



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

—
Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

GLI ATTI SOSPETTI NEL SISTEMA REVOCATORIO

Relatore

Ch. Prof. Mauro Pizzigati

Laureando

Luigi Oriano

Matricola 825592

Anno Accademico

2011 / 2012

*A Marila,
mio amore, mia costante.*

*Non ci si libera di una cosa evitandola, ma
soltanto attraversandola.*

Cesare Pavese

INTRODUZIONE	1
---------------------------	---

Capitolo 1: Gli atti sospetti nel sistema revocatorio

1.1. Il concetto di periodo sospetto	5
1.2. Pagamenti sospetti revocabili	9
1.3. Due teorie a confronto: la teoria indennitaria e la teoria anti-indennitaria	13
1.4. Atti revocabili ed atti inefficaci	16

Capitolo 2 : I pagamenti di cui all'art. 65 L. Fall.

2.1. I pagamenti inefficaci nell'art. 65 l. fall.	20
2.2. Interpretazione della giurisprudenza	22
2.3. Interpretazione della dottrina	26

Capitolo 3: Gli atti a titolo oneroso, i pagamenti e le garanzie “sospette” nella revocatoria fallimentare: art. 67 I comma L. Fall.

3.1. Gli atti a titolo oneroso, i pagamenti e le garanzie nell'art. 67 I comma l. fall. ...	30
3.1.1. Atti sproporzionati	32
3.1.2. La novazione	33
3.1.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali	33
3.1.4. La datio in solutum	34
3.1.5. La cessione dei beni ai creditori	34
3.1.6. La cessione dei crediti	35
3.1.7. Il mandato irrevocabile all'incasso	36
3.1.8. La delegazione di pagamento	36
3.1.9. La compensazione	38
3.1.10. Atti costitutivi diritti di prelazione	38
3.2. Interpretazione della giurisprudenza.....	40
3.2.1. Atti sproporzionati	41
3.2.2. La novazione	42

3.2.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali	43
3.2.4. La datio in solutum	44
3.2.5. La cessione dei beni ai creditori	44
3.2.6. La cessione dei crediti	45
3.2.7. Il mandato irrevocabile all'incasso	45
3.2.8. La delegazione di pagamento	46
3.2.9. La compensazione	46
3.2.10. Atti costitutivi diritti di prelazione	48
3.3. Interpretazione della dottrina	50
3.3.1. Atti sproporzionati	50
3.3.2. La novazione	51
3.3.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali	52
3.3.4. La datio in solutum	52
3.3.5. La cessione dei beni ai creditori	53
3.3.6. La cessione dei crediti	54
3.3.7. Il mandato irrevocabile all'incasso	54
3.3.8. La delegazione di pagamento	54
3.3.9. La compensazione	55
3.3.10. Atti costitutivi diritti di prelazione	55

Capitolo 4 : Gli atti compiuti tra coniugi: art. 69 L. Fall.

4.1. Gli atti revocabili compiuti tra coniugi nell'art. 69 l. fall.	57
4.2. Interpretazione della giurisprudenza	59
4.3. Interpretazione della dottrina	63

CONCLUSIONI	67
--------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	67
---------------------------	----

INTRODUZIONE

Sono definiti anormali quegli atti sintomatici dello stato di insolvenza del debitore, in quanto lesivi della par condicio creditorum. L'anormalità di questi atti è riferita ai mezzi con cui si conclude l'obbligazione, poiché se il creditore accetta un metodo di pagamento diverso da quello inizialmente concordato accettando questo, si crea secondo il legislatore, una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza del debitore. Quindi la ratio usata dal legislatore è la seguente: se un debito prevede il pagamento secondo una determinata modalità, l'accettazione da parte del creditore di un'eventuale variazione dell'oggetto della contro-prestazione presuppone una conoscenza dello stato di insolvenza dell'imprenditore, anche se si utilizzano mezzi giuridicamente riconosciuti. Alla pari un atto è sospetto nel momento in cui viene fornita una garanzia che accompagna un'obbligazione, se questa originariamente non era prevista, oppure nel caso in cui vi sia una notevole sproporzione tra prezzo originario o di mercato di una prestazione e quello effettivamente incassato.

Questo lavoro cercherà, quindi, di sviluppare il concetto degli atti sospetti nel sistema della revocatoria fallimentare, atti che sia la dottrina che la giurisprudenza pongono in testa al contraente terzo l'obbligo di dimostrare la "non conoscenza" dello stato di insolvenza del debitore con cui hanno concluso l'affare.

Partendo quindi dal concetto di presunta consapevolezza si affronteranno gli artt.:

- 65 l. fall. per quello che concerne la problematica dei pagamenti estinti dal fallito, prima della loro scadenza, nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento;
- l'art. 67 I comma l. fall. per gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla data di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, ma anche atti estintivi di debiti scaduti oltre che ai pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie effettuati durante il cosiddetto "periodo sospetto";
- l'art. 69 l. fall. che riguarda gli atti compiuti tra coniugi, nel periodo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale.

Il filo conduttore di tutto il lavoro sarà quindi la presunzione di conoscenza da parte dei soggetti terzi che pongono in essere atti di natura sia sinallagmatica con l'imprenditore che versa in una situazione di crisi.

Nel primo capitolo del seguente lavoro si cercherà dapprima di affrontare il concetto di periodo sospetto, soffermandosi sia sui recenti cambiamenti apportati dal legislatore a riguardo della dimidiazione dei tempi, sia sulla problematica individuazione del suo inizio, si proseguirà poi con i pagamenti sospetti revocabili, cercando di individuare le motivazioni che hanno spinto il legislatore a definirli come tali.

Nel secondo capitolo si discuterà dei pagamenti di debiti anticipati rispetto alla loro naturale scadenza, revocabili secondo l'articolo 65 l. fall. e si cercherà di affrontare la problematica alla luce delle indicazioni e degli orientamenti giurisprudenziali. La messa in discussione di questi pagamenti anticipati trova origine dalla prassi commerciale, infatti l'art. 1184 c.c.¹ prevede che in un contratto, qualora non sia diversamente descritto, il termine fissato per l'adempimento è a favore del debitore, per questo sarebbe poco consueto pagare un debito ancor prima che arrivi la sua naturale scadenza; in questa direzione, infatti, vediamo che la Suprema Corte di Cassazione così si è pronunciata: "per pagamento anticipato, come tale revocabile ai sensi dell'art. 65 l. fall., deve intendersi soltanto quello effettuato prima della sua originaria scadenza, anteriormente alla dichiarazione di fallimento, a nulla rilevando la circostanza che il debitore paghi avvalendosi di clausole contrattuali, contenute nel regolamento di un prestito obbligazionario, che consenta il pagamento anticipato"². Possiamo quindi dire che i pagamenti citati nell'art. 65 l. fall. sono pagamenti da considerare inefficaci solo se nei due anni successivi l'imprenditore fallisce, ed è questa un'inefficacia relativa volta solo a ristabilire la par condicio creditorum. Infatti si può affermare che in una normale gestione dell'azienda, sotto il profilo economico l'imprenditore è sicuramente legittimato a compiere tutti gli atti e pagamenti, sanzionati dall'art. 65 l. fall., anche se si trattasse di atti a titolo gratuito a loro volta revocabili secondo l'art. 64 della l. fall. al sussistere di determinate condizioni³.

Nel terzo capitolo di questo lavoro verrà analizzato l'art. 67 I c. l. fall., e come sia stato modificato dal nostro legislatore attraverso la riforma della Legge Fallimentare con il D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Con tale riforma il legislatore apporta delle variazioni

¹ Art. 1184 c.c., Termine. Se per l'adempimento è fissato un termine, questo si presume a favore del debitore, qualora non risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi;

² Cass., sez. I, 05-04-2002, n. 4842;

³ Art. 64 R. D. 16 marzo 1942, n. 267. Atti a titolo gratuito. Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante.

riguardanti la durata del periodo sospetto ed una specificazione con l'introduzione di una quantità definita relativamente al punto 1 del I comma. Il legislatore, infatti, sostituisce il vecchio punto 1 del I comma dell'art.67 "gli atti a titolo oneroso compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano notevolmente ciò che a lui è stato dato o promesso" con "gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso", riprendendo il concetto della sproporzione di un quarto già usata frequentemente in giurisprudenza⁴. La novità del criterio matematico, che di fatto ha sottratto al giudice ogni valutazione discrezionale in ordine al carattere notevole o meno della sproporzione stessa, non è una scelta fatta dal legislatore ex novo ma ha trovato fonte di ispirazione in principi già presenti nel codice civile all'art. 763 c.c.⁵ "Rescissione per lesione" e nell'art. 1448 c.c.⁶ "Azione generale di rescissione per lesione" dove già si parla delle sproporzioni pari al venticinque per cento del totale della prestazione come motivo di rescissione di un contratto. Nei citati articoli, infatti, il legislatore ha sancito che in caso di atti in cui vi sia una sproporzione pari o superiore al venticinque per cento tale da danneggiare una delle parti, l'altra parte ha possibilità di domandare la rescissione dal contratto; questo ci induce a pensare che il legislatore intende che una tale sproporzione sia indice di anormalità e per questo sanzionata.

La decisione di determinare la soglia oltre la quale la sproporzione tra il valore delle prestazioni sia idonea a consentire la proposizione dell'azione revocatoria, introduce una soluzione che secondo una parte della dottrina può essere giudicata più equa, in quanto viene introdotto un valore certo e non discrezionale come in precedenza, dato

⁴ Soluzioni già prospettate nelle sentenze del Tribunale di Roma del 18 ottobre 1986 prima e della Corte di Cassazione del 1986, n. 6501 dopo;

⁵ Art. 763 c.c., Rescissione per lesione. La divisione può essere rescissa quando taluno dei coeredi prova di essere stato leso oltre il quarto. La rescissione è ammessa anche nel caso di divisione fatta dal testatore, quando il valore dei beni assegnati ad alcuno dei coeredi è inferiore di oltre un quarto all'entità della quota ad esso spettante. L'azione si prescrive in due anni dalla divisione;

⁶ Art. 1448 c.c., Azione generale di rescissione per lesione. Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto. L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto. La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta. Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori. Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione;

che prima della riforma veniva dato al giudice il compito di decidere se vi fosse una sproporzione tale da revocare gli atti in essere. L'introduzione di questo valore predefinito, secondo un'altra parte della dottrina, introduce una metodologia molto meno equa di quanto sembri, poiché in realtà andrebbero distinte le situazioni a seconda delle prestazioni a carico del fallito ed andrebbero valutate tutte le condizioni contrattuali, non unicamente quelle che incidono sull'entità del corrispettivo⁷, infatti, in alcuni casi, un eventuale scostamento del venticinque per cento potrebbe non rappresentare un'anomalia⁸.

Successivamente saranno analizzati i restanti punti del primo comma dell'art. 67 l. fall., dove troveremo una sostanziale dimidiazione del periodo sospetto per tutti quei casi che sono considerati dalla dottrina come situazione anomale.

Nel quarto capitolo verrà infine discusso l'art. 69 l. fall., utile per continuare il percorso relativo agli atti sospetti. Questo articolo dispone la revoca degli atti previsti dall'art. 67 l. fall., qualora questi siano stati compiuti tra i coniugi nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale e di tutti gli atti a titolo gratuito revocabili secondo l'art. 64 l. fall., compiuti tra i coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, nel caso in cui non venga dimostrato che il coniuge in bonis ignorava lo stato di insolvenza del fallito. Il legislatore, secondo una prassi diffusa anche in "giurisprudenza" richiede una prova particolarmente restrittiva⁹, poiché dato il rapporto di convivenza di fatto esistente tra i due, diventa particolarmente complicato dimostrare da parte del coniuge in bonis la non consapevolezza che il coniuge fallito versava in un momento di crisi economica all'epoca dei fatti. Per tali motivazioni potrebbe essere lecito sospettare che il coniuge potesse essere a conoscenza della situazione di crisi del fallito e abbia agito al solo fine di impoverire il patrimonio fallimentare. Inoltre, il legislatore, con il D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, modifica l'art. 64 l. fall. estendendo la revocatoria degli atti a titolo gratuito non solo ai due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, ma a tutto il periodo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale,

⁷ DE RITIS (2005), La Revocatoria Fallimentare Degli Atti Anormali Nella Prospettiva Di Riforma Delle Procedure Concorsuali, Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 2005, 399 e ss.;

⁸ Nel caso in cui si tratti di beni quotati, la differenza del venticinque per cento potrebbe rappresentare un'irregolarità, nel caso invece che si tratti di merce deteriorabile o con forte evoluzione tecnologica una variazione in diminuzione del prezzo non sempre presuppone che si tratti di un'anomalia.

⁹ La cosiddetta *probatio diabolica*, chiamata così nel diritto romano perché la difficoltà di provare un fatto negativo è molto complicata.

trasfondendo nel testo normativo quanto aveva già deciso la Corte Costituzionale nella sentenza n.100 del 19 Marzo 1993. Infatti la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art.64 l. fall. nella parte in cui venivano dichiarati revocabili gli atti a titolo gratuito compiuti tra coniugi nei due anni prima della dichiarazione di fallimento, indicando già nella sentenza che il periodo doveva riferirsi a tutto il tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale.

Capitolo 1

1.1. Il concetto di periodo sospetto

Circa sessanta anni dopo l'entrata in vigore del R. D. 16 Marzo 1942 n.267, dopo numerosi interventi sia della corte costituzionale¹⁰ che della giurisprudenza¹¹, dopo diversi tentativi e disordinate soluzioni legislative, nel 2006 si giunge con il D.Lgs 9 gennaio 2006 n. 5 alla riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, che per gli addetti ai lavori ha rappresentato una vera e propria rivoluzione copernicana.

Il legislatore nella stesura della riforma ha usato la tecnica della novellazione, trovando l'impianto della vecchia legge ancora solido, anche se proprio questa scelta non è stata accolta con entusiasmo dagli operatori del diritto specialmente da quella frangia più europeista, che vede questa riforma come un compromesso tra il vecchio ed il nuovo sistema che non è riuscita a risolvere completamente i problemi.

La vecchia disciplina mostrava, però, alcuni aspetti ormai considerati anacronistici, infatti era previsto un regime sanzionatorio nei confronti dell'imprenditore, che veniva sanzionato sia in caso in cui era colpevole di gravi o dolose violazioni della legge sia anche in caso in cui la crisi era dovuta a particolari condizioni congiunturali non prevedibili. La disciplina previgente, inoltre, era pervasa da un'ottica essenzialmente liquidatoria dell'azienda una volta dichiarata insolvente. Questa formulazione aveva una ragione storica, infatti negli anni quaranta il fallimento rappresentava un evento straordinario e per questo si cercava di espellere dal mercato le aziende insolventi, oggi invece a differenza di allora, le aziende si trovano ad affrontare spesso momenti di crisi con le conseguenze anche sociali che proprio il fallimento di un'azienda comporta.

¹⁰Corte Cost. n. 570 del 1989 sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 a riguardo dei requisiti di fallibilità del piccolo imprenditore; Corte Cost. n. 319 del 2000 dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 147 comma 1°, nella parte in cui dichiara la fallibilità dei soci che abbiano cessato di essere illimitatamente responsabili senza un limite temporale; Corte Cost. n. 493 del 28.11.2002 dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 119, nella parte in cui esclude la possibilità di proporre reclamo dinanzi alla Corte d'appello del decreto di rigetto dell'istanza di chiusura della procedura concorsuale; Corte Cost. n. 224 del 15.07.2004 che dichiara incostituzionale l'art. 144, ultimo comma, nella parte in cui prevede che il termine per la proposizione del reclamo alla corte d'appello avverso la sentenza resa dal tribunale nel procedimento di riabilitazione decorra dall'affissione della sentenza anziché dalla sua comunicazione.

¹¹ Cassazione n. 1501 dell'11.02.2000: "A seguito della riforma del diritto di famiglia introdotta con legge n. 151 del 1975, la cosiddetta "presunzione muciana" di cui all'art. 70 della legge fallimentare, si rende inoperante sia con riguardo alle fattispecie governate dal regime di comunione legale fra i coniugi, sia con riguardo a quelle caratterizzate, invece, dal regime della separazione dei beni".

Partendo quindi dal ruolo sociale che un'azienda occupa nella nostra società e dai disagi che comporterebbe una eventuale crisi, il legislatore nella redazione della nuova disciplina ha cercato di indirizzare l'intera procedura verso il salvataggio dell'impresa, intesa come un valore economico e sociale da preservare e lasciando la possibilità liquidatoria solo come estrema ratio del procedimento fallimentare, abbandonando così di fatto il fine perseguito dalla vecchia normativa.

Dopo quindi diversi disegni di legge, studi e posizioni espresse da associazioni di categoria prima tra tutte l'ABI si giunge ad una riforma della legge fallimentare che su molti punti rispecchia le indicazioni suggerite in un documento stilato già nel 2002 ed intitolato: "Riforma Del Diritto Fallimentare, posizione comune di ABI, Ania, Confindustria, Confapi, Confcommercio, Confartigianato, Confagricoltura"¹² dove in tre punti si suggerisce la direzione da prendere nella stesura della riforma della nuova legge fallimentare:

- riduzione dei tempi, incremento di efficienza e risparmio di costi;
- salvaguardia dei valori aziendali;
- stabilità degli atti compiuti dall'impresa in crisi.

Nel terzo punto, nel documento viene affrontato il problema del periodo sospetto e della necessaria dimidiazione dello stesso per rendere più stabili gli atti di un'azienda in crisi e la necessità di fissare la decorrenza di questo dalla data del giorno di apertura della procedura di insolvenza, per ovvie ragioni certezza del diritto.

Il concetto di periodo sospetto sembrerebbe ormai pacifico descriverlo come il lasso di tempo, specificatamente indicato dal legislatore a secondo dei casi, che precede la data di deposito (pubblicazione) della sentenza dichiarativa di fallimento¹³ e non con quella, anteriore, del deposito del ricorso, se accolto, come previsto nell'ordinamento tedesco e come proposto anche da parte della dottrina durante il periodo preparatorio alla riforma della legge fallimentare del 2005¹⁴. La soluzione di far partire il periodo sospetto alla data della domanda di fallimento, potrebbe essere stata rifiutata dal legislatore in quanto

¹² ABI (2002), Riforma Del Diritto Fallimentare, posizione comune di ABI, Ania, Confindustria, Confapi, Confcommercio, Confartigianato, Confagricoltura, disponibile sul sito internet www.abi.it;

¹³ Cass. Civ., 16 Aprile 1992, n.4705;

¹⁴ Nardecchia (2008), Il Periodo Sospetto Nella Nuova Disciplina Della Revocatoria Fallimentare, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.11/2008, 1245 e ss., IPSOA;

in questo modo avrebbe fatto partire il periodo sospetto da un evento non pubblico, quale il deposito dell'istanza di fallimento.

Durante il periodo sospetto tutti i pagamenti e le azioni poste in essere dal soggetto in crisi possono essere revocati (attraverso l'utilizzo della revocatoria fallimentare), a meno che i terzi contraenti non dimostrino che all'epoca dei fatti non erano a conoscenza dello stato di insolvenza del soggetto.

Il dies a quo per l'individuazione del compimento dell'atto revocabile nel periodo sospetto non è sempre immediatamente individuabile.

Nel caso in cui l'impresa faccia richiesta di ammissione al concordato preventivo, presso il tribunale competente, proposto ai sensi dell'art. 160 l. fall. ed a questo per mancanza dei requisiti segue la dichiarazione di fallimento ex art. 162, comma 2, l. fall., data la continuità tra le due procedure ne consegue che, qualora venga accertato che lo stato di crisi per il quale era stata richiesta l'ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la sentenza dichiarativa di fallimento intervenuta a seguito dell'inammissibilità della domanda di concordato preventivo deve essere retrodatata alla data di presentazione della prima domanda.

Prima della riforma secondo un orientamento consolidato, in caso di procedure consecutive, bisognava far decorrere il periodo sospetto dalla prima procedura, in quanto l'art. 67 l. fall. faceva riferimento alla dichiarazione di fallimento non per la sua funzione dichiarativa, ma per quella accertativa dello stato di insolvenza; secondo questo orientamento alla sentenza dichiarativa di fallimento andava equiparato il provvedimento giudiziale che per primo aveva accertato l'insolvenza in quanto entrambe le procedure si reggevano sullo stesso presupposto.

Con la riforma del diritto fallimentare, nella redazione del nuovo art. 160 l. fall. il legislatore va ad incidere sul presupposto del concordato preventivo, procurando qualche perplessità tra gli operatori del diritto, infatti per potervi accedere non è più necessario lo stato di insolvenza precedentemente previsto, ma diventa sufficiente uno stato di crisi.

