in attuazione al principio contenuto nell'art. 1, primo comma , lett. a), n. 6 della legge delega, volto alla riduzione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria, in quanto le azioni revocatorie previste dalla legge fallimentare non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

Lo scopo della norma anche in questo caso è quello di dare certezza giuridica dopo un ragionevole lasso di tempo agli atti compiuti con un soggetto fallito, in quanto in precedenza il principio della consecuzione delle procedure, la possibilità di riapertura del fallimento e la sospensione della prescrizione consentivano l'avvio dell'azione revocatoria anche a distanza di molti anni dalla dichiarazione di fallimento, anche se la norma ha sollevato delle critiche, in quanto in contrasto con il principio fissato dall'art. 2935 cod. civ. , presumibilmente applicabile anche alla decadenza, che fa decorrere la prescrizione solo dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, fa invece decorrere il termine di decadenza da un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento.¹⁰

Si è inoltre notato che la riqualificazione del termine da prescrizione in decadenza ha delle notevoli ripercussioni sull'istituto, in quanto non risulta più applicabile il principio fissato dall'art. 2935, terzo comma, per la prescrizione

⁹ V. C. Vivante, Istituzioni di diritto commerciale, Firenze, 1920, p.386 e ss.

¹⁰ v. Terranova , op. cit. , p. 99, Lo Cascio, I principi della legge delega della riforma fallimentare, in Fallimento, 2005, p. 987 cui adde Grossi, la riforma della legge cit. p. 929 e M. Montanari, Riduzione del termine di decadenza per l'azione revocatoria, in Fallimento, 2005, 1029, Consolo- Montanari, la revocatoria ordinaria nel fallimento e le questioni di prescrizione (recte, decadenza), in Corr. Giur., 2005, p. 399.

dell'effetto interruttivo istantaneo della domanda giudiziale in caso di estinzione del giudizio, non contemplato invece per la decadenza.

Mentre il termine di prescrizione è soggetto a interruzione e sospensione e consente di beneficiare dell'effetto interruttivo istantaneo o permanente della domanda giudiziale, il termine di decadenza non consente l'esercizio dell'azione per più di una volta oltre i termini fissati dalla legge, con la conseguenza che nel caso di rigetto della domanda per motivi di rito o di estinzione del giudizio il curatore sarà in grado di riproporre l'azione solamente se non sia ancora decorso il termine triennale fissato dalla norma.

Una ulteriore complicazione e difficoltà deriva inoltre dal fatto che il novellato art. 24, secondo comma, come si vedrà nel prosieguo, introduce un rito speciale camerale regolato dalle scarse disposizioni degli artt. 737 e ss. del cpc , per la proposizione delle azioni che derivano dal fallimento e quindi segnatamente anche per le azioni revocatorie, con la conseguenza che la domanda dovrà essere proposta con ricorso.

In dottrina ci si è pertanto chiesti se sarà sufficiente per non far decorrere il termine di decadenza indicato dalla norma in esame, proporre la domanda giudiziale depositando il ricorso in cancelleria, oppure se sarà necessario notificare il ricorso e il decreto di convocazione per l'udienza in camera di consiglio, per evitare effetti preclusivi sostanziali, ritenendo ragionevolmente giustificata la tesi della sufficienza del deposito del ricorso, senza necessità di radicamento del contraddittorio, analogamente a quanto previsto per la litispendenza, che nel caso di processi introdotti con ricorso viene fissata al momento del deposito del ricorso e non a quello successivo della notificazione.¹¹

La qualificazione del termine come di decadenza e non più di prescrizione come previsto dall'art. 2903 cod. civ., non essendovi in precedenza nella legge fallimentare una apposita norma, non fa tuttavia che sposare quella tesi

¹¹ V. sul punto Farina, op. cit. , p. 85.

dottrinale che già considerava tale termine come un termine decadenziale e non di prescrizione, atteso il carattere costitutivo dell'azione revocatoria, vale a dire diretta all'accertamento e all'attuazione di un potere di modificazione giuridica esercitabile in via giudiziaria, garantendo in tal modo che la sfera giuridica della controparte non sia esposta all'infinito alle modificazioni rimesse ad un privato.¹²

Per contrastare la ricordata interpretazione si è invero notato che l'art. 95 , primo comma, l. fall. ha previsto testualmente la possibilità di far valere la revocatoria in via di eccezione, nell'ipotesi in cui non sia più possibile farla valere in via ordinaria per la decorrenza dei termini di prescrizione e come tale disposizione sia incompatibile con la riconduzione del termine di cui all'art. 69 bis alla decadenza, non essendo facilmente spiegabile l'esercizio in via di eccezione di un diritto il cui titolare sia decaduto, mentre il nostro ordinamento conosce altri casi di eccezioni di diritti prescritti, come ad esempio gli artt. 1442 e 1449 cod. civ.¹³

I termini di cui all'art 69- bis l. fall. sono di conseguenza sicuramente applicabili anche all'art. 66 l. fall., relativo alla revocatoria ordinaria, mentre non sono applicabili alle azioni di cui agli art. 64 e 65 l. fall., in quanto in questo caso la legge collega l'inefficacia di un atto, in maniera automatica e di diritto, direttamente dalla dichiarazione di fallimento, senza che rilevi alcun requisito soggettivo delle parti.¹⁴

Vi è comunque anche chi sostiene che il termine quinquennale dal compimento dell'atto vada letto nel senso che sia riferibile solamente all'azione revocatoria ordinaria che il curatore può esercitare a mente dell'art. 66 l. fall., tenuto conto che in questo caso ai sensi degli artt. 2901 e ss. del

¹² V. Farina , in L'azione revocatoria, cit. , p.76 e ss. e ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza sulla natura costitutiva dell'azione revocatoria e su i suoi corollari sui termini di decadenza e prescrizione, ma per l'opposta opinione v. Bozza , op. cit, p.53 sul rilievo che la decadenza appare incompatibile con la possibilità di far valere in via di eccezione l'inefficacia dell'atto, anche se la relativa azione è prescritta ex art. 95, primo comma.

¹³ Cfr. ancora Bozza , op. cit. , p.53.

¹⁴ V. ancora Farina , op. cit. , p. 76 e Grossi, op. cit., p.929

cod. civ. l'azione può essere proposta solamente da tale termine decadenziale e non avrebbe senso una norma che comminasse una decadenza da un periodo di tempo in cui il potere della parte non era ancora esercitabile.¹⁵

Il termine di decadenza di cinque anni appare avere importanza in modo particolare nel caso di consecuzione di procedure, con conseguente retrodatazione dell'insolvenza e del periodo sospetto al momento di apertura della prima procedura concorsuale minore, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, che aveva fatto dilatare i termini di esercizio delle azioni revocatorie.

In tal senso si è notato che il legislatore ha fatto di tutto per ridurre i termini delle azioni revocatorie ad uno spazio ragionevole, sopprimendo da in lato l'amministrazione controllata e ponendo un termine massimo entro il quale deve essere omologato il concordato preventivo e riducendo dall'altro i termini di decadenza per l'esercizio dell'azione, con la conseguenza che le uniche ipotesi di consecuzione di procedure potranno verificarsi nel caso di fallimento consecutivo ad un concordato preventivo, che sia stato risolto, data la reintroduzione dello stato di insolvenza fra i presupposti oggettivi per accedere a tale procedura, invece del solo stato di crisi, dopo la modifica di cui all'ultimo comma dell'art. 160 l. fall. Introdotta dall'art. 36 del D. L. 30.12.2005, n. 273.¹⁶

Tuttavia alcuni autori sostengono che le innovazioni legislative introdotte dal d. l. sulla competitività rendano più difficile da sostenere la tesi, d'altro canto contestata da una parte della dottrina, della consecuzione di procedure, in

¹⁵ . Farina , op. cit., p.81.

¹⁶ Cfr. sulla nozione di stato di crisi, che si differenzia, sia dalla temporanea difficoltà di adempiere (c. d. insolvenza reversibile) , sia dallo stato di insolvenza vera e propria e deve essere piuttosto visto come la situazione di pericolo che l'imprenditore non sia, per il venir meno dell'equilibrio finanziario, più in grado in breve tempo di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni,, Bozza, Le condizioni soggettive e oggettive del nuovo concordato, in Fallimento, 2005,, p. 953 e ss., id. Commento breve, cit. , p.8 ove l'autore sottolinea come il concetto di crisi, intesa come venir meno dell'equilibrio finanziario e dell'efficienza dell'impresa, sia un fatto interno dell'impresa, fino quando non si traduce in manifestazioni esterne con inadempimenti e poi insolvenza, nonché Ambrosini - Demarchi , Il Nuovo concordato preventivo, Milano, 2005, p. 16 e ss. e de Ferra, Il rischio di insolvenza, in. Giur. Comm., 2001, I, p. 198.

quanto i presupposti oggettivi per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (essendo stata l'amministrazione controllata abrogata e sostanzialmente ricondotta nell'ambito del concordato, ove è ora possibile anche un mero accordo dilatorio con i creditori), appaiono diversi rispetto a quelli previsti per il fallimento, anche dopo la precisazione contenuta nell'art. 36 del D. L. 273/05, che ha chiarito come lo stato di crisi ricomprenda anche l'insolvenza, ma sia qualcosa di diverso dalla stessa.

Sulla base di tali considerazioni una parte dei commentatori ha notato come far insolvenza e stato di crisi vi sia un rapporto di specie a genus, atteso che l'insolvenza è una manifestazione dello stato di crisi, con la conseguenza che non necessariamente un imprenditore in crisi deve essere insolvente nel momento in cui chiede di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo (o ancor di più alle procedure di composizione negoziali della crisi) e il relativo accertamento può essere effettuato solo in sede di dichiarazione di fallimento, mancando da parte del tribunale la necessità e il potere di accertare tale requisito nella fase di apertura della procedura concorsuale minore, con il venir meno della possibilità di consecuzione di procedure e quindi di retrodatazione del periodo sospetto.¹⁷

Va infine rammentato che per gli atti compiuti fra i coniugi di cui al novellato art. 69 l. fall. rimane in vigore il termine di decadenza quinquennale decorrente dalla data dell'atto.

La riforma della revocatoria incide sulle ipotesi del secondo comma dell'art. 67 in modo particolare con l'introduzione di numerose fattispecie di esenzione oggettiva, specificamente elencate nel novellato terzo comma della citata disposizione della legge fallimentare, mentre le esenzioni soggettive, relative all'istituto di emissione, agli istituti autorizzati a compiere operazioni di

¹⁷ v. in tal senso Di Iulio, in L'azione revocatoria Nella nuova legge fallimentare, cit. , p. 123 cui adde Farina , id., p.80. In senso invece contrario Bruschetta , in Bonfatti, La disciplina dell'azione revocatoria, cit. , p.23 e 24 , che ritiene ancora preferibile la tesi che far lo stato di crisi e l'insolvenza vi sia solo una differenza di grado , nel senso che il primo coinciderebbe con l'insolvenza reversibile prevista nella vecchia amministrazione controllata, mantenendo quindi in questa prospettiva la possibilità di consecuzione fra procedure.

credito su pegno, agli istituti di credito fondiario, già previste dalla legge sono state spostate nel quarto comma.

Il riformulato terzo comma dispone che non sono soggetti a revocatoria gli atti elencati nelle lettere a), b), c), d), e), f), e g) dell'art. 67 l. fall. e il primo problema che ha interessato i commentatori è quello se tali esenzioni riguardino esclusivamente atti che rientrano nel novero del secondo comma della richiamata disposizione o possano essere estese in maniera generalizzata anche a tutte le azioni che siano dirette a rendere inefficaci degli atti di disposizione ai sensi di altre norme della legge fallimentare, quali gli artt. 64, 65 e 66 l. fall. rientranti nella sezione terza, del capo terzo, del titolo secondo, della legge fallimentare relativo agli atti pregiudizievoli per i creditori o anche della disciplina codicistica.

La dottrina su tale spinoso problema si è immediatamente divisa fra coloro che propugnano la tesi della esenzione generalizzata, fondata sull'argomento letterale che per azione revocatoria devono intendersi tutte le azioni disciplinate dagli artt. 64 a 67 l. fall., non solo perché tale termine viene utilizzato dalla Corte regolatrice in svariate pronunzie in riferimento a tutte le ipotesi di revocatoria, ma anche perché il legislatore ha utilizzato tale espressione sotto la rubrica di "azioni revocatorie" in riferimento a tutte le ipotesi di inefficacia degli atti previsti dalla citata sezione del capo terzo nell'art. 49 del d. lgs. 8.07.1999, n. 270 e ha ripetuto tale formulazione anche nella successiva disposizione della c. d. legge Marzano di cui al D. L. 23.12.2003, n.347, per cui nell'ottica del legislatore con l'espressione azioni revocatorie sembrerebbe farsi riferimento a tutte le azioni indicate dagli artt. 64 – 67 l. fall. fra gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori e coloro che invece restringono il campo di efficacia delle esenzioni ai soli atti pregiudizievoli di cui al secondo comma dell'art 67.¹⁸

¹⁸ V. per la prima tesi Farina , op. cit. , p. 158 e ss., mentre per la seconda tesi Falcone, La disciplina dell'azione revocatoria, in Bonfatti, cit. , p. 66, Santangeli, op. cit. , p.6 e Panzani, op. cit. , p. 25 .

In particolare si è notato che, a prescindere dal dato testuale utilizzato dal legislatore nel terzo e quarto comma dell'art. 67, che significativamente ha utilizzato l'espressione non sono soggette ad azione revocatoria, nel terzo comma e le disposizioni di questo articolo non si applicano, nel quarto comma, appare difficile far rientrare tutte le ipotesi di esenzione del terzo comma dell'art. 67 l. fall. nel novero di applicazione del secondo comma, in quanto le esenzioni delle lettere c) d) e e) attengono a fattispecie più ampie, rispetto a quelle indicate in tale disposizione, facendo riferimento a garanzie o pagamenti in attuazione di piani di salvataggio o concordati o a atti di disposizione del creditore, che sono indubbiamente aggredibili anche attraverso il ricorso alla revocatoria ordinaria ex artt. 66 l. fall. e 2901 cod. civ. o attraverso il ricorso alla revocatoria prevista dal primo comma della norma in esame, mentre le fattispecie indicate dalle altre lettere appaiono coincidere con le ipotesi prese in considerazione dal secondo comma per gli atti di disposizione normali.¹⁹

LE SINGOLE FATTISPECIE DI ESENZIONE

A) I PAGAMENTI NEI TERMINI D'USO

La lettera a) del citato terzo comma dispone che non sono soggetti a revocatoria i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Con tale espressione la legge intende tutelare l'attività produttiva dagli effetti perversi del sistema revocatorio, evitando che la revocabilità dei pagamenti possa ostacolare la prosecuzione dell'ordinaria attività imprenditoriale, come era già emerso nelle commissioni di riforma della legge fallimentare,

¹⁹ v. per una puntuale indagine sulle varie ipotesi di esenzione da revocatoria, solo dal secondo comma e di cui alle lett. a), f) e G) e di esenzione di tutti i tipi di revocatoria di cui alle lett. C), d) e e) ancora Farina, op. cit., p.160 e ss.

restringendo tuttavia il campo dell'esenzione ai soli pagamenti di beni e servizi, effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa e non anche delle rate o dei saldi di mutui o altri rapporti creditizi.

Fra gli atti che non possono essere revocati non rientrano tuttavia anche le vendite dei prodotti dell'impresa, ma solamente i pagamenti di beni e servizi ai propri fornitori nei termini d'uso, con la conseguenza che sono revocabili le vendite di prodotti finiti, ma non i pagamenti effettuati ai fornitori della materia prima.²⁰

Con l'espressione termini d'uso si può tuttavia intendere due diversi profili rappresentati sia dalle condizioni contrattuali normalmente praticate nel mercato di settore, sia in senso temporale dalla normale loro ricorrenza ciclica nell'ambito dell'attività di impresa, per cui secondo alcuni autori l'espressione dovrebbe essere interpretata alla luce dell'art. 2343 bis cod. civ. ultimo Comma relativa a quelle operazioni necessarie e continue nello svolgimento tipico di una determinata impresa in relazione al suo oggetto, volendo il legislatore tutelare quei fornitori che siano posti di fronte alla tipica alternativa fra la sospensione delle forniture o l'esposizione al rischio delle revocatorie.²¹

Tale interpretazione che riferisce la nozione di termini d'uso alle forniture e ai servizi necessari e continue nello svolgimento di una attività in un determinato settore, non ha trovato grandi consensi indottrina in quanto appare difficilmente conciliabile con il testo della disposizione e sembra già coperta nella norma dal riferimento all'attività d'impresa.²²

E' stato sottolineato come l'espressione termini d'uso sia estremamente generica e indeterminata, così come l'analoga espressione attività d'impresa, in quanto può essere intesa sia in senso tecnico meramente temporale, sia

²⁰ v. Guglielmucci, op. cit. , p. 26 e Martorano, op. cit. , p. 190 – 191 e anche Fabiani, L'alfabeto, cit. , 573 e ss..

²¹v. ancora Martorano, op. cit. ,p. 191, ma per l'opposta opinione v. Guglielmucci, secondo cui termini d'uso va inteso in senso temporale e con le modalità pattuite, op. cit., p. 27

²² v per una critica di tale impostazione Santangeli , op. cit., p.277.

in senso generico come riferita alla nozione di normalità o ordinarietà nella gestione dell'impresa.

Secondo altri autori l'espressione termini d'uso avrebbe una valenza meramente temporale del pagamento, ossia l'essere il pagamento avvenuto nei termini contrattuali o dai rapporti con il singolo fornitore o comunque ricavabili dalle pratiche commerciali del settore, con la conseguenza che i pagamenti eseguiti dopo la scadenza o almeno quelli da lungo tempo scaduti, non potrebbero essere considerati esenti, così come non potrebbero essere considerati esenti neppure i pagamenti effettuati alla consegna o mano nella mano, a meno che non rappresentino una caratteristica di quell'imprenditore con la generalità dei propri clienti.²³

In questa interpretazione rigorosa sono considerati esenti i soli pagamenti effettuati regolarmente alla relativa scadenza contrattuale o nel caso di assenza di previsione contrattuale secondo la disciplina fissata dal D. L. n., 231/02, relativa ai termini di pagamento nelle transazioni commerciali, considerata come inderogabile e non scalfibile dalla tolleranza del creditore. Tale indirizzo mi sembra – tuttavia - troppo rigido in quanto anche i pagamenti effettuati con un minimo di ritardo dovrebbero essere considerati esenti da revocatoria sempre che il ritardo non diventi sistematico.

Per contro altri autori ritengono che con l'espressione termini d'uso si debba fare riferimento al pagamento entro i termini d'uso, nel senso che sarebbero esenti da revocatoria tutti quei pagamenti, anche effettuati in ritardo rispetto alla scadenza contrattuale, ma rientranti nei termini abitualmente preveduti dal settore di pertinenza del fallito.²⁴

Non rientrano infine nell'esenzione da revocatoria i pagamenti effettuati in sede di liquidazione dell'impresa, in quanto riferibili a obbligazioni contratte

²³ v Fabiani, L'alfabeto, cit. , p.576 cui adde Falcone , Le esenzioni da revocatoria , in Bonfatti, La disciplina da revocatoria, cit., p. 71 e Tarzia, Le esenzioni vecchi e nuove dall'azione revocatoria fallimentare, in Fallimento, 2005, p. 840 e anche Arato, op. cit., p.181.