Lo stato di crisi è tema su cui parte della dottrina, inizialmente, era concorde sul fatto che non esistendone una definizione legislativa, per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo poteva essere venuto meno il presupposto della retrodatazione

del periodo sospetto legale¹⁵. Data la criticità della questione e difficoltà riscontrata tra gli operatori, il legislatore intervenne attraverso il D.L. del 30 dicembre 2005 n. 273 con il quale viene introdotto il 3° comma dell'art. 160 l. fall. dove viene chiarito che per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza. Infatti provando a fare un'analisi approfondita della questione, se si esamina il 2° comma dell'art. 111 l. fall. il legislatore considera debiti preeducibili quelli qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali, si sta facendo quindi riferimento in maniera chiara non soltanto alla procedura di fallimento ma anche di concordato preventivo; possiamo quindi dire che le due procedure non si possono considerare unite, come ricorda la Corte di Cassazione con sentenza del 14 febbraio 2006 n. 3156, ma continue in quanto sono entrambe volte a valutare il medesimo caso di crisi. Successivamente con un ulteriore intervento la Corte di Cassazione con sentenza del 06 Agosto 2010, n. 18437 seguendo l'indirizzo della consequenzialità delle procedure ripristina l'orientamento pre-riforma, ribadendo che data l'identità del presupposto tra le due procedure, dichiarazione di fallimento e concordato preventivo, è esclusa la possibilità di ammetterne l'autonomia, con l'ovvia conseguenza che anche l'inizio del periodo sospetto dovrà essere retrodatato alla data della prima procedura.

Il dimezzamento del periodo sospetto, che rappresenta inoltre una delle principali novità introdotte con la riforma della revocatoria fallimentare ed in particolare della legge fallimentare con il D.Lgs. n. 35/2005, poi convertito nella L. n. 80/2005 e successivamente modificata con due interventi legislativi D.Lgs. n. 5/2006, dal D.Lgs. n. 169/2007, avrebbe dovuto servire a raggiungere due obiettivi, il primo che mirava a risolvere le esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici necessari per i fini di efficienza del mercato, il secondo cercava di allineare i tempi dell'ordinamento concorsuale italiano con quello dei principali paesi europei. Sul primo proposito parte della dottrina riteneva infatti che l'eccessiva lunghezza del periodo sospetto non riusciva fornire elementi di certezza nei confronti degli operatori economici, specie nel caso abbastanza frequente di consecuzione di procedure concorsuali¹⁶. Sul secondo proposito la maggior parte dei critici è concorde sul fatto che la dimezzazione dei tempi non è servita raggiungere il risultato prefissato anche perché negli ordinamenti europei,

¹⁵ Guglielmucci (2008), *Diritto Fallimentare* terza ed., 159 e ss., Giappichelli Editore;

¹⁶ Sabatelli (2006), *La Revocatoria Degli Atti «Anormali» Nella Riforma Del Diritto Fallimentare*, *Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 2007, 989 e ss., CEDAM ;

i tempi e le tecniche adottate sono effettivamente diverse. Il panorama europeo presenta infatti espedienti molto differenti tra loro in relazione alla fissazione del periodo sospetto, soluzioni che appaiono spesso molto lontane dall'opzione abbracciata dal legislatore italiano.

Nella legislazione spagnola, ad esempio, il periodo sospetto legale è di due anni (art. 71, primo comma, ley concursal), in quella tedesca è più lungo (quattro anni per gli atti a titolo gratuito, dieci anni per gli atti intenzionalmente pregiudizievoli,) mentre per alcuni è particolarmente breve (tre mesi per pagamenti e garanzie e per gli atti direttamente pregiudizievoli); in quella francese, nella quale sopravvive il sistema della retrodatazione dell'insolvenza, può arrivare ad un anno e mezzo (art. 621-7 code de commerce)¹⁷. Un ulteriore problematica derivante dalla riduzione del periodo sospetto è stata quella che parte della dottrina descrive come una sostanziale abrogazione dell'azione revocatoria, poiché se da un lato la riduzione cercava di garantire l'efficienza del mercato, dall'altro c'è stato un allungamento dell'istruttoria prefallimentare che riduce sensibilmente il periodo sospetto e la conseguenziale possibilità di arrivare alla revoca dell'atto. Infatti ai sensi dell'art. 15 l. fall. il tribunale deve verificare i requisiti di assoggettabilità al fallimento attraverso non più il solo vaglio della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata consegnata dall'imprenditore, ma anche attraverso il controllo dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, oltre all'obbligo di convocazione del debitore con il fine di accertare l'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento¹⁸.

Possiamo quindi dire che nonostante l'effettivo ed ampio taglio dato dal legislatore al periodo sospetto l'impostazione di fondo dell'azione revocatoria non è stata modificata 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.

La riforma non ha toccato il principio secondo il quale nella revocatoria fallimentare l'inefficacia dell'atto è legata al suo compimento nel cosiddetto periodo sospetto legale, infatti per artt. 64 e ss. l. fall. affinché l'atto possa essere revocato deve essere posto nei

¹⁷ Guglielmucci (2007), *Le Azioni Di Ricostituzione Del Patrimonio, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali*, n.7/2007, 1044 e ss. IPSOA;

¹⁸ Entro 15 giorni dalla notificazione del ricorso viene fissata la data dell'udienza. Termine perentorio, salva la facoltà di abbreviazione ove sussistano particolari ragioni d'urgenza. Viene quindi disposta la convocazione del debitore, dei creditori e del pubblico ministero che abbiano presentato il ricorso per la dichiarazione di fallimento. Nel termine non inferiore a 7 giorni prima dell'udienza viene fissato il termine per la presentazione di memorie, per il deposito di documenti e relazioni tecniche;

sei mesi o nell'anno anteriore al fallimento, poiché tali atti, secondo il legislatore, ledono il principio della par condicio creditorum.

1.2. La revocatoria dei pagamenti sospetti revocabili

La finalità della procedura concorsuale è quella di assicurare la par condicio creditorum, risultato raggiungibile solo se si riesce ad ottenere una ricostituzione del patrimonio del fallito attraverso l'assoggettamento alla procedura esecutiva concorsuale di quei beni che ne fossero eventualmente usciti, durante il periodo sospetto, ovvero quando lo stato di insolvenza si era già determinato. Siccome lo scopo perseguito dalla procedura fallimentare è quello di ripristinare la parità di trattamento tra i creditori, con il sistema revocatorio il legislatore detta le regole da percorrere affinché si possa riuscire a recuperare, ove possibile, il patrimonio del soggetto dichiarato fallito di tutti quei cespiti, o del loro equivalente pecuniario, che sono stati oggetto di negoziazione o di atti di disposizione nell'imminenza del fallimento, a prescindere o meno dalla loro anomalia strutturale affinché si possa riuscire ad ottenere la consistenza patrimoniale precedente all'azione di depauperamento.

L'imprenditore che durante il periodo precedente alla dichiarazione di fallimento ha recato un pregiudizio ai creditori facendo uscire dalla sua sfera giuridica beni ed utilità, che rappresentano le garanzie per i creditori, andando così a ledere la par condicio creditorum, viene colpito dalle norme fallimentari che prevedono la revocatoria degli atti compiuti durante il periodo sospetto.

Il legislatore prevede una serie di tutele che mirano a colpire le condotte fraudolente del debitore e promuove in tali casi un'azione giudiziale instaurata dal curatore e diretta a far dichiarare inefficaci, rispetto alla massa dei creditori, tutti quegli atti previsti e descritti dagli artt. 64, 65, 67, 69 della legge fallimentare eseguiti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento attraverso lo strumento della revocatoria fallimentare.

Lo strumento della revocatoria fallimentare viene inserito in una fase particolarmente articolata della procedura fallimentare, che è quella di ripartizione dell'attivo; essa consiste in un insieme di attività poste in essere dagli organi del fallimento, curatore, giudice delegato e del comitato dei creditori, e finalizzate a recuperare beni ed eventuali utilità che avrebbero dovuto far parte del patrimonio fallimentare, ma che, per diverse

ragioni, alla data della dichiarazione di fallimento non rientrano nella disponibilità materiale e giuridica del fallito.

Il patrimonio fallimentare è formato dai beni e dai diritti vantati dal debitore ma anche di tutti quelli fuoriusciti dalla sfera del debitore e ceduti a terzi durante il periodo sospetto, il legislatore con la revocatoria fallimentare fornisce una soluzione al problema del depauperamento del patrimonio fallimentare attraverso l'individuazione, i tempi e le fattispecie necessarie su cui proporre la revocatoria e ricostruire così il patrimonio fallimentare.

Anche al di fuori del fallimento è fornito un altro strumento ai creditori per eventuali reintegrazioni delle garanzie patrimoniali: la revocatoria ordinaria, disciplinata dall'art. 2901 del c.c., ricompresa nel capo del codice civile relativo ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

Partendo dalle considerazioni della giurisprudenza, della dottrina maggioritaria, e secondo l'orientamento ormai consolidato della Supremo Collegio, la revocatoria fallimentare ha la stessa natura indennitaria di quella ordinaria, infatti il presupposto di entrambe è il pregiudizio arrecato dal debitore alle ragioni dei creditori, e differisce dalla revocatoria ordinaria solo per alcune facilitazioni probatorie che il legislatore ha concesso al curatore, in quanto l'azione revocatoria è rivolta spesso ad atti che presuppongono uno stato di conoscenze dell'insolvenza dell'imprenditore poi fallito¹⁹.

La revocatoria ordinaria è uno strumento che come previsto dal legislatore con l'art. 66 l. fall. può essere fatto valere anche dal curatore durante la procedura fallimentare qualora ravvisasse un pregiudizio nei confronti dei creditori e fosse in grado di provare che vi sono creditori concorsuali che avrebbero avuto titolo a promuovere l'azione di revocatoria ordinaria; in questo caso il curatore si sostituisce ai creditori pregiudicati nell'esercizio dell'azione revocatoria dato che si avvale di uno strumento specificatamente previsto a loro tutela²⁰.

¹⁹ Quatraro, Giorgetti, Fumagalli (2009), Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azione surrogatoria seconda ed., Giuffrè Editore;

²⁰ Sono legittimati all'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria coloro che prima del compimento dell'atto di disposizione avevano già acquistato una ragione di credito: il curatore ha l'onere di provare che al passivo del fallimento sono insinuati creditori anteriori al compimento dell'atto di disposizione, salvo che provi la dolosa preordinazione, in presenza della quale sono legittimati all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria anche i creditori successivi. La pronuncia di revoca, però, anche se ottenuta dal curatore in sostituzione dei creditori anteriori, giova anche ai creditori successivi (Guglielmucci, 2008, op. già citata);

La revocatoria ordinaria è uno strumento che però offre una tutela più limitata rispetto alla revocatoria fallimentare infatti secondo il codice civile, questa è percorribile solo nei confronti di atti di disposizione che rechino un danno, anche potenziale, nei confronti dei debitori ed in particolare:

- Atti direttamente pregiudizievoli (cd. pregiudizio diretto), ossia tutti quegli atti sia a titolo oneroso che a titolo gratuito fatti a corrispettivo inadeguato e con lo scopo di depauperare il patrimonio;
- Atti che non alterano la consistenza patrimoniale ma che ne cambiano la qualità della consistenza sostituendo, ad esempio, un bene facilmente alienabile con uno difficilmente alienabile²¹ (cd. pregiudizio indiretto);
- Atti destinati al soddisfacimento preferenziale di alcuni soggetti al posto di altri concordando con taluni atti costitutivi di pegno o ipoteca.

L'art. 2901 c.c. prevede inoltre, che affinché l'atto di disposizione sia concretamente pregiudizievole ci debba essere un patrimonio residuo insufficiente al soddisfacimento dei creditori²². Presupposto soggettivo dell'azione revocatoria ordinaria è la conoscenza del pregiudizio (o la dolosa predisposizione) in capo al debitore disponente, oltre che al terzo acquirente, mentre il presupposto oggettivo, è il pregiudizio alle ragioni dei creditori.

Nella revocatoria fallimentare il danno essendo rappresentato dalla lesione della par condicio creditorum, il legislatore ha voluto introdurre una serie di misure volte a tutelare il patrimonio fallimentare, sancendo come inefficaci tutti gli atti sia gratuiti che non compiuti durante il periodo sospetto ed in particolare tutti gli atti descritti dagli artt. 64, 65, 67, 67-bis e 69.

L'art. 64 l. fall. affronta gli atti a titolo gratuito, ossia atti che sostanzialmente non sono caratterizzati dal sinallagma contrattuale. Questo articolo introduce una declaratoria di inefficacia per gli atti a titolo gratuito compiuti nei due anni prima della dichiarazione di fallimento. Vengono esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, ossia le obbligazioni naturali disciplinate nell'art. 2034 c.c. . Il legislatore nella redazione dell'art. 64 ha previsto ovviamente anche dei limiti, infatti prescrive che vi sia un vincolo di proporzionalità tra l'entità del dono ed il patrimonio del donante.

²¹ Cass. 26 Febbraio 2002 n. 279;

²² Guglielmucci (2008) opera già citata;

Nell'art. 65 l. fall. viene trattata la problematica dei pagamenti, che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente. In questo articolo ci troviamo di fronte ad una sanzione di inefficacia per tutti quei pagamenti che sono stati eseguiti dal fallito nei due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento. Il legislatore vede questa situazione come sospetta, in quanto in sede fallimentare ci saranno diversi creditori che vantano crediti scaduti che non sono stati pagati, di conseguenza punisce con una sanzione di inefficacia i pagamenti di debiti non ancora scaduti.

L'art. 67 l. fall. introduce la revocatoria fallimentare, questo articolo si compone di tre parti: una prima dove viene affrontato il problema degli atti anomali, atti revocabili per le anomalie strutturali che presentano; la seconda riguarda la revocabilità degli atti normali, revocati perché essendo compiuti in imminenza del fallimento ledono il principio di parità di trattamento tra creditori; infine la terza parte introdotta con la riforma del diritto fallimentare, riguarda le esenzioni della revocatoria fallimentare. Per gli atti anomali il legislatore pone in capo al terzo contraente l'onere di provare la non conoscenza dello stato di insolvenza del debitore, in quanto la natura anormale dell'atto, per il legislatore farebbe ipotizzare una presunzione di conoscenza del creditore dello stato di insolvenza del fallito. Per gli atti normali contenuti nel II c. dell'art. 67 l. fall., il legislatore dispone che sia il curatore a dover dare prova di conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore.

L'art. 67 bis l. fall. è stato introdotto ex novo dalla riforma del diritto fallimentare e disciplina la revocabilità degli atti incidenti su un patrimonio destinato ad uno specifico affare. L'articolo stabilisce che sono revocabili gli atti che pregiudicano il patrimonio della società e se sussiste, nel contraente terzo, la conoscenza dello stato di insolvenza dell'attività dichiarata fallita²³.

Infine l'art.69 l. fall. affronta la revocabilità degli atti compiuti tra coniugi, sia che si tratti di atti a titolo gratuito che di atti di natura onerosa, compiuti tra i due nel periodo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale. Come nel caso degli atti anomali disciplinati dal I c. dell'art. 67 l. fall. il legislatore suppone una presunzione di conoscenza da parte del coniuge dello stato di insolvenza del fallito, per questo motivo, il legislatore dispone che sono revocati tutti gli atti compiuti tra i coniugi, se il coniuge non prova che ignorava lo stato di insolvenza del fallito. Si tratta di una vera e propria

²³ Guglielmucci (2008), Le Azioni Di Ricostituzione Del Patrimonio, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.9/2007, 1044 e ss., IPSOA;

prova diabolica, dato che lo stato di convivenza ed i rapporti di fatto esistenti tra i coniugi rendono, particolarmente complicato, da parte del coniuge in bonis, dimostrare la non conoscenza dello stato di insolvenza in cui gravava il coniuge poi fallito.

1.3. Due teorie a confronto: la teoria indennitaria e la teoria anti-indennitaria

Con la riforma del diritto fallimentare il legislatore non ha previsto nulla a riguardo del pregiudizio nell'azione revocatoria fallimentare descritta dall'art. 67 per questo motivo, secondo alcuni autori, si può affermare che restano ancora valide le teorie indennitarie ed anti-indennitarie sviluppate dalla precedente dottrina²⁴.

Nel corso degli anni, partendo da presupposti oggettivi differenti si è assistito alla nascita di due contrapposte teorie, la teoria monistica e dualistica, nonché indennitaria ed anti-indennitaria.

La teoria indennitaria suppone che il principio su cui si basa la revocatoria fallimentare coincide con quello della revocatoria ordinaria, in quanto entrambe hanno l'obiettivo di riparare al pregiudizio arrecato dal fallito nei confronti dei creditori. La revocatoria fallimentare, secondo questa teoria, ha lo scopo di colpire tutti quegli atti che hanno arrecato danno al patrimonio fallimentare con il fine di sottrarre ai creditori risorse su cui avrebbero potuto soddisfare almeno in parte i crediti vantati verso il soggetto dichiarato fallito.

La teoria dualistica, o distributiva, parte da un principio abbastanza diverso, infatti, secondo i propri sostenitori la revocatoria fallimentare è priva di pregiudizio ed ha come unico scopo quello di realizzare un'equa ripartizione delle perdite, quindi affinché si possa promuovere non è indispensabile che uno dei creditori abbia subito un danno. Seguendo questo filone interpretativo, si potrebbe, quindi, affermare che la revocatoria fallimentare si configura come una semplice sanzione di inefficacia ed in tal modo andrebbe a colpire tutti quegli atti posti in essere dal fallito in un determinato arco temporale che precede la dichiarazione di fallimento, andando così a colpire anche i cosiddetti atti normali di gestione.

La teoria indennitaria diversamente da quanto appena detto, non potrebbe colpire gli atti normali di gestione, in quanto in questi sono privi del requisito del danno, infatti lo scopo unicamente perseguito, da questo filone teorico, è quello di evitare che vi sia la

²⁴ Quatraro, Giorgetti, Fumagalli (2009), opera già citata;

lesione della par condicio creditorum; secondo questa teoria infatti, il pregiudizio viene ricavato in via presuntiva, ossia, dallo stato di insolvenza in cui versa il debitore nel momento in cui ha concluso l'atto e non dagli effetti provocati dal negozio che si conclude. Si viene in questo modo a creare un'equivalenza sul piano normativo tra stato di insolvenza ed esistenza del pregiudizio ed in forza di questa equivalenza l'azione revocatoria viene a gravitare sul primo²⁵.

La teoria indennitaria poggia le basi sul presupposto che nel nostro ordinamento sussiste un unico regime revocatorio, in quanto sia la revocatoria ordinaria che quella fallimentare si basano sullo stesso principio ed hanno la stessa natura, l'unica differenza è rappresentata dal fatto che quella fallimentare è più facilmente applicabile in quanto viene supportata da un sistema di presunzioni che di fatto ne facilitano l'utilizzo. La revocatoria fallimentare, infatti, va a colpire tutti gli atti che abbiano aggravato lo stato di insolvenza nel periodo precedente alla dichiarazione di fallimento²⁶.

Con la riforma della legge fallimentare del 2005, il legislatore innovando il sistema revocatorio si è ispirato a principi di salvaguardia e prosecuzione aziendale, presupposti che sembravano in un primo momento, conciliare con la tesi monistica, ma sia la dottrina che la giurisprudenza si sono subito allontanati da questo orientamento preferendo quello dualistico.

Innanzitutto in dottrina si è posto il problema del nesso di causalità, cioè se sia necessario provarne la sussistenza. Secondo alcuni autori e sostenitori della teoria monistica, vi è una duplice valutazione da fare nel caso in cui il negozio in questione abbia portato effetti positivi o effetti negativi all'impresa; infatti secondo i sostenitori di questa teoria, andrebbe fatta una valutazione ex ante nel caso in cui l'atto si potrebbe rivelare dannoso, ex post invece se possa avere un risvolto positivo. Questa duplice valutazione viene criticata dalla maggior parte della dottrina, in quanto non fornisce una valutazione paritetica tra le diverse situazioni.

Il secondo punto in cui la dottrina maggioritaria è in disaccordo con i sostenitori della teoria indennitaria è lo spostamento dal danno all'interesse ad agire, considerata questa una forzatura, viene anche criticata in quanto non si tiene in considerazione che è lo stato di insolvenza che comporta la revocabilità dell'atto, differentemente da quanto

²⁵ Ferrara, Borgioli (1995), Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.5/2008, 430 e ss., IPSOA;

²⁶ Corsi (1965), La revocatoria nel fallimento, 165 e ss., MORANO;

sostengono i difensori di questa teoria secondo i quali non si potrebbe, anche nel fallimento, revocare un atto se non avesse arrecato pregiudizio²⁷.

Alcuni autori sostengono, inoltre, che la teoria indennitaria comporta la creazione attorno all'impresa in crisi di un "cordone sanitario", che finirebbe con l'ostacolare lo svolgimento dell'ordinaria gestione della stessa, favorendo la trasformazione di una semplice crisi imprenditoriale in insolvenza definitiva²⁸.

Anche la giurisprudenza non si è dimostrata benevola di fronte a questa teoria, infatti, dopo un primo periodo pre-riforma in cui sembrava avvicinarsi alla teoria monistica, nel 2005 il tribunale di Padova con la sentenza n.1297 del 29 Aprile per primo prende le distanze, censurando l'orientamento indennitario, con il fine di valorizzare la funzione dell'azione revocatoria in una logica di programmazione dell'impresa e di riequilibrio degli effetti dell'insolvenza tra tutti i creditori. La sentenza del tribunale di Padova anticipa di fatto l'orientamento della Suprema corte di Cassazione che con la sentenza n.7028 del 28 Marzo 2006 abbandona definitivamente la teoria monistica, affermando che l'azione revocatoria fallimentare ha una natura distributiva e non indennitaria. La Suprema Corte motiva infatti la sentenza affermando che per la revocabilità degli atti a titolo oneroso opera una presunzione assoluta di danno, che si manifesta per il semplice fatto che il bene sia uscito da patrimonio del debitore e nulla cambia la circostanza che l'intero valore della compravendita sia stato utilizzato dal venditore per estinguere il suo debito privilegiato.

La sentenza poggia le basi, quindi, sul concetto che la revocatoria fallimentare ha come scopo unico quello di far recuperare al creditore del fallito la sua posizione di beneficiario del credito stesso, e non quella di cercare un corrispettivo negoziale dell'atto revocato. Infine la Suprema Corte anche con sentenza del 26/02/2010 n.4785 ha consacrato l'orientamento dalle S.U. ed ha sancito la definitiva prevalenza della teoria redistributiva della revocatoria fallimentare, per la quale la perdita derivante dal fallimento deve essere ripartita tra tutti i creditori ed il danno è in re ipsa per la semplice lesione della par condicio creditorum non superabile con prova contraria, rispetto alla

²⁷ Satta (1996), *Diritto Fallimentare*, 209 e ss., CEDAM;

²⁸ Jorio, Fabiani (2007), *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario, Zanichelli;

teoria indennitaria per la quale la lesione non è conseguenza diretta dell'atto illecito e quindi revocabile²⁹.

1.4. Atti revocabili ed atti inefficaci

Affrontando il problema degli atti inefficaci e degli atti revocabili risulta necessario fare una parentesi sul concetto di inopponibilità degli atti affrontato nell'art. 45 della l. fall.; in questo paragrafo viene affrontato il problema degli atti compiuti prima della dichiarazione di fallimento o comunque prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento: le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori³⁰.

In questo paragrafo si affronteranno, quindi, quegli atti a contenuto economico e patrimoniale posti in essere dal fallito in un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento ma che incidono sul patrimonio fallimentare, in quanto si tratta di atti che incidono su questo causandone una mutazione quantitativa o qualitativa.

Affinché gli atti possono ritenersi inopponibili alla massa dei creditori e quindi esclusi dal fallimento, è necessario che oltre al requisito della data certa come stabilito dall'art. 2704 c.c.³¹ siano state adempiuti anche gli altri criteri indicati negli art. 2913 e ss. c.c.; cioè occorre che non solo sia stato fatto ciò che prescrive il codice civile nei citati articoli, in riferimento alla pubblicità e alle formalità stabilite, ma anche le altre attività accessorie previste dal nostro ordinamento. I requisiti necessari a rendere l'atto inopponibile, occorre che siano stati realizzati prima della dichiarazione di fallimento ed in particolare prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

²⁹ Benvenuto (2011), Revocabilità delle rimesse su Garanzie Consolidate, 4/2011, Piazzetta Monte, UGC Banca;

³⁰ Art. 45, R. D. 16 Marzo 1942, n. 267.

³¹ Art. 2704 c.c.. Data della scrittura privata nei confronti dei terzi. La data della scrittura privata della quale non è autenticata la sottoscrizione non è certa e computabile riguardo ai terzi se non dal giorno in cui la scrittura è stata registrata o dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta o dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. La data di scrittura privata che contiene dichiarazioni unilaterali non destinate a persona determinata può essere accertata con qualsiasi mezzo di prova. Per l'accertamento della data nelle quietanze il giudice, tenuto conto delle circostanze, può ammettere qualsiasi mezzo di prova.

Dopo aver affrontato il problema della inopponibilità di un atto, stabilito che sussistono i casi di pubblicità e che sono state svolte le formalità prescritte, questi sono inopponibili alla procedura fallimentare, possiamo affrontare i casi in cui il legislatore prescrive gli atti, a seconda dei casi, come inefficaci o revocabili. Tra le norme che appartengono al sistema revocatorio infatti alcune, tra queste, prevedono l'inefficacia degli atti, oltre la revocatoria.

Il sistema revocatorio si basa su due articoli principali gli artt. 64 e 67 l. fall.; il primo stabilisce che tutti gli atti a titolo gratuito compiuti dall'imprenditore poi fallito nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento sono inefficaci, il secondo prescrive che tutti gli atti a carattere oneroso, comprese le costituzioni di garanzia e i pagamenti sono revocabili, se compiuti dal fallito nell'ultimo anno o nei sei mesi che precedono la dichiarazione di fallimento.

Affrontare l'inefficacia degli atti in maniera autonoma rispetto alla revocatoria di questi è una differenza che rappresenta non solo una questione formale ma si tratta di una disuguaglianza sostanziale. Nel caso in cui ci troviamo di fronte alla revocatoria di un atto, occorre l'esperimento di un'azione giudiziaria, da parte del curatore fallimentare che cerca di reintegrare il bene nel patrimonio fallimentare; quando invece ci troviamo di fronte ad un atto inefficace, al curatore basterebbe richiedere l'apprensione dei beni, il cui atto di disponibilità è stato giudicato e dichiarato inefficace nell'applicazione delle norme della revocatoria.

Nel caso di atti inefficaci non sarebbe di per sé indispensabile promuovere un'azione giudiziaria, a meno che non ci sia una resistenza da parte di un terzo ed in questo caso l'azione giudiziaria serve esclusivamente per poter vincere questa resistenza.

Qualora un atto fosse dichiarato inefficace, l'oggetto della declaratoria di inefficacia può essere considerato come un bene che è apprensibile dal curatore del fallimento senza necessità alcuna di promozione di un'azione giudiziaria. Possiamo, quindi, affermare che un atto inefficace è privo di effetto, con la logica conseguenza che si potrebbe considerare come se non fosse mai avvenuto.

Partendo dal concetto che un atto inefficace è da considerare come non si sia mai concluso, spetterà al curatore ottenere il bene oggetto della declaratoria di inefficacia senza promuovere l'azione giudiziaria; se il terzo che detiene o possiede il bene in oggetto si rifiuta di consegnarlo, il curatore dovrà muoversi affinché riesca ad ottenere

l'apprensione del bene, ma non per ottenere una declaratoria di inefficacia, in quanto la declaratoria di inefficacia è già sancita dalla norma.

In conclusione possiamo dire che il legislatore nella stesura delle norme riguardanti il sistema revocatorio, descrive le due fattispecie principali, gli atti a titolo gratuito (artt. 64 e 65 l. fall.) e quelli onerosi (artt. 67 e 69 l. fall.) differenziandole in maniera notevole.

Ponendo a raffronto i due gruppi di norme si noterebbe sin da subito una chiara differenza che esiste tra le varie ipotesi nei confronti della massa di creditori; mentre il primo, infatti, determina la privazione degli effetti dagli atti in questione, supponendo che l'inopponibilità di tali atti alla procedura concorsuale si realizza nel momento stesso in cui tale atto si conclude; nel secondo, invece la possibilità o meno di sottrarre gli atti alla procedura fallimentare, è subordinata a domanda di revoca proposta dal curatore e sottoposta a speciale ripartizione dell'onere della prova tra le parti, con la conseguenza di assumere al contraddittorio processuale il ruolo di uno strumento necessario per ottenere la modificazione giuridica degli effetti di determinati atti³².

³² Quatraro (2009), opera già citata;

Capitolo 2

2.1. I pagamenti inefficaci nell'art. 65 della legge fallimentare

L'art. 65 l. fall. è compreso tra le norme del capo III, sezione III, che disciplinano gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, e, pertanto fa parte di un complesso di norme dirette a colpire tutti gli atti aventi l'effetto di depauperare il patrimonio del fallito, alterando quella situazione economica – giuridica sulla quale i creditori potevano legittimamente contare e che costituiva la base concreta della garanzia patrimoniale³³.

L'articolo 65 della legge fallimentare, stabilisce che sono inefficaci nei confronti della massa dei creditori concorsuali i pagamenti eseguiti dal fallito nei due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento. L'articolo 65 l. fall., infatti, prescrive: sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento³⁴.

L'articolo 65 parimenti all'art. 64, introduce una declaratoria di inefficacia ex lege, che opera in maniera automatica al manifestarsi del pagamento e senza tener conto della situazione oggettiva in cui versavano il solvens fallito e l'accipiens, all'epoca del pagamento. L'azione di inefficacia sancita dall'art. 65 ha natura dichiarativa e può essere fatta valere senza limiti di tempo, differentemente dalla azione revocatoria i cui limiti sono stati introdotti dal legislatore, con il nuovo art. 69 bis; con questo articolo viene stabilito che le azioni revocatorie non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento o decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

L'inefficacia dei pagamenti sanzionati si produce in maniera automatica con l'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese, come descritto dall'ultimo comma dell'art. 16 l. fall., l'iscrizione nel registro delle imprese rappresenta infatti l'inizio degli effetti della sentenza di fallimento nei confronti dei terzi.

L'art. 65 prevede la sanzione di inefficacia nel caso in cui si verificano contemporaneamente tre circostanze oggettive:

- che sia prevista una scadenza, originariamente pattuita, del debito in una data che si

³³ Frattarolo, Iorio (2009), *Il Mutuo Nella Giurisprudenza*, 239 e ss., Giuffrè Editore;

³⁴ Art. 65, R. D. 16 Marzo 1942, n. 267.

- riveli coincidente o successiva alla data di dichiarazione del fallimento;
- il pagamento di un credito avvenga in maniera anticipata rispetto alla originaria previsione;
 - l'esecuzione del pagamento avvenga nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento³⁵.

Ai fini del calcolo del termine biennale, affinché il pagamento risulti inefficace, il dies a quo deve essere individuato nella data di deposito della sentenza dichiarativa di fallimento come sancito dalla sentenza n. 4705 del 16 Aprile 1992 della Suprema Corte di Cassazione.

Come nell'art. 64 il computo a ritroso del termine per identificare i pagamenti inefficaci secondo l'art.65, è di due anni dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento; il legislatore ha previsto un termine piuttosto ampio poiché si tratta di un pagamento di un debito effettuato prima della naturale scadenza, da un soggetto insolvente o che comunque versava in uno stato di crisi, nel momento in cui si era liberato del debito. Siccome in caso di fallimento il pagamento anticipato rappresenta un depauperamento del patrimonio in quanto sottrae una garanzia patrimoniale ai creditori, il legislatore ha inteso l'estinzione anticipata del debito come una situazione anomala e per questo viene così duramente sanzionata.

Per l'individuazione del termine di pagamento si deve far riferimento alla scadenza contrattuale del debito, eventuali clausole contrattuali che prevedono la facoltà del debitore di liberarsi in anticipatamente del debito non vengono considerate valide. L'azione di inefficacia, inoltre, è impiegata non solo per i pagamenti eseguiti spontaneamente dal fallito ma anche per quelli che siano stati richiesti dal creditore se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, le garanzie che aveva dato ovvero le garanzie che aveva promesse sono fuoriuscite dal suo patrimonio³⁶.

Tra le varie fattispecie di pagamenti inefficaci, sanzionati dall'art.65, troviamo anche il rimborso anticipato dei crediti vantati dai soci per finanziamenti concessi alla società successivamente fallita ma anche l'estinzione anticipata del mutuo. L'estinzione del mutuo rappresenta però, un caso particolare; infatti nel caso di mutuo ipotecario viene

³⁵ Grossi (2008), La Riforma Della Legge Fallimentare: Commento E Formule Della Nuova Disciplina Delle Procedure Concorsuali, P.506 E Ss., Giuffrè Editore;

³⁶ Art. 1186 c.c. : Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse.

esclusa l'inefficacia ex art. 65 per i pagamenti anticipati se non è possibile revocare contemporaneamente anche la garanzia reale, in quanto in base all'art. 2878 c.c. quest'ultima si estingue solo con il pagamento, come affermato dalla Corte di Cassazione con sentenza del 19 Novembre 1976 n. 2878³⁷.

Un'ipotesi particolare di esclusione dell'applicabilità dell'inefficacia ex art. 65 riguarda le imprese che svolgono appalti di opere pubbliche ed in particolare non risultano inefficaci le restituzioni effettuate dall'impresa appaltante a favore della pubblica amministrazione, per le somme riguardanti la parte non coperta dallo stato di avanzamento lavori a seguito di una rescissione del contratto assunto ai sensi dell'art. 340 legge n.2248/1865, poiché la rescissione produce la risoluzione del contratto ed obbliga l'appaltatore alla conseguenti restituzioni, opinione consolidata anche da un intervento della Corte di Cassazione con la sentenza n. 6904 del 23 Luglio 1997.

Un'ultima ipotesi di inefficacia ex art.65 sono i pagamenti di debiti non scaduti eseguiti con mezzi anormali, in questo caso però dovrebbe essere fatta una distinzione a secondo se il debito aveva scadenza precedente o successiva alla dichiarazione di fallimento, infatti mentre nel primo caso il pagamento risulta revocabile secondo il primo comma n.2 dell'art. 67 l. fall., nel secondo caso il pagamento è inefficace a norma del art. 65. I pagamenti anticipati assoggettabili alla dichiarazione di inefficacia non sono quindi solo quelli effettuati con il denaro, ma anche quelli effettuati con mezzi diversi quali la datio in solutum, cessione dei crediti e compensazione convenzionale.

2.2. Interpretazione della giurisprudenza

La ragione che persuase il legislatore nel 1942 a prescrivere come inefficaci i pagamenti descritti dall'art.65, era quella di evitare che un creditore ricevendo un pagamento anticipato, potesse trarre vantaggio indebitamente rispetto a tutti gli altri creditori violando il principio della par condicio creditorum.

Gli atti compiuti dal fallito ed i pagamenti anticipati dei crediti trattati nell'art. 65, possono essere dichiarati inefficaci durante la procedura fallimentare solo su richiesta del curatore fallimentare nell'interesse della massa, affinché si possa riuscire ad incrementare il più possibile l'attivo fallimentare. Lo scopo di rendere i pagamenti anticipati inefficaci è quello di impedire che qualsiasi atto posto in essere dal fallito

³⁷ Fabiani, Nardecchia (2007), *Formulario Commentato Della Legge Fallimentare*, P.498 E Ss., Ipsoa;

possa avere l'effetto di depauperare il patrimonio, infatti il tribunale di Milano nella sentenza del 20 Ottobre 1960³⁸ definisce gli atti inefficaci come atti da considerare inesistenti, di conseguenza l'amministrazione fallimentare dovrebbe considerare tali atti come se non si fossero mai conclusi.

Le motivazioni della declaratoria di inefficacia sancita dall'art. 65 sono insite nello stesso pagamento anticipato del debito, è il pagamento anticipato del debito con una scadenza che coincide con la dichiarazione di fallimento, o in momento successivo, che rende in pagamento inefficace ex lege. Secondo Corte di Cassazione nella sentenza n.4842 del 5 Aprile 2002 la dichiarazione di inefficacia è una conseguenza obbligatoria all'effettivo pagamento anticipato, perfino al giudice non è permessa nessuna possibilità di sindacare sull'eventuale convenienza di tale anticipazione, sia che questa si stia spontanea da parte del debitore o sia avvenuta su richiesta del creditore che intima il pagamento per decadenza dal beneficio del termine secondo l'art. 1186 c.c., l'unica scadenza rilevante ai fini dell'applicazione della norma è quella in principio definita dalla parti, come già si era pronunciato il Tribunale di Napoli in una sentenza del 2 Marzo 1962³⁹. Un'eventuale pattuizione, stipulata tra le parti, idonea ad attribuire la possibilità all'imprenditore di liberarsi in anticipo del debito rispetto alla data originaria di tale obbligazione non produce alcun effetto⁴⁰. È invece valida l'eventuale pattuizione contrattuale che prevede il pagamento anticipato di un credito che scade in un momento precedente alla dichiarazione di fallimento, infatti un eventuale accordo, originariamente pattuito, tra le parti che attribuisce al debitore la facoltà di determinare in via unilaterale l'anticipazione della scadenza contrattuale è permessa, purché il credito scada comunque prima della dichiarazione di fallimento⁴¹, anche se potrebbe essere sanzionato con l'azione revocatoria di cui all'art. 67 l. fall⁴².

Sempre a proposito di pattuizioni contrattuali, nel contratto di mutuo può essere accordata la possibilità al debitore di rimborsare la somma mutuata in anticipo rispetto alla scadenza concordata al momento della stipula del contratto, facoltà che è

³⁸ Sentenza commentata in Giurisprudenza Italiana 1961, I, 2, 759.

³⁹ Tribunale di Napoli, 2 Marzo 1961, in Dir. Fall., II, 601.

⁴⁰ Tribunale di Venezia, 2 Aprile 1993, Fall. 1993, 777.

⁴¹ Tribunale di Milano, 17 Maggio 2004, Corriere giur. 2004, 951.

⁴² Cederle (2007), Rimborsamento Anticipato Del Mutuo Ed Inefficacia Ex Art. 65 Legge Fall., Rivista Dottori Commercialisti, N. 2/2007, 294 E Ss., Giuffrè Editore;

riconosciuta anche dal I comma dell'art. 40 T.U.B.⁴³ a proposito del mutuo fondiario. Sulla questione del pagamento anticipato del mutuo, ed in particolare del mutuo fondiario, la Cassazione nel corso degli anni si è pronunciata diverse volte e con interventi che a volte hanno modificato le pronunce precedenti, anche se sembra ormai pacifico che il pagamento anticipato del mutuo ipotecario non si possa dichiarare inefficace se non è contemporaneamente revocabile anche la garanzia reale, in quanto, quest'ultima si estingue con il pagamento⁴⁴. Il problema del pagamento anticipato del mutuo è stato affrontato per la prima volta dalla Corte di Cassazione nel 1969 che con la sentenza n.1153 del 10 Aprile, la Suprema Corte in questa sentenza asserisce che la facoltà convenzionalmente attribuita al mutuatario di non avvalersi della rateazione del pagamento, costituisce esercizio di un vero e proprio diritto potestativo di cui il mutuante non può che subire gli effetti, sicché al momento in cui la clausola diviene operativa, il debito originariamente dilazionato diviene scaduto con la conseguenza che non può essere considerato pregiudizievole ai creditori e quindi colpito dall'inefficacia stabilita dall'art.65 legge fall., ciò costituisce l'esercizio di un diritto regolato dal contratto e protetto dalla legge.

Sempre nello stesso anno la Suprema Corte interviene negando la declaratoria di inefficacia ex art.65 per i pagamenti anticipati di crediti assistiti da ipoteche in quanto cancellerebbe la natura privilegiata del credito, poiché a fronte di una declaratoria di inefficacia dei pagamenti in esame, il creditore potrebbe insinuarsi nello stato passivo fallimentare, in base al disposto di cui all'art.70 per il corrispondente credito ma solo in via chirografaria, non essendoci alcuna norma che prevede la reviviscenza della garanzia ipotecaria o pignoratizia⁴⁵. In una sentenza più recente la Cassazione modifica il pensiero espresso nella sentenza del 10 Aprile 1969, spiegando di non poter dare continuità al riferito orientamento, esprime un giudizio opposto e fa rientrare il pagamento anticipato del mutuo nel novero dei pagamenti inefficaci secondo l'art. 65 l. fall., affermando che l'unica scadenza rilevante è quella originariamente pattuita, per cui

⁴³ Art.40 T.U.B. I c. : I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca esclusivamente un compenso onnicomprensivo per l'estinzione contrattualmente stabilito. I contratti indicano le modalità di calcolo del compenso, secondo i criteri stabiliti dal CICR al solo fine di garantire la trasparenza delle condizioni.