²⁴ v in tal senso Guglielmucci , op cit., p.72 cui adde, Farina , con la precisazione tuttavia che tale interpretazione andrebbe intesa nel senso di condizioni abitualmente praticate dall'imprenditore nell'ambito di una corretta e ordinaria gestione dell'impresa, op. cit. , p. 171

quando l'impresa era in attività, non potendosi intendersi attività d'impresa in senso talmente ampio da ricomprendere anche una impresa in liquidazione e anche perché tali pagamenti non risponderebbero all'ulteriore requisito di essere effettuati nei termini d'uso, sempre che con tale espressione si abbia riguardo in particolare all'aspetto temporale.²⁵

Il sistema delle esenzioni ha dei profondi riflessi anche sulle operazioni bancarie, sia in riferimento alle rimesse effettuate sul conto corrente e di cui alla let. B) della norma in esame, sia in riferimento alla lett. a), atteso che fra i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio di attività d'impresa nei termini d'uso vanno ricompresi anche pagamenti dei canoni relativi a servizi bancari (quali ad esempio le cassette di sicurezza), non invece i ratei dei mutui, anche non fondiari o di altri tipi di finanziamenti, in quanto non rientranti nel novero dei beni e servizi.

26

B) LE RIMESSE EFFETTUATE SU CONTO CORRENTE BANCARIO

Fra le esenzioni previste dall'art. 67, terzo comma, alla lett. b) è stata inserita l'esenzione da revocatoria delle 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.

Per comprendere la portata dell'innovazione della disciplina in tema di revocatoria ex art. 67, terzo comma l. fall. (e del correlato art. 70, terzo comma) delle rimesse in conto corrente, è necessario ripercorrere brevemente lo stato del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sotto il vigore

²⁵ v. in tal senso Falcone, op. cit., p.70 e Panzani, op. cit., p.26, mentre in senso contrario Santangeli, op. cit., p.276, secondo cui si dovrebbero escludere solo i pagamenti effettuati in attuazione di un piano

della precedente disciplina e delle ragioni che hanno spinto il legislatore a intervenire nella materia.²⁷

La ratio dell'esenzione introdotta è analoga a quella prevista dalla lett. a), dell'art. 67, terzo comma, dato che anche in questo caso si vuole distinguere fra vicende modificative e vicende estintive dei rapporti di finanziamento intercorsi fra la banca e il cliente fallito, che sono assoggettate alla disciplina della revocatoria e i meri movimenti attinenti al servizio di cassa, che restano immuni da revoca.²⁸

Il legislatore infatti si era trovato, di fronte alla sempre più marcata pressione degli operatori economici e del sistema creditizio, a dover da un lato chiarire definitivamente che le rimesse affluite su un conto corrente di corrispondenza non potevano essere considerate pagamenti revocabili ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l. fall. a prescindere dalla distinzione introdotta dalla giurisprudenza che andassero ad incidere su un conto passivo o scoperto e dall'altro lato a garantire che eventuali operazioni di rientro dall'esposizione debitoria o di estinzione di rapporti creditizi effettuate dalle banche, potessero andare esenti da revocatoria, mediante il meccanismo del conto corrente, adottando tuttavia una soluzione parzialmente diversa da quella prospettata

stragiudiziale, non quelli delle imprese in liquidazione.

²⁶ V. per l'opposta opinione Falcone, op. cit., p. 75

²⁷ Sulle revocatorie delle rimesse in c/c. la bibliografia è sterminata, mi limito a segnalare Arato, La revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie: problemi attuali, in Banca, borsa e titoli di credito, 1996, I, p. 20 e ss.; Martorano, Compensazione e revocatoria fallimentare nel conto corrente bancario, in Banca, borsa e titoli di credito, 1976, I, p. 129; Franchi, La consulenza tecnica nella revocatoria delle rimesse bancarie, Milano, 2001; Rebecca - Sperotti, La revocatoria di rimesse bancarie, Milano, 2000; Fabiani, Collegamento funzionale tra apertura di credito e castelletto di sconto, in Fallimento, 1995, p. 1187; Guglielmucci, Revocabilità delle rimesse in conto corrente e pluralità di affidamenti, in Dir. Fall., I, p. 299.

dalla Commissione Trevisanato, che aveva collegato l'esenzione da revocatoria al concetto di regolare movimentazione del conto, ma che si colloca nella stessa direzione.

E' noto che prima della riforma la normativa fallimentare non si occupava del tema della revocatoria delle rimesse sui conti correnti bancari , per cui ci si interrogava se tali operazioni potevano essere inquadrate fra i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili previsti dal secondo comma dell'art. 67 l. fall., o fra gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti e esigibili non effettuati con denaro o altri mezzi normali di pagamento di cui al primo comma , n. 2.

Il "ragionevole compromesso" che era stato raggiunto dalla giurisprudenza di legittimità a partire dalla famosa sentenza n. 5413 del 1982²⁹ aveva infatti ben presto portato ad applicazioni ritenute dai più tutt'altro che ragionevoli e anzi in alcuni casi distorte, essendo utilizzate dalle procedure concorsuali come principale mezzo per recuperare attivo da distribuire ai creditori e non come mezzo eccezionale per porre rimedio a situazioni pregiudizievoli, dato che avevano comportato la revocatoria di somme sproporzionate rispetto alle dimensioni dei rapporti intrattenuti dalla banca con l'impresa fallita e che nei casi più eclatanti che potevano ammontare anche a decine di volte l'entità del credito mai concesso dalla banca all'impresa fallita, con i conseguenti effetti

²⁸ v. Terranova , La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari, Padova, 2006, p.28.

²⁹ v. Cass. 18.10.1982, n.5413, che affermava per la prima volta la necessità di distinguere fra conto scoperto, vale a dire con un saldo passivo eccedente i limiti di fido e conto passivo e la successiva Cass. 23.04.1987, n. 3919, per la quale sono revocabili, non solo i versamenti che consentano alla banca di rientrare dallo scoperto di conto corrente, ma anche quelli che con accertamento ex post risultano aver

pregiudizievoli nei confronti sia del sistema creditizio che vedeva erosi i propri profitti, sia della negazione di credito da parte delle banche ai soggetti economici in difficoltà, per il timore di eventuali successive revocatorie in caso di fallimento.³⁰

Appare necessario prima di addentrarci nelle novità introdotte dalla riforma, effettuare una breve disamina dello stato della questione nella vigenza della precedente disciplina e questo sia per apprezzare la portata delle innovazioni legislative introdotte dalla Legge 14 maggio 2005 n. 80 che ha convertito il Decreto Legislativo 14.3.2005 n. 35, sia perché l'art. 2, par. 2 del D.L. 35/05, in base al quale la nuova normativa si applica solo alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo l'entrata in vigore del citato D.L. (quindi dopo il 16 marzo 2005), prevede un regime transitorio (i cui effetti si protrarranno per molti anni ancora), nel corso del quale si continuerà a dover far riferimento al testo previgente dell'art. 67 L.F. presumibilmente (ma su tale punto vi sono in dottrina già opinioni discordi) con l'inerente consolidato corredo dottrinale e giurisprudenziale, sia infine perché alcune tesi interpretative, fatte proprie da dottrina e giurisprudenza, con riferimento

concretamente e definitivamente concorso a ridurre il debito sorto a carico del cliente verso la banca in conseguenza dell'utilizzazione del fido.

⁴ v ancora Terranova, op. cit., p.29; Fabiani, la revocatoria fallimentare nelle prospettive di riforma, in Foro It., 2001, p. 254 che definiva la revocatoria una vera mina vagante per la regolarità e la certezza dei traffici commerciali e Bonfatti, La revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario, in Bonfatti (a cura di) la disciplina dell'azione revocatoria, Milano, 2005, p. 98, che cita in nota n. 1, il caso paradigmatico, dall'illustre autore definito un colpo di coda della vecchia disciplina, delle revocatorie proposte nei confronti delle banche nel caso Parmalat.

alla precedente normativa fallimentare, hanno chiaramente ispirato varie soluzioni adottate dal Legislatore della novella qui commentata³¹.

Al riguardo mi sembra opportuno anche premettere delle minime nozioni di quello che si intende per conto corrente di corrispondenza e per rimessa bancaria.

Con il primo termine si intende fare riferimento a quel rapporto di cui è parte necessariamente una banca nel quale le disponibilità finanziarie di cui gode il cliente dell'azienda di credito, che possono derivare da depositi di danaro o dalla concessione di aperture di credito, sono suscettibili di un utilizzo discrezionale e ripetuto da parte del correntista, attraverso operazioni in un numero imprecisato e di segno opposto.

Secondo la giurisprudenza consolidata il "conto corrente di corrispondenza" (o "bancario" nell'attuale dizione dell'art. 67, comma 3, lett. b) L.F.) è un contratto innominato atipico di contenuto misto, in cui si rinvengono elementi propri della delegazione, del mandato, del deposito o di altri contratti tipici

5 Sulle ragioni della riforma v. Bonfatti, , La revocatoria delle rimesse, cit. , p.97 e ss. , Tarzia, La revocatoria delle rimesse in conto corrente, p. 209 e ss. in Tarzia , Di Iulio e Farina , L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare, Milano, 2006,; Granata, Esenzione da revocatoria fallimentare e operazioni bancarie, in (a cura di) Bonfatti – Falcone, la riforma della legge fallimentare, Milano , 2005, p. 143 e ss. Cavalli, Considerazioni sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario nella nuova legge fallimentare, in banca borsa e tit. di credito, 2006, I, , 1, p. 1, id., La revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario, in La riforma della legge fallimentare, Bologna , 2006, p.157 ; Silvestrini, La nuova disciplina della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario, in Il Fallimento, 2005, 7, p.844 e Arato, Fallimento : le nuove norme introdotte con la legge n.80/ 2005, in Dir. Fall., 2006, I, p.181 e ss, Fabiani , L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare, in Fallimento, 2005, 573 e ss., Nigro, Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente, in Dir. Banc., 2005, p. 341 e ss.; Guglielmucci La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare, Torino, 2005, p. 34 e ss.
Sulla riforma in generale della legge fallimentare v. anche: Santangeli (a cura di) Il nuovo fallimento, Milano, 2006; Grossi, La riforma della legge fallimentare, Milano , 2006; Caiafa, Nuovo diritto delle procedure concorsuali, Padova, 2005 e Nigro – Sandulli (a cura di) La riforma della legge fallimentare, Torino , 2005.

identificabili con riferimento alle diverse operazioni di banca assunte nell'ambito del rapporto.

Il contratto di conto corrente, come lumeggiato dalla dottrina, è un contratto normativo atipico, destinato a regolare una pluralità di rapporti, secondo uno schema e con clausole preconcordate (in quanto non disciplinato dal codice civile a differenza del contratto di conto corrente ordinario, di scarsa applicazione nella pratica commerciale) per effetto del quale la banca, nel presupposto dell'esistenza presso di sé di una disponibilità a favore del cliente si obbliga alla presentazione a favore di questo di un servizio, sostanzialmente corrispondente a un servizio di cassa e consistente nel provvedere per conto del cliente, su suo ordine diretto o indiretto e con le sue disponibilità, ai pagamenti e alle riscossioni.

Per rimessa si intende invece fare riferimento a un'annotazione in conto che si identifica con "l'accreditamento" (scritturato nella colonna "avere" del conto) ed è quindi atto idoneo a realizzare una riduzione dell'esposizione debitoria del correntista³².

Il termine rimessa per la prima volta utilizzato dalla legge fallimentare nella nuova formulazione dell'art. 67, terzo comma, lett. b), rimanda al termine menzionato nell'art. 1823 cod. civ. in materia di conto corrente ordinario, ove si afferma che i contraenti assumono di annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla

chiusura del conto, mentre nell'uso bancario rimessa il termine significa operazione che perette un sdebitamento in conto corrente, ovvero una operazione con cui un soggetto mette a disposizione di un altro una determinata somma.³³

Vigente la precedente normativa, l'orientamento giurisprudenziale sulla revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario aveva visto succedersi vari e contrastanti orientamenti, in quanto si era passati dall'orientamento decisamente negativo degli anni tra il 1961 ed il 1971, ove la maggioranza della giurisprudenza era radicalmente contraria alla revoca delle rimesse, a quello del decennio successivo in cui si era assistito ad ribaltamento del precedente orientamento e si era passati alla revocatoria indiscriminata di tutte le rimesse poste in essere dal correntista nel corso del periodo sospetto, in quanto aventi effetto solutorio e quindi ritenute pagamenti, quando non addirittura atti a titolo oneroso tout court, depauperatori del patrimonio del correntista poi fallito e pertanto lesivi della par condicio creditorum, a quello che aveva preso piede sul finire degli Anni Settanta dello scorso secolo, quando dottrina e giurisprudenza avevano cercato di individuare soluzioni interpretative che mitigassero per il sistema

^{v.} Tarzia, op. cit., p. 210 e ivi riferimenti a Ferri, Conto corrente di corrispondenza, in Enc. Dir., 9, p. 666

³³ v Tarzia , op. cit. , p.218 e ivi riferimenti di dottrina, in particolare Martorano, Contratto di conto corrente, in Enc. Dir., 9, 658 e Fabiani, La revocatoria bonsai delle rimesse in conto corrente, in Foro it., 2005, I, 3297.

bancario gli effetti devastanti e del tutto iniqui dell'orientamento giurisprudenziale radicale più sopra ricordato³⁴.

In tale contesto si erano sviluppate due tesi interpretative di segno opposto, in quanto alcune pronunce di giudici di merito avevano sostenuto la revocabilità delle rimesse nei limiti della differenza tra saldo debitore massimo rilevato nel periodo sospetto e saldo debitore esistente alla data della dichiarazione di fallimento, ma tale orientamento - che era stato denominato del criterio del c.d. massimo scoperto – era rimasto del tutto minoritario in giurisprudenza e più accreditato in dottrina, mentre un altro filone giurisprudenziale, che aveva ben presto trovato conforto nella giurisprudenza di legittimità, si era andato consolidando nel cercar di valorizzare la differenza tra rimesse su conto corrente scoperto e su conto corrente passivo, rilevandone la revocabilità solo nella prima ipotesi³⁵.

Tale tesi, dopo varie incertezze nella configurazione delle operazioni bancarie, che stavano alla base delle rimesse, era stata compiutamente delineata dalla nota sentenza della Corte di Cassazione 18.10.1982 n. 5413, che era stata la capostipite di un orientamento giurisprudenziale, all'epoca salutato come un "onorevole compromesso" e quindi consolidatosi sino a divenire assolutamente dominante nella giurisprudenza di merito e di

³⁴ Per il primo orientamento v. Cass.20.041975, n.3415.

³⁵ v per il primo filone App. Milano, 16.11 1979, in Giur. Comm. , 1980, II, p. 118 e più di recente App. Firenze, 28.01.2004, in Fallimento, 2005, p. 31 e in Foro it. , 2004, I, 1, 2845, con nota critica di Fabiani, nonché Trib. Bolzano14.01.2003, in Fallimento, 203, p. 1221, mentre per il secondo per tutte, la famosa Cass. 18.11.1982, n. 5413.

legittimità nei successivi decenni, con adesioni sempre più vaste anche in dottrina.

L'orientamento in parola era imperniato sulla fondamentale distinzione tra rimesse eseguite su conto corrente scoperto, cioè non assistito da apertura di credito o da altro negozio di concessione di credito (ad es. anticipazione bancaria), ovvero che registri sconfinamenti dai limiti dell'affidamento, e rimesse eseguite su conto semplicemente passivo assistito da apertura di credito o da altro negozio di concessione di credito: le prime aventi natura di atti solutori (pagamenti) a fronte di un credito immediatamente esigibile della banca e quindi integralmente revocabili ex art. 67, comma 2, L.F.; le seconde dirette (normalmente) a ripristinare la provvista (o disponibilità) per operazioni future, e quindi non revocabili, salvo che le stesse non siano connotate da una precisa finalizzazione all'estinzione del credito della banca.

La concreta applicazione del citato orientamento giurisprudenziale, via via affinosi negli anni, aveva richiesto la soluzione, avvenuta nel tempo, di svariati problemi collaterali, relativi all'originario rapporto giuridico, atteso che la revocatoria delle rimesse prescindeva da quella dei contratti che rappresentano la causa negoziale delle stesse e che potevano eventualmente essere soggetti ad autonoma revocatoria e all'individuazione del saldo di riferimento per l'accertamento delle rimesse di natura solutoria.

Dopo molte incertezze, sulla scorta della sentenza della Corte di Cassazione 22.3.1994 n. 2744, si era consolidato l'orientamento giurisprudenziale

(favorevolmente accolto anche in dottrina), in base al quale, ai fini della revoca delle rimesse, la copertura o meno del conto doveva essere accertata con riferimento non già al saldo contabile o a quello per valuta, bensì al saldo disponibile, da individuare in ragione del momento dell'effettiva esecuzione degli incassi e delle erogazioni da parte della banca.

Si doveva quindi effettuare una ricostruzione della movimentazione e dei saldi del conto, procedendo ad una interpolazione tra le date delle valute e le date contabili indicate per ogni movimento nell'estratto conto, a seconda del tipo di operazione.

Ne conseguiva la rilevanza della:

a) la data della valuta (sulla base della presunzione che al riconoscimento di interessi corrisponda la disponibilità dell'importo) in relazione a:

versamenti di assegni di altre banche,

sconto di effetti,

anticipazioni s.b.f.

b) la data contabile (presumendosi la sottrazione o creazione in conto di disponibilità pressoché immediata) in relazione a:

operazioni passive in genere,

accredito di bonifici,

giroconti,

versamenti di contanti,

versamenti di assegni circolari emessi dalla stessa banca,

versamenti di assegni bancari tratti sulla stessa filiale.

La giurisprudenza e la dottrina avevano poi affrontato svariate questioni attinenti alle operazioni effettuate nella medesima giornata e alle operazioni c. d. bilanciate, pervenendo quanto al primo problema a delle soluzioni non univoche, non potendosi parlare di un orientamento consolidato, ma del ricorso alle seguenti diverse soluzioni, in mancanza di una specifica prova sulla cronologia delle operazioni:

ordine dell'estratto conto, in quanto non contestato dal cliente,

anteposizione degli accrediti rispetto agli addebiti (tesi più favorevole alle banche),

ricorso ai c.d. saldi giornalieri e per le seconde al consolidato orientamento giurisprudenziale di ritenere sottratte alla revocatoria quelle operazioni che avevano unicamente la funzione di fornire provvista alla banca per l'esecuzione di ordini di pagamento a terzi.

I rigorosi requisiti richiesti per la loro configurazione andavano tuttavia individuati nella: esatta coincidenza di importi fra accredito e addebito, coincidenza cronologica tra le operazioni e esistenza di un accordo

tra la banca e il correntista che doveva vincolare la rimessa al pagamento di un terzo³⁶.

Va inoltre rammentato che mentre con l'apertura di credito (art. 1842 c.c.) si concede al cliente una disponibilità che può immediatamente utilizzare e ripristinare, una tesi giurisprudenziale ormai consolidata sosteneva che con altri tipi di fido, quali il castelletto di sconto e l'affidamenti per smobilizzo crediti, la banca non attribuisce al cliente la possibilità di disporre immediatamente di una somma di danaro, ma si impegna ad accettare per lo sconto determinati titoli, indicando il limite entro il quale è tenuta a ad accettare i titoli presentati.