⁴⁴ Cass. 19 Novembre 1976, n.3608, sentenza commentata in Fabiani (2007), opera già citata;

⁴⁵ Cass. 2 Dicembre 1969, n. 3851, sentenza commentata in Fabiani (2007), opera già citata. Per i pagamenti dei crediti privilegiati di cui agli artt. 2745 e ss. c.c ed in particolare per i privilegi generali, resta applicabile l'inefficacia ex art. 65, poiché, questi crediti in caso di revoca, riprendono le loro qualità originarie e con esse i privilegi che li assistono.

ogni volta che essa cada in data successiva alla dichiarazione di fallimento comporta l'inefficacia di diritto del pagamento secondo l'art.65 l. fall., anche se avvenuta in conformità di una clausola che dia la facoltà di estinguere anticipatamente il pagamento⁴⁶.

La Suprema Corte giustifica il cambiamento apportato al precedente orientamento come una misura necessaria per evitare al creditore la possibilità di eludere sistematicamente la norma in esame, in quanto risulterebbe in contrasto con l'intenzione del legislatore, che con l'art.65 ha voluto dotare gli organi fallimentari di uno strumento molto restrittivo. Più recentemente la corte di Cassazione è ritornata sul problema del mutuo fondiario e partendo dal concetto che la facoltà di estinzione anticipata viene attribuita, esclusivamente, al mutuatario, afferma che questo costituisce l'esercizio di un diritto potestativo, di cui il mutuante non può che subire gli effetti, di conseguenza, al momento in cui la clausola diviene operativa, il debito originariamente dilazionato diventa scaduto e la garanzia ipotecaria cancellata, ciò comporta che, in caso di fallimento del debitore, il predetto pagamento non può essere colpito dall'inefficacia stabilita dall'art. 65 l. fall.⁴⁷. Con quest'ultima pronuncia la Suprema Corte, allontanandosi dalla precedente sentenza del 2002⁴⁸ e riprendendo l'orientamento della più datata sentenza del 1969⁴⁹, risolve il problema dell'inefficacia, in quanto siccome il creditore potrebbe esigere il pagamento solo alla data di scadenza originariamente pattuita, un'eventuale anticipazione potrebbe verificarsi solo con la volontà del debitore, per cui la paventata possibilità di eludere l'art.65 l. fall. mal si concilia con la lesione della par condicio creditorum⁵⁰.

Un'altra questione da affrontare è quella riguardante il rimborso, eseguito dalla società, nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento ai soci per finanziamenti concessi

⁴⁶ Cass. 5 Aprile 2002, n.4842;

⁴⁷ Cassazione civile sez. I, 18 luglio 2008, n. 19978. Con riguardo ad un mutuo fondiario assistito da garanzia ipotecaria, ove il debitore si avvalga della facoltà di estinzione anticipata attribuita al mutuatario ai sensi degli art. 12 e 13 del testo unico n. 646 del 1905 e dell'art. 7 del d.P.R. n. 7 del 1976 (applicabili *ratione temporis*), siffatto pagamento costituisce esercizio di un diritto potestativo di cui il mutuante non può che subire gli effetti, per cui, al momento in cui la clausola diviene operativa, il debito originariamente dilazionato diventa scaduto e la garanzia ipotecaria è cancellata, con la conseguenza che, in caso di fallimento del debitore, il predetto pagamento non è colpito dall'inefficacia stabilita dall'art. 65 legge fall., tenuto conto dei connotati di spiccata specialità assegnati alla disciplina del credito fondiario, in ragione della rilevanza degli interessi perseguiti dalla legislazione di settore (Giust. civ. Mass. 2008, 7-8, 1180);

⁴⁸ Cass. 5 Aprile 2002, n.4842;

⁴⁹ Cass., 10 Aprile 1969, n.1153;

⁵⁰ Cederle (2007), opera già citata;

a quest'ultima⁵¹. Questi pagamenti rientrano tra i pagamenti anticipati, soggetti a declaratoria di inefficacia ex art. 65 l. fall. in quanto lesivi della par condicio creditorum. Inoltre vengono considerati pagamenti di debito non scaduto, e come tali inefficaci per l'art.65 l. fall., anche il rimborso dei versamenti eseguiti dai soci in conto finanziamento, a tempo indeterminato, operato da una società nel biennio anteriore alla sua dichiarazione di fallimento⁵².

Infine affrontando il problema relativo all'individuazione del momento dal quale comincia a decorrere l'inefficacia secondo art.65 l. fall., la Corte di Cassazione ha stabilito che gli effetti decorrono dal deposito in cancelleria della sentenza dichiarativa di fallimento⁵³ in quanto, in mancanza di disposizioni speciali, una sentenza deve contenere i requisiti formali richiesti dall'art. 133 I comma codice di procedura civile, tra i quali il deposito, che è stato ritenuto dalla Suprema Corte elemento indispensabile ed essenziale.

2.3. Interpretazione della dottrina

Come abbiamo avuto modo di vedere l'art.65 l. fall. si riferisce ad una fattispecie specifica, rientrando tra le norme che disciplinano gli atti pregiudizievoli dai creditori, si differenzia dalla revocatoria in quanto descrive un ipotesi di inefficacia che viene a determinarsi automaticamente. Come nell'azione revocatoria, anche nell'art.65 troviamo una presunzione di conoscenza, ma in questo caso avendo un intento fraudolento e di pregiudizio nei confronti della massa, il legislatore ha voluto eliminare ogni dimostrazione di non colpevolezza e prescritto l'inefficacia automatica degli atti al solo verificarsi dell'evento. Il legislatore tiene conto, infatti dell'anormalità dell'anticipo in relazione agli usi commerciali e della non giustificata preferenza accordata in violazione della par condicio creditorum, a crediti destinati a diventare concorsuali⁵⁴.

L'art.65 sin dalla sua formulazione iniziale, ha determinato l'inefficacia dei pagamenti effettuati prima della loro naturale scadenza, se questa avviene nel giorno della dichiarazione di fallimento, oppure in un momento successivo. Il legislatore con l'art.65

⁵¹ Tribunale di Catania, 15 Gennaio 1987, Fall. 1987, 1200 e ss.;

⁵² Tribunale di Napoli, 8 Gennaio 2004, Giur. Comm., 2005;

⁵³ Cass. 22 Novembre 1991, n. 12573;

⁵⁴ Quatraro (2009), opera già citata;

l. fall. punisce con l'inefficacia i pagamenti anticipati per la natura sospetta insita nel pagamento stesso; infatti il pagamento potrebbe rappresentare un trattamento preferenziale che comporta un danno al principio della par condicio creditorum.

Secondo una parte della dottrina, la ratio dell'art. 65 l. fall. la troviamo nell'anormalità del pagamento così effettuato e prescinde dal positivo accertamento di un danno a differenza di quanto avviene per l'accertamento della azione revocatoria ordinaria esercitabile nel fallimento a sensi dell'art. 66 l. fall.⁵⁵.

Altra parte della dottrina sembra preferire la tesi secondo la quale i pagamenti inefficaci secondo l'art. 65 sono logicamente sanzionati alla stregua degli atti inefficaci secondo l'art. 44 l. fall.; l'autore considera il pagamento anticipato, di un debito scadente alla data del fallimento o successivamente, come effettuato alla originaria scadenza post-fallimentare e quindi trattato nella stessa maniera degli atti solutori avvenuti dopo l'apertura del concorso e soggetto alla medesima sanzione di inefficacia ex lege⁵⁶.

Malgrado la rigidità dell'art. 65, sono esclusi dalla sanzione di inefficacia i pagamenti anticipati che sono scaduti prima della dichiarazione di fallimento, come sancito dalla Corte di Cassazione⁵⁷, questi pagamenti rientrano infatti nella fattispecie dei pagamenti revocabili ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall..

In questo caso non solo il periodo sospetto è di un anno, ma come sostiene parte della dottrina ci troviamo di fronte ad una notevole carenza normativa, visto che non è stata nemmeno prevista l'inversione dell'onere della prova sulla conoscenza dello stato d'insolvenza, come invece avviene per gli atti revocabili disciplinati dell'art.67, comma 1, l. fall.⁵⁸.

Rientrano nella previsione di inefficacia anche i pagamenti anticipati effettuati dal debitore in virtù di una pattuizione contrattuale, ma anche quelli conseguenti ad una iniziativa del creditore per decadenza del termine ex art. 1186 c.c.⁵⁹.

Mentre per il pagamento anticipato dal creditore, avvalendosi della facoltà concessagli dall'art. 1186 c.c., è pacificamente ritenuto che non si sottragga all'inefficacia de iure, la a facoltà del debitore di liberarsi in maniera anticipata del debito, in base ad una

⁵⁵ Patti (2002), Inefficacia Dei Pagamenti Di Crediti Non Scaduti, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali N.12/2002, 1322 E Ss., Ipsoa;

⁵⁶ Fabiani (2002), La Revocatoria Dei Pagamenti Anticipati, Foro Italiano, N.1/2002, 2409 E Ss., Zanichelli;

⁵⁷ Cass. 30 Marzo 1981, n. 1816;

⁵⁸ Quatraro (2009), opera già citata;

⁵⁹ Ambrosini, Cavalli, Jorio (2009), Il Fallimento, 401 E Ss., Wolters Kluwer Italia;

previsione contrattuale, è un punto molto discusso sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina.

In dottrina troviamo chi ritiene, che la facoltà del debitore di liberarsi in maniera anticipato del debito, rappresenti uno strumento elusivo in linea con il pensiero della Suprema Corte relativo ad una sentenza del 2002⁶⁰, in quanto la previsione contrattuale potrebbe essere stata predisposta ad hoc per evitare di cadere nell'inefficacia di diritto⁶¹

Altra parte della dottrina ritiene che questo tipo di pagamenti non rientra tra i pagamenti inefficaci secondo l'art.65 in quanto la data originariamente prevista rappresenta solo il termine entro il quale il debitore ha la possibilità di estinguere il debito, con la conseguenza che la scadenza viene a coincidere con l'adempimento⁶². Solo recentemente⁶³ tale orientamento è stato recepito in materia di credito fondiario, in quanto la facoltà di liberarsi in maniera anticipata del mutuatario è legislativamente prevista dall'art. 40 del Testo Unico Bancario.

Nella previsione dell'art. 65 l. fall. rientrano anche i pagamenti dei crediti anticipati effettuati con mezzi anormali di pagamento, in quanto trattandosi, pur sempre, di crediti non scaduti, non si spiegherebbe perché un mezzo di adempimento debba salvarsi a discapito di un altro, inoltre il legislatore usa il termine adempimento in senso atecnico, facendovi rientrare tutti gli atti estintivi di obbligazioni⁶⁴.

Per quanto riguarda i pagamenti anticipati assistiti da pegno o ipoteca, in un primo momento, parte della dottrina riteneva che il pagamento anticipato anche in questo caso fosse inefficace de iure, poiché l'art. 65 l. fall. non permette un distinguo tra pagamenti garantiti e non, con la conseguenza che l'inefficacia andava a colpire entrambi. Infatti sempre secondo questo orientamento la disposizione dell'art. 65 l. fall. richiede per la sua applicabilità solo il fatto oggettivo dell'anticipazione del pagamento rispetto alla sua scadenza originaria, sia essa convenzionale o legale⁶⁵.

Altra parte della ritiene che questi pagamenti possono essere dichiarati inefficaci solo per l'eventuale eccedenza rispetto a quanto il creditore avrebbe potuto ricavare dall'esecuzione sul rispetto sul bene oggetto di garanzia, poiché privare ex lege, il

⁶⁰ Cass. 5 Aprile 2002, n.4848;

⁶¹ Pinotti (1963), Temi, 561 e ss;

⁶² Satta (1957), Sul Pagamento Anticipato Dei Crediti Nel Fallimento, Banca, Borsa E Titoli Di Credito, N.1/1957, 485 E Ss., Giuffrè Editore;

⁶³ Cassazione civile sez. I, 18 luglio 2008, n. 19978

⁶⁴ Quatraro (2009), opera già citata;

⁶⁵ Quatraro (2009), opera già citata;

soggetto mutuante della possibilità di opporsi all'estinzione anticipata, comporterebbe la cancellazione della garanzia ipotecaria, ed in caso di successivo fallimento ed applicazione dell'art. 65 legge fall., il credito risulterebbe automaticamente degradato, di fatto, al rango chirografario⁶⁶. In effetti se si tiene presente un principio già affermato più volte dalla Corte di Cassazione⁶⁷ che, sebbene riferito alla revocatoria fallimentare potrebbe essere esteso anche all'azione ex art. 65 legge fall. per una identità di ratio che appare potersi scorgere nelle due fattispecie; la Suprema Corte si era infatti pronunciata nel senso per cui se il credito soddisfatto mediante pagamento effettuato dal soggetto in seguito fallito sia assistito da ipoteca di primo grado non più revocabile, l'interesse all'azione revocatoria fallimentare può essere riconosciuto solo se e nei limiti in cui il curatore dimostri il danno per la massa, desumibile dalla circostanza che il creditore, senza quel pagamento, non avrebbe trovato capienza, in tutto in parte, sul ricavato del bene ipotecato in ragione della insufficienza del ricavato medesimo, ovvero della concorrenza su di esso di crediti privilegiati poziori. Ugualmente, potremmo dire, in caso di azione di inefficacia che il curatore promuova ai sensi dell'art. 65 legge fall.: se con essa si andassero a colpire pagamenti anticipati relativi a crediti assistiti da garanzia ipotecaria ormai intangibile, si arriverebbe al risultato, difficile da ammettere perché nessuna norma lo prevede, di privare di efficacia e contenuto una garanzia consolidata legittimamente acquisita, degradando per via obliqua il relativo credito da privilegiato a chirografario⁶⁸.

⁶⁶ Cederle (2007), opera già citata;

⁶⁷ Cass, Sez. un., 28 Marzo 2006, n. 7028: non sarebbe nemmeno più possibile, come appare comunque ammettere anche Cass. n. 7028/2006, il rinvio alla fase finale del riparto della verifica di un reale danno alla massa - giacché solo in quel momento sarebbe possibile il controllo dell'esistenza di eventuali crediti privilegiati di grado pozioro rispetto a quello soddisfatto, e non anticipatamente al momento dell'esercizio dell'azione - e ciò poiché comunque, ad ipoteca cancellata, la situazione sembrerebbe oramai compromessa ed il declassamento del credito definitivo (escludendo improbabili reviviscenze del privilegio ipotecario).

⁶⁸ Cederle (2007), opera già citata;

Capitolo 3

3.1. Gli atti a titolo oneroso, i pagamenti e le garanzie nell'art. 67, comma 1 della legge fallimentare

La revocatoria fallimentare si inserisce in una fase particolarmente complessa della procedura fallimentare, cioè la ripartizione dell'attivo: durante questa fase il curatore fallimentare pone in essere una serie di attività finalizzate a recuperare beni o utilità assoggettabili alla liquidazione fallimentare, ma che per diversi motivi, alla data di dichiarazione del fallimento, non rientrano nella disponibilità materiale e giuridica del fallito.

Il legislatore grazie alla revocatoria fallimentare, ha dotato gli organi fallimentari di uno strumento utile a reintegrare nel patrimonio fallimentare tutti i beni di proprietà del fallito ceduti durante il periodo sospetto, al fine di depauperare il patrimonio, e con la conseguenza di ledere il principio della par condicio creditorum.

La revocatoria fallimentare determina la declaratoria di inefficacia dell'atto revocato nei confronti della massa dei creditori, mentre non incide sulla validità dell'atto stesso tra le parti originarie.

Anche al di fuori del fallimento troviamo uno strumento di reintegrazione della garanzia patrimoniale, cioè l'azione revocatoria ordinaria: questa suppone la ricorrenza, oltre che di un presupposto soggettivo di mala fede, anche di un presupposto oggettivo; il pregiudizio alle ragioni dei creditori, comunemente chiamato danno⁶⁹.

La revocatoria fallimentare, a differenza di quella ordinaria, prevede meno vincoli, in quanto il presupposto fondamentale, sotto il profilo soggettivo, è rappresentato dalla conoscenza, da parte del convenuto, dello stato di insolvenza dell'imprenditore fallito.

Nella revocatoria fallimentare l'intento fraudolento è presunto, con presunzione legale assoluta, in virtù dello stato di insolvenza. Il legislatore, infatti, suppone che il fallito tenti di depauperare il patrimonio, sottraendolo alla garanzia dei creditori nei momenti che precedono la dichiarazione di fallimento.

Con riguardo alla conoscenza da parte del terzo dello stato d'insolvenza del debitore, si deve rilevare che nella revocatoria fallimentare l'onere della prova lo troviamo disciplinato in maniera diversa a seconda che si tratti di atti revocabili di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 67 l. fall.

⁶⁹ Guglielmucci (2008), opera già citata;

L'art 67 l. fall. costituisce la norma cardine del sistema revocatorio, è un'azione giudiziale personale tipica. La revocatoria fallimentare, al pari di quella ordinaria, rientra tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale ed è finalizzata a richiamare nel patrimonio del debitore fallito tutti i beni che ne siano usciti in violazione del principio della *par condicio creditorum*, al fine di assoggettarli alla esecuzione forzata concorsuale⁷⁰.

L'art. 67 l. fall. è stato modificato dalla riforma della legge fallimentare e trova applicazione con riferimento alle procedure fallimentari iniziate dopo l'entrata in vigore del d. l. 14 Marzo 2005 n. 35.

La norma si compone di tre parti: al primo comma sono trattati gli atti anormali, sintomatici dello stato di insolvenza e sono revocati a meno che il terzo convenuto in revocatoria non provi che ignorava lo stato di insolvenza del fallito nel momento in cui si è concluso l'atto; al secondo comma sono disciplinati gli atti normali riguardo ai quali la prova della conoscenza dello stato di insolvenza grava sul curatore, data la non sintomaticità dell'atto; l'ultimo comma introdotto con la riforma della legge fallimentare introduce una serie di atti esenti da revocatoria.

Il primo comma dell'art. 67 prevede una presunzione relativa dello stato di insolvenza del debitore da parte del soggetto passivo. Per superare tale presunzione il terzo dovrà fornire la prova con ogni mezzo della propria inscienza *decoctionis*, la quale può ritenersi sussistente solo in presenza di circostanze esterne, concrete e specifiche, tali da indurre ragionevolmente un soggetto di ordinaria prudenza e avvedutezza che l'imprenditore si trovava in una situazione normale di esercizio dell'impresa⁷¹.

Nel secondo comma dell'art.67 l. fall. si prevede un'inversione dell'onere della prova, infatti in questo caso spetterà al curatore provare la conoscenza da parte del terzo dell'effettiva conoscibilità della situazione finanziaria dell'imprenditore, gli elementi nei quali si traduce la conoscibilità possono costituire elementi indiziari da cui legittimamente desumere la scienza *decoctionis*⁷².

L'art. 67 l. fall. regola la disciplina degli atti a titolo oneroso, ed in essi si comprendono i pagamenti di debiti scaduti e le garanzie. In questo capitolo ci soffermeremo sugli atti revocati a norma del primo comma, i cosiddetti atti anormali revocati se compiuti nel

⁷⁰ Provinciali (1955), *Manuale Di Diritto Fallimentare*, 504 E Ss., Giuffrè Editore;

⁷¹ Cass., 20 Giugno 1997, n.5540;

⁷² Cass., 18 Aprile 1998, n. 3956;

periodo sospetto, che a seconda dei casi sarà di un anno o di sei mesi prima della dichiarazione di fallimento.

La recente riforma della legge fallimentare ha inciso su questo articolo dimezzando il periodo sospetto previsto sia per gli atti disciplinati dal primo che dal secondo comma, riducendo ad un anno l'ambito di applicazione della revocatoria fallimentare per gli atti sproporzionati, per i pagamenti anormali e le garanzie volontarie su debiti preesistenti non scaduti e a sei mesi le garanzie sia volontarie che giudiziali costituite per debiti scaduti.

3.1.1. Atti sproporzionati

Il primo gruppo di atti affrontato dal primo comma, ed in particolare dal punto 1 dell'art 67, è costituito dagli atti a titolo oneroso, compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che è stato a lui dato o promesso.

La ratio dell'applicazione della revocatoria a questi atti, consiste nel ragionevole sospetto che l'imprenditore sia costretto a contrattare condizioni particolarmente svantaggiose e gravose, a causa dello stato di crisi in cui versa. Affinché si possa applicare la revocatoria ai pagamenti sproporzionati, si devono verificare contemporaneamente tre presupposti: l'esistenza di un atto a titolo oneroso, il compimento dello stesso nel periodo sospetto e la sproporzione di oltre un quarto tra ciò che stato dato o promesso. La riforma è intervenuta su questi presupposti, infatti, ha ridotto il periodo sospetto riducendolo ad un anno, rispetto ai due previsti dalla precedente versione, ed ha introdotto un criterio matematico ben definito abbandonando la vecchia formula che non forniva una quantità definita.