Ne conseguiva - ai fini della revocabilità delle rimesse - che la concessione di tali tipi di fido non poteva far ritenere "coperto" un conto corrente bancario ed alle rimesse che potevano affluire sullo stesso andava quindi attribuita natura solutoria.

Ai fini delle revocabilità delle rimesse, non si potevano inoltre cumulare i diversi affidamenti concessi allo stesso cliente e un'eventuale sconfinamento doveva essere individuato in relazione a ciascuna linea di credito.

Un altro consolidato orientamento giurisprudenziale riteneva che, in base a quanto previsto dagli artt. 56 L.F. e 1853 c.c., i saldi attivi e passivi di più

³⁶ v. da ultimo Cass. 21.05.2005, n. 9698, in tema di operazioni bilanciate e Cass. 28.10.2005, n. 21083, in tema di operazioni di segno opposto nella stessa giornata, secondo cui è onere del fallimento che richieda la revocatoria delle rimesse in relazione al saldo infragiornaliero e non al saldo della giornata di dimostrare la cronologia dei singoli movimenti, che non può essere desunto dall'ordine delle operazioni risultante

conti correnti, distinti ed autonomi, intestati al correntista fallito si compensavano reciprocamente, mentre con riferimento agli addebitamenti ed agli accreditamenti su un conto corrente bancario non operava la compensazione, in quanto tali operazioni si collegano ad un negozio unitario e complesso, di cui costituiscono esecuzione, e non danno luogo a debiti e crediti contrapposti, ma solo a variazioni dei saldi del conto³⁷.

Quanto agli oneri probatori incombenti sulle parti era orientamento consolidato che spettasse al curatore provare l'esistenza ed ammontare delle rimesse, la loro effettuazione nel periodo sospetto e la conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca; mentre spettava alla banca provare sia l'esistenza dell'apertura di credito sia la conseguente natura non solutoria delle rimesse³⁸.

Va inoltre rammentato che per quanto atteneva alla prova del contratto di apertura di credito e quindi dei limiti di fido concesso dalla banca al correntista, che gravava sulla banca, sotto il vigore del t.u.l.b. del 1938 si era consolidato l'orientamento che l'istituto di credito fosse tenuto in caso di contestazione della curatela a dimostrare l'esistenza e i limiti del fido, non

dall'estratto conto, in quanto tale ordine non corrisponde necessariamente alla realtà e sconta i diversi momenti in cui, secondo la tipologia delle operazioni, vengono effettuate le registrazioni sul conto.

³⁷ v. sul tema della compensazione all'interno dello stesso conto Tarzia, op. cit., p. 212 e ss e ivi richiami di giurisprudenza e dottrina: per la tesi della compensabilità, v. Martorano, op. cit., p. 129 e per la tesi opposta, sposata dalla giurisprudenza Molle, I contratti bancari, Milano, 1981, p. 586 e ss., secondo cui la compensazione non opera in quanto i movimenti del conto esprimono solamente l'esercizio del diritto che spetta al correntista di variare continuamente la disponibilità con versamenti e prelievi; sui rapporti fra più conti correnti v. anche Cass. 30.09.2005, n. 19217, in Foro it., 2005, I, p. 3296 con commento di Fabiani, cit., ibid., p. 3297.

³⁸ v. per tutte Cass. 23.06.1994, n.6031.

essendo sufficiente la produzione della scheda degli affidamenti e l'estratto notarile del libro fidi, in quanto documenti unilaterali della banca, ma attraverso la prova della stipulazione del contratto opponibile alla curatela.

Successivamente in base a quanto disposto dall'art. 3 della Legge 17.2.1992 n. 154, recepito dall'art. 117 del D.Lgs. 1.9.1993 n. 385 – la forma di tale contratto doveva essere “scritta” a pena di nullità e non era quindi possibile provare la conclusione del rapporto, se non attraverso documentazione scritta, avente data certa opponibile al fallimento, assumendo il curatore la posizione di terzo³⁹.

L'onorevole compromesso inaugurato dalla Suprema Corte nel 1982 era andato alla luce di questi risvolti ben presto in crisi, in quanto ci si era accorti che le scoperture molto frequenti nella prassi bancaria e gli sconfinamenti, non mettevano gli istituti di credito al riparo da una sommatoria di azioni revocatorie di gran lunga superiori all'entità dei fidi concessi.

L'intervento legislativo si è quindi mosso, anche se con tecnica piuttosto incerta, nella prospettiva della valorizzazione della regolarità dei flussi e della regolarità della funzione economica delle operazioni registrate in conto.⁴⁰

Se questo era a grandi linee il quadro in cui operavano gli effetti “perversi” della revocatoria fallimentare delle rimesse, la riduzione dell'ambito

³⁹ v. tuttavia la recente Cass. 9.07.2005, n. 14470 che ha affermato che il contratto di apertura di credito, può essere dimostrato anche per facta concludentia, nel caso in cui risulti applicabile la deroga alla forma scritta, prevista dalle disposizioni del CICR e della banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 t.u. l. b. (e anteriormente ex art. 3 della l. n. 154/92), per essere stato tale contratto già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto.

⁴⁰ Terranova, op. cit. , p.30 e ss.

applicativo dell'azione revocatoria fallimentare, attraverso sia la riduzione del periodo sospetto per gli atti di disposizione normali del secondo comma a solo sei mesi, sia all'introduzione delle esenzioni di cui agli artt. 67, terzo comma lett. b) e 70, terzo comma I. fall., è stata giustificata dal Legislatore con la necessità di elevare la competitività del nostro sistema economico giuridico e, quindi, in definitiva, delle nostre imprese, evitando di scoraggiare tutti quegli investitori (soprattutto stranieri) che erano stati spesso inibiti dalla portata – sicuramente non comune – dell'azione in esame⁴¹.

Passando ora ad esaminare le nuove norme, va notato come l'art 67, terzo comma lett. b) disponga che: "Non sono soggetti all'azione revocatoria:(...)
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".

Tale norma va sicuramente letta insieme all'ultimo comma dell'art. 70 I. fall., relativo agli effetti della revocazione, che prevede che in tutti i rapporti continuativi o reiterati, quale ad esempio il rapporto di conto corrente, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è prevista la conoscenza dello stato di insolvenza e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui è

⁴¹ V. ancora sul clima che ha preceduto la riforma anche, Cavalli, considerazioni sulla revocatoria, cit., p. 1 - 3.

stato aperto il conto, anche se il coordinamento fra le due disposizioni non è agevole e ha subito diviso i primi commentatori della legge.⁴²

Si è al riguardo notato che il legislatore ha fatto riferimento a termini atecnici e mutuati dal linguaggio bancario parlando di esposizione debitoria e che tale espressione viene normalmente utilizzata per intendere il debito del cliente verso la banca tanto se deriva da aperture di credito formalmente accordate , quanto da fidi di fatto o da semplici tolleranze di scoperture, con la conseguenza che la vecchia distinzione fra conto passivo e conto scoperto parrebbe perdere importanza così come la distinzione fra saldi disponibili e saldi per valuta e contabili, secondo la vecchia elaborazione giurisprudenziale, dato che si deve fare riferimento al definitivo indebitamento del correntista.⁴³

Alcuni autori ritengono invece che l'esposizione debitoria a cui si deve guardare rimane ancorata al vecchio concetto di saldo disponibile e non del saldo contabile⁴⁴

Nonostante l'esenzione di principio, sembra si possa dire che qualsiasi annotazione a credito sul conto corrente abbia l'attitudine ad essere qualificata una rimessa ai sensi e per gli effetti del nuovo art. 67, comma 3, lett. b) L.F. e come tale possa essere soggetta a revocatoria fallimentare in

⁴² v. Arato, op. cit. , p. 182, nonché Farina, Alla ricerca delle rimesse revocabili, spunti critici per una riflessione sul nuovo art. 67, terzo c., lett. b) , l. fall. , in Fallimento, 2006, 229 e Tarzia , op. cit. , p.222 e ss.

⁴³ v. Tarzia , op. cit. , p.217 secondo cui il risultato è simile ma non identico all'individuazione dei saldi disponibili.

⁴⁴ V. Guglielmucci, La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente, in Dir. Fall., 2005., p.808.

presenza sia dei presupposti generali, rappresentati dall'effettuazione nel periodo sospetto (ora di sei mesi), della conoscenza dello stato di insolvenza del correntista da parte della banca, sia dei presupposti specifici della produzione di una riduzione consistente e durevole dell'esposizione debitoria. Mentre il concetto di riduzione dell'esposizione debitoria appare più facilmente focalizzabile, il significato di consistente e durevole è di difficile interpretazione ed anzi sommamente oscuro.⁴⁵

Per riduzione consistente deve presumibilmente intendersi una riduzione di notevole entità, mentre per durevole deve intendersi una riduzione non temporanea, e quindi che non sia stata seguita per un periodo ragionevole dal riutilizzo del correntista, con esclusione non solo delle partite c. d. bilanciate (che già la giurisprudenza ricordata escludeva) ma anche di tutte quelle operazioni, che sia pur quantitativamente non coincidenti con il pregresso versamento, si siano succedute in un arco di tempo ragionevole, con un utilizzo della provvista con l'andamento del conto corrente rispondente alle esigenze fisiologiche dell'impresa.⁴⁶

Peraltro il legislatore non ha utilizzato l'espressione definitivo, nel qual caso ogni difficoltà sarebbe superata, dato che la riduzione andrebbe intesa come la differenza fra il saldo passivo verificatosi dopo che la banca ha acquisito la consapevolezza del dissesto e il saldo esistente alla chiusura del conto (e coinciderebbe quindi con la teoria del massimo scoperto), ma un termine molto più vago, come

⁴⁵ così si esprime Cavalli, op. cit. , p.7

“durevole” , con la conseguenza che non può escludersi che a seguito di un rientro durevole vi possa essere un successivo nuovo aumento della scopertura, a seguito di riutilizzo delle disponibilità del conto, con la difficoltà di accertare quale sia il momento in cui individuare l’effetto solutorio delle rimesse.

Analoghe difficoltà presenta l’espressione “consistente” alla quale, secondo una prima interpretazione, andrebbe assegnato un significato quantitativo di soglia percentuale non insignificante.⁴⁷

Per altri autori invece l’espressione consistente sarebbe sinonimo di stabile e andrebbe solamente a rafforzare l’aggettivo durevole, eliminando in tal modo i dubbi interpretativi.

Pare quindi certa la sussistenza di questo presupposto ogniqualvolta la riduzione in questione perduri fino alla chiusura del rapporto (o fino alla dichiarazione di fallimento), mentre il carattere durevole della riduzione dell’esposizione potrebbe anche essere ritenuto sussistere pur in presenza di successive operazioni di utilizzo della provvista, quando siano intervenute dopo un periodo di tempo anomalo, rispetto alla precedente intensità di movimentazione del conto⁴⁸.

In tale prospettiva vi è chi ha sottolineato come nella nuova formulazione della legge acquisti maggior rilevanza la verifica se il conto anche meramente passivo possa dirsi congelato (vale a dire utilizzato solo per il rientro del correntista, senza consentire più prelievi , magari attraverso il ritiro degli assegni), in quanto in questa ipotesi le rimesse sarebbero sicuramente revocabili.⁴⁹

Sicuramente revocabili risulteranno pertanto le rimesse che hanno prodotto un “rientro programmato” - di norma rateale – imposto dall’istituto da una determinata esposizione debitoria del correntista nei confronti della banca, in quanto l’esenzione da revocatoria si fonda sulla regolarità del flusso monetario e pertanto si deve sempre accertare quale sia il

⁴⁶ cfr. Cavalli, op. cit. , p.8 e Arato , op. cit. , p.182

⁴⁷ v ancora Cavalli, op. cit. , p.9 ove lo stesso autore sottolinea le difficoltà interpretative anche del termine consistente, da intendersi non in senso atomistico relativo all’entità di ogni rimessa, ma in senso globale in riferimento al risultato solutorio finale e anche T,arzia, op. cit. ,p.220.

⁴⁸ cfr. Tarzia op. cit. , p.220

⁴⁹ v. Bonfatti, op. cit. , p.124.

livello di indebitamento normalmente tollerato dalla banca e con quali ritmi le rimesse e gli utilizzi si sono susseguiti nel tempo⁵⁰.

E' evidente che tali criteri , che attestano la volontà del legislatore di passare da una visione atomistica della revocatoria delle rimesse ad una visione di durata o complessiva del rapporto di conto corrente, in cui i rapporti devono essere visti in maniera unitaria, richiederanno ampi interventi interpretativi della giurisprudenza per la loro concreta applicazione, caso per caso, avendo la norma lasciato all'interprete la valutazione della revocabilità delle rimesse, con un accertamento ex post in base a criteri elastici, sia sotto il profilo temporale che quantitativo.

Dovrebbero comunque non risultare più revocabili sia i c.d. sconfinamenti oltre l'ammontare del fido, in genere di importo modesto e per lo più concessi in vista del futuro e prevedibile accredito di somme destinate a ridurre l'esposizione nei limiti del fido, sia le operazioni bilanciate, sia infine le operazioni di giroconto o più in generale tutte quelle movimentazioni in avere che hanno solo effetti contabili, lasciando immutato il saldo passivo e la complessiva esposizione debitoria e in particolare le c. d. rimesse infragiornaliere o comunque quelle operazioni dove la provvista di un pagamento a terzi appare successiva all'addebito di quel pagamento solo per

⁵⁰ v. Terranova , op. cit. , p.33. secondo cui si deve accertare se la riduzione si anomala, rispetto all'andamento del conto, se superi le normali oscillazioni del livello di utilizzazione del fido , senza possibilità di individuazione a priori di una soglia di riduzione durevole e consistente.

ragioni di valuta recuperando in tal modo il vecchio criterio del saldo contabile.⁵¹

Un secondo e altrettanto complicato “rompicapo interpretativo” come lo definisce un illustre autore⁵², appare essere quello del rapporto fra l’art. 67, terzo comma lett. b) e l’art. 70, terzo comma l. fall. il quale dispone che: “(...) Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l’ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d’insolvenza, e l’ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto d’insinuare al passivo un credito d’importo corrispondente a quanto restituito”.

Non vi sono dubbi sul fatto che il conto corrente bancario sia da annoverare tra i rapporti continuativi o reiterati, ma l’applicazione della norma in argomento appare problematica in presenza di quanto disposto dall’art. 67, comma 3, lett. b) L.F., per cui è stato detto che bastava una delle due norme per riportare equità nel campo della revocatoria fallimentare delle rimesse.

In dottrina sono state prospettate diverse possibili opzioni interpretative, l’una che considera separatamente i due precetti normativi, per cui l’art. 67, comma 3, lett. b) L.F. sarebbe una norma speciale, con conseguente applicazione in via esclusiva alle rimesse su conto corrente bancario, mentre l’art. 70, comma 3, L.F. disciplinerebbe le

⁵¹ così ancora Tarzia, op. cit. , p.221

modalità applicative di quanto disposto dall'art. 67, comma 3, lett. b) L.F. e l'azione revocatoria porterebbe alla revoca delle rimesse che hanno ridotto l'esposizione in maniera consistente e durevole e comunque nel limite della somma corrispondente al c.d. "massimo scoperto".

In tale interpretazione la seconda norma rappresenterebbe pertanto solo il limite massimo della revocatoria.⁵³

Per contro altri autori propendono per una diversa interpretazione nel senso che la regola dettata dall'art 70, terzo comma, l. fall. rappresenterebbe la precisazione delle modalità applicative della regola dettata dalla prima disposizione esaminata, nel senso che la revocatoria potrebbe avere come oggetto solamente la somma corrispondente alla differenza fra massimo scoperto raggiunto nel periodo sospetto e il saldo residuo.

In questa seconda prospettiva l'art. 70 terzo comma rappresenterebbe una sorta di interpretazione autentica dell'art. 67, terzo comma , lett. b) e le rimesse revocabili sarebbero solo quelle che con un accertamento ex post rappresentino la differenza tra l'ammontare massimo dell'esposizione e il saldo finale del conto.⁵⁴

Altri infine propugnano una applicazione coordinata di entrambe le norme, nel senso che le rimesse in conto corrente bancario non sarebbero revocabili

⁵² v. ancora Cavalli, op. cit. ,p.10.

⁵³ per questa interpretazione propendono Silvestrini, op. cit. , p.841; Fortunato, La nature della revocatoria fallimentare, in Bonfatti – Falcone, La riforma della legge fallimentare, cit. , p.7, Granata, Esenzione della revocatoria fallimentare ed operazione bancarie, ibidem, p. 143 e Tarzia, op. cit. , p. 222 e ss cui adde anche Cavalli, op. cit. , p.12.

in linea di principio (art. 67, comma 3, lett. b) L.F. prima parte), a meno che non siano revocabili in presenza dei presupposti generali e specifici (art. 67, comma 3, lett. b) L.F. seconda parte), più sopra ricordati e in presenza di più rimesse revocabili, la somma che la Banca è tenuta a restituire non potrebbe complessivamente superare il c.d. “massimo scoperto”.⁵⁵

Secondo questa seconda interpretazione, a differenza della prima ove l’apertura di credito ha ancora un rilievo, tale contratto e la sua opponibilità alla curatela fallimentare, così come la distinzione fra saldo per valuta e saldo contabile, perderebbero qualsiasi importanza, contando solamente la differenza tra i saldi del conto corrente.⁵⁶

Si è autorevolmente sostenuto che la nuova disciplina della revocatoria fallimentare delle rimesse su conto corrente bancario prescinde dalla distinzione tra rimesse su conto scoperto e rimesse su conto passivo, di matrice giurisprudenziale ed elaborata per ancorare le rimesse ai pagamenti di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, in quanto la nuova disciplina speciale per le rimesse, sembra prescindere dalla loro assimilazione a pagamenti e l’espressione “esposizione debitoria” si può riferire anche al saldo passivo (coperto da un’apertura di credito) mentre la ratio del Legislatore è quella di pervenire ad una semplificazione dell’istituto della revocatoria.⁵⁷

L’inattualità della distinzione fra rimesse incidenti su saldo debitore (solo passivo) e rimesse incidenti su saldo debitore scoperto, appare rilevante anche per la problematica della provenienza delle rimesse, in quanto perderebbe importanza la circostanza che la rimessa provenga da un terzo piuttosto che dal fallito.

Tutte le rimesse provenienti da terzi, a prescindere che si tratti di un “benefattore” o di un terzo garante (coobbligato) - potrebbero essere revocabili, in quanto con l’accreditamento sul conto corrente entrerebbero

⁵⁴ v. Vincore, Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare, in Riv. Dir. Proc. ,2005, p. 877 cui adde Arato , op. cit. , p. 183

⁵⁵ v. per quest’ultima teoria Bonfatti, op. cit. , p.129.

nella disponibilità del correntista (poi fallito), anche se una tale soluzione aveva già trovato applicazione sulla base della normativa precedente nell'interpretazione datane da una parte della giurisprudenza di legittimità, fino alla recente pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, che, nel comporre il contrasto giurisprudenziale, ha invece affermato la non revocabilità delle rimesse del terzo fideiussore del fallito sul conto corrente dell'imprenditore, quando risulti che attraverso la rimessa il terzo non ha posto la somma nella disponibilità giuridica e materiale del debitore, ma senza utilizzare una provvista dello stesso debitore e senza rivalersi nei confronti dello stesso prima del fallimento, ha adempiuto in qualità di terzo fideiussore l'obbligazione di garanzia nei confronti della banca creditrice.⁵⁸

E' noto infatti che il pagamento del terzo del debito dell'imprenditore poi fallito può essere revocato, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, solo quando il pagamento sia stato effettuato dal terzo utilizzando denaro del fallito o quando il terzo abbia esercitato la rivalsa verso il debitore prima del fallimento dello stesso e in tale ambito la giurisprudenza aveva dovuto più volte affrontare la problematica del pagamento del fideiussore a favore di una banca mediante bonifico sul conto corrente

⁵⁶ v. ancora Arato, op. cit. , p. 185, ma, contra, Guglielmucci, op. cit. , p. 37 -38.

⁵⁷ V. Bonfatti, op. cit. , p.123.

⁵⁸ cfr. ancora Bomfatti, op. cit. , p.125 , che richiama l'attenzione su Cass., 16.11.1998, n. 11520 (ma in senso opposto v. per tutte Cass. 6943/04) e Tarzia , la revoca del pagamento del terzo, in L'azione revocatoria, cit, p. 250 e ss, che lueggia il recente intervento delle Sez. Un. nella sentenza n. 16874, del 12.08.2006, negando la revocabilità del pagamento del terzo fideiussore anche con la nuova disciplina sulla base dei limiti posti dalla ricordata sentenza delle Sezioni Unite.

bancario dell'obbligato principale , con le richiamate opposte soluzioni interpretative, fino alla recente pronunzia a sezioni unite.⁵⁹

Un ulteriore profilo messo in luce da alcuni autori attiene all'eventuale esenzione anche delle rimesse revocabili non ex art. 67, terzo comma , lett. b), ma ex art. 67, primo comma, n. 2 l. fall., come i casi delle rimesse a rientro di somme mutate dalla stessa banca con iscrizione contestuale di ipoteca, ma anche delle rimesse effettuate da terzi sul conto corrente del fallito a seguito di mandati in rem propriam all'incasso conferiti nell'ambito di anticipazioni al salvo buon fine, considerate come mezzi anormali di pagamento, in quanto mezzi di pagamenti diversi dal denaro, così come le cessioni di credito.

Secondo tale interpretazione l'esenzione da revocatoria prevista dalla norma in esame potrebbe cumularsi con altre esenzioni, quali quelle ad esempio previste dall'art. 67, terzo comma, lett. d) o e).⁶⁰

Per quanto attiene all'onere della prova nel caso in esame, secondo alcuni autori, sarà onere del convenuto in revocatoria e quindi dell'istituto di credito provare che le rimesse sono esenti da revocatoria. Tale impostazione ha incontrato tuttavia alcune obiezioni , in quanto si è osservato che anche a voler considerare l'esenzione della lett. b) una eccezione alla regola generale che vuole revocabili i pagamenti di debiti liquidi e esigibili, la stessa finisce

⁵⁹ V. per tutte Cass. 21.04.1996, n.1013

⁶⁰ v. Cavalli, op. cit. , p.14 che richiama Nigro, Riforma della nuova revocatoria fallimentare, in fallimento, 2005, p. 573 e ss.

per segnare un ritorno alla regola generale, con la conseguenza che dovrebbe spettare al curatore la prova del pagamento revocabile intervenuto nel periodo sospetto.⁶¹

Un'ultima riflessione si impone sul regime transitorio previsto dal legislatore per i fallimenti pendenti al 16.03.2005.

In base a quanto previsto dal art. 2, par. 2 del D.L. 35/05, alle revocatorie in corso o che verranno proposte con riferimento a fallimenti dichiarati sino al 16 marzo 2005, si continuerà ad applicare la previgente normativa (anche processuale) e quindi presumibilmente la giurisprudenza consolidata in materia, tenuto anche conto che per tali azioni revocatorie rimane in vigore il termine di prescrizione di cinque anni decorrente dalla dichiarazione di fallimento o in caso di consecuzione di procedure dall'apertura della prima procedura minore di amministrazione controllata o di concordato preventivo, secondo i consolidati principi affermatasi in giurisprudenza in tema di consecuzione di procedure.

Al riguardo si è sottolineato che il legislatore della miniriforma sulla competitività abbia disposto in maniera differente rispetto al legislatore del 1942, il quale aveva previsto che il nuovo sistema revocatorio non poteva essere applicato ai fallimenti dichiarati anteriormente, mentre il legislatore del 2005 ha, ancora una volta in modo assai confuso, fatto riferimento alle procedure iniziate dopo l'entrata in vigore del d. l. n. 35/05, termine che si

⁶¹ cfr. Guglielmucci, op. cit. , p.46, ma v. in senso contrario cavalli , op. cit. , p.14.

presta a diverse interpretazioni, non essendo affatto equivalente a procedure aperte, ovvero a dichiarazione di fallimento, potendo secondo alcuni anche riferirsi alla ata di presentazione della prima istanza di fallimento (v. artt. 6 e 7 l. fall. che fanno riferimento all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento).⁶²

Tuttavia l'interpretazione di gran lunga prevalente è nel senso che le nuove norme si applicano solamente ai fallimenti dichiarati dopo il 16.03.2005, mentre per i fallimenti pendenti a quella data si continuerà ad applicare la vecchia normativa, disponendo la norma una ultrattività della precedente legge, in deroga al principio del tempus regit actum, dato che la precedente disciplina si continuerà ad applicare non solo ai giudizi pendenti, ma anche a quelli che devono ancora iniziare.

Tale soluzione pone non pochi problemi di costituzionalità della norma, in particolare per quei giudizi che pur riguardando fallimenti pendenti debbano essere ancora iniziati, essendo sembrato ad alcuni poco ragionevole e compatibile con i principi costituzionali che ad azioni iniziate dopo l'entrata in vigore della nuova normativa si applichino le disposizioni previgenti .⁶³

Un ulteriore problema si pone nell'ipotesi di consecuzione di procedure, vale a dire di un fallimento che venga dichiarato in data successiva all'entrata in vigore del decreto legge sulla competitività, ma in consecuzione con una

⁶² v. Bruschetta, la nuova disciplina dell'azione revocatoria, in Bonfatti, op. cit. p. 57

⁶³ v. per la soluzione dubitativa ancora Bruschetta, op. cit. , p.57, mentre per la soluzione positiva nel senso della costituzionalità della norma ,v. Panzani, la revocatoria fallimentare, in Il nuovo diritto fallimentare, Milano, 2005, p.109, che ritiene la disposizione perfettamente comprensibile, dato che una disciplina differenziata nell'ambito della medesima procedura averbbe portato a inammissibili disparità di trattamento tra i destinatari della revoca.

procedura di amministrazione controllata o di concordato preventivo, disposta sotto il vigore della vecchia disciplina, con il conseguente dubbio se la procedura che si apre possa dirsi iniziata prima dell'entrata in vigore delle nuove norme o dopo l'entrata in vigore e applicazione delle precedenti disposizioni sulla revocatoria fallimentare.

Tale soluzione non appare peraltro percorribile, dato che non tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento possono essere considerati come prodotti retroattivamente dal decreto di ammissione alle procedure concorsuali minori.

In tale prospettiva pur essendo applicabile il principio della consecuzione delle procedure per il computo del periodo sospetto, che partirebbe dal decreto di apertura del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata e non dalla dichiarazione di fallimento, le azioni revocatorie da iniziare dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina sarebbero regolate dalle norme introdotte dal decreto sulla competitività con dimezzamento del periodo sospetto e previsione delle nuove esenzioni oggettive dalla revocatoria⁶⁴

Peraltro, è stata anche prospettata la possibilità che, poggiando la prassi applicativa dell'istituto della revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario su delle soluzioni giurisprudenziali più che su univoci dati normativi, la nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse possa indurre anche i

⁶⁴ V. Bonfatti, op. cit. , p.60., cui adde Di Iulio, op. cit. ,p. 122, ma in senso contrario v. Patti, riforma della revocatoria fallimentare: disposizioni transitorie, in *Fallimento*, 2005, 961.

giudici ad un ripensamento delle regole applicative della precedente legislazione.

E' stato rilevato come il nuovo scenario normativo fornisca elementi interpretativi univoci che impongono di ritenere che, anche nelle azioni revocatorie instaurate o da iniziare dagli organi di procedure dichiarate prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, la revocabilità delle rimesse debba essere contenuta nel limite del rapporto tra il massimo scoperto raggiunto nel periodo sospetto ed il saldo passivo finale del conto.

Vi è infine un'ultima riflessione da svolgere sui rapporti fra procedure concorsuali e istituti creditizi, che riguarda il tema sempre più attuale della c. d. concessione abusiva di credito, anche se tale argomento si riallaccia piuttosto al fenomeno della composizione stragiudiziale dell'insolvenza, in quanto il sostegno della banca ad un imprenditore in difficoltà può spaziare dall'intervento legittimo di sostegno ad un imprenditore in mera crisi temporanea, fino all'abusivo sostegno all'imprenditore che si trovi in crisi irreversibile o anche in vera e propria insolvenza⁶⁵.

Con tale espressione si è soliti fare riferimento al fenomeno del sostegno dato dalla banca ad un imprenditore in crisi, vale a dire del sostegno dato ad un imprenditore in stato più o meno grave di decozione e quindi diretto a tenerlo artificiosamente in vita, con conseguente danno rappresentato

⁶⁵ V. da ultimo, Campolattaro, La concessione abusiva di credito, in *Impresa*, 2006, 9, p.1369 e ss e Esposito, La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di danni per abusiva concessione del credito, in *fallimento*, 2006, p.1128 e ss.

dall'aumento del passivo e dall'induzione degli altri creditori anteriori a proseguire i rapporti con l'impresa e a non attivare i possibili rimedi e i creditori successivi a iniziare rapporti, in quanto gli stessi non potevano conoscere con l'ordinaria diligenza l'effettiva situazione patrimoniale del debitore.⁶⁶

La giurisprudenza di legittimità ha infatti affermato che la condotta della banca che continui a erogare credito a imprese decotte, nonostante abbia consapevolezza, o debba averla in ragione della diligenza imposta dal rispetto dei principi di sana e corretta gestione del credito, dell'incapacità dell'impresa sovvenuta di garantire la restituzione di quanto ricevuto, appare possedere i caratteri dell'antigiuridicità.

A parte i complessi problemi attinenti alla prova del danno subito dai creditori per l'abusiva concessione di credito, la questione più dibattuta era quella della legittimazione o meno del curatore ad esercitare l'azione di risarcimento dei danni, in quanto esistevano differenti orientamenti giurisprudenziali, che hanno trovato recente composizione nella decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte che hanno statuito la non legittimazione del curatore, laddove lo stesso faccia valere il danno patito direttamente dai creditori sociali.⁶⁷

⁶⁶V. Campolattaro, op. cit., p. 1369 che sottolinea come il concetto di crisi abbia una accezione giuridica essendo utilizzato dal legislatore sia nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, nella quale viene ricollegato all'insolvenza, sia nella disciplina del riformato concordato preventivo.

⁶⁷V. Cass. Sez. Un. , 28.03.2006, n.7030, in Fallimento, 2006, 10, p. 1125, con commento cit. di Esposito, il quale tuttavia sottolinea come la decisione non sia condivisibile ove il danno non riguardi tanto i creditori sociali, quanto piuttosto il danno cagionato direttamente al patrimonio dell'impresa fallita o nel caso di fenomeni direzione e di coordinamento di società .

Il problema della concessione abusiva di credito, a prescindere dalla legittimazione del curatore o dei singoli creditori danneggiati dalla condotta della banca, si pone oggi in termini nuovi, in riferimento alle esenzioni da revocatoria previste all'art. 67, terzo comma lett. d) e e), relative ai piani di risanamento e agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art 182 bis.

Va infatti verificato se l'adesione della banca ad un piano previsto dalle norme in questione, valga ad esonerarla non solo da revocatoria, ma eventualmente anche da responsabilità per abusiva concessione di credito.⁶⁸

C) LE VENDITE A GIUSTO PREZZO DEGLI IMMOBILI

La nuova esenzione trova applicazione in tutte le ipotesi di vendita di immobili effettuate nei sei mesi anteriori al fallimento, tanto da una società di costruzioni , quanto dall'imprenditore (o dal socio illimitatamente responsabile) fallito come persona fisica, in quanto rientranti nel suo patrimonio personale, sempre che l'acquirente abbia effettuato l'acquisto per destinare l'immobile ad abitazione principale, sua o di un parente o affine entro il terzo grado al giusto prezzo.

L'esenzione in esame va coordinata con quella contenuta nell'art. 10 , primo comma, del d. lgs. n.122/05 secondo il quale gli atti a titolo oneroso che hanno come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di

⁶⁸ V . sul punto Esposito, op. cit. , p.1128 , in nota, n. 2.

godimento di immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipulazione del preliminare, non sono soggetti ad azione revocatoria prevista dall'art. 67 del R. D. 16.03.1942, n. 267 e successive modificazioni.

Le due orme non sono facilmente coordinabili tra loro anche perché la prima norma entrata in vigore è quella di cui al D. L. n. 35/05 con cui è stato modificato l'art. 67 l. fall., mentre la seconda norma, in attuazione della legge delega 2.08.2004, n. 210, è entrata in vigore solamente in data 21.07.2005.

L'esenzione dalla revocatoria prevista dal D. L. n. 35/05 sembra avere una portata più ampia, in quanto è volta a tutelare non solo gli acquirenti di immobili in costruzione, ma anche gli acquirenti degli immobili non in corso di costruzione, pur escludendo la tutela degli acquisti effettuati con strumenti diversi dalla vendita, ma le diverse espressioni indicate dalle due norme si riferiscono in realtà alle medesime fattispecie negoziali immediatamente produttive di effetti traslativi del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento e quindi non solo alla compravendita, ma anche alla permuta.⁶⁹

Altri autori ritengono invece che l'espressione vendita possa essere riferita anche alle vendite con patto di riservato dominio o alle locazioni con patto di futura vendita, anche quando l'effetto traslativo, che non si verifica alla conclusione del contratto, non sia ancora maturato alla data del fallimento.

L'esenzione da revocatoria richiede pertanto che l'acquisto venga effettuato al giusto prezzo, ovvero al prezzo di mercato, oscillante secondo alcuni fra un valore minimo e un valore massimo di mercato e non una cifra determinata e

⁶⁹ v. Farina, op. cit., p.175, che fa notare come la particolarità della disciplina relativa agli immobili da costruire è data dal fatto che essi sono dedotti nei contratti la cui conclusione fa sorgere l'obbligo della fideiussione in una concezione dinamica, ossia con caratteristiche non ancora esistenti, mentre quando questa concezione dinamica cessa ad essa si sostituisce una concezione statica.

precisa (e l'atto non sarà revocabile neppure nel caso in cui il prezzo superi il valore massimo del mercato immobiliare).⁷⁰

Vi è tuttavia un difetto di coordinamento fra questa norma e l'ipotesi del primo comma dell'art. 67, relativa alle vendite a prestazioni sproporzionate, ove il limite è fissato in oltre un quarto del prezzo medio, mentre nel caso del secondo comma il riferimento è al prezzo minimo di mercato, non essendo chiaro se nel caso in cui il prezzo pagato si discosti da quello di mercato, ma in misura inferiore al quarto, l'atto sia o meno revocabile.

Secondo alcuni autori bisogna distinguere il caso di un immobile venduto al giusto prezzo di mercato, inteso come prezzo massimo, nel qual caso la fattispecie è esente da revocatoria, dall'ipotesi dell'immobile venduto ad un prezzo inferiore ad oltre un quarto del valore di mercato, nella quale opera la presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza e dall'ipotesi in cui il prezzo sproporzionato sia in misura inferiore al quarto, nel qual caso l'atto sarebbe revocabile, ma l'onere della prova sulla scientia decotiois graverebbe sul curatore.⁷¹

Presumibilmente superata dalle recenti disposizioni di natura fiscale di cui all'art. 1, comma 497, l. 266/05 appare la questione della simulazione relativa al prezzo effettivamente pagato e alle connesse problematiche relative alla data certa dell'eventuale controdeklarazione ai fini dell'opponibilità al curatore, in quanto la riforma della base imponibile ai fini dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale consente l'applicazione dei moltiplicatori alle rendite catastali quindi può spingere le parti a indicare il vero prezzo nell'atto notarile, mentre in caso contrario dovrebbe risultare dal preliminare avente data certa opponibile al fallimento.⁷²

⁷⁰ v. sul punto, Fabiani, *Appunti sulla riforma*, cit., p. 1426 cui adde Santangeli, *op. cit.*, p. 282

⁷¹ v. ancora Fabiani, cit., p. 1247, ma in senso dubitativo Farina, *op. cit.*, p. 188.

⁷² v. Santangeli, *op. cit.*, p. 284; Fabiani, *Appunti*, cit., p. 1426 e comunque v. anche Terranova *op. cit.*, p. 42 secondo cui i limiti alla prova nella simulazione relativa del prezzo non sono così stringenti come si pensa, ma in senso contrario Farina, *op. cit.*, p. 186.

Nell'atto di vendita non appare necessaria l'indicazione della destinazione a differenza di quanto previsto dalla legge sulla tutela degli acquirenti dagli immobili da costruire, che ha richiesto espressamente tale requisito.

Per quanto attiene al termine " principale " si ritiene che lo stesso vada inteso nel senso di abitazione nel quale il titolare del diritto reale e i suoi familiari vi dimorino abitualmente, così come indicato dalla normativa fiscale ai fini I.C I. o dell'art. 15, lett. b) del TUIR, con conseguente inapplicabilità dell'esenzione ad acquisti di seconde case per villeggiatura.⁷³

F) I PAGAMENTI DI CORRISPETTIVI PER LE PRESTAZIONI DI LAVORO EFFETTUATE DA DIPENDENTI ED ALTRI COLLABORATORI, ANCHE NON SUBORDINATI DEL FALLITO.

Anche questa disposizione tende a favorire oltre che l'ordinaria attività d'impresa, anche le categorie dei lavoratori dipendenti (o dei lavoratori dipendenti dalle agenzie di lavoro interinale), o parasubordinati, quali i prestatori di opera coordinata e continuativa, con la conseguenza che la separata previsione, rispetto all'ipotesi di cui alla lett. a), va estesa pure ai corrispettivi di lavoro domestico, nel caso di fallimento di una persona fisica, e ai pagamenti non effettuati nei termini d'uso.

E' dubbia invece l'applicabilità della norma ai rapporti di agenzia e rappresentanza commerciale, dato che il riferimento dell'art. 409, n. 3, cpc ha una valenza meramente processuale e non sostanziale, mentre sono esclusi i professionisti che abbiano svolto un singolo incarico, non assimilabili ai lavoratori parasubordinati.⁷⁴

Secondo altri invece nell'esenzione in questione rientrerebbero tutti i collaboratori anche non parasubordinati e quindi tutti coloro che fruiscono del

⁷³ v. Santangeli, op. cit. , p.285.