Entrambe le modifiche non sono state esenti da critiche, in dottrina infatti il dimezzamento del periodo sospetto per molti ha significato la fine della revocatoria fallimentare, in quanto la lunghezza dell'istruttoria prefallimentare in certi casi sopprime di fatto la revocatoria fallimentare⁷³. Inoltre l'introduzione del criterio matematico, anche se largamente utilizzato in giurisprudenza, non ha trovato tutti d'accordo, per quanto riguarda la dottrina, infatti mentre alcuni autori sostengono che il

⁷³ Terranova (2006), La Nuova Disciplina Delle Revocatorie Fallimentari, Diritto Fallimentare E Delle Società Commerciali, N. 1/2006, 243 e ss., CEDAM;

parametro matematico si presti a dare certezza e stabilità, altri invece credono che senza la discrezionalità del giudice non si riesca ad entrare nel merito per stabilire la situazione effettiva. Una sproporzione legata a parametri fissi potrebbe facilmente essere elusa, in quanto, fissando la soglia sotto il venticinque per cento si potrebbe usufruire del più permissivo secondo comma dell'art. 67; in altri casi potrebbe rappresentare una grandezza irrisoria, come per i beni facilmente deteriorabili o ad alto contenuto tecnologico.

3.1.2. La novazione

Rientra tra gli atti revocati dal primo comma n. 1 dell'art.67 l'estinzione di un'obbligazione con l'istituto della novazione. Sia in dottrina che in giurisprudenza si ritiene che la novazione, richiedendo la volontà inequivoca delle parti estingue l'obbligazione precedente sostituendola con una nuova obbligazione, con oggetto o titolo diverso, ha natura negoziale e più precisamente consiste in un negozio giuridico bilaterale con il quale le parti, costituiscono un'altra obbligazione, nuova per titolo o per oggetto, la cui nascita determina l'estinzione del precedente contratto e delle relative obbligazioni⁷⁴.

Possiamo quindi affermare che la novazione, andando a determinare l'estinzione di una precedente obbligazione per crearne una nuova e differente dalla precedente, rappresenta una pratica non consuetudinaria nella pratica degli affari e per questo il nuovo contratto viene visto come una pratica anormale e per questo revocata dall'art. 67 comma 1 n.1 della legge fallimentare.

3.1.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali

Il punto due del primo comma dell'art. 67 affronta il problema degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ed effettuati con mezzi di pagamento non convenzionali.

Il motivo per il quale il legislatore ha deciso di revocare tali atti è da ricercare nel fatto che, se l'imprenditore adempie alle proprie obbligazioni con mezzi inusuali, si presume

⁷⁴ Quatraro (2009), opera già citata;

che questo sia un atteggiamento che faccia intendere, al terzo che conclude l'atto con il fallito lo stato di insolvenza in cui versa quest'ultimo al momento della conclusione dell'atto.

L'anormalità e la normalità del pagamento hanno una notevole importanza in funzione del regime giuridico, infatti a seconda dei casi ci troveremo di fronte all'applicazione del primo o del secondo comma dell'art. 67; questa differenza non risulta di poco conto, infatti l'onere della prova nei due casi è notevolmente differente.

In dottrina la maggior parte degli autori sostiene che per pagamenti normali si deve intendere solo quelli effettuati con denaro o con effetti di normale uso commerciale, teoria appoggiata anche dalla giurisprudenza, mentre secondo un orientamento minoritario la valutazione circa la normalità o l'anormalità di un pagamento va effettuata non in astratto, e cioè in base a criteri oggettivi riconosciuti validi per tutti i casi che si possono presentare nella realtà, ma in concreto, vale a dire con specifico riferimento alle singole situazioni di fatto⁷⁵.

3.1.4. La datio in solutum

La datio in solutum rappresenta il pagamento tipico e più diffuso tra i mezzi di pagamento anormali. Possiamo trovare diverse fattispecie di datio in solutum, quella più frequente è l'ipotesi di un compratore che non essendo in grado di pagare il prezzo stabilito al venditore, restituisce la merce acquistata ad estinzione dell'obbligazione originaria; un'altra ipotesi si verifica quando l'imprenditore, essendo debitore di una somma di denaro, concorda con il creditore una prestazione di servizi ad estinzione del pagamento; un'ulteriore ipotesi potrebbe essere rappresentata dall'accordo tra il fallito ed il venditore di vendere la merce del primo e in modo da soddisfare il proprio credito.

3.1.5. La cessione dei beni ai creditori

La cessione dei propri beni ai creditori è una tipologia di contratto con il quale il debitore incarica tutti o solo alcuni dei propri creditori di liquidare il proprio patrimonio e di ripartire tra loro il ricavato affinché possano soddisfare i propri crediti. In questo caso il debitore non viene liberato dalla cessione dei propri beni, in quanto non

⁷⁵ Battiston, Ferrara (1957), Foro it., n.1/1957, 1975 e ss., Zanichelli;

trasferisce la proprietà dei proprio beni, bensì incarica i propri creditori di vendere i beni in questione e solo il ricavato delle vendite sarà utile a ripagare i creditori.

Sia in dottrina che in giurisprudenza vi sono molte teorie contrastanti circa l'inquadramento di questa fattispecie, infatti alcuni pensano che questa rientri nel primo comma del art. 67 l. fall. mentre altri ritengono che sia più giusto far rientrare tale fattispecie tra gli atti revocabili secondo il secondo comma di tale articolo. Negli ultimi anni abbiamo assistito ad un certa tendenza che inquadrerebbe la cessione dei beni ai creditori soggetta a revocatoria fallimentare a norma del art. 67, comma 1, n.2 l. fall..

3.1.6. La cessione dei crediti

La cessione dei crediti, disciplinata dall'art. 1260 c.c.⁷⁶, può avvenire sia titolo oneroso, pro soluto, che a titolo gratuito, pro solvendo. La cessione pro soluto produce l'immediata liberazione del debitore, però non garantisce l'esigibilità del credito ma solo l'esistenza di questo. Nella cessione pro solvendo, invece, il debitore cedente si occupa di assicurare oltre alla certezza del credito anche la solvenza del creditore. La cessione del credito può avere ad oggetto:

- crediti presenti, ossia già sorti ed in questo caso comporta l'immediata trasferibilità del credito in quanto la cessione di quest'ultimo è un contratto ad effetti reali;
- crediti futuri, ma in questo caso secondo l'opinione della Suprema Corte, la cessione è possibile solo se al momento della conclusione del negozio i crediti sono determinati o determinabili⁷⁷.

La cessione dei crediti rientra tra gli atti revocati dalla legge fallimentare ma a seconda dei casi in cui sia stato ceduto a titolo gratuito o a titolo oneroso ci troviamo in fattispecie diversamente disciplinate. Nel caso in cui la cessione sia avvenuta in maniera gratuita, essa sarà dichiarata inefficace a norma dell'art.64 l. fall. se è avvenuta nei due anni precedenti alla dichiarazione di fallimento, se la cessione è, invece avvenuta a titolo oneroso, bisognerà fare una distinzione tra cessioni con finalità solutoria e cessioni con finalità di garanzia.

⁷⁶ **Art. 1260 c.c. Cedibilità dei crediti.** Il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge. Le parti possono escludere la cedibilità del credito; ma il patto non è opponibile al cessionario, se non si prova che egli lo conosceva al tempo della cessione;

⁷⁷ Cass., 2 Agosto 1977, n 3421;

Se la cessione è stata prevista come mezzo di adempimento al momento in cui sorge il debito, ci troviamo di fronte ad un normale negozio solutorio, in quanto essendo stata prevista dall'inizio, la cessione non rappresenta un indizio di insolvenza del debitore, quindi potrà essere revocato ma a norma del secondo comma dell'art. 67 l. fall..

Secondo una recente pronuncia della Cassazione la cessione di crediti può essere revocata come atto anormale, ma affinché possa essere revocata a norma del primo comma n.2 dell'art.67, ed di conseguenza assoggettata ad una più severa disciplina, il curatore dovrà dare prova che la cessione del credito non era originariamente pattuita e che sia stata accettata dal creditore in mancanza di altre disponibilità del fallito⁷⁸.

3.1.7. Il mandato irrevocabile all'incasso

Il mandato irrevocabile all'incasso al pari della cessione del credito potrebbe risultare una modalità di pagamento anomala effettuata dal debitore per assolvere ad un debito.

Con il mandato irrevocabile all'incasso il debitore delega il creditore ad incassare somme a lui spettanti ed utilizzare queste somme per l'estinzione o la riduzione del credito, contemporaneamente il debitore darà l'ordine irrevocabile al terzo di effettuare tutti i pagamenti futuri al creditore. L'articolato meccanismo negoziale costituito dall'attribuzione di un mandato in rem propriam all'incasso di contributi proveniente da un terzo, produce effetti molto simili alla cessione di crediti, infatti questa fattispecie, oltre a rappresentare una garanzia ha anche un effetto solutorio ma essendo un mezzo soddisfattorio diverso da quello originariamente stabilito e diverso anche dal denaro, è revocato a norma del primo comma n.2 dell'art.67 l. fall..

3.1.8. La delegazione di pagamento

La delegazione di pagamento è un istituto disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 1269 c.c.⁷⁹.

⁷⁸ Cass. 18 Dicembre 2007, n. 26662;

⁷⁹ Art. 1269 c.c., Delegazione di pagamento. Se il debitore per eseguire il pagamento ha delegato un terzo, questi può obbligarsi verso il creditore, salvo che il debitore l'abbia vietato. Il terzo delegato per eseguire il pagamento non è tenuto ad accettare l'incarico, ancorché sia debitore del delegante. Sono salvi gli usi diversi;

Se il delegato accetta l'incarico, tra il delegante ed il delegato, si conclude un contratto, che nel caso di specie, avrà dei risvolti verso un terzo, in quanto il delegante adempirà all'obbligazione nei confronti del delegatario per conto del delegato.

In dottrina il contratto di delega viene considerato come una complessa fattispecie in cui convivono due negozi: il primo è quello del mandato in cui il delegato accetta o promette di effettuare un pagamento per conto del delegante, il secondo, viene concluso in base al mandato in cui il delegato assume l'obbligazione nei confronti del creditore⁸⁰.

Il concetto di delega, in questa accezione, assomiglia molto all'istituto del mandato ed in particolare a quello in rem propriam, con tutto ciò che consegue dall'applicazione di questo istituto nel caso del fallimento di una delle parti implicate nel rapporto di delega. L'art. 78 l. fall. prevede che il contratto di mandato si sciogla per il fallimento del mandatario, ma la corte di Cassazione, in una non recentissima sentenza, asserisce che l'invalidità del mandato non è da ricercare nell'art. 78, ma che questa è legata al fallimento del traente, in questo caso l'imprenditore fallito se dichiarato tale prima dell'accettazione della delega⁸¹.

La questione circa l'anormalità o meno di questa tipologia di pagamento è motivo di discussione sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti se da un lato la giurisprudenza di merito e parte della dottrina sono d'accordo sul fatto che la delegazione di pagamento rappresenta un mezzo normale di pagamento, quindi revocabile solo a norma del secondo comma dell'art. 67, altra parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità sono invece schierate a favore dell'anormalità di questa tipologia di pagamento. Infatti secondo la Suprema Corte il pagamento effettuato da un terzo al creditore di un debitore poi dichiarato fallito, è sintomatica di un pagamento anormale revocato a norma del primo comma n.2 dell'art. 67 l. fall.⁸².

3.1.9. La compensazione

La compensazione disciplinata dagli art. 1241⁸³ e ss. c.c., determina l'estinzione dei debiti contrapposti e per le quantità corrispondenti quando due persone sono obbligate

⁸⁰ Quatraro (2009), opera già citata;

⁸¹ Cass., 26 Febbraio 1956, n.225;

⁸² Cass., 17 Marzo 1967, n.609;

⁸³ Art. 1241 c.c., Estinzione per compensazione. Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le quantità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono;

l'una verso l'altra.

Nel nostro ordinamento troviamo tre tipologie diverse di compensazione:

- quella legale che richiede l'omogeneità delle prestazioni, la liquidità di entrambi i crediti e l'esigibilità ossia la possibilità di farli valere giudizialmente;
- quella giudiziale che viene dichiarata dal giudice nel caso in cui durante un giudizio una parte invochi un credito liquido ed esigibile e l'altra opponga in compensazione un credito omogeneo ed esigibile;
- quella volontaria che si attua per volontà delle parti.

La compensazione, rientrando tra i metodi di pagamento diversi denaro è sottoposta a revoca quando costituisce una forma di pagamento effettuata dall'imprenditore insolvente. In questo caso la compensazione provoca un danno alla massa, essendo stata effettuata per assolvere ad un debito che diversamente sarebbe rimasto insoluto, per mancanza di risorse finanziarie, per cui viene revocata a norma del primo comma n. 2 della legge fallimentare.

3.1.10. Atti costitutivi diritti di prelazione

I punti n. 3 e 4 del primo comma dell'art 67 l. fall. affrontano il problema delle garanzie concesse sui crediti durante il periodo sospetto; in particolare il n. 3 dichiara revocabili i pigni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituite nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti, mentre il n. 4 dichiara i pigni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

Entrambi i punti revocano le stesse garanzie ma riguardano situazioni diverse: infatti mentre il n.3 affronta il problema riguardante i debiti non scaduti ed il periodo sospetto ad esso relativo è di un anno, il n.4 oltre a riportare le garanzie sanzionate dal precedente punto, sanziona anche le ipoteche giudiziarie costituite entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento ed in questo caso si riferisce a debiti scaduti .

Gli atti costitutivi di diritti di prelazione su debiti propri sono considerati atti accompagnatori di obbligazioni, per cui sono atti revocabili. La contestualità o meno qualifica tali atti come normali o anormali.

La qualificazione dei diritti di prelazione in normale o anormale influisce sulla disciplina dell'onere della prova del presupposto soggettivo e direttamente anche su quella del periodo sospetto⁸⁴.

La costituzione di una garanzia contestualmente al sorgere di un credito, evidenzia la normalità dell'atto, infatti ciò avviene normalmente nella prassi bancaria e commerciale. Al contrario la garanzia sorta in un momento successivo alla nascita di un credito scoperto è sintomatico di una situazione anormale che potrebbe far ipotizzare una situazione di crisi nell'imprenditore. Infatti la necessità da parte del creditore di tutelarsi con una garanzia dopo aver accettato il rischio connesso all'erogazione di un credito, è un atteggiamento sintomatico della sopravvenuta insolvenza del debitore e tale atto vale a fondare una presunzione legale di scientia decoctionis.

La garanzia non contestuale può essere realizzata sia alla scadenza, ed in questo caso costituisce l'indennizzo per la concessione di una dilazione da parte del creditore, che in un momento precedente la scadenza. Nel primo caso la concessione della garanzia a fronte della dilazione nei pagamenti viene sanzionata dal legislatore a norma del comma 1 n.4 dell'art 67 l. fall. e viene revocata se l'atto si è verificato entro sei mesi, mentre la concessione di una garanzia su un debito non ancora scaduto viene sanzionato con più durezza, in questo caso il periodo sospetto durerà sino ad un anno come stabilito dall'art. 67 l. fall. primo comma n. 3.

Non rientra nella revocatoria disciplinata dal primo comma dell'art. 67 l. fall., la garanzia costituita ed iscritta in maniera contestuale al credito nel caso in cui questo sia sorto sei mesi prima del fallimento; in questo caso la garanzia sarà revocata a norma del secondo comma dell'art. 67 l. fall., con la conseguenza di avere un periodo sospetto di sei mesi e di godere di un regime di più agevolato per dimostrare la inscientia decoctionis, infatti a norma del secondo comma dell'articolo, il legislatore prescrive che questo spetta al curatore.

La contestualità in questo caso va intesa non in senso rigidamente cronologico, ma in senso funzionale, e sussiste quando la concessione del credito e costituzione della garanzia sono contestualmente volute⁸⁵.

⁸⁴ Guglielmucci (2008), opera già citata;

⁸⁵ Guglielmucci (2008), opera già citata;

3.2. Interpretazione della giurisprudenza

L'art. 67 l. fall. rappresenta la norma cardine dell'intero sistema revocatorio, e raffigura il fine ultimo di tutta la disciplina fallimentare, in quanto ristabilisce la par condicio creditorum revocando tutti gli atti che hanno potuto depauperare il patrimonio del fallito sottraendo una garanzia per i creditori.

Secondo la Corte di Cassazione l'azione revocatoria fallimentare non produce un effetto restitutorio in favore dell'imprenditore assoggettato alla procedura concorsuale né, tantomeno, un effetto traslativo in favore della massa dei creditori, piuttosto comporta l'inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa dei creditori⁸⁶.

L'unico scopo dell'azione revocatoria fallimentare è quello di ripartire tra i creditori la perdita derivante dall'insolvenza, tenendo presente le eventuali cause di prelazione e la gerarchia tra i creditori del fallito⁸⁷. Sia in dottrina che in giurisprudenza si è concordi nel sostenere che nell'azione revocatoria fallimentare il danno è presunto e si concretizza nella sola lesione della par condicio creditorum⁸⁸. La giurisprudenza inoltre stabilisce che trattandosi di una presunzione iuris tantum, è permesso al convenuto di dimostrare la sua buona fede e la non conoscenza dello stato di insolvenza del fallito nel momento in cui è stato concluso l'atto⁸⁹, inoltre è in alcun modo permesso al giudice di effettuare accertamenti d'ufficio col fine di dimostrare la inscientia decoctionis del creditore⁹⁰.

Con l'azione revocatoria si obbliga il terzo a restituire il bene ricevuto dal fallito, affinché possa essere reintegrato nel patrimonio fallimentare, nel caso in cui il bene oggetto della revocatoria non possa essere più restituito, il convenuto in revocatoria, secondo le indicazioni della Corte di Cassazione potrà essere condannato a reintegrare il bene con l'equivalente pecuniario⁹¹, poiché oggetto della domanda di revoca non è il bene in se ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità ad esecuzione, e quindi a liquidazione di un bene, che viene considerato solo per il suo valore.

⁸⁶ Cass. Civ. sez. I, 31 agosto 2005, n. 17590;

⁸⁷ Cass. Civ. sez. I, 22 Gennaio 1999, n.570 sentenza commentata in Fabiani (2008), opera già citata;

⁸⁸ Cass. Civ. sez. I, 30 marzo 2000, n. 3878;

⁸⁹ Cass. Civ. sez. I, 15 Dicembre 1997, n. 9146;

⁹⁰ Cass. Civ. Sez. I, 19 Febbraio 1999, n. 1390;

⁹¹ Cass. 18 Maggio 2005, n.10432;

3.2.1. Atti sproporzionati

Gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso sono revocati a norma dell'art. 67 l. fall. I comma n. 1.

L'art. 67 l. fall. è stato ampiamente rimaneggiato dalla riforma della legge fallimentare, in particolare il n.1 del primo comma oltre a subire la dimidiazione del periodo sospetto, il legislatore ha ritenuto opportuno, seguendo una prassi già utilizzata dalla giurisprudenza di merito⁹² introduce un criterio matematico per identificare la notevole sproporzione.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, come aveva stabilito in diverse pronunce ante riforma, il giudizio sulla sproporzione degli atti doveva prescindere da qualsiasi misura o parametro fisso in quanto il giudice avrebbe dovuto entrare ogni volta nel merito della situazione, ed effettuare un apprezzamento discrezionale che se privo di vizi logici o giuridici sarebbe stato insindacabile in Cassazione⁹³.

La prova della notevole sproporzione come disciplinato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2699 del 7 ottobre 1959, poteva essere data con qualsiasi mezzo, anche una presunzione. Sempre a proposito di prove la giurisprudenza di merito era concorde sul fatto che il curatore non poteva limitarsi ad affermare in maniera evidente la sproporzione tra la prestazione delle parti, ma era necessario richiedere sul punto sia una consulenza tecnica e cercare di supportare la sua tesi con elementi sia materiali che logici in maniera tale che il giudice possa convincersi dell'effettiva presenza di un atto anomalo e che possa giustificare, nello stesso tempo, la promozione degli accertamenti peritali d'ufficio.⁹⁴

Nelle più recenti pronunce le corti di merito, in linea con le sentenze ante riforma, hanno affermato il limite del venticinque per cento oltre il quale l'atto diviene revocabile poiché sproporzionato; infatti la Corte d'Appello di Catania in una sentenza del 2008 afferma che il superamento della soglia stabilita dall'art. 67 primo comma

⁹² Trib. Lecce, 11 Marzo 1998; Trib. S. Maria Capua Vetere, 26 Ottobre 1991; Trib. Trieste, 6 Novembre 1996;

⁹³ Cass., 6 Novembre 1986, n. 6501; Cass., 9 Aprile 1998, n. 3677;

⁹⁴ Trib. Milano, 8 Luglio 1982;

n.1 prova ampiamente l'esistenza di una sproporzione che rende l'atto revocabile⁹⁵.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta diverse volte dopo la riforma della legge fallimentare ed in particolare per chiarire il ruolo del consulente tecnico d'ufficio, secondo la corte, sposando un orientamento già affermato in precedenza, il consulente con il suo lavoro, ha solo lo scopo di aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti dalla procedura fallimentare, mentre l'onere di provare la notevole sproporzione spetterà alla curatela, la quale è pertanto tenuta a fornire in riferimento agli atti di alienazione, elementi idonei a dimostrare che il prezzo pattuito era notevolmente inferiore al prezzo reale del bene⁹⁶.

3.2.2. La novazione

Secondo la Suprema Corte la novazione oggettiva, si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni caratterizzato dalla volontà e dal comune interesse delle parti di sostituire ad un'obbligazione originaria, che si estingue, una obbligazione nuova, che si costituisce; ne sono elementi essenziali la volontà di novare che, rispecchiando lo specifico intento negoziale dei contraenti, deve essere in concreto provata, l'aliquid novi, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto⁹⁷.

Secondo la Suprema Corte la novazione è un contratto che, costituendo nuove obbligazioni, estingue il contratto precedente; la causa della novazione consiste nella comune volontà delle parti di costituire un nuovo titolo, che sostituisce il rapporto precedente e differisce dal precedente per oggetto o per titolo, il cambiamento deve avvenire per indubitabile volontà delle parti; date queste premesse la novazione determina l'estinzione di una precedente obbligazione e la conseguenziale nascita di una nuova, ma questo non rappresentando una diffusa nella pratica, rappresenta un mezzo suscettibile di revoca a norma dell'art. 67, comma1, n. 1 l. fall..

Il concetto di sospetto legato all'istituto della novazione è stato affrontato diverse volte dalla Suprema Corte. In una sentenza del 2003 la Corte affronta la problematica legata

⁹⁵ Trib. Catania, 2008; lo stesso concetto lo ritroviamo anche in altre sentenze: Corte d'Appello di Napoli, 2007, Trib. di Novara, 2007, Trib. Di Bari, 2006;

⁹⁶ Cass. Civ. Sez. I, 2 Maggio 2007, n.10117; Cass. Civ. Sez. I, 5 Marzo 2007, n.5058; Cass. Civ. Sez. I, 15 Novembre 2007;

⁹⁷ Cass., 7 Marzo 1983, n. 1676;

all'erogazione di un mutuo fondiario ipotecario, non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale; secondo la corte in questo caso l'istituto della novazione era stato usato dal debitore per offrire una garanzia sul credito che nell'obbligazione principale non era presente, è applicabile l'azione revocatoria a norma dell'art. 67, commi 1 o 2, della legge fallimentare⁹⁸.

In una sentenza un po' più datata la Suprema Corte affronta il caso in cui la moglie del debitore, poi dichiarato fallito, rilascia, ad estinzione di un debito liquido ed esigibile del marito cambiali garantite da ipoteca iscritta, nel biennio anteriore al fallimento, su un immobile di proprietà della medesima acquisito alla massa ex art. 70 legge fallimentare, secondo la Corte tale atto era revocabile secondo art. 67 comma 1 n. 2 l. fall. poiché costituiva un atto estintivo effettuato con un mezzo anormale di pagamento, realizzato mediante novazione soggettiva del debito o delegazione⁹⁹.

3.2.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali

In giurisprudenza è largamente diffusa la tesi secondo cui i mezzi di pagamento normali sono costituiti dal denaro e dai titoli di credito comunemente considerati nel campo commerciale equivalenti al denaro, mentre sono considerati anormali tutti gli altri mezzi ed anche il denaro quando è utilizzato non quale strumento d'immediata e diretta soluzione, ma in via mediata ed indiretta come effetto di altre forma negoziali¹⁰⁰.

Il concetto secondo il quale anche il denaro potrebbe non rappresentare un normale mezzo di pagamento è stato affrontato dalla Suprema Corte in una sentenza del 1996, infatti secondo la corte quando il danaro non è strumento di immediata e diretta soluzione, ma solo un mezzo indiretto di adempimento, deve ravvisarsi un'anormalità nel pagamento e per questo revocabile secondo l'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall.. La Suprema Corte, afferma che, affinché si possa escludere la revoca bisogna innanzitutto constatare che l'estinzione del debito pecuniario, scaduto ed esigibile, sia realizzata con

⁹⁸ Cass. Civ. Sez. I, 20 marzo 2003, n. 4069;

⁹⁹ Cass. Civ. Sez. I, 27 giugno 1994, n. 614;

¹⁰⁰ Quatraro (2009), opera già citata;

danaro, e successivamente che questo non sia stato corrisposto per il compimento di un processo soddisfacente non usuale¹⁰¹.

Il concetto di anormalità nei pagamenti è stato trattato diverse volte dalle corti del nostro ordinamento, secondo un filone minoritario non sarebbe revocabile l'estinzione di un debito anche se questo sia avvenuto con mezzi anormali se le parti avevano concordato sin dall'origine questa modalità di estinzione¹⁰². La giurisprudenza di legittimità non accettando la precedente teoria, afferma, in diverse sentenze, che nonostante le parti possano avere originariamente pattuito una modalità di anormale di estinzione questa è revocabile se è avvenuta nel periodo sospetto ed il creditore non dimostri che ignorava lo stato di insolvenza del debitore poi fallito.

3.2.4. La datio in solutum

In giurisprudenza troviamo due teorie contrapposte a proposito della datio in solutum, infatti mentre da un lato troviamo la Corte di merito secondo cui l'anormalità del mezzo di pagamento va riscontrata in astratto, raffrontando la modalità della ratio eseguita, nel caso in oggetto e la prassi commerciale¹⁰³, dall'altro le Corti di legittimità ritengono che l'anormalità della datio in solutum consiste nella struttura stessa dell'atto, poiché il debitore esegue una prestazione diversa da quella pattuita¹⁰⁴.

L'istituto della datio in solutum rappresenta per la Suprema Corte una modalità di estinzione revocabile, infatti in una sentenza del 2007 afferma che l'estinzione di un'obbligazione da parte del debitore, mediante la datio in solutum, è revocabile come mezzo anormale di pagamento ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall., inoltre, continua la Corte, non è sufficiente per evitare l'azione revocatoria, che tale possibilità sia stata prevista dalle parti all'atto della stipulazione del contratto, con la conseguente configurabilità della fattispecie come obbligazione alternativa o con facoltà alternativa¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cass. Civ. Sez. I, 22 novembre 1996, n. 10347;

¹⁰² Trib. Milano, 20 Settembre 1990;

¹⁰³ Trib. Milano, 21 Dicembre 1981;

¹⁰⁴ Cass., 6 Giugno 1968, n. 1707;

¹⁰⁵ Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2007, n. 11850;

3.2.5. La cessione dei beni ai creditori

In giurisprudenza è prevalente l'opinione secondo la quale la cessione dei beni ai creditori, risulta un atto revocabile in quanto rappresenta una funzione solutoria dell'obbligazione. Secondo diverse sentenze di Corti di merito, la cessione dei beni ai creditori risulta un atto revocabile a norma del secondo comma dell'art 67 l. fall., poiché la cessione non costituisce un mezzo estintivo dell'obbligazione del debitore, ma si risolve solo in un mandato a vedere le merci del fallito¹⁰⁶.

Secondo la Suprema Corte la cessione di credito, avente natura solutoria, determina una modalità anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito considerati equivalenti al danaro ed è, pertanto, soggetta a revocatoria fallimentare a norma dell'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall.. La cessione dei beni ai creditori, affinché non sia suscettibile di revoca deve essere stata prevista come mezzo di estinzione contestualmente al sorgere del debito con essa estinto¹⁰⁷.

3.2.6. La cessione dei crediti

La cessione di credito è un contratto consensuale¹⁰⁸ a causa variabile, nel senso che, al pari di tutti i negozi traslativi può rientrare di volta in volta, nell'uno o nell'altro tipo contrattuale a seconda del titolo o della causa che lo giustifica.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha stabilito che l'anomalia di un atto solutorio deve essere valutata oggettivamente, infatti la normalità del mezzo di pagamento attiene alla sua natura ontologica e funzionale del mezzo stesso, mentre la revocabilità riguarda il momento in cui questo viene stipulato¹⁰⁹. Con specifico riferimento alla cessione onerosa dei crediti con finalità solutiva, è considerata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione un mezzo anormale di pagamento e quindi revocabile secondo l'art. 67, comma 2, n.2 l. fall. a meno che sia stata prevista come forma di estinzione del debito nel momento in cui questo sia sorto.¹¹⁰

La Suprema Corte ha inoltre specificato che non costituisce un mezzo anormale di pagamento la cessione pro solvendo di un credito verso terzi, effettuata nell'ambito di

¹⁰⁶ Trib. Napoli, 16 Gennaio 1975; Trib. Roma, 27 Aprile 1957;

¹⁰⁷ Cass. Civ. Sez. I, 23 aprile 2002, n. 5917;

¹⁰⁸ Cass., 19 Gennaio 1995, n. 575;

¹⁰⁹ Cass., 15 Luglio 1987, n. 6467;

¹¹⁰ Cass., 3 Febbraio 1987, n. 950;

un contratto di sconto poiché, non essendo questa cessione prevista a garanzia di un debito contestualmente sorto, non assume il carattere di negozio solutorio, ma la figura di garanzia atipica o speciale, che non rivela, di per sé, di alcuno stato di insolvenza dell'imprenditore¹¹¹.

3.2.7. Il mandato irrevocabile all'incasso

Il complesso meccanismo con il quale un debitore attribuisce al creditore un mandato irrevocabile all'incasso, nasconde spesso una funzione solutoria del debito preesistente tra i due, con la conseguenza che se avvenuto nel periodo sospetto diviene un atto revocabile secondo l'art. 67, primo comma, n. 2 della legge fallimentare.

Conseguenza della revocabilità di tale pratica è la revoca delle prestazioni della banca che non siano dirette alla contestuale acquisizione di una disponibilità di denaro, ma nel collegamento di più negozi, miri a determinare anche l'estinzione di una pregressa esposizione debitoria¹¹².

La funzione satisfattoria, della banca che riceve il mandato irrevocabile all'incasso, comporta la revocabilità delle somme incassate se il mandato sia pattuito nel periodo sospetto, anche se una tale pattuizione sia stata stabilita originariamente tra le parti¹¹³. Diversamente se il mandato all'incasso ha una sola finzione di garanzia, seppur atipica, troverà applicazione la disciplina del secondo comma dell'art. 67 della legge fallimentare.

3.2.8. La delegazione di pagamento

La delegazione di pagamento è vista dalla giurisprudenza del nostro ordinamento come una modalità anormale di pagamento, in quanto rappresenta una modalità satisfattoria non convenzionale.

Secondo i giudici della Corte di Cassazione la delegazione di pagamento che il debitore abbia posto in essere con lo scopo di estinguere la preesistente obbligazione pecuniaria, già scaduta ed esigibile, è revocabile secondo l'art. 67, comma 1, n. 2 della l. fall., in

¹¹¹ Cass., 12 Luglio 1991, n. 7794;

¹¹² Cass., 25 Febbraio 1993, n. 2330;

¹¹³ Cass., 2 Settembre 1998, n. 8703;

quanto non rappresenta un normale mezzo di pagamento, ne consegue che è revocabile in quanto mezzo anormale di pagamento idonea a ledere la par condicio creditorum¹¹⁴.

3.2.9. La compensazione

L'istituto della compensazione, determinando l'estinzione dei contrapposti debiti tra due soggetti, potrebbe rappresentare una modalità di estinzione non convenzionale e per questo revocabile. Per quanto riguarda la compensazione legale, in giurisprudenza si è concordi nell'affermare che essa non rientri tra gli atti revocabili poiché ha luogo indipendentemente da qualsiasi manifestazione di volontà privata, infatti l'operatività di essa deriva direttamente dalla legge. Invece, per quanto riguarda la compensazione volontaria, la situazione è sensibilmente diversa in quanto in giurisprudenza si è spesso dichiarato che costituisce una modalità anormale di pagamento, e pertanto è revocabile ai sensi del primo comma n.1 dell'art. 67 della legge fallimentare¹¹⁵. In particolare, sono revocabili come atti anormali le compensazioni nei contratti bancari. A tal proposito, il Tribunale di Bari, in una sentenza del 2009, si pronuncia accogliendo la domanda proposta ex art. 67, comma 1, l. fall. riguardante compensazioni parziali operate dalla Banca sui conti correnti di una società poi dichiarata fallita, poiché, in relazione ai rapporti di conto corrente intercorrente tra la medesima banca ed il cliente che proseguono anche dopo l'ammissione di quest'ultimo alla procedura di concordato preventivo, i debiti della banca che sorgono nel corso di quest'ultima procedura non sono compensabili con i crediti anteriori, né ai sensi dell'art. 56, l. fall., né tantomeno ai sensi dell'art. 1853 c.c.¹¹⁶, difettando il requisito dell'esigibilità al momento dell'instaurazione della procedura¹¹⁷. Sempre a proposito di compensazione di contratti bancari, la Suprema Corte afferma che nel caso in cui tra la banca e il cliente poi fallito vi siano una pluralità di rapporti di conto corrente, non è considerata anormale l'eventuale compensazione posta in essere dalla banca con l'intenzione di estinguere una precedente passività, a condizione che non vi sia stato comunque un riflesso negativo sul patrimonio del debitore, con la conseguenza che non sono revocabili le

¹¹⁴ Cass. Civ. Sez. I, 15 luglio 2011, n. 15691;

¹¹⁵ Trib. Milano, 11 Ottobre 1983;

¹¹⁶ Art. 1853 c.c., compensazione tra i saldi di più rapporti o più conti. Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario;

¹¹⁷ Trib. Bari sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 198;

rimesse se effettuate con fondi della banca e ciò non abbia comportato una riduzione dell'esposizione debitoria complessiva del fallito¹¹⁸.

Inoltre, con riguardo alla compensazione volontaria, sia la giurisprudenza di merito che quella di legittimità concordano sul fatto che si tratti di una modalità normale di estinzione se originariamente si era stabilito un pactum de compensando, pertanto essa è revocabile a norma dell'art. 67 l. fall., comma 2. A tal proposito, una sentenza del 1986 del Tribunale di Milano afferma che non è suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 67 comma 1 n. 2 l. fall., non potendosi ad essa attribuire connotato di anormalità, la compensazione volontaria effettuata nel biennio anteriore alla dichiarazione di fallimento in base ad un precedente accordo efficace ed inattaccabile, in quanto concluso in epoca non rientrante nel periodo sospetto. Dello stesso avviso è la Suprema Corte, infatti, in una sentenza del 1986 afferma che ai fini della revocatoria fallimentare, l'effetto estintivo del pactum de compensando non può considerarsi un atto giuridicamente distinto dall'accordo che lo prevede, né è revocabile in quanto segue automaticamente tale accordo, infatti secondo la Suprema Corte è solo l'accordo che può costituire oggetto di revoca a norma dell'art. 67 l. fall., secondo comma¹¹⁹.

3.2.10. Atti costitutivi diritti di prelazione

Gli ultimi due punti dell'art. 67 l. fall. riguardano gli atti costitutivi di garanzie per debiti preesistenti originariamente non garantiti. Il legislatore affronta questa problematica con un certo rigore in quanto spesso nella prassi si ricorre a questo stratagemma per garantirsi da un'eventuale perdita sul credito; per questo motivo, secondo il legislatore, nel momento in cui il creditore accetta la garanzia è a conoscenza dell'insolvenza e punisce il danno recato alla par condicio creditorum con la revoca delle garanzie.

In giurisprudenza la questione delle garanzie concesse su debiti non ancora scaduti è stata affrontata dalla Suprema Corte in una sentenza del 2005. In tale sentenza viene chiarita la funzione dell'art. 67, comma primo, n.3, che è quella di rendere inoperante nei confronti del fallimento tutti quegli atti costitutivi di garanzia reale che, in quanto posti in essere successivamente alla nascita del credito, si considerano rivelatori della conoscenza del creditore dello stato di insolvenza o comunque delle gravi difficoltà in

¹¹⁸ Cass. Civ. sez. I, 30 Settembre 2005, n. 19217;

¹¹⁹ Cass., 16 Settembre 1986, n. 5621;

cui versa il debitore¹²⁰. Inoltre, secondo la Suprema Corte, per valutare la contestualità o meno fra il debito e la costituzione della garanzia bisogna fare riferimento al momento in cui entrambe le operazioni sono state volute, con la conseguenza che deve escludersi l'applicabilità della revocatoria a norma dell'art. 67, primo comma, se queste operazioni siano state unitariamente convenute e realizzate in un contesto al di fuori di ogni sospetto¹²¹. Per quanto riguarda la contestualità delle garanzie concesse sui crediti si può fare riferimento anche ad altre sentenze. Ad esempio, il Tribunale di Padova in una pronuncia del 2003 afferma che qualora la garanzia sia onerosa, nonostante la non contestualità, essa è ugualmente revocabile ex art. 67 comma 1 n. 3 l. fall., in quanto riferita ad un debito preesistente che non deve essere accertato necessariamente con riferimento al momento in cui è stata realizzata l'operazione garantita, poiché la garanzia, non essendo contestuale, può ben riferirsi ad ogni e qualsiasi momento anteriore alla sua costituzione¹²².

La possibilità di revocare le garanzie, volontarie o giudiziali, è consentita dal legislatore anche nel caso in cui sia stata concessa una garanzia su un debito scaduto sei mesi prima della dichiarazione di fallimento, a norma dell'art. 67 l. fall., primo comma n. 4.

In una recente sentenza, il Tribunale di Padova affronta la problematica dei finanziamenti ipotecari utilizzati per estinguere passività pregresse; nel caso in questione il giudice era chiamato a decidere circa l'iscrizione di un'ipoteca richiesta dalla banca in sede di apertura di credito ad un cliente già debitore della banca per saldo negativo del conto corrente. Essendo il finanziamento ipotecario utilizzato per estinguere passività pregresse, il giudice ha decretato che la garanzia concessa al creditore è revocata a norma dell'art. 67, comma 1 n. 3 o n. 4 l. fall, in quanto rappresenta una modalità di tutela posta in essere dal creditore avendo conoscenza dello stato di insolvenza del debitore¹²³.

3.3. Interpretazione della dottrina

L'art. 67, primo comma, della legge fallimentare disciplina quattro gruppi di norme la cui anormalità è un chiaro sintomo di sussistenza dello stato di insolvenza, tali atti sono

¹²⁰ Pajardi (2008), Manuale Di Diritto Fallimentare, Giuffrè Editore;

¹²¹ Cass. Civ. Sez.I, 18 marzo 2005, n. 5984;

¹²² Trib. Padova, 09 Aprile 2003;

¹²³ Trib. Padova, 09 marzo 2006;

di conseguenza revocabili a meno che il convenuto non dimostri di non essere a conoscenza dello stato di insolvenza del creditore.

L'azione revocatoria è uno strumento concesso dal legislatore ai singoli creditori, per conservare la garanzia patrimoniale sul patrimonio del debitore.

Come è già stato accennato nelle pagine precedenti, con la riforma della legge fallimentare non è stata modificata completamente la disciplina fallimentare, bensì sono state apportate alcune innovazioni circa il limite del periodo sospetto, l'entità della sproporzione delle prestazioni contrattuali, gli effetti della revocazione ed i crediti su pegno.

L'art. 67 l. fall. detta la disciplina revocatoria degli atti a titolo oneroso: devono ritenersi tali tutti gli atti produttivi di effetti sul patrimonio del fallito, diversi dagli atti a titolo gratuito, disciplinati dall'art. 64 l. fall., e dai pagamenti di crediti scaduti il giorno del fallimento o successivamente che sono disciplinati dall'art. 65 l. fall.¹²⁴.

3.3.1. Atti sproporzionati

La precedente versione dell'art. 67, comma 1, n.1 l. fall., sanciva che potevano essere revocati nel termine dei due anni dal compimento dell'atto le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito che sorpassavano notevolmente ciò che era stato a lui dato o promesso, la nuova legge prevede che sono soggetti all'azione revocatoria gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, se le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che è stato a lui promesso o dato.