⁷⁴ v. Santangeli, op. cit. , p. 286 , Guglielmucci, op. cit. , p.29 e Farina , op. cit., p. 207.

privilegio di cui all'art 2751 bis cod. civ., fra cui i prestatori d'opera di cui all'art. 2222 cod. civ. , i prestatori d'opera intellettuale, i collaboratori per prestazioni occasionali, quali i procacciatori d'affari, con esclusione solamente degli amministratori, dei collaboratori degli amministratori e dei liquidatori, dato che gli stessi non possono essere considerati lavoratori subordinati, né professionisti svolgendo attività gestoria e non fruendo del privilegio di cui all'art. 2751 bis , nn. 1 e 2.⁷⁵

D) e E) ESENZIONI RELATIVE AGLI ACCORDI DI CONCORDATO PREVENTIVO DI RISRUTTURAZIONE DEI DEBITI E DI ESECUZIONE DI UN PIANO DI RISANAMENTO STRAGIUDIZIALE CON I CREDITORI

L'art. 182 bis del d. l. n.35/05, convertito nella legge 14.05.2005, n.80, contenente disposizioni urgenti nell'ambito del piano per lo sviluppo economico sociale e territoriale, nel modificare il titolo terzo della legge fallimentare , ha introdotto un istituto di tipo nuovo, diverso dal concordato preventivo, il cui impianto pur con delle notevoli modificazioni è rimasto sostanzialmente immutato , in quanto presuppone l'omologazione del Tribunale , che rende efficace l'accordo proposto anche nei confronti degli altri creditori dissenzienti.

Per contro gli accordi di ristrutturazione vengono stipulati dal debitore con i creditori che devono rappresentare almeno il sessanta per cento dell'intero ceto creditorio, senza sacrificio delle ragioni dei dissenzienti (o dei non partecipanti all'accordo), ai quali deve essere assicurato l'integrale

⁷⁵ Cfr. Nicolini , I pagamenti di lavoro e equiparato , in Bonfatti , La disciplina, cit. ,p.81 e ss.

pagamento dei loro crediti, senza alcuna lesione della par condicio creditorum.

Le origini di questo nuovo mezzo di soddisfacimento delle ragioni dei creditori, così come il diverso istituto previsto dal novellato art. 67, terzo comma, lett e) relativo al c. d. piano di riequilibrio finanziario, deve farsi risalire a quello orientamento giurisprudenziale che tendeva ad ammettere la soluzione stragiudiziale della crisi per precludere la dichiarazione di fallimento, anche a fronte di un coinvolgimento parziale di un particolare ceto creditorio (ad esempio bancario) attraverso la legittimazione del pactum de non petendo⁷⁶.

Va tuttavia osservato che sotto il vigore della precedente legislazione concorsuale gli accordi stragiudiziali con i creditori, non trovavano alcuna disciplina normativa, con la conseguenza che gli aderenti all'accordo erano esposti al rischio di essere coinvolti in reati di bancarotta preferenziale e all'eventuale esercizio di azioni revocatorie o di subire azioni per abusiva concessione del credito, per cui la norma in esame ha opportunamente colmato un vuoto, introducendo una disciplina molto duttile, flessibile e cautelativa, ma proprio per questo alquanto lacunosa.⁷⁷

Il dibattito sia dottrinale che della giurisprudenza sulla validità o meno del concordato stragiudiziale deve infatti farsi risalire nel tempo e ancora sotto il vigore della precedente disciplina poteva ormai dirsi consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità della validità della soluzione amichevole della crisi, anche se le diverse pronunzie divergevano poi fra la tesi più rigorista che pretendeva l'unanimità dei consensi dei creditori (v. Cass. 8.02.1989,n.795) e quella più liberale (v. Cass.28.10.1992, n.11722), che ammetteva la non unanimità dei consensi ai fini della rimozione

⁷⁶ G. Lo Cascio, La nuova legge fallimentare legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge, in *Fallimento*, 2005, 361 e S. Pacchi, Il nuovo concordato preventivo, in www.Fallimentoonline.it; M. Arato, Fallimento : le nuove norme introdotte con la legge 80/2005, in *Il diritto fallimentare*, 2006, n1, p.157 e ss.

⁷⁷ v. Arato, op. cit., p. 172.

dell'insolvenza, a condizione che il debitore fosse in grado di dimostrare che con tali accordi con una parte soltanto del ceto creditorio, era venuto meno il dissesto.

Negli ultimi anni si era pertanto ampiamente diffusa la prassi di stipulare con i creditori e segnatamente con gli istituti di credito, degli accordi tesi al superamento della crisi e finalizzati ristrutturare le imprese in crisi e a evitare il fallimento, salvaguardando i complessi produttivi e si erano manifestate tutte le inadeguatezze della legge fallimentare, con le rigorose previsioni in tema di azioni revocatorie e reati fallimentari, che in molti casi costituivano un serio ostacolo all'attuazione dei piani di risanamento stragiudiziali⁷⁸.

La legge n.80/05 ha introdotto due istituti del tutto nuovi nel panorama del nostro diritto fallimentare rappresentati dal piano di risanamento dell'impresa e dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, anche se già il vecchio art 825 del codice di commercio del 1882 prevedeva una figura abbastanza simile rappresentata dalla possibilità per l'imprenditore di concludere un accordo amichevole con i creditori alla duplice condizione di ottenere l'adesione di almeno il 70% dei creditori e l'assunzione dell'obbligo da parte di questi ultimi di risolvere insieme con il debitore le conseguenze di ogni lite con i dissenzienti.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si differenziano dal concordato preventivo sotto diversi profili, in quanto come in tutti i casi di composizione stragiudiziale dell'insolvenza non è richiesto il rispetto del principio della par

⁷⁸ V. sul punto, Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p.123; Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, p. 586; Frascaroli Santi, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984; id. *Effetti della composizione giudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995; id. *Gli accordi di ristrutturazione e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in Bonfatti - Falcone, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p.227; Ambrosiani – Demarchi, *Il nuovo concordato Preventivo*, Milano, 2005, p.178; Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005; id Pacchi *la nuova disciplina del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, cit. p.211; Ferro, *I nuovi strumenti negoziali di regolazione dell'insolvenza, e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditore: storia italiana di una timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 587 e ss.; id., *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto soc.*, 2005, p.54, Marano, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 2006, p. 101; Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Ambrosiani, *La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, p.379 e Grossi, *Le soluzioni concordate della crisi: i piani di risanamento*, in Ambrosiani, op. cit., p.409.

condicio creditorum, a differenza del concordato dove è possibile solamente, con la nuova disciplina, dividere i creditori chirografari in classi, nel rispetto del principio del trattamento paritario all'interno della stessa classe e tenuto conto che tale principio deve essere necessariamente rispettato nei confronti dei creditori privilegiati, i quali continuano a dover essere soddisfatti per l'intero, non essendo ammessi al voto.

Negli accordi di ristrutturazione è sufficiente per contro raggiungere degli accordi con tanti creditori che rappresentino il sessanta per cento del ceto creditorio, attraverso l'adesione sia di creditori privilegiati che chirografari, anche a condizioni differenziate per creditori aventi la stessa posizione giuridica e interessi omogenei.⁷⁹

Va inoltre rammentato che i creditori non aderenti all'accordo devono essere soddisfatti regolarmente e per l'intero e pertanto non è richiesta alcuna votazione come nel concordato preventivo.

La procedura prevista dall'art. 182 bis l. fall. appare caratterizzata da due fasi, una di natura stragiudiziale, nella quale l'imprenditore in crisi deve trovare degli accordi con la maggioranza del sessanta per cento dei creditori ai fini della composizione del dissesto e una di natura giudiziale, in cui l'accordo raggiunto, per essere produttivo di effetti, deve essere sottoposto al vaglio del Tribunale in sede di omologazione, previa iscrizione nel registro delle imprese per renderlo pubblico.

La norma in commento stabilisce infatti che l'accordo di ristrutturazione dei debiti, stipulato con la citata maggioranza dei creditori, una volta depositato presso il registro delle imprese e corredato dalla relazione di un esperto avente ad oggetto l'attuabilità del piano e in particolare l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, deve essere depositato in Tribunale per il giudizio di omologazione.

⁷⁹v. Guglielmucci, op. cit., p.125.

Il Tribunale in questa fase, decise le eventuali opposizioni proposte dai creditori dissenzienti, o da ogni altro interessato, deve procedere all'eventuale all'omologazione dell'accordo in camera di consiglio con decreto motivato.

La natura ibrida dell'istituto ha indotto la dottrina a chiedersi quale sia la natura dell'accordo, vale a dire se lo stesso costituisca una forma particolare di concordato preventivo o un istituto a sé stante, tenuto conto che dalla soluzione di tale interrogativo, dipendono svariate questioni, quali la possibilità o meno di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni del debitore, analogamente a quanto previsto nel concordato preventivo o il trattamento fiscale delle sopravvenienze attive derivanti dalle rinunce⁸⁰ parziali dei crediti da parte dei creditori aderenti all'accordo.

Alcuni autori propendono per la natura autonoma degli accordi di ristrutturazione dei debiti, soprattutto in ragione dell'assenza di effetti remissori per i creditori che non aderiscono all'accordo, rispetto alle prospettive previste in tema di concordato e alla disposizione di cui all'art. 67, terzo comma lett. E), ove concordato e accordi di ristrutturazione vengono considerati come ipotesi distinte e nettamente separate, oltre all'assenza di rinvii espressi al concordato, che non riguardino aspetti procedurali e alla mancanza della nomina di un giudice delegato e di un commissario giudiziale⁸¹.

Per contro altri autori, nell'affermare che gli accordi rappresentano solamente uno strumento rafforzativo della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, sottolineano il fatto che l'art. 182 bis prevede che l'accordo venga depositato con la documentazione di cui all'art. 161 e richiamano l'attenzione sulla relazione alla legge n. 80/05 ove il legislatore sembrerebbe assimilare i due istituti e il profilo sistematico dell'inserimento

⁸⁰ v. Ambrosiani-Demarchi, op. cit. , p.184.

⁸¹ v.G. Lo Cascio La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto, op. cit., p 362; S. Pacchi, Gli accordi, op. cit. 856; Ambrosiani- Demarchi, op. cit., 184 e ss.

della norma in esame nel contesto delle disposizioni sul concordato preventivo⁸².

La tesi che i due istituti, degli accordi di ristrutturazione e di concordato preventivo, vadano tenuti distinti mi pare preferibile tenuto conto dell'aspetto sostanziale rappresentato dalla circostanza che nel concordato preventivo è prevista, come carattere saliente della procedura, l'esdebitazione del debitore anche nei confronti dei creditori che non hanno votato a favore o che non sono stati chiamati a votare sulla proposta, perché non inseriti nell'elenco dei creditori o comunque per non aver chiesto di essere ammessi al passivo ai fini delle votazioni, mentre negli accordi di ristrutturazione avviene esattamente l'opposto, dato che l'effetto esdebitatorio si verifica solamente per i creditori che hanno stipulato l'accordo e non per quelli rimasti estranei al progetto, e tale differenza si riverbera sul giudizio di omologazione, in quanto nel primo caso lo stesso è teso a salvaguardare i creditori contrari o non partecipanti all'accordo, mentre nel secondo caso è diretto a tutelare le ragioni dei creditori favorevoli all'accordo evitando che debbano eventualmente sopportare le conseguenze dell'esdebitazione dell'imprenditore successivamente fallito, con l'esenzione dalla revocatoria per le garanzie ottenute a scapito del patrimonio destinato principalmente a soddisfare i creditori estranei agli accordi stessi.⁸³

I PRESUPPOSTI PER L'AMMISSIONE ALLA PROCEDURA

⁸² v. sul punto Ferro, cit., p.595 e Quatraro, Il giudizio di omologazione,cit, p.36, nonché Coppola, L'accordo per la ristrutturazione dei debiti, in Pacchi , Il nuovo concordato preventivo, cit. , p. 317 e 323, secondo il quale non vi sarebbe stata alcuna ragione, in caso contrario, ove non si vedesse negli accordi di ristrutturazione una forma particolare e accelerata di concordato preventivo,di introdurre due istituti senza differenze sostanziali, stante l'ipotizzato carattere privatistico di entrambe le fattispecie e il comune esonero dalle conseguenze della revocatoria.

⁸³ v. Marano,Concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la transazione fiscale. In Il nuovo fallimento, Milano2006, p. 777; Guglielmucci, op. cit., p.126.

La norma in questione non prescrive né requisiti di meritevolezza, né prende in esame le ragioni che possono spingere l'imprenditore a promuovere la procedura di ristrutturazione dei debiti, ma essendo inserita all'interno della disciplina relativa al concordato preventivo si ritiene che i presupposti, tanto soggettivi, quanto oggettivi debbano essere gli stessi previsti per il fallimento e il concordato e quindi che la procedura riguardi solamente gli imprenditori non piccoli e che presuntivamente si trovino in stato di crisi (vale a dire in stato di crisi o di insolvenza).⁸⁴

Al riguardo va tuttavia notato che la legge non dice assolutamente nulla in merito al presupposto oggettivo e non richiama in particolare l'art. 160 l. fall, secondo cui per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, con la conseguenza che la dottrina si è divisa fra coloro che ritengono preferibile la tesi che tale presupposto debba comunque sussistere e coloro che invece ritengono non indispensabile tale requisito e quindi la non necessità che l'imprenditore versi in crisi o in insolvenza, anche se appare difficile che un imprenditore che non si trovi in crisi o in insolvenza si esponga alla pubblicità negativa rappresentata dalla pubblicazione dell'accordo, potendo piuttosto in questo caso puntare sul piano stragiudiziale di risanamento.⁸⁵

L'accordo di ristrutturazione deve essere depositato, secondo la laconica disposizione di cui al primo comma dell'art. 182 bis, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Come osservato da alcuni commentatori, il testo della legge contiene una evidente imprecisione in quanto l'art. 161 non prevede che il debitore debba fare nessuna dichiarazione, ma solo sottoscrivere il ricorso, che contenga il

⁸⁴ v. Marano, cit., p. 781; Ambrosiani, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni, in *Fallimento*, 2005, p. 949.

⁸⁵ v. per una rassegna delle diverse posizioni, Marano op. cit., p. 782, il quale sottolinea come lo stato di crisi sia riconducibile per un estremo all'insolvenza e all'estremo opposto ad uno stato sostanzialmente assimilabile alla temporanea difficoltà ad adempiere; ma sul punto v. anche diffusamente, Guglielmucci, op. cit., p. 56 e ss.

piano di ristrutturazione e la documentazione ivi indicata, con la conseguenza che, secondo alcuni con il termine “ dichiarazione “ il legislatore ha inteso fare riferimento alla affermazione del debitore di aver raggiunto l'accordo con i creditori nelle percentuale prevista, mentre altri ritengono che abbia inteso fare riferimento alla relazione dell'esperto di cui al terzo comma, colmandone i contenuti precettivi⁸⁶.

Tale accordo deve contenere il piano di ristrutturazione dei debiti, che sostituisce in tutto o in parte il piano di concordato preventivo (o integra il piano di concordato , se si aderisce alla teoria che gli accordi di ristrutturazione realizzano soltanto una modalità alternativa di esecuzione del concordato) e deve essere accompagnato dalla relazione del professionista , che attesti la fattibilità del medesimo e la veridicità dei dati aziendali.

Per quanto riguarda il contenuto degli accordi va rilevato che gli stessi non si discostano dai metodi usualmente utilizzati nei casi di soluzione stragiudiziale della crisi (c. d. fenomeno della privatizzazione dell'insolvenza), quali le dilazioni di pagamento, le rinunce totali o parziali degli interessi o di una parte del capitale, l'emissione di titoli di debito con valenza novativa, la conversione dei crediti, in capitale di rischio con la sottoscrizione di azioni di una new company (le così dette newco) mediante compensazione (essendo la compensazione in sede di aumento di capitale ormai ammessa dalla giurisprudenza), e come previsto dall'art. 4 bis del d. l. n. 347/03, che ha introdotto il principio della partecipazione dei creditori al rischio imprenditoriale , o più in generale tutti quegli accordi o operazioni che incidono sull'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi.

L'accordo per quanto riguarda il debitore può inoltre prevedere sia la continuazione diretta dell'attività imprenditoriale o l'affidamento ad un terzo, mediante cessione dell'intero complesso aziendale o di rami d'azienda, o

⁸⁶ v. Guglielmucci, cit., p.126; Marano, cit., p. 781; per la prima interpretazione ; Canale, le nuove norme sul concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione,, in Riv. Dir. Proc., 2005,p. 919 e Pacchi, cit., p. 282, per la seconda teoria.

anche la cessione dei beni ai creditori o a dei mandatarî degli stessi, o infine la loro liquidazione.

In particolare in questa ottica ci si è chiesti se gli accordi di ristrutturazione consentano la dismissione di cespiti o le ristrutturazioni aziendali come nel concordato preventivo e quindi non solo delle operazioni volte a ripristinare l'equilibrio gestionale e il risanamento dell'impresa, mediante piani finanziari o ristrutturazioni aziendali, con cessione di rami d'azienda non funzionali al core business dell'impresa o sostituzione dell'imprenditore nella gestione della stessa, ma anche la liquidazione dell'intero patrimonio del debitore e la cessazione della sua attività e sulla scorta delle finalità di soddisfacimento dei creditori non si è esclusa neppure quest'ultima possibilità di natura meramente liquidatoria, tipica delle forme di concordato preventivo con cessione dei beni.⁸⁷

L'accordo deve tuttavia essere finalizzato a ripristinare le condizioni di solvibilità dell'impresa, assicurando il pagamento dei creditori aderenti al patto in percentuale e senza che fra costoro sia rispettata la par condicio, a condizione che gli altri creditori estranei al patto vengano soddisfatti per l'intero e in maniera regolare, vale a dire alle scadenze pattuite e con mezzi normali.

Negli accordi di ristrutturazione non vi è infatti necessità di rispettare la par condicio creditorum, in quanto i creditori, privilegiati e non, che hanno aderito all'accordo, hanno disposto liberamente del loro credito, mentre gli altri creditori estranei al patto devono essere regolarmente soddisfatti e non subiscono pertanto nessuna falcidia delle proprie pretese.

In tale ottica persino i creditori privilegiati, che aderiscano all'accordo, possono essere soddisfatti in percentuale, a differenza che nel nuovo concordato preventivo, dove l'opinione prevalente non solo in dottrina, ma anche nelle prime pronunzie giurisprudenziali di merito, è nel senso che

⁸⁷ V. in senso favorevole, Guglielmucci, op. cit., p. 129, ma per l'opposta opinione, Marano, op. cit., p.776.

essi, non possono essere suddivisi in classi e soddisfatti in percentuale, come i creditori chirografari non essendo ammessi al voto, non prevedendo neppure le nuove norme né la possibilità, né le modalità per costoro, pena la perdita del privilegio, di aderire al piano concordatario.

Ne consegue che negli accordi di ristrutturazione importanza fondamentale riveste la relazione del professionista, il quale è chiamato ad attestare, non solo la veridicità dei dati aziendali, ma soprattutto l'attuabilità del piano, intesa come verifica della capacità dello stesso di ripristinare l'equilibrio finanziario e gestionale dell'impresa, in modo da consentire il regolare pagamento dei creditori estranei allo stesso con le residue risorse a disposizione del debitore.