Il punto n.1 del primo comma dell'art. 67 l. fall. è stato quindi modificato: nella durata del periodo sospetto e nel criterio di sproporzione, che da grandezza non definita è stata sostituita con una quantità matematica.

In ordine al primo punto, secondo una parte della dottrina, il legislatore avrebbe deciso di dimezzare il periodo sospetto poiché prima della riforma si faceva ricorso in maniera eccessiva dell'azione revocatoria fallimentare e questo poteva comportare un freno alla competitività del nostro sistema finanziario ed industriale, anche se come ammettono gli stessi autori, per cercare di salvaguardare gli interessi degli attori coinvolti, in primo

¹²⁴ Bonfatti (2008), La Riforma Organica Della Procedure Concorsuali, Ipsoa;

luogo il ceto bancario, si è dato un colpo quasi mortale all'azione revocatoria fallimentare¹²⁵.

Della stessa opinione anche altri autori che sin da subito si sono mostrati critici con la scelta del legislatore di dimezzare il periodo sospetto, in quanto data la durata delle istruttorie fallimentari si rischia di abrogare di fatto l'istituto della revoca dei pagamenti e delle garanzie, con la conseguenza di cancellare il principio di par condicio creditorum; un altro punto critico riguarda la volontà del legislatore di mantenere la correttezza delle relazioni commerciali dell'impresa, attraverso un depotenziamento della revocatoria, infatti questo obiettivo, secondo l'autore, poteva essere realizzato solo se fosse stato stabilito che alcune operazioni non potevano essere revocate, se compiute in buona fede ed in maniera oggettivamente corretta¹²⁶.

Nella previgente normativa il concetto di notevole sproporzione era stato spesso affrontato sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina, mentre i primi come abbiamo avuto già modo di vedere, spesso ricorrevano ad un parametro matematico ancorando la notevole sproporzione in una misura pari al 25-30%, in dottrina si riteneva che la sproporzione fosse notevole quando eccedeva il margine di elasticità proprio delle normali negoziazioni commerciali.

In dottrina alcuni autori ritenevano che la valutazione in ordine alla sproporzione potesse essere caratterizzata da una certa elasticità e perfino da una certa soggettività dei contraenti, ed in ogni caso sarebbe spettato al giudice dare una valutazione sul caso tenendo conto dell'insieme di fattori e di circostanze che hanno determinato la conclusione dell'atto¹²⁷. Sempre in merito al concetto di notevole sproporzione, il passaggio da un criterio "elastico" ad uno matematico per alcuni autori ha rappresentato una soluzione che si presta facilmente ad essere elusa, infatti basterebbe rimanere poco al di sotto della soglia del 25 % stabilita dalla norma per sottrarsi al rigore del primo comma ed usufruire del più permissivo secondo comma art.67 della legge fallimentare.

In dottrina alcuni autori avevano avanzato l'ipotesi secondo la quale l'introduzione del criterio matematico sarebbe servito per evitare il ricorso alle consulenze tecniche d'ufficio, teoria questa, subito abbandonata in quanto le consulenze tecniche sono

¹²⁵ Arato (2006), Fallimento: Le Nuove Norme Introdotte Con La L. 80/2005, Il Diritto Fallimentare E Delle Società Commerciali, N. 1/2006, 157 e ss., CEDAM;

¹²⁶ TERRANOVA (2006), La Nuova Disciplina Delle Revocatorie Fallimentari, Il Diritto Fallimentare E Delle Società Commerciali, N.1/2006, 243 e ss., CEDAM;

¹²⁷ Pajardi (2008), opera già citata;

richieste per determinare il valore delle prestazioni e non per dimostrare il requisito dell'anormalità dei pagamenti¹²⁸.

Un ultimo punto su cui sembra doveroso soffermarsi è senza dubbio la rigidità del criterio matematico, in quanto se da un lato sembrerebbe servire per giudicare tutti i soggetti con lo stesso parametro rendendo più equo il giudizio del giudice, con riguardo a determinate merci o beni non riuscirebbe a dare una valutazione abbastanza oggettiva come nel caso di beni facilmente deteriorabili, a forte tasso tecnologico o quotati, in quest'ultimo caso infatti una sproporzione ben più bassa della metà potrebbe già rappresentare un atto sproporzionato¹²⁹.

3.3.2. La novazione

In dottrina è opinione consolidato che la novazione è un atto posto in essere con il fine di sostituire una precedente obbligazione per crearne una nuova, diversa nell'oggetto e nel titolo; quando questo avviene nell'imminenza della dichiarazione di fallimento l'azione solutoria che si verifica sulla precedente obbligazione rappresenta un mezzo anormale di estinzione di un obbligazione e per questo revocabile ai sensi del primo comma, n. 1 dell'art. 67 legge fallimentare.

Con la novazione si estinguono, insieme alla vecchia obbligazione anche tutte le garanzie accessorie a questa collegata a meno che le parti non vogliano conservare dette garanzie, ma in questo caso oltre all'accordo tra il creditore e il debitore, sarà necessario anche il consenso dell'eventuale garante. La dottrina prevalente sostiene che le parti possono convenire espressamente non solo il mantenimento delle garanzie, ma anche il mantenimento delle azioni, delle eccezioni, delle modalità di esecuzione, degli interessi, cioè di tutti gli altri accessori del rapporto che normalmente si estinguerebbero. Il patto di mantenimento delle garanzie, in quanto aggrava la situazione patrimoniale del debitore costituisce un atto a titolo oneroso revocabile ai sensi dell'art. 67 secondo comma l. fall. se ne esistono i presupposti previsti dalla legge¹³⁰.

¹²⁸ SANTANGELI (2006), Osservazioni A Prima Lettura Sui Nuovi Artt. 67 E 70 Del R. D. 16 Marzo 1942, N. 267 E Sull'art. 10 D.P.R. 20 Giugno 2005, Wwww.Judicium.It;

¹²⁹ De Ritis (2005), opera già citata;

¹³⁰ Quatraro (2009), opera già citata;

3.3.3. Atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili, compiuti con mezzi di pagamento non convenzionali

In dottrina è considerato normale solo il pagamento effettuato con denaro o con effetti di normale uso commerciale; il concetto di normalità o di anormalità di un pagamento deve essere valutato in maniera obiettiva ed astratta, ed il concetto di normalità corrisponde a quanto è comunemente usato in commercio¹³¹.

Secondo una dottrina minoritaria la valutazione di normalità va effettuata non in astratto, ma in concreto cioè facendo specifiche relazioni al caso in oggetto. Secondo alcuni autori il carattere di anormalità di un pagamento potrebbe essere superato se il pagamento anormale è previsto dalle parti nella pattuizione originaria, in questo caso essendo stato, il pagamento anomalo, pattuito in origine non dovrebbe servire a creare una presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza nel creditore¹³².

3.3.4. La datio in solutum

In dottrina la datio in solutum rappresenta il più tipico dei pagamenti anormali, in quanto nella maggior parte dei casi, si pone in essere quando traspare in maniera evidente che il debitore non riesce più a far fronte in maniera regolare alle proprie obbligazioni. In dottrina prevale il pensiero secondo il quale l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente prevista dalle parti è normalmente indice della difficoltà del debitore di far fronte ai propri impegni economici e rileva lo stato di insolvenza del debitore¹³³.

L'ipotesi più frequente di datio in solutum è quella del compratore che restituisce la merce in quanto non è più capace di pagare il prezzo di vendita. La restituzione della merce può configurare due fattispecie diverse: la prima, la datio in solutum revocata ai sensi del primo comma dell'art.67, primo comma l. fall., poiché rappresenta un mezzo solutorio anomalo; la seconda è rappresentata dall'ipotesi risoluzione consensuale del

¹³¹ Maggi (1992), I Mezzi Anormali Di Pagamento Nella Giurisprudenza, Banca Borsa E Titoli Di Credito, N.1/1992, 113 e ss., Giuffrè Editore;

¹³² Pajardi (2008), Opera Già Citata;

¹³³ Ungari Trasatti (2004), Le Revocatoria Fallimentare E La Normalità Dei Mezzi Di Pagamento Previsti Contestualmente Al Sorgere Dell'obbligazione, Rivista Del Notariato, N.58/2004, 1518 e ss. Giuffrè Editore;.

contratto che viene revocata a norma del secondo comma dell'art. 67 l. fall.¹³⁴.

Un'altra ipotesi di *datio in solutum* si verifica quando il debitore versando in una situazione di insolvenza, effettua a favore del creditore una prestazione di servizi al fine di estinguere il debito. La dottrina su questo punto è divisa infatti da un lato alcuni autori ritengono che non si tratti di una fattispecie revocabile in quanto il lavoro del debitore a favore del creditore, non diminuisce il patrimonio del primo, a meno che non si riesca a dimostrare che per effettuare questo lavoro il debitore abbia trascurato i propri affari e di conseguenza abbia nuociuto alla massa dei creditori¹³⁵; altri autori affermano che le prestazioni di servizi non sono revocabili in tutti i casi in cui manchi il danno alla massa, e cioè quando chi presta il servizio non deve, per tali incombenze effettuare degli esborsi¹³⁶.

3.3.5. La cessione dei beni ai creditori

La cessione dei beni ai creditori rappresenta un contratto con il quale il debitore incarica alcuni o tutti i suoi creditori affinché riescano a liquidare i propri beni e di ripartire tra di loro il ricavato per il soddisfacimento dei loro crediti.

La dottrina su questa fattispecie è divisa infatti da un lato alcuni autori ritengono che il contratto sia revocabile a norma dell'art. 67 l. fall., comma 1, n. 2 dal momento che la fattispecie configurerebbe un'ipotesi di estinzione anormale di una obbligazione¹³⁷, altri, invece ritengono che l'anormalità del pagamento si verifica soltanto nel caso di cessione dei beni cosiddetta liberatoria, e cioè nel caso in cui il debitore resti immediatamente liberato, all'atto della cessione dei beni, mentre in tutti gli altri casi la cessione dei beni rappresenta un normale atto a titolo oneroso, revocabile soltanto ai sensi dell'art. 67, secondo comma l. fall.¹³⁸.

3.3.6. La cessione dei crediti

La cessione del credito è un contratto che permette la cessione da parte del creditore di un suo credito sia a titolo oneroso che gratuito e senza che il debitore possa opporsi,

¹³⁴ Quatraro (2009), Opera Già Citata;

¹³⁵ Ragusa Maggiore (1988), Istituzioni Di Diritto Fallimentare, Cedam;

¹³⁶ Miccio (1950), Appunti Sulla Revocatoria Fallimentare, In Temi, 1950, 468 E Ss;

¹³⁷ Bianchi D'espinoza (1962), Cessio Honorum E Revocatoria Fallimentare, Giurisprudenza Civile N.1/1962 1432 e ss. Ipsoa;

¹³⁸ Ghidini (1956), La Cessione Dei Beni Ai Creditori, Giuffrè Editore;

purché il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato per legge.

Il credito può essere ceduto sia a titolo gratuito, ed in questo caso la cessione può essere dichiarata inefficace ai sensi dell'art.64 l. fall., sia a titolo oneroso.

La cessione del credito a titolo oneroso può avvenire con finalità di garanzia o con finalità solutoria. Se il credito ceduto a titolo oneroso ha una finalità solutoria, rappresentando una modalità anomala di estinzione, può essere revocato a norma del primo comma dell'art. 67 l. fall., se il curatore dimostra che il cessionario all'atto della stipulazione del contratto conosceva lo stato di insolvenza del debitore.

Se il credito è stato ceduto con finalità di garanzia secondo l'opinione dominante, se il curatore dimostra che alla data di stipulazione del contratto di cessione, il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente il credito è revocato a norma del secondo comma dell'art 67 l. fall.¹³⁹.

3.3.7. Il mandato irrevocabile all'incasso

Con il mandato irrevocabile all'incasso il debitore attribuisce al creditore, generalmente una banca, la facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione o la decurtazione del suo credito, ne consegue che trattandosi di un mezzo soddisfacente diverso dal denaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali risulta suscettibile di revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art.67, primo comma, n.2 l. fall. se pattuito durante il periodo sospetto legale¹⁴⁰.

3.3.8. La delegazione di pagamento

La delegazione di pagamento ha ad oggetto l'esecuzione di un pagamento al creditore da parte di un terzo, a ciò delegato dal debitore. Nella delegazione di pagamento, il creditore riceve direttamente il pagamento da un terzo, infatti a norma dell'art. 1269 c.c. è facoltà del terzo delegato effettuare direttamente il pagamento, oppure obbligarsi verso il creditore, a meno che il debitore non l'abbia espressamente vietato¹⁴¹.

¹³⁹ Quatraro (2009) opera già citata;

¹⁴⁰ Quatraro (2009) opera già citata;

¹⁴¹ Maffei, Alberti (1970), Il Danno Nella Revocatoria, 151 e ss. CEDAM;

Questo istituto, contrariamente da quanto previsto dalla giurisprudenza di legittimità che lo fa rientrare tra i pagamenti anomali, in dottrina viene studiato come un mezzo normale di estinzione di un obbligazione e quindi revocato a norma dell'art. 67 l. fall., secondo comma¹⁴².

3.3.9. La compensazione

Nel nostro ordinamento sono previsti tre tipi di compensazione: quella legale, quella giudiziale e quella volontaria.

La compensazione legale in quanto operante ex lege sia la giurisprudenza che la dottrina sono d'accordo nel pensare che sia esclusa dall'azione della revocatoria fallimentare¹⁴³.

Nel caso di compensazioni volontarie attuate in esecuzione di un patto de compensando preventivamente stipulato, alcuni autori ritengono sia esclusa l'anormalità del pagamento, poiché essendo l'atto preventivamente previsto non risulta una modalità solutoria anomale, così che la compensazione dovrà considerarsi un atto normale e revocabile a norma dell'art. 67 l. fall., comma 2¹⁴⁴.

3.3.10. Atti costitutivi diritti di prelazione

La revoca degli atti costitutivi diritti di prelazione sono affrontati con molta attenzione dal legislatore in quanto si tratta di una fattispecie in cui il sospetto è alto, infatti non è comune nella prassi commerciale chiedere delle garanzie per crediti, inizialmente concessi senza il menzionato supporto e rafforzamento, prima ancora che gli stessi scadano, cioè prima di avere la prova concreta che il debitore non è in grado di far fronte all'obbligazione assunta¹⁴⁵.

Alcuni autori sostengono che le ipotesi previste dal primo comma dell'art. 67 l. fall. cioè la revocabilità delle ipoteche, del pegno e dell'anticresi siano tassative¹⁴⁶. Tale teoria non ha trovato molto consenso in dottrina dove si ritiene più affidabile una seconda teoria secondo la quale l'elencazione contenuta nell'articolo è semplicemente esemplificativa e pertanto nella previsione normativa devono essere ricompresi tutti

¹⁴² Quatraro (2009) opera già citata;

¹⁴³ Quatraro (2009) opera già citata;

¹⁴⁴ Maffei Alberti (2005), opera già citata;

¹⁴⁵ Pajardi (2008), opera già citata;

¹⁴⁶ Azzolina (1961), Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali Vol. II, UTET;

quei negozi costitutivi di una garanzia sui beni del debitore¹⁴⁷. I punti 3 e 4 del primo comma dell'art. 67 l. fall. si riferiscono sempre alla revoca delle garanzie per debiti propri, anche se alcuni autori suggeriscono che data la generica formulazione della legge molto probabilmente il legislatore non abbia voluto restringere il campo di applicazione della norma¹⁴⁸.

Nell'art. 67 l. fall., comma 1, n. 3 e 4 si parla di revocabilità delle ipoteche sia giudiziali che volontarie, del pegno e dell'anticresi, secondo una lettura letterale dell'articolo sembrano escluse le ipoteche legali. In dottrina si è spesso sostenuto che data la genericità della norma, l'ipoteca legale può ben essere ricompresa nell'art. 67, secondo comma, salvo negarne la revocabilità quando sia la legge stessa a porre il creditore nell'impossibilità di rifiutare la garanzia che la legge concede ovvero quando l'ipoteca legale sia fondata su di un titolo che non sia contestualmente diretto alla creazione del credito¹⁴⁹.

¹⁴⁷ RAGO (2006), Manuale Della Revocatoria Fallimentare. Profili Sistemati Di Dottrina E Giurisprudenza, CEDAM;

¹⁴⁸ Stesuri, Giorgetti (2010), Profili Di Diritto Fallimentare, CEDAM;

¹⁴⁹ Stesuri (2010), opera già citata;

Capitolo 4

4.1. Gli atti revocabili compiuti tra coniugi nell'art. 69 l. fall

Il nuovo diritto di famiglia prevede tre diversi regimi patrimoniali: la comunione legale, il fondo patrimoniale e la separazione dei beni. I coniugi possono scegliere liberamente il regime patrimoniale più opportuno alle loro esigenze ed in assenza di tale scelta opera in maniera automatica il regime di comunione legale. Secondo il regime di comunione legale gli acquisti effettuati da uno dei coniugi operano un vantaggio anche per l'altro, senza alcun atto negoziale; questo regime permette la cogestione e la comunione degli acquisti effettuati dalla coppia. Mentre il regime di comunione legale si applica automaticamente, le altre convenzioni matrimoniali sono soggette all'onere pubblicitario e, nel caso di costituzione di un fondo patrimoniale questo deve essere trascritto sui registri immobiliari affinché possa essere opponibile a terzi.

L'art. 69 l. fall., modificato dalla riforma della disciplina fallimentare, è stato cambiato sia nella parte relativa agli atti intercorsi tra il coniuge e il fallito quando questi esercitava un'impresa commerciale, sia nella parte relativa agli acquisti fatti dal coniuge del fallito in un periodo anteriore alla dichiarazione di fallimento.

L'art. 69 l. fall. disciplina gli atti compiuti tra coniugi, ed è stato modificato dal legislatore con la riforma contenuta nella legge n.80 del 14 Maggio 2005. La novella contenuta nella riforma ha modificato l'articolo come segue: "Gli atti previsti dall'articolo 67, compiuti tra coniugi nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale e quelli a titolo gratuito compiuti tra coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, sono revocati se il coniuge non prova che ignorava lo stato d'insolvenza del coniuge fallito".

Nell'ambito degli atti revocabili, il legislatore dedica particolare attenzione agli atti intervenuti tra i coniugi, infatti in virtù del vincolo coniugale si suppone che il coniuge sia la persona che più di ogni altra sia in grado di conoscere la situazione finanziaria ed eventualmente lo stato di insolvenza del fallito, ed anche quella più vicina e naturalmente disposta a colludere con lui, per tali motivi viene visto con particolare sospetto dal legislatore che con l'art. 69 disciplina una revocatoria aggravata nei suoi confronti.

Il legame esistente tra il fallito ed il coniuge è stato sempre oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore, infatti lo stretto rapporto fiduciario, di regola sussistente, è sempre stato visto con sospetto da quest'ultimo. Per cercare di evitare intenti elusivi in base all'istituto della presunzione muciana, in passato si presumeva che i beni appartenenti al coniuge non imprenditore ed acquistati in un determinato periodo, fossero stati acquistati dal coniuge imprenditore con denaro proprio, oppure dal coniuge non imprenditore con denaro del coniuge imprenditore¹⁵⁰.

La presunzione muciana prevista dall'art. 70 l. fall. a seguito di numerose pronunce sia della Corte Costituzionale che della Cassazione è stato abrogato, in quanto non era conciliabile con il principio della pari contribuzione di ciascun coniuge al mantenimento della famiglia ed al regime di comunione legale fra coniugi, principi introdotti con la riforma del diritto di famiglia¹⁵¹.

Come viene descritto nella relazione accompagnatoria del decreto legislativo n. 5 del 2006, la modifica apportata dal legislatore all'articolo 69 l. fall. è stata effettuata per adeguare l'articolo in esame alla sentenza della Corte Costituzionale n. 100 del 19 Marzo 1993, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dello stesso, nella parte in cui non comprendeva nel proprio ambito di applicazione gli atti a titolo gratuito compiuti tra i coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale. La Consulta, nel dichiarare l'illegittimità dell'art.69 aveva preso come parametro l'art. 3 della Costituzione, infatti nella formulazione originaria il problema degli atti a titolo gratuito non era stato affrontato e questo avrebbe potuto rappresentare un fattore discriminante oltre ad offrire uno strumento elusivo per il fallito.

L'art. 69 l. fall. stabilisce una disciplina particolarmente rigorosa per gli atti intervenuti tra il soggetto poi dichiarato fallito ed il coniuge: nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale vengono infatti sottoposti a revoca e senza limiti di tempo sia gli atti di cui all'art. 67, sia quelli previsti dall'art. 64 l. fall., assoggettando tali atti ad azioni, rispettivamente di revocatoria e di inefficacia particolarmente aggravata.