Non vi sono dubbi che la relazione del professionista debba avere i medesimi contenuti di quella prevista dall'art. 161 per il concordato preventivo, ovvero stante l'esplicito rinvio all'art. 28 l fall. quelli richiesti al curatore per garantire la sua terzietà rispetto all'imprenditore che propone l'accordo.

Il professionista non deve limitarsi ad una valutazione prognostica sull'attuabilità dell'accordo proposto ai creditori, ma deve attestare che una volta eseguito l'accordo il debitore abbia i mezzi sufficienti per soddisfare i creditori che non hanno partecipato al piano, rimanendone estranei o per scelta volontaria o perché non a conoscenza dello stesso o tardivamente informati.

Anche se non esplicitamente previsto, appare evidente che il professionista debba verificare la veridicità dei dati contabili e aziendali, non limitandosi a un mero controllo dei dati fornitigli dall'imprenditore, ma verificando effettivamente la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa e questo anche al fine di una valutazione dell'eventuale responsabilità extracontrattuale ex art. 2403 cod. civ. in cui potrebbe incorrere nei confronti dei debitori non aderenti all'accordo, nel caso di negligente espletamento del suo incarico.

Al riguardo è controverso se l'esperto risponda per responsabilità aquilana o contrattuale nei confronti dei creditori e se allo stesso sia applicabile l'art. 64 cpc, in forza del richiamo operato dall'art.2501- sexies cod. civ. come nel caso dell'esperto nominato nel piano stragiudiziale di soluzione della crisi (tenuto conto che l'art. 2506-sexies a sua volta effettua un espresso rinvio all'art.2501-bis, 6° comma, che dispone che l'esperto risponde dei danni causati, applicando la disposizione dell'art. 64 cpc, la quale richiama anche le disposizioni del codice penale relative ai periti, quali ad esempio gli artt. 314, 366 e ss. C.p.) e se legittimato all'azione di responsabilità sia il curatore del fallimento o i singoli creditori danneggiati, anche se tale ultimo aspetto mi sembra possa essere risolto nel senso che nel caso di successivo fallimento dell'imprenditore che abbia proposto il piano, la legittimazione non possa spettare che al curatore fallimentare, mentre nelle altre ipotesi rimanga in capo ai singoli creditori (estranei all'accordo) rimasti danneggiati.⁸⁸

La responsabilità del professionista evidenzia che la tutela dei creditori e la valutazione della serietà del piano sono rimessi alla relazione dell'esperto, mentre il Tribunale ha un diminuito potere di controllo di tali elementi, a meno che non vi sia l'opposizione di alcuni creditori estranei al piano, nel qual caso il Tribunale procederà ad una valutazione , anche nel merito dell'attendibilità e fattibilità del piano e dei dati contabili e aziendali esposti , mediante apposita istruttoria, secondo le regole dei procedimenti in camera di consiglio

⁸⁹

GLI ASPETTI PROCEDURALI

⁸⁸ V. Coppola, op. cit., p.290; Marano, op. cit., p.785; Presti, op cit. p.17, secondo cui l'esperto non risponde ai sensi dell'art. 64 cpc, non essendo ausiliario di giustizia, ma per una opinione diversa cfr. anche De Crescenzo-Panzani, Il nuovo diritto fallimentare, op. cit. ,p.72 e Ferro, art. 182 – bis ,cit., p.56

⁸⁹ cfr. in tal senso Coppola , op.cit. ,p. 311 e Guglielmucci, op.cit., 132, mentre secondo altri autori anche in assenza di opposizioni , il tribunale avrebbe il potere di vagliare il piano nel merito, eventualmente disponendo l'opportuna istruttoria con la nomina di consulenti tecnici per la valutazione dell'attuabilità dell'accordo, cfr. sul punto Marano , op. cit., p.785, Ambosini, op cit.,p. 951; De Crescenzo- Panzani, op. cit., p. 74.

L'art. 182 bis dispone che l'accordo deve essere depositato insieme alla dichiarazione e alla documentazione di cui all'art. 161 presso il Tribunale, nulla aggiungendo circa la competenza dell'organo giurisdizionale e dovendosi quindi fare riferimento, atteso l'inserimento della norma nel capo terzo della legge fallimentare, relativo alla disciplina del concordato preventivo, all'art. 161 l. fall. in tema di tale procedura concorsuale minore, che individua la competenza secondo il criterio della sede principale dell'impresa, vale a dire del luogo in cui si trova il centro direttivo e amministrativo degli affari della stessa, secondo la consolidata definizione della giurisprudenza di legittimità, anche in tema di concordato preventivo (v. per tutte Cass. 24.07.1994, n.11143), senza considerare gli eventuali trasferimenti avvenuti nell'anno anteriore alla presentazione della domanda (cfr. art. 9 l. fall) .

La domanda si propone con ricorso sottoscritto dal debitore o dal legale rappresentante della persona giuridica che propone l'istanza e deve essere corredato dalla documentazione prevista dall'art. 161 l. fall. relativa a :

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione,
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore,
- d) l'indicazione del valore dei beni e dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;

nonché dal piano di ristrutturazione dei debiti, essendo il richiamo alla presentazione del piano un riferimento meramente procedurale e dalla

relazione dell'esperto circa la veridicità dei dati contabili e aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

La legge non indica quali siano le modalità con cui i creditori devono prestare il proprio consenso al piano, anche se appare evidente che il consenso deve essere prestato per iscritto e in forma da rendere certa l'adesione e l'individuazione del creditore, mediante l'autenticazione della firma ad opera di un notaio (cfr. Tribunale Bari, 21.11.2005, in Fallimento, 2006, 169). L'accordo può essere contenuto in una serie di convenzioni bilaterali o in un documento unitario, sottoscritto da tutti i soggetti partecipanti alla convenzione, accordo che deve essere depositata in Tribunale insieme alla restante documentazione indicata dalla norma in esame.⁹⁰

Va inoltre rammentato che l'accordo in questione deve essere pubblicato sul Registro delle Imprese e la prova dell'avvenuto assolvimento dell'obbligo pubblicitario di iscrizione nel Registro deve essere depositata in Tribunale in uno con il relativo ricorso e la richiamata documentazione.

Il Tribunale deve provvedere in camera di consiglio, con decreto motivato, dopo aver deciso sulle eventuali opposizioni dei creditori dissenzienti, nonché di ogni altro interessato, opposizioni che devono essere presentate con ricorso al Tribunale competente entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle Imprese.

Sulla legittimazione dei creditori a presentare l'opposizione vi sono divergenti interpretazioni in dottrina, in quanto la norma non sembra distinguere fra creditori che hanno partecipato all'accordo e creditori che non hanno aderito al piano, anche se alcuni autori sottolineano come l'inclusione dei primi sia discutibile, avendo questi ultimi altri rimedi, rispetto all'opposizione al piano, quali l'annullamento o la risoluzione del concordato. Tuttavia l'opinione prevalente è nel senso che anche questi ultimi siano legittimati all'opposizione, in particolare quando nelle more della presentazione del

⁹⁰ V. Marano, op. cit., p. 774; Coppola, op. cit., p. 292.

ricorso, siano sopravvenute ulteriori passività e inadempienze del debitore, che abbiano fatto scendere la percentuale degli aderenti al piano al di sotto della percentuale minima richiesta dalla legge del sessanta per cento, con i connessi rischi di non attuabilità del piano.

Per contro i creditori estranei possono opporsi al piano quando dagli elementi evidenziati dall'imprenditore emerga l'inattuabilità dell'accordo di ristrutturazione e quindi l'impossibilità di garantire il regolare e integrale pagamento dei creditori non partecipanti all'intesa.

Nell'incertezza circa la legittimazione o meno dei creditori aderenti all'opposizione alcuni autori ritengono ammissibile la previsione espressa nell'accordo di una clausola di non opposizione, attraverso la quale chi aderisce rinuncia a tale diritto di lite, salvo l'eventuale ipotesi di discesa del valore dei crediti aderenti al di sotto del minimo legale.⁹¹

La norma in esame non contiene alcuna indicazione circa la procedura da seguire in caso di opposizione, ma il riferimento alle norme procedurali sul concordato preventivo consente di superare agevolmente il vuoto normativo, ritenendo applicabile alla fattispecie in esame la procedura in camera di consiglio di cui all'art. 180 l. fall., con conseguente potere del Tribunale di svolgere d'ufficio l'eventuale istruttoria, delegando anche un componente del collegio per tali incumbenti.⁹²

Isolata rimane l'opinione di alcuni autori che considerano la fase di omologazione come solo eventuale e legata alla presenza o meno di opposizione di creditori o di terzi interessati, in quanto la lettera della legge prevede la presentazione del piano di ristrutturazione al vaglio del Tribunale,

⁹¹ Cfr. Coppola, op. cit. 309, ma v. anche Guglielmucci, op. cit., p. 133, secondo cui la legittimazione dei creditori non aderenti all'accordo è ipotizzabile anche quando non sia stata raggiunta la maggioranza, perché l'accordo può intervenire anche attraverso una serie di adesioni non contestuali e la sua attuabilità può essere legata al raggiungimento di una determinata soglia, cosicché le adesioni possono essere espressamente o tacitamente subordinate al raggiungimento della stessa. Per contro l'opposizione appare preclusa quando sia solo frutto di un ripensamento sull'adesione originariamente data.

⁹² Cfr ancora Coppola, op. cit., p.310, ma per una diversa opinione v. Ambrosini, op. cit. , p. 5.

il quale deve necessariamente esprimersi omologando o non omologando l'accordo a prescindere dalla presenza o meno di opposizioni.

Per contro alcuni interpreti ritengono che in assenza di opposizioni il potere del Tribunale sia di mera legittimità e il controllo limitato quindi agli aspetti formali, quali la presenza di tutta la documentazione prevista dalla legge e il raggiungimento della percentuale del 60% dei creditori aderenti al piano, mentre nel caso di opposizione i poteri dell'organo giudicante diverrebbero molto più estesi e riguarderebbero anche il merito della proposta, con conseguente vaglio oltre che degli aspetti formali, anche della attuabilità e convenienza del piano e della meritevolezza dell'imprenditore e con il solo limite dell'interesse dell'opponente, analogamente a quanto previsto nel concordato preventivo⁹³.

Il Tribunale in fatti non è chiamato a valutare la convenienza economica del concordato, ma principalmente i requisiti di attuabilità del piano e quindi se lo stesso sia in grado o meno di rimuovere l'insolvenza, mediante il prospettato accordo remissorio e/o dilatorio con i creditori, volto normalmente a salvaguardare l'impresa attraverso la sua cessione parziale o totale o il suo ridimensionamento o con la sostituzione dell'imprenditore.

Nel caso di assenza di opposizioni il Tribunale decide in camera di consiglio, senza fissare udienza di comparizione delle parti, non essendovi nomina di un commissario giudiziale e quindi necessità di audizione delle parti davanti al Collegio, mentre nel caso di opposizioni, sarà necessario instaurare un contraddittorio con i creditori oppositori a cui dovrà essere notificato il ricorso e la fissazione dell'udienza in camera di consiglio.

L'impugnazione del decreto di omologa (o di rigetto dell'omologa) dell'accordo è regolato dalle norme sul concordato preventivo, in virtù dell'espresso richiamo dell'art. 182 bis, 4° comma all'art. 183, con la

⁹³ v. Ambrosini, op. cit. , p. 5; Pacchi, op. cit. , p.18; De Crescenzo- Panzani, op. cit. , p.51 ; Coppola, op. cit. , p.311, nonché Guglielmucci, op. cit., p. 130, che sottolinea come una valutazione di merito , in assenza di opposizioni non sia consentita neppure nel concordato preventivo, ma per l'opposta opinione sui poteri del Tribunale v. ancora, Marano, op. cit. , p.786- 787.

precisazione che tuttavia ad evitare una sanzione di prevedibile incostituzionalità della norma, la disposizione deve essere intesa nel senso che per le parti costituite il dies a quo per l'impugnazione va identificato in quello della ricezione della comunicazione del provvedimento e non in quello dell'iscrizione nel Registro delle imprese, sulla scorta della statuizione contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale di data 12.11.1974, n. 255 in merito ai termini dell'art. 183 l. fall. in materia di impugnazione.⁹⁴

Nell'ipotesi in cui il Tribunale non omologhi il piano, secondo un primo indirizzo interpretativo, il Collegio dovrebbe verificare la sussistenza dei presupposti o meno per la dichiarazione di fallimento e quindi della sussistenza dello stato di insolvenza, che come già analizzato non costituisce necessariamente il presupposto oggettivo per la presentazione del ricorso, essendo sufficiente il mero stato di crisi (o secondo un minoritario indirizzo neppure quello), procedendo all'istruttoria prefallimentare, mentre nel caso in cui verifichi l'insussistenza dello stato di dissesto dovrebbe limitarsi a rigettare l'omologazione archiviando il ricorso.⁹⁵

Tale soluzione, indubbiamente compatibile con la normativa anteriore al d. lgs. n.5/06, in ragione del richiamo alle norme processuali e quindi all'art. 173 l. fall., non tiene tuttavia conto che l'art. 8 della legge fallimentare, che prevedeva l'iniziativa officiosa del tribunale per la dichiarazione di fallimento è stato abrogato, con la conseguenza che il Tribunale non può più procedere d'ufficio in assenza di istanze dei creditori , né alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione può essere assegnata valenza di istanza di fallimento ad iniziativa del debitore ex art.6 l. fall, anche perché la richiesta di omologazione dell'accordo può essere avanzata da un imprenditore che non si trova in insolvenza e forse neppure in stato di crisi.

⁹⁴ V. Guglielmucci, op. cit., p. 135 cui adde Marano , op. cit., p. 787, il quale sottolinea anche che, poiché le norme si riferiscono al giudizio di cognizione ordinaria, sembra preferibile che anche il giudizio d'appello, come quello di primo grado, si svolga secondo il rito camerale.

⁹⁵ V. Coppola , op. cit., p. 313, nonché in senso conforme , Pacchi, op. cit., 225 e Panzani, op. cit., p. 9.

In tale evenienza il Tribunale dovrebbe invece, a mio avviso, limitarsi all'eventuale segnalazione al P. M. dello stato di dissesto dell'imprenditore, in modo che lo stesso possa avviare la richiesta di cui al primo comma dell'art. 6, ai sensi del novellato disposto dell'art. 7, n. 2 l. fall.⁹⁶

Nel caso di mancata omologazione secondo alcuni autori l'accordo sarà comunque vincolante per i creditori aderenti al piano, in assenza di una contraria volontà, che ne preveda la risoluzione, ma i creditori non potranno beneficiare dell'esenzione dalla revocatoria, che presuppone l'omologazione dell'accordo, anche se in tale evenienza all'accordo potrà essere attribuita l'efficacia del piano di cui all'art. 67, terzo comma l. fall., nell'ipotesi in cui ne sussistano i requisiti, mentre altri sottolineano come la mancata omologazione comporti il venir meno anche dell'efficacia e validità dell'adesione espressa dai creditori, essendo la stesa condizionata all'approvazione del Tribunale.⁹⁷

GLI EFFETTI DELL'OMOLOGAZIONE

L'effetto di maggior rilievo che consegue all'omologazione dell'accordo è rappresentato dall'esenzione dalla revocatoria di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in attuazione degli accordi e tali effetti retroagiscono al momento dell'iscrizione dell'accordo nel Registro delle imprese, con la conseguenza che l'esenzione può riguardare anche atti posti in essere prima dell'omologazione, ma dopo la pubblicazione del piano nel Registro delle imprese.

⁹⁶ Cfr. per la non dichiarabilità d'ufficio del fallimento, in assenza di istanze dei creditori, Allegretti, Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti e transazione fiscale, in *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p.725 e Ferro, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza, cit.,p. 509.

⁹⁷ V. in tal senso per la tesi dell'efficacia ridotta dell'accordo, MARANO, OP. CIT., p. 786, MENTRE IN SENSO NEGATIVO COPPOLA, OP. CIT., P.313.

La presentazione dell'accordo fino a quando il Tribunale non abbia deciso sulla richiesta di omologazione impedisce inoltre la dichiarazione di fallimento, mentre si esclude dai più la possibilità di applicare agli accordi di ristrutturazione la disciplina prevista dall'art. 168 l. fall. in tema di concordato, che dispone il divieto di azioni esecutive individuali in pendenza della procedura e questo perché gli accordi vengono stipulati solamente con una parte del ceto dei creditori e a quelli rimasti estranei all'accordo non può essere precluso il ricorso ai normali mezzi di tutela delle proprie ragioni in sede esecutiva, con conseguente possibilità di aggressione dei beni del debitore.⁹⁸

Del tutto lacunosa appare la norma, sia per quanto attiene all'esecuzione del piano e ai relativi controlli, sia per quanto attiene ai rimedi in caso di inesecuzione degli obblighi derivanti dagli accordi o di successiva impossibilità di attuazione degli stessi per circostanze sopravvenute e quindi della possibilità di annullamento o risoluzione del ricorso omologato, non essendo certamente applicabile la normativa prevista dall'art. 185 l. fall., che riguarda il solo concordato preventivo, ove l'accordo è vincolante per tutti i creditori, anche per quelli dissenzienti e non come nel caso in esame ove l'accordo è vincolante solo per quelli partecipanti all'accordo.

Nel caso di mancata esecuzione delle obbligazioni previste nell'accordo o del mancato pagamento integrale e regolare dei creditori estranei ci si è chiesto quale sia la sorte del piano omologato, in quanto come si è visto i creditori non facenti parte dell'accordo non sono in alcun modo vincolati dalla procedura e mantengono quindi il potere di aggredire il patrimonio del debitore se non soddisfatti alle scadenze pattuite, con tutti i mezzi messi loro a disposizione dall'ordinamento e pertanto con azioni esecutive individuali o

⁹⁸ v. in tal senso Guglielmucci, op. cit. , p.136, Copola, op. cit. , p. 300 e Marano, op. cit., p.788, mentre per la contraria opinione v. Ferro, I nuovi strumenti cit., p. 587 e id.art. 182 bis, cit. 59 ove l'autore sostiene che anche i creditori estranei all'accordo non possano aggredire i beni del debitore dalla data del deposito dell'accordo nel Registro delle imprese e fino all'omologazione.

con l'iscrizione di titoli di prelazione o provvedimenti cautelari (ad es. con iscrizioni di ipoteche giudiziali) o anche presentando istanza di fallimento.

L'opinione prevalente è nel senso che mentre i creditori aderenti all'accordo di fronte all'inadempimento del debitore o all'impossibilità di dare esecuzione all'accordo, conformemente alla natura contrattuale dello stesso, possono procedere con le regole previste dal codice civile per la risoluzione del contratto ai sensi degli art.. 1453 e ss. , i creditori estranei all'accordo proprio perché non vincolati, possono procedere con i normali strumenti cautelari e esecutivi e munirsi di garanzie reali, non essendo fra l'altro neppure legittimati a poter ricorrere ai normali rimedi di risoluzione del vincolo contrattuale, non essendo parte del contratto .

Si tende invece ad escludere la necessità di passare attraverso una risoluzione del concordato, anche perché ben difficilmente potrebbe essere applicato l'art. 137 l. fall relativo alla pronunzia d'ufficio del Tribunale , mancando nella norma in esame qualsiasi riferimento all'art. 186 l. fall dettato in materia di concordato preventivo.⁹⁹

Solo nell'ipotesi, scartata dai più, che l'accordo non sia che una particolare modalità di attuazione del concordato preventivo, si potrebbe pervenire all'applicazione diretta delle norme sulla risoluzione o l'annullamento del concordato ai sensi del combinato disposto degli artt. 173 e 186 l. fall.

Per quanto attiene alle conseguenze della risoluzione dell'accordo o del suo annullamento, l'assenza di qualsiasi indicazione da parte del legislatore ha portato la dottrina a dividersi sui possibili esiti del venir meno dell'efficacia degli accordi e in particolare delle conseguenze derivanti dal fallimento dell'imprenditore inadempiente.

⁹⁹ V. Guglielmucci, op cit. , p. 138 e ss., Ferro, art. 182 bis, cit. p. 59, ma v. anche Coppola , op cit., p. 314 e ss., che assimila per contro l'accordo ad un contratto di transazione, con la conseguenza che bisognerebbe di volta in volta verificare la natura novativa o meno delle singole convenzioni con i creditori, onde pervenire all'applicazione dell'art.1976 cod. civ., prevedendo tale norma che la risoluzione della transazione non possa essere chiesta se la stessa ha contenuto novativo, a meno che non sia stata espressamente inserito nell'accordo transattivo il diritto alla risoluzione del contratto.

Secondo alcuni il fallimento non avrebbe come conseguenza la riviviscenza dei crediti originari, almeno per quanto riguarda i creditori aderenti all'accordo che potrebbero di conseguenza insinuarsi solamente per il credito rinegoziato, mentre secondo altri la risoluzione dell'accordo e il fallimento del debitore travolgerebbero la rinegoziazione dei debiti, stante la retroattività degli effetti della risoluzione e i creditori riacquisterebbero nella loro interezza i diritti spettanti prima dell'accordo.¹⁰⁰

Gli effetti della risoluzione o dell'annullamento dell'accordo, secondo la prevalente opinione, non si estendono fino a consentire la proponibilità delle azioni revocatorie nei confronti degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo, in quanto il legislatore ha voluto privilegiare la definitività degli effetti prodottisi, rispetto alla situazione anteriore, come appare evidente dalla ratio dell'istituto. In particolare si ritiene, e tale opinione mi sembra pienamente condivisibile, che siano irrevocabili non solo i pagamenti, anche parziali eseguiti in base all'accordo, ma anche i pagamenti ai creditori estranei all'accordo, il cui soddisfacimento venga effettuato proprio grazie al piano di ristrutturazione dei debiti, pur rimanendo estranei all'esecuzione dell'accordo.¹⁰¹

Problematico appare infine il tema della c. d. nuova finanza, vale a dire dell'immissione nell'impresa in crisi di risorse fresche erogate in seguito all'omologazione del piano, dirette a consentire il pagamento regolare dei creditori estranei, in quanto il legislatore pur essendosi premurato di sancire la non revocabilità delle garanzie concesse in esecuzione del piano, non ha previsto alcunché riguardo alla natura o meno prededucibile dei crediti sorti durante il tentativo di ristrutturazione, in ipotesi di successivo fallimento.

¹⁰⁰Per la prima tesi v. De Crescenzo – Panzani, op. cit., p. 67 e Ferro, 182 – bis cit., p.62, mentre per la seconda v. Guglielmucci, op cit., p. 138 e Coppola, op.cit., p. 315.

¹⁰¹ V. sul punto Bonfatti Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, in Bonfatti- Censoni, La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006, p. 286 e id. Bonfatti, La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale della crisi di impresa, Milano, 2005, p.141 e ss., nonché Guglielmucci, op cit., p. 138

Sotto tale profilo si dubita dai più che tali crediti possano essere considerati prededucibili ex art. 111 l. fall., come crediti sorti in occasione e in funzione delle procedure concorsuali, in quanto si dubita che gli accordi in questione siano una procedura concorsuale, tenuto anche conto dell'assenza di controlli sull'attività dell'imprenditore ammesso all'accordo di ristrutturazione.

Va inoltre considerata la problematica connessa alla responsabilità per concessione abusiva di credito, che non pare essere innovata dalle disposizioni sulla composizione negoziale della crisi, in quanto gli accordi in esame ricevono protezione solamente sotto il profilo dell'azione revocatoria degli atti posti in essere per la loro esecuzione, mentre per il resto tutto è rimasto immutato, con conseguente possibilità di agire con la tutela aquilana per il risarcimento dei danni per concessione abusiva di credito per le operazioni poste in essere in esecuzione di un tentativo di composizione (anche stragiudiziale) della crisi.¹⁰²

L'accordo di ristrutturazione può infine essere impugnato con l'azione di annullamento, prevista dal codice civile, principalmente nel caso di induzione in errore dei creditori, attraverso una falsa rappresentazione di attività o passività, con aumento artificioso dell'attivo o del passivo e viceversa o anche alle altre ipotesi considerate dalla disciplina di diritto comune.¹⁰³

In tale evenienza si deve d'altro canto ritenere che l'esenzione dalla revocatori non possa salvaguardare atti o pagamenti effettuati eventualmente in favore di creditori collusi, non potendo l'omologazione costituire la copertura per accordi fraudolenti, mentre saranno tuttavia esenti da revocatoria gli atti costitutivi di garanzie o le alienazioni verso soggetti terzi,

¹⁰² v. Coppola, op cit., p.303; Ambrosini, op cit. , p. 195; Ferro, op cit. , p. 62 e diffusamente sul punto relativo alla responsabilità per concessione abusiva del credito Bonfatti, Le esenzioni, cit., p.95 e ss.

¹⁰³ Cfr. Guglielmucci, op cit., p. 139-140, che fa anche riferimento all'ipotesi definita " inquietante" della collusione fra debitore e maggioranza (effettiva o puramente affermata) dei creditori. Osserva l'autore che "...l'assenza di qualsivoglia controllo officioso, la mancanza di efficaci strumenti di informazione al di là della relazione dell'esperto e la sostanziale inidoneità della stessa pubblicazione nel registro delle imprese a rendere edotti i creditori estranei dell'intervenuto raggiungimento dell'accordo e dell'inizio del decorso del termine per proporre opposizione ad omologa, rendono certamente possibile collusioni in danno dei creditori estranei."

non coinvolti negli accordi, con l'unico possibile rimedio rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, prima del compimento di tali atti.¹⁰⁴

Va infine rammentato che l'ultimo comma dell'art 182 ter, ha dichiarato inapplicabili agli accordi di ristrutturazione dei debiti le disposizioni relative alla transazione fiscale, che rimangono circoscritte al solo accordo di ristrutturazione dei debiti proposto ai sensi dell'art. 160 l. fall. nell'ambito del concordato preventivo, conformemente a quanto previsto nella legge delega per la riforma delle procedure concorsuali.

IL PIANO STRAGIUDIZIALE DI SOLUZIONE DELLA CRISI

La rassegna sulle soluzioni stragiudiziali dell'insolvenza non può dirsi completa se non si esamina un ulteriore istituto introdotto dal legislatore in alternativa all'accordo di cui all'art.182 bis.

Come sottolineato da molti autori l'obiettivo primario della riforma di questa parte della legge fallimentare era di mettere al riparo dalle azioni revocatorie e dalle incriminazioni per bancarotta preferenziale le operazioni di risanamento o ristrutturazione aziendale di natura stragiudiziale, che venivano giudicate in alcuni casi più idonee a salvaguardare il bene primario rappresentato dall'impresa, rispetto alle procedure concorsuali di composizione dell'insolvenza.

La riforma in tal senso ha introdotto i due istituti in esame degli accordi di ristrutturazione e del piano per il riequilibrio finanziario, prevedendo in entrambi i casi delle ipotesi di esenzione dalle revocatorie, mentre nulla ha previsto sul piano penalistico, anche se ci si domanda se l'aver dato riconoscimento su piano ciclistico a determinate operazioni non possa avere dei risvolti anche sotto il profilo dei reati fallimentari e segnatamente della bancarotta preferenziale.

¹⁰⁴ Cfr. ancora testualmente, Guglielmucci, op. cit., p. 139.

La riforma del concordato preventivo e della revocatoria fallimentare attuata con la legge n.80/05 ha infatti previsto l'esenzione dalla revocatoria oltre che per gli atti posti in essere in esecuzione dall'accordo di cui all'art. 182 bis (art. 67, terzo c., lett. e) anche per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore, purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501 bis , quarto comma, del cod. civ. ex art. 67, terzo c. , lett. d).

Tale esenzione è stata inserita dal legislatore nell'intento di riconoscere piena legittimazione a quegli accordi di natura stragiudiziale che coinvolgono i soggetti interessati senza il vaglio del Tribunale, meglio noti come concordati stragiudiziali o composizione stragiudiziale dell'insolvenza¹⁰⁵, anche se la portata del concordato preventivo può essere più ampia, potendo mirare non tanto alla salvaguardia dell'impresa, ma piuttosto alla sua liquidazione al fine di soddisfare i creditori e evitare il fallimento.

E' noto che tale figura di concordato e in particolare il c. d. pactum de non petendo, vale adire il patto che rende inesigibile il credito per un determinato periodo di tempo, dopo le prime pronunzie sfavorevoli della giurisprudenza, era stato ritenuto legittimo dalla Suprema Corte anche nell'ipotesi più problematica che non raccogliesse l'adesione dell'intero ceto creditorio¹⁰⁶, ma comunque tale composizione stragiudiziale conosceva non poche difficoltà, stante l'esposizione, in caso di successivo fallimento, al rischio di azioni revocatorie nei confronti dei pagamenti effettuati e al rischio della bancarotta preferenziale in cui potevano incorrere i falliti e anche i creditori coinvolti negli atti lesivi della par codicio.

Si è tuttavia notato che le operazioni di ristrutturazione dei debiti anche prima di questa riforma conoscevano una certa forma di protezione, atteso che gli

¹⁰⁵ V. Frascaroli Santi, Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza, Padova, 2005.

¹⁰⁶ V. Cass., 9.05.1992, n.5525 e 20.02.1990, n.1439.

istituti di credito da tempo utilizzavano i mutui fondiari per fornire nuova finanza all'impresa in crisi, fidando sul fatto che la legge 16.0.1905, n. 646 sul credito fondiario, malgrado le successive modificazioni intervenute con le norme introdotte dalla legge n. 492/75 e dal TUB del 1993 non era mai stata abrogata e prevedeva la drastica riduzione del periodo sospetto a soli dieci giorni dall'iscrizione ipotecaria, rendendo praticamente esenti da revocatoria tali operazioni¹⁰⁷

Il legislatore tuttavia si è spinto anche oltre, in quanto non ha neppure previsto che il piano necessiti del consenso dei creditori, in quanto non vi è alcuna necessità di raccogliere le adesioni dei creditori al piano di risanamento dell'impresa, anche se tale soluzione appare la più usuale e praticabile in concreto, volendo comunque privilegiare soluzioni stragiudiziali della crisi, che mirino alla salvaguardia dell'impresa o almeno a parte di essa, non essendo escluso che il salvataggio e il riequilibrio finanziario passino attraverso cessioni di complessi produttivi o parziali dismissioni, o anche attraverso la sostituzione dell'imprenditore con l'apporto di nuovi capitali da parte del acquirente¹⁰⁸.

Il legislatore ha quindi voluto favorire il più possibile il ricorso ad accordi stragiudiziali fra debitore insolvente o in crisi e i creditori ai fini del salvataggio dell'impresa, salvataggio che non sempre appare possibile nel concordato preventivo, che anche dopo la riforma mantiene la possibilità di mero soddisfacimento dei creditori, mediante la liquidazione dei singoli beni del debitore, anche se tali soluzioni non possono beneficiare, come tutte le

¹⁰⁷ v. sul punto diffusamente, Terranova, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, p. 48 e ss., il quale evidenzia come una volta eliminato ogni limite funzionale e soggettivo all'erogazione di tali mutui, caratterizzati solo dalla necessità di essere garantiti da iscrizioni ipotecarie di primo grado, le banche abbiano utilizzato tali prestiti per finalità di ricapitalizzazione di imprese in crisi o semplicemente sottocapitalizzate, salvo che la giurisprudenza aveva poi sottoposto a revocatoria tutti quei giroconti interni utilizzati dalla banca per estinguere i rapporti in chirografo già esistenti o anche l'ipoteca iscritta sulla base di una supposta frode alla legge.

¹⁰⁸ v. Bonfatti, *La disciplina*, cit., p. 141 cui adde Coppola, op cit., p. 324, che sottolinea giustamente come la soluzione stragiudiziale possa passare tanto da accordi fra creditori e debitore, quanto da piani unilaterali.

soluzioni stragiudiziali, della moratoria dei pagamenti e del divieto di azioni esecutive previsto dal concordato preventivo¹⁰⁹.

L'esenzione introdotta dal legislatore prevede espressamente che il piano di salvataggio e riequilibrio finanziario sia asseverato da un esperto, il quale deve attestarne la ragionevolezza, sempre che lo stesso sia idoneo ai fini prefissati di risanare l'impresa assicurandone l'equilibrio finanziario.

La norma in riferimento alla relazione dell'esperto richiama l'art. 2501 bis cod. civ. (che riguarda le modalità di realizzazione della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, c. d. operazioni di leveraged buyout delle società di capitali), individuando in tal modo le caratteristiche che deve possedere l'esperto incaricato di valutare il piano, esperto tuttavia che non è secondo l'interpretazione prevalente un organo pubblico, ma solo un professionista privato, che deve essere iscritto all'albo dei revisori contabili, o una società di revisione, scelta direttamente dall'imprenditore che propone il piano.¹¹⁰

L'esperto secondo alcuni autori risponde dei danni causati ai creditori e al debitore in quanto nei suoi confronti si applica l'art. 64 cpc, dato che la sua relazione rappresenta il presupposto per l'esenzione dalle revocatorie e deve essere in grado di dimostrare in maniera sufficientemente certa la tenuta del piano, certificando sia l'entità del passivo, sia la futura possibilità di eliminazione dell'insolvenza.¹¹¹

La norma non chiarisce poi se l'esenzione da revocatoria riguardi solamente i pagamenti effettuati in esecuzione di un piano accettato dalla maggioranza dei creditori, ma la maggior parte degli interpreti propende per la non necessità dell'approvazione dei creditori, sempre che il piano presenti dei

¹⁰⁹ V. Ferro, I nuovi strumenti, cit., p. 587 per il quale il piano di risanamento è finalizzato a riordinare le varie componenti finanziarie, immobiliari e mobiliari dell'impresa.

¹¹⁰ V. però, Panzani, op cit., p. 30, secondo cui l'esperto, il revisore contabile o la società di revisione, deve essere designato dal Tribunale quando la società che intende proporre il piano sia una società per azioni o una società in accomandita per azioni, o quando la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, o sia quotata in mercati regolamentati, in virtù del richiamo dell'art. 2501 bis agli artt. 2501 sexies e 2409 bis cod. civ. e anche Coppola, op. cit., p. 325.

¹¹¹ V. Arato, op. cit., p. 177.

requisiti di ragionevolezza attestati dall'esperto, che possono tuttavia consistere anche nell'accettazione dello stesso dalla maggioranza dei creditori, in quanto in caso contrario si potrebbe dubitare della stessa ragionevolezza del progetto.

In tal senso si ipotizza che il piano possa essere presentato anche senza l'assenso dei creditori in maniera unilaterale, o con l'assenso di un numero minimo di creditori, sempre che lo stesso presenti però dei requisiti di ragionevolezza tali da consentire comunque il riequilibrio della situazione finanziaria, tenuto conto anche del dato letterale della norma ove non si fa menzione della parola accordo, ma si utilizza il solo termine di piano di risoluzione della crisi dell'impresa, che sembrerebbe implicare la non necessità del raggiungimento dell'accordo con la maggioranza dei creditori.¹¹² Al riguardo è opportuno notare come l'assenso dei singoli creditori per la rinegoziazione di ciascuna posizione debitoria, sia comunque indispensabile, in quanto il piano deve necessariamente passare attraverso una serie di singoli accordi con i creditori, che possono riguardare tanto rinunce parziali, quanto semplici moratorie, rispetto ai termini di pagamento inizialmente previsti, ma tale autonomo accordo con ciascun creditore non implica che vi sia anche un assenso della maggioranza dei creditori al piano di riequilibrio finanziario nel suo insieme.¹¹³

Non si dimentichi che già in passato la giurisprudenza aveva ritenuto legittimo il pactum de non petendo stipulato con una parte soltanto dei creditori, quando l'imprenditore fosse stato in grado di dimostrare che tali accordi escludevano l'insolvenza, andando a diminuire le obbligazioni residualmente

¹¹² v. ancora Panzani, op. cit., p.30 e ss. il quale sottolinea come il piano vada valutato a prescindere dall'approvazione o meno della maggioranza dei creditori, sempre che il riassetto sia sorretto dal requisito della ragionevolezza.

¹¹³ cfr. F. Santangeli, Disciplina delle revocatorie, in *Il nuovo Fallimento*, cit., p.289, il quale fa giustamente notare come in questo caso ogni creditore ha un accordo autonomo e non esista tutela della par condicio, né vi sia pubblicizzazione degli accordi intercorsi con gli altri creditori, a differenza di quanto previsto negli accordi di cui all'art. 182 bis.

esigibili ad un ammontare tale da consentirgli l'adempimento puntuale e con mezzi normali di pagamento di tutti i debiti contratti.¹¹⁴

Il contenuto e le caratteristiche del piano stragiudiziale differiscono inoltre dall'accordo dell'art. 182 bis e dal concordato preventivo, in quanto possono avere un contenuto anche più ampio rispetto alla mera ristrutturazione dei debiti, dato che il legislatore ha previsto come finalità del piano stragiudiziale quella di riequilibrare dal punto di vista economico e finanziario l'impresa, lasciando al debitore (in accordo o meno con i creditori) la più ampia scelta del mezzo per giungere a tale risultato.

In tal senso si è notato che le finalità del piano sono quelle di ottenere il risanamento dall'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria, in modo da eliminare la crisi in cui versa l'impresa e finanche il suo eventuale stato di dissesto.

La caratteristica di questo nuovo istituto voluto dal legislatore è che esso prescinde da qualsiasi forma di pubblicità e di validazione preventiva, sia dei creditori, sia del Tribunale, se non quella rappresentata dalla relazione dell'esperto, con la conseguenza che il successivo vaglio del Tribunale potrà avvenire solamente nel caso in cui venga promossa una azione revocatoria.

Si ritiene che la certificazione dell'esperto e gli accordi con i creditori, tuttavia , proprio perché manca un controllo preventivo del Tribunale per essere opponibili al fallimento successivo, devono essere muniti di data certa.¹¹⁵

Tale soluzione comporta tuttavia il dubbio se il Tribunale, chiamato a valutare la sussistenza dei requisiti per l'esenzione dalle revocatorie, in un momento successivo, quando il piano sia evidentemente naufragato e sia intervenuto il fallimento, debba fare riferimento, per giudicare la ragionevolezza del piano al momento in cui lo stesso è stato predisposto, oppure debba valutare il piano e quindi l'esattezza o meno delle attestazioni effettuate dall'esperto allo stato attuale, atteso che la norma fa riferimento al piano che appare idoneo a

¹¹⁴V. ancora Cass. cit., 26.02.1990, n. 1493 e 26.06.1992, n. 8012.

¹¹⁵ V. sul punto ancora Arato, op. cit. , p.177.

superare la crisi e non , come presumibilmente sarebbe stato più opportuno, al piano che al momento della sua predisposizione appariva idoneo a consentire il risanamento.¹¹⁶

CONCLUSIONI

La conclusione che si può trarre dall'analisi effettuata dei nuovi strumenti di composizione della crisi di natura stragiudiziale, non appare particolarmente positiva, in quanto la mancanza di estensione degli effetti dell'accordo ai creditori dissenzienti o non informati, l'assenza di protezione per il debitore da azioni esecutive e cautelari, la non prevedibilità della nuova finanza nel caso di successivo fallimento, la possibile responsabilità risarcitoria per ricorso abusivo al credito e la possibile responsabilità penale per concorso in bancarotta preferenziale¹¹⁷ o in bancarotta da aggravamento del dissesto per ritardata richiesta di fallimento, per non parlare dei possibili rischi di natura tributaria, rendono poco appetibile il ricorso a tali procedure stragiudiziali, indirizzando più facilmente gli imprenditori in crisi verso il concordato preventivo, anche se , come è stato giustamente notato, tale soluzione stragiudiziale appare, allo stato e salvo modificazioni della normativa sul concordato preventivo, sulla scorta delle novità introdotte in tema di concordato fallimentare (art.127 nuovo testo l. fall.), l'unica percorribile

¹¹⁶ Cfr sul punto Mandrioli, La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa, in Bonfanti, La disciplina, cit., p.14 e Coppola, op. cit. , p. 327, nonché Terranova . op. cit. p.53, il quale sottolinea come la norma raccomandi una particolare cautela al giudice, nella valutazione degli atti, non dovendo quest'ultimo limitarsi ad accertare, se il debitore è fallito, che il piano era insufficiente, ma dovendo valutare, sulla scorta della relazione dell'esperto, se – ex ante - fosse ragionevole attendersi un esito positivo del tentativo di risanamento e questo sia poi naufragato per fatti sopravvenuti e imprevedibili.

¹¹⁷ Ma su questo punto le opinioni divergono, in quanto alcuni autori ritengono che sia l'accordo ex art. 182 bis, sia il piano di risanamento, non più improntati al rispetto della par condicio, vengano ad incidere sul piano oggettivo sulla fattispecie incriminatrice della bancarotta preferenziale: Cfr. sul punto Ambrosini,- Demarchi, op. cit. , p. 195 e ss. e Lo Cascio, op. cit., p.362, mentre altri ritengono che nulla sia mutato, cfr. Bonfatti, op. cit. , p.102.

quando non si sia in grado di soddisfare integralmente i creditori privilegiati.¹¹⁸

G) I PAGAMENTI DI DEBITI LIQUIDI E ESIGIBILI ESEGUITI ALLA SCADENZA PER OTTENERE LA PRESTAZIONE DI SERVIZI STRUMENTALI ALL'ACCESSO ALLE PROCEDURE CONCORDATE DI AMMINISTRAZIONE CONTROLLATA E CONCORDATO PREVENTIVO.

Anche tale esenzione sembra connessa con quelle precedenti e sembra riguardare le prestazioni effettuate dal professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano del solo concordato preventivo e dell'amministrazione controllata (ora abrogata) e non anche degli accordi per la ristrutturazione dei debiti ex art 182 bis e per il piano di risanamento di cui all'art. 67, lett. d) l fall.

Tuttavia si è osservato che tale esclusione letterale appare poco comprensibile , in quanto queste prestazioni potrebbero ricadere nelle esenzioni di cui alla lett. a) o f), dato che si tratta di prestazioni che vengono effettuate nell'esercizio dell'attività di impresa o da collaboratori non subordinati dell'imprenditore, anche se mi sembra che tale ultima ipotesi sia poco percorribile, dovendosi trattare per godere dell'esenzione di prestazioni di tipo coordinato e continuativo e non singole.¹¹⁹

ASPETTI PROCESSUALI

¹¹⁸ cfr. Ambrosini, op cit. , p. 196 il quale sposa la tesi, d'altro canto maggioritaria, che nel concordato preventivo, non si possa suddividere in classi, con relativo pagamento in percentuale, anche i creditori privilegiati, che pertanto continuano a dover essere soddisfatti per intero , a prescindere dalla capienza o meno dei beni su cui si esercita il loro privilegio o la loro prelazione, non potendo gli stessi votare, pena la perdita del privilegio, v. per una rassegna delle problematiche connesse: Panzani, Le Classi dei creditori, una rassegna comparativa, in Pacchi, Il nuovo Concordato preventivo, p. 97 e ss., mentre per l'opinione contraria e quindi per l'ammissibilità della suddivisione in classi anche dei creditori privilegiati, con attribuzione del diritto di voto, cfr. Censoni, la nuova disciplina del concordato preventivo, in Pacchi, Il nuovo concordato, cit., p. 205 e ss.

¹¹⁹ V. per la tesi favorevole Farina , op. cit. , 206 e Guglielmucci, op. cit., p. 31 e per quella contraria Santangeli , op. cit. , p.293, che sottolinea come abbia volutamente anche se incomprensibilmente escluso tali ultime due ipotesi.

L'art. 24 della l. fall. è stato modificato dalla legge di riforma non solo al primo comma , ma anche con l'aggiunta di un secondo comma , di difficile lettura, che stabilisce che le controversie che derivano dal fallimento debbono essere trattate – se non diversamente disposto – con le regole dei procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 - 742 del codice di procedura civile.¹²⁰

La dottrina ha subito messo l'accento sulla portata di una simile disposizione, in quanto tutte le azioni derivanti dal fallimento e segnatamente le azioni revocatorie, si trovano ad essere regolate dalle scarse, se non addirittura inesistenti, disposizioni dei procedimenti in camera di consiglio, che mal si adattano alla trattazione di controversie di natura giurisdizionale, che vanno ad incidere su diritti soggettivi.

Tale scelta si inquadra nel fenomeno della c. d. cameralizzazione dei riti, vale a dire nella scelta operata sempre più frequentemente dal legislatore di assoggettare tutta una serie di controversie di natura contenziosa, che vanno comunque a incidere su diritti soggettivi e status, con un rito sommario pensato per una procedura sostanzialmente non contenziosa quale è la giurisdizione volontaria, con le conseguenti problematiche di adeguamento di tale procedura sommaria ai principi costituzionali del giusto processo¹²¹.

In particolare tale giurisdizione che da sempre si contrappone a quella contenziosa e che riguarda la cura e la gestione di interessi privati dotati di rilevanza sociale, prevede un rito in camera di consiglio completamente deformalizzato, retto dal principio inquisitorio e culminante in un provvedimento privo dei requisiti di definitività e delle caratteristiche del giudicato formale, in quanto sempre modificabile o revocabile, che non pochi problemi pone all'interprete una volta che tale modello venga

¹²⁰ V. Fabiani, Competenza e rito nelle azioni che derivano dal nuovo fallimento, in [www. Judicium.it](http://www.Judicium.it), Farina , Il nuovo rito per le azioni revocatorie fallimentari, in Tarzia, L'azione revocatoria, cit. , p.37 e ss.

¹²¹ v.Nardi, op cit. , p.130 e ss. che richiama anche le norme della legge di riforma della disciplina dell'amministrazione delle grandi imprese in stato di insolvenza, e in particolare l'art. 1 l. n. 274/ 98, che prevede un procedimento camerale per tutte le controversie nel ambito di tale procedura concorsuale.

improvvisamente utilizzato per i procedimenti contenziosi, quantomeno senza una adeguato adattamento.

I primi commentatori hanno sottolineato come il legislatore, con una scelta del tutto estemporanea, ha ritenuto di utilizzare ancora una volta il rito camerale visto come un contenitore neutro idoneo a disciplinare anche liti sui diritti soggettivi, pur se tale scelta appare tecnicamente non particolarmente riuscita¹²².

Questa scelta appare abbastanza in linea con le tendenze di riforma della legge fallimentare ove tutta una serie di controversie vengono affidate al rito camerale, tanto che si è affermato che nella riforma vi è una tendenza alla cameralizzazione dei riti, (già manifestatasi con la riforma della legge “ Prodi “) ma che non appare sorretta da una adeguata regolamentazione degli aspetti processuali, con un mero rinvio alla disciplina dei procedimenti camerali di cui agli artt. 737 – 742 cpc, che appare francamente problematico.

Il rito camerale è infatti prevalso nella discussione della legge delega sul rito societario, nell’ottica di una maggior speditezza del processo, senza tuttavia tener conto che in tale procedimento le garanzie del contraddittorio e del giusto processo, rimangono notevolmente attenuate, data l’assoluta discrezionalità del giudice nella conduzione del processo e in considerazione dell’equivoca natura contenziosa o di volontaria giurisdizione di tale procedimento.¹²³

Va infatti considerato che in altri casi la scelta di applicare un rito camerale sommario era stata accompagnata da una specifica regolamentazione del rito, come ad esempio nel processo camerale societario con pluralità di parti, ove viene anche prevista la possibilità di conversione del procedimento da

¹²² v. Farina, op. cit., p. 39 e si osservi, a conferma di una scelta poco meditata, che mentre la nuova formulazione dell’art. 24, secondo comma fa riferimento al rito camerale regolato dal codice di procedura civile, la relazione accompagnatoria alla legge fa riferimento al rito societario, con un difetto di coordinamento che lascia sconcertati.

¹²³ V. Nardi, op. cit., p.131.

camerale a contenzioso, quando insorgano questioni di natura tale da non consentire una trattazione sommaria o nella stessa legge fallimentare dove il rito camerale viene regolamentato in maniera specifica negli artt. 15, 18, 26 e 98 l. fall.

Esclusa la possibilità di investire la Consulta, in quanto la legge delega consentiva al legislatore l'opzione camerale, contenendo una indicazione di accelerazione dei procedimenti che poteva giustificare tale modifica dei processi che interessano le procedure concorsuali, non resta all'interprete che cercare di adattare le norme richiamate dal legislatore ai principi del giusto processo.¹²⁴

Nei primi commentatori vi è stato qualcuno che ha tentato una lettura tendenzialmente abrogativa della norma in esame, atteso che il riferimento al rito camerale degli artt. 737 e ss. trova un limite nell'affermazione contenuta nella disposizione, " salvo che non sia diversamente previsto ", con la conseguente ipotizzata possibilità di applicazione del rito speciale previsto per determinate controversie a seconda dell'oggetto delle stesse (e in linea con una nuova tendenza alla creazione di tanti riti speciali, quante sono le controversie, come ad esempio nel riformato processo esecutivo) , in alternativa al rito ordinario di cui agli artt. 163 e ss. del cpc (ad esempio rito del lavoro o rito societario quando la lite riguardi controversie che attengono agli artt. 409 0 447 bis cpc o alla l. n. 5/03 o anche ex art. 70 – ter disp. att. al cpc che consente l'applicazione del rito societario a tutti i tipi di controversie). Tale lettura non appare tuttavia percorribile perché l'inciso in questione deve essere riferito alla sole legge fallimentare, con la conseguenza che il rito camerale non sarà utilizzabile solamente per quelle controversie che nella legge fallimentare sono regolamentate con uno specifico procedimento, quali quelle di cui agli artt. 16, 18, 26 e 98 l. fall. e per quelli che a tali disposizioni

¹²⁴ Cfr. Fabiani, Competenza, cit., p. 8.

rinvii, mentre negli altri casi lo stesso deve considerarsi il rito ordinario per le cause che derivino dal fallimento.¹²⁵

In particolare si ritiene che anche al procedimento in camera di consiglio siano applicabili le disposizioni generali del libro primo del codice di rito, ma che la lacuna più evidente e incolmabile riguardi i tempi del processo, che rimangono affidati alla discrezionalità del giudice, mentre per quanto attiene al problema del giudicato, appare sicuramente applicabile il principio variamente affermato in giurisprudenza che quando il processo camerale sommario riguarda controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi o status al provvedimento conclusivo del procedimento si deve riconoscere piena attitudine al giudicato formale e sostanziale.¹²⁶

Al procedimento andranno pertanto applicate in quanto possibile le disposizioni contenute nel libro primo del codice di procedura, sia in tema di contenuto degli atti introduttivi, sia di rispetto del contraddittorio, mentre la fase istruttoria appare la meno regolamentata con ampi poteri del giudice di ammettere prove anche d'ufficio e di natura atipica, sulla base della previsione dell'art. 738 cpc, ben oltre le rigide previsioni degli artt. 181 e ss. cpc e assenza di termini decadenziali per le parti.

Per quanto attiene poi all'organo giudicante appare pacifica la composizione collegiale e la nomina di un relatore, mentre si dubita della possibilità che allo stesso possa essere delegata la fase istruttoria, in assenza di una esplicita disposizione in tal senso.¹²⁷

Il procedimento in esame si chiude con un decreto motivato, impugnabile con reclamo e non con appello, pur essendo un provvedimento avente forma tipicamente camerale, ma contenuto di sentenza, alla Corte d' Appello entro il termine di dieci giorni decorrente dalla notificazione effettuata ad istanza di

¹²⁵ V. in senso conforme, Fabiani, op. cit. , p. 9 e Farina, op. cit. , p. 40.

¹²⁶ V. ancora Farina , op. cit. , p. 43 e ivi riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

¹²⁷ V. per la soluzione negativa , Fabiani, op. cit. , p. 12

parte o in difetto entro l'anno dal deposito in cancelleria del decreto salva al sospensione dei termini nel periodo feriale.¹²⁸

Contro il decreto pronunciato dalla Corte d' Appello, pur dichiarato non impugnabile dall'art. 739 cpc è ammesso ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., settimo comma, nella misura in cui i provvedimenti in questione vadano qualificati come decisori in senso sostanziale, mediante ricorso entro sessanta giorni dalla notificazione del decreto, o entro il termine lungo di un anno dal deposito in cancelleria nelle forme previste dall'art. 365 e ss. cpc, con l'avvertenza che a seguito della modifica introdotta dalla legge n. 40/2006 al giudizio di cassazione, il ricorso straordinario ex art. 111 Cost. è proponibile per tutti i motivi di cui all'art. 360 cpc e quindi anche per omessa, insufficiente, o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio e non più solo per violazione di legge.

Per quanto attiene alla controversa questione della provvisorietà o meno della sentenza di primo grado in materia di azioni revocatorie e delle contrapposte tesi, l'una favorevole all'immediata esecutività della statuizione e fondata sul carattere di condanna consequenziale a sentenza costitutiva e l'altra contraria e fondata sull'opposto ragionamento della dipendenza del capo condannatorio dalla pronunzia costitutiva, che tuttavia sembra aver trovato definitiva soluzione con la pronunzia della Suprema Corte che ha affermato il principio, sicuramente applicabile anche alle pronunzie in esame, che i capi delle sentenze aventi portata di condanna sono sempre immediatamente esecutivi ai sensi dell'art. 282 cpc anche se accessori ad una pronunzia di accertamento e costitutiva, va osservato che la riforma muta il quadro di riferimento del problema perché alle pronunzie di nuovo rito non sarà più applicabile l'art. 282 cpc, ma l'art. 741 cpc.¹²⁹

¹²⁸ cfr. Fagiani, op. cit. p. 64 e nota n. 72, ove l'autore richiama l'opinione di Arieta, Trattato di diritto processuale civile, II, Padova, 2003, p. 12 e anche giurisprudenza di legittimità in riferimento al provvedimento che conclude il giudizio camerale di revisione delle condizioni di separazione quale Cass. 30.07.1997, n.7188.

¹²⁹ v. Cass. !0.11.2004, n.21367 e Corte d'Appello Brescia, 30.11.2005, in www.fallimento.ipsoa.it in riferimento alle sentenze di revocatoria.

Tale norma prevede che i decreti emessi in camera di consiglio divengano efficaci solamente dopo il decorso del termine per proporre reclamo, mentre i decreti emessi dalla Corte d' Appello sono provvisoriamente esecutivi, salva la possibilità per il giudice di primo grado di dichiarar il decreto provvisoriamente esecutivo ex art. 741, secondo comma, quando vi siano ragioni di urgenza, con la conseguenza (invero paradossale) di un ritorno per le azioni che promanano dal fallimento al regime previsto dal codice di rito anteriormente alla riforma del 1990, allorché la sentenza di primo grado non era immediatamente esecutiva ex lege.¹³⁰

IL DECRETO CORRETTIVO

Con l'art. 3 del decreto correttivo di data 12.09.2007, n. 169 il secondo comma dell'art. 24 è stato abrogato, con la conseguenza che per le azioni revocatorie promosse per i fallimenti dichiarati dopo il 1° gennaio 2008, tornano ad essere applicabili le norme dettate dal codice di procedura civile per i procedimenti di cognizione ordinaria e questo perché come sottolinea la relazione accompagnatoria al decreto correttivo, la soluzione adottata è imposta dal rispetto dei principi di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione, al fine di garantire la parità di trattamento e il diritto di difesa.

Sulla base dell'art. 22 del decreto correttivo sulle disposizione transitorie il rito camerale continuerà ad applicarsi alle azioni che derivano da procedure concorsuali aperte fino al 31.12.2007, in quanto le nuove disposizioni introdotte con tale provvedimento si applicano solamente ai procedimenti di fallimento aperti dopo il 1° gennaio 2008, mentre i procedimenti fallimentari aperti in precedenza rimangono regolati dalla disciplina di cui d. lgs. n.5/06¹³¹.

¹³⁰ v. sul punto Farina , op. cit. , p. 73 – 74.

¹³¹ In questo modo le azioni derivanti dal fallimento, in base alla disciplina transitoria prevista sia dal d. lgs. n. 5/06 , sia dal d. lgs. n. 169/07, possono essere soggette a tre diversi regimi processuali, a seconda che si tratti di fallimenti aperti sotto il vigore della legge del 1942, oppure sotto la prima novella , o infine sotto il vigore del decreto correttivo. Vi sono tuttavia alcuni autori che ritengono che l'art. 24 l. fall. sia una norma meramente processuale, di immediata applicazione e non soggetta alla disciplina transitoria.

Tale interpretazione letterale della norma è tuttavia dubbia, atteso che se l'art 24 l. fall. viene considerato una norma meramente processuale, vale il principio tempus regit actum, con la conseguenza che anche per i fallimenti aperti prima del 1° gennaio 2008, le azioni promosse dopo tale data devono seguire il rito ordinario e non quello camerale (v. sul punto in senso conforme Trib. Treviso, 12.12.2006, in D. Fall., 2007,II, 254).¹³²

¹³² Cfr. Guglielmucci, Diritto fallimentare, seconda edizione, Torino, 2007, 100, nota10.

LEGISLAZIONE

R. D. 16.03.1942, n. 267, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

D. LGS. 9.01.2006, n. 5. Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

D. L. 14.03.2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale.

LEGGE 14.05.2005, n. 80, conversione in legge con modificazioni del D. L. 14.03.2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

LEGGE 2.08.2004, n.210. Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.

D. L. 20.06.2005, n.122. Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2.08.2004, n. 210.

D. L. 23.12.2003, n. 347. Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza.

D. lgs. 12.09.2007, n. 169, c. d. decreto correttivo.