Nella formulazione dell'art. 69 l. fall. il legislatore ha prestato particolare attenzione al rapporto tra i coniugi, infatti per l'applicazione della norma è indispensabile l'esistenza del vincolo matrimoniale al momento del compimento dell'atto, in quanto la qualità di

¹⁵⁰ Cherubini (2010), *Il Civilista. L'azione Revocatoria Nel Fallimento*, 44 e ss., Giuffrè Editore;

¹⁵¹ Legge 151/1975;

coniuge potrebbe anche essere cessata nel momento in cui il curatore propone la declaratoria di inefficacia o chiede la revoca dell'atto. Rientrano tra gli atti revocabili tutti gli atti compiuti durante la pendenza dello stato di separazione personale, fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio.

Sono esclusi dall'azione proposta dall'art. 69 l. fall. tutti gli atti intervenuti tra conviventi more uxorio e quelli imputabili al periodo in cui il fallito non esercitava un'attività imprenditoriale ma è stato dichiarato fallito quale socio di società di persone illimitatamente responsabile¹⁵².

La revocatoria aggravata descritta dall'art. 69 è applicata agli atti compiuti tra i coniugi, sia che questi abbiano contratto il vincolo matrimoniale in virtù del regime di comunione legale, sia in virtù del regime di separazione dei beni, in quest'ultimo caso sono esclusi dall'azione dell'art.69 gli acquisti effettuati dal coniuge con mezzi personali, anche se ricadrebbero per legge nel regime di comunione legale.

L'art. 69 l. fall. stabilisce che sono revocabili, se compiuti tra i coniugi, gli atti di cui all'art. 67 l. fall., e quelli gratuiti, inefficaci secondo l'art. 64 l. fall., se si sono verificati oltre i due anni prima della dichiarazione di fallimento a meno che il coniuge non fornisca la prova di non conoscere lo stato di insolvenza del fallito, compito che risulta particolarmente complesso visto che il legislatore ha previsto la presunzione che tra i coniugi non vi siano misteri. Questa rappresenta una vera e propria prova diabolica, in considerazione del fatto che lo stato di convivenza ed i rapporti di fatto esistenti tra i coniugi rendono, in concreto, pressoché impossibile da parte del coniuge in bonis dimostrare la non conoscenza dei sintomi rivelatori dello stato di insolvenza del coniuge poi fallito.

4.2. Interpretazione della giurisprudenza

L'art. 69 l. fall. affronta gli atti intervenuti tra il fallito ed il coniuge, disciplinando gli atti contenuti nell'art. 67 l. fall. e quelli a titolo gratuito compiuti tra di loro.

Il legislatore, nel descrivere la fattispecie sanzionata dell'art. 69 l. fall., presume che i coniugi abbiano posto in essere gli atti sanzionati con lo scopo di recare giudizio ai creditori e per questo sono sottoposti ad una disciplina particolarmente gravosa.

¹⁵² Grossi (2008), La Riforma Della Legge Fallimentare: Commento E Formule Della Nuova Disciplina Delle Procedure Concorsuali, p.506 e ss., Giuffrè Editore;

Nell'art. 69 l. fall. è previsto che siano dilatati i tempi per proporre la revocatoria degli atti e viene complicata la possibilità, al coniuge del fallito, di dimostrare la sua non conoscenza dello stato di insolvenza al momento in cui si sono verificati gli atti in questione.

L'art. 69 l. fall. è stato completamente riesaminato dalla riforma della legge fallimentare: nella sua attuale versione è previsto che sia possibile applicare la revocatoria fallimentare anche per gli atti a titolo gratuito compiuti tra i coniugi più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, nel periodo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale. Inoltre la nuova formulazione dell'articolo prevede una distinzione degli atti compiuti tra i coniugi in due diverse categorie, con la conseguenza che vi sia anche un distinto regime per quanto riguarda il cosiddetto periodo sospetto.

Dalla lettura dell'articolo si evince che mentre per gli atti sanzionati dall'art. 67 l. fall. viene previsto che siano revocabili senza alcun limite temporale, poiché l'unica condizione richiesta è che al momento del compimento dell'atto il fallito esercitasse un'impresa commerciale, quelli invece a titolo gratuito, inefficaci secondo l'art. 64 l. fall., sono revocabili purché avvenuti due anni oltre la dichiarazione di fallimento.

Si può quindi affermare che l'art. 69 l. fall. configura un regime di azione revocatoria aggravata, caratterizzato dalla mancata previsione del periodo sospetto e dalla presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del coniuge, che rende particolarmente complicato dimostrare la propria inscienza decoctionis.

Il coniuge che intenda evitare la revocatoria degli atti avvenuti durante il matrimonio dovrà fornire la prova che non conosceva lo stato d'insolvenza in cui versava il fallito al momento in cui è stato concluso l'atto, tale prova secondo la Suprema Corte di Cassazione¹⁵³, potrebbe anche consistere nel fatto che l'insolvenza del fallito non si era ancora manifestata all'epoca dei fatti.

Il legislatore riformando l'art. 69 l. fall., ha tenuto conto di una sentenza della Corte Costituzionale del 1993, che dichiarava l'incostituzionalità parziale della norma nella parte in cui non comprendeva nel proprio ambito di applicazione gli atti a titolo gratuiti compiuti tra i coniugi per più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale. Nella suddetta sentenza, la consulta, aveva preso come parametro dell'illegittimità della norma l'art. 3 della

¹⁵³ Cass., 11 Maggio 1968, n. 1444;

Costituzione, stabilendo che il coniuge in virtù del vincolo matrimoniale si trova in una situazione particolare rispetto alla massa dei creditori.

Nella procedura fallimentare il vincolo matrimoniale viene sottoposto a particolare attenzione dal legislatore, poiché il coniuge rappresenta il soggetto con cui più naturalmente si è disposti ad eludere il sistema revocatorio.

Gli accordi di separazione personale fra i coniugi sono stati affrontati dalla giurisprudenza di legittimità: secondo la Corte di Cassazione rappresentano un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale condizionato dall'omologazione giudiziale. Questo accordo che può contenere attribuzioni patrimoniali da parte di un coniuge nei confronti dell'altro se incidono sulla integrità della garanzia patrimoniale del fallito, può essere assoggettato ad azione revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 69 l. fall.¹⁵⁴

Il regime di comunione legale, introdotto come regola dal nuovo diritto di famiglia, sottrae gli acquisti compiuti dall'altro coniuge all'azione revocatoria sia fallimentare che ordinaria come disposto dall'art. 177 del c.c.¹⁵⁵ in quanto si presume che il prezzo pagato sia la risultante di un uguale apporto tra i coniugi. Va invece ammessa la proponibilità dell'azione di inefficacia e dell'azione revocatoria, quando l'acquisto della comproprietà è l'effetto di una convenzione matrimoniale che ha mutato in comunione legale l'originario regime di separazione dei beni. Sono inoltre revocati ai sensi degli artt. 64 o 66 l. fall., gli acquisti effettuati dal coniuge imprenditore, realizzando propri beni personali, di cui non sia stata fatta menzione nel relativo atto, se all'acquisto abbia provveduto con denaro sottratto all'azienda da lui gestita, con la conseguenziale attribuzione dei beni comprati alla comunione¹⁵⁶

La presunzione muciana disciplinata dalla vecchia formulazione dell'art. 70 l. fall. disponeva che tutti i beni acquistati dal coniuge del fallito, nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumeva che fossero stati acquistati con i soldi del fallito e per questo potevano essere revocati. Oggi l'istituto della presunzione muciana è

¹⁵⁴ Cass. Civ., sez. I, 12 Aprile 2006, n. 8516;

¹⁵⁵ Art. 177 c.c.. Oggetto della comunione. Costituiscono oggetto della comunione: a) gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali; b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione; c) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati; d) le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi.

¹⁵⁶ Cass. Civ., sez. I, 11 Febbraio 1991, n. 1402;

stato eliminato con il d. l. n. 35/2005, infatti il legislatore ha considerato questo istituto incompatibile con il regime di comunione legale introdotto dalla riforma fallimentare. In passato su questo principio si è sviluppato un ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza, ed in particolare ci si era soffermati sul principio di uguaglianza e di pari dignità tra i coniugi. In giurisprudenza alcune sentenze si sono espresse a sfavore di tale principio, infatti secondo la Suprema Corte non vi era la possibilità di applicare la presunzione muciana era inapplicabile per quei beni acquistati o attribuiti in proprietà al coniuge del fallito in regime di comunione legale ex art. 177 c.c., in considerazione dell'incompatibilità di quella presunzione con tale regime, fermi restando gli altri rimedi accordati dall'ordinamento ai creditori del coniuge imprenditore ed al curatore del fallimento, facendo un chiaro rinvio agli artt. 64, 65, 66, 67 l. fall. ed all'art. 2901 c.c.¹⁵⁷.

L'art. 167 c.c.¹⁵⁸ prevede che ciascuno o ambedue i coniugi possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, per far fronte ai bisogni della famiglia. L'atto di costituzione di un fondo patrimoniale, anche se è un atto a titolo gratuito, rende i beni conferiti aggredibili dai creditori solo a determinate condizioni, infatti in giurisprudenza si sono susseguite un gran numero di pronunce in tema di fondo patrimoniale, riguardo ad azioni revocatorie, ordinarie ovvero fallimentari. Secondo la Suprema Corte, con sentenza n. 966 del 17 Gennaio 2007, la costituzione di un fondo patrimoniale, è un atto a titolo gratuito, che può essere dichiarato inefficace nei confronti dei creditori a mezzo di azione revocatoria ordinaria; ne consegue che, a determinare l'eventus damni è sufficiente anche la mera variazione qualitativa del patrimonio del debitore avvenuta in seguito alla costituzione in fondo patrimoniale del bene immobile di proprietà dei coniugi.

In una più recente sentenza, la Suprema Corte¹⁵⁹, affrontando il problema della revocabilità del fondo patrimoniale al susseguirsi del fallimento del disponente, afferma che in base all'art. 46 n.3 l. fall. non sono compresi nel fallimento i redditi dei beni

¹⁵⁷ Cass. Civ., Sez. I, 16 Giugno 1990, n. 6079; Cass. Civ., Sez. I, 18 Luglio 1990, n. 7338;

¹⁵⁸ Art. 167 c.c.. Costituzione del fondo patrimoniale. Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri, o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo;

¹⁵⁹ Cass. civ. Sez. I, 22-01-2010, n. 1112;

costituiti in patrimonio familiare, salvo quanto disposto dagli artt. 170¹⁶⁰ e 326¹⁶¹ cod. civ.. Sebbene questo articolo sia stato rivisto dal legislatore con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, nella più recente versione viene affermato in modo molto chiaro che i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'art. 170 c.c., non sono ricompresi nel fallimento, con la conseguenza che sono esclusi dall'attivo fallimentare, però, trattandosi sempre di un atto a titolo gratuito, sono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 64 l. fall.¹⁶².

4.3. Interpretazione della dottrina

Con l'art. 69 l. fall. il legislatore aveva intenzione colpire tutti gli atti di disposizione patrimoniale compiuti tra i coniugi. Attraverso le disposizioni di questo articolo si possono rendere inefficaci gli atti che abbiano inciso negativamente sul patrimonio del fallito e che ne abbiano diminuito la consistenza.

In dottrina molti autori hanno sottolineato che la revocatoria degli atti compiuti tra i coniugi è stata disciplinata con particolare rigore, in virtù della presumibile possibilità di collusione tra i due nel porre in essere atti pregiudizievoli nei confronti dei creditori, vista la natura del rapporto che intercorre tra loro.

La dottrina ha posto anche l'accento sulla questione della presunzione dello stato d'insolvenza, infatti secondo l'art. 69 questa non ha una limitazione temporale, come, invece è previsto per le ipotesi regolate sia dall'art. 67 che dall'art. 64 l. fall., piuttosto si estende per tutto il periodo in cui il fallito abbia esercitato l'attività d'impresa¹⁶³.

La presunzione d'insolvenza senza limiti di tempo, e per di più non in stretta relazione con una dichiarazione prossima di fallimento, secondo parte della dottrina mal si

¹⁶⁰ Art. 170 c.c.. Esecuzione sui beni e sui frutti. La esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia;

¹⁶¹ Art. 326 c.c.. Inalienabilità dell'usufrutto legale. Esecuzione sui frutti. L'usufrutto legale non può essere oggetto di alienazione, di pegno o di ipoteca né di esecuzione da parte dei creditori. L'esecuzione sui frutti dei beni del figlio da parte dei creditori dei genitori o di quello di essi che ne è titolare esclusivo non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

¹⁶² Figone (2010), Fondo Patrimoniale E Successivo Fallimento Del Disponente, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali, n.5/2010, 553 e ss., IPSOA;

¹⁶³ Oppo (1990), La Revocatoria Fallimentare Tra Coniugi, 339 e ss., Rivista di Diritto Civile, n.1/1990, CEDAM;

concilia con l'intento del legislatore che aveva inizialmente l'intenzione di collegare la presunzione anzidetta ad una situazione di impotenza economica¹⁶⁴.

Attraverso la riforma delle legge fallimentare¹⁶⁵, il legislatore ha cercato di arginare il problema introducendo un limite entro il quale le azioni dell'art. 69 e di tutto il sistema revocatorio possono essere esperite, infatti con l'introduzione dell'art. 69-bis l. fall. viene sancito che le azioni revocatorie non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

I due termini di decadenza previsti dall'art. 69-bis l. fall. sono stati oggetto di studio in dottrina, in quanto si prospettava un profilo di incostituzionalità della norma. Di fronte a tale dubbio di legittimità costituzionale parte della dottrina ha inteso i due termini come se avessero un diverso e separato ambito applicativo. Secondo questo filone di studio il primo termine, di durata triennale, era destinato ad operare esclusivamente per le azioni revocatorie fallimentari, il secondo, di durata quinquennale, era destinato ad operare esclusivamente per l'azione revocatoria ordinaria che il curatore può proporre ai sensi dell'art. 66 l. fall.¹⁶⁶. Tale interpretazione è stata criticata da alcuni autori per quanto riguarda la parte in cui omette di considerare che il termine quinquennale potrebbe trovare applicazione anche per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare, ad esempio nel caso di consecuzione di procedure, nel caso in cui tra l'atto da impugnare e la dichiarazione di fallimento vi sia un arco temporale inferiore a cinque anni¹⁶⁷.

Per l'applicazione dell'art. 69 l. fall. è indispensabile l'esistenza, al momento del compimento dell'atto revocabile, della qualità di coniuge del fallito in capo al soggetto passivo dell'azione revocatoria. Sono altresì revocati tutti gli atti compiuti durante la pendenza dello stato di separazione personale e fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio¹⁶⁸. Tutto ciò determina un certo squilibrio tra la posizione del coniuge che abbia ottenuto la sentenza di nullità o di scioglimento del matrimonio e quella di colui che risulti separato, in quanto non rientra più nella qualità di coniuge.

¹⁶⁴ Lo Cascio (2007), Il fallimento, Wolters Kluwer Italia;

¹⁶⁵ D.Lg. 9.1.2006, n.5;

¹⁶⁶ Farina, Di Iulio, Tarzia (2006), L'azione Revocatoria Nella Nuova Legge Fallimentare, 81 e ss., Il Sole 24 Ore;

¹⁶⁷ Di Iulio (2010), Atti A Titolo Gratuito E Pagamenti Inefficaci, 527 e ss., Giuffrè Editore;

¹⁶⁸ Grossi (2008), La Riforma Della Legge Fallimentare: Commento E Formule Della Nuova Disciplina Delle Procedure Concorsuali, p.506 e ss., Giuffrè Editore;

Una situazione particolare è rappresentata dalla sentenza di annullamento del matrimonio e del matrimonio putativo, infatti in questi casi secondo alcuni autori non sarebbe possibile applicare la revocatoria prevista dall'art. 69 l. fall. per gli atti compiuti in attesa di giudizio in quanto le sentenze relative ad entrambe le fattispecie producono efficacia ex tunc e quindi con valenza retroattiva¹⁶⁹.

Secondo parte della dottrina il notevole sfavore attribuito dal legislatore nei confronti del coniuge determina una notevole disparità di trattamento tra il coniuge, soggetto a revocatoria per tutto il periodo in cui è stata esercitata l'impresa, se si è sposato dopo l'inizio dell'attività commerciale del suo partner, ed un qualsiasi terzo, che risulta essere soggetto al rischio per sei mesi nell'art. 67 e due anni nell'art. 64 l. fall.¹⁷⁰.

A tal proposito, parte della dottrina ha criticato la decisione del legislatore di non aver voluto cogliere le indicazioni della commissione Trevisanato tesa a colpire le attività poste in essere non solo dal coniuge ma da una serie di soggetti definiti correlati, quali parenti e gli affini che godono secondo la normativa vigente dello stesso trattamento di qualunque terzo estraneo; addirittura non si è pensato che le medesime presunzioni di conoscenza dello stato d'insolvenza potessero essere fatte valere anche nei confronti del convivente del fallito, creando una forte sperequazione tra le famiglie di fatto e quelle di diritto.

L'attuale sistema dell'art. 69 l. fall. rimane improntato su un atteggiamento di sfiducia nei confronti del coniuge come soggetto istituzionalmente sospetto, infatti anche l'onere della prova per sottrarsi alla revocatoria risulta particolarmente complicato. Nei confronti del coniuge, assistiamo infatti ad un'inversione dell'onere della prova, infatti questo dovrà dimostrare che non conosceva l'insolvenza in cui versava l'altro coniuge al momento di porre in essere l'atto; tale prova potrà verosimilmente anche consistere nel fatto che l'insolvenza del coniuge non si era ancora in concreto verificata¹⁷¹.

Il regime probatorio presuntivo nei confronti del coniuge richiede che sussista il vincolo matrimoniale al momento della dichiarazione di fallimento, in questo caso l'individuazione del dies a quo per l'individuazione del periodo sospetto si dilaterà fino al momento in cui è stato concluso il matrimonio, oppure se l'azienda è stata avviata dopo la conclusione del matrimonio, sino al momento in cui questa è sorta.

¹⁶⁹ Grossi (2008), opera già citata;

¹⁷⁰ Cherubini (2010), *Il Civilista. L'azione Revocatoria Nel Fallimento*, 44 e ss., Giuffrè Editore;

¹⁷¹ Quatraro, (2009), opera già citata;

Secondo parte della dottrina, affinché possa ritenersi applicabile la norma è sufficiente che il fallito esercitasse un'impresa commerciale; siccome la norma parla solo di una impresa commerciale, senza null'altro specificare, alcuni autori ritengono che non si debba necessariamente parlare di quella impresa commerciale che lo ha portato al fallimento, ma di una qualsiasi impresa commerciale¹⁷² in quanto essendoci stato un continuum, per quanto di natura diversa, si potrebbe andare a ritroso a revocare tutti gli atti inerenti.

Una parte consistente della dottrina afferma, invece, che esiste un limite temporale legato all'esercizio di quell'attività d'impresa con riferimento alla quale è maturato lo stato d'insolvenza.

Non è possibile applicare l'art. 69 l. fall. nel caso in cui il fallito non abbia esercitato un'attività imprenditoriale ma sia stato dichiarato fallito come socio illimitatamente responsabile di una società di persone in base all'art. 147 l. fall.. Questo articolo a differenza dell'art. 69 l. fall., non richiede né che il coniuge fallito esercitasse un'impresa commerciale, né l'esistenza della personale insolvenza. Di conseguenza, se si dovesse applicare l'art. 69 l. fall. al socio illimitatamente responsabile a cui è stato esteso il fallimento, verrebbe ad assumere rilevanza l'insolvenza della società e non quella del coniuge, diversamente da quanto disposto dalla norma stessa.

Per quanto concerne la revocabilità dei pagamenti c.d. "anticipati" di crediti compiuti tra coniugi entro il termine biennale dalla dichiarazione di fallimento, parte della dottrina ritiene che, nonostante non siano citati dalla norma, possano comunque ritenersi assoggettati alla revocatoria disposta dall'art. 69 l. fall.; altri invece sostengono che non sono menzionati nella norma, per cui ritengono che non possano rientrare nell'azione revocatoria dell'art. 69 e che debbano di conseguenza essere dichiarati inefficaci secondo quanto disposta dall'art. 65 l. fall.¹⁷³.

¹⁷² Grossi (2008), opera già citata;

¹⁷³ Lo Cascio (2007), opera già citata;

CONCLUSIONI

In questo lavoro si è cercato di affrontare l'istituto della revocatoria dando un particolare interesse agli atti cosiddetti "anomali". Gli atti anomali sono revocati dalla disciplina fallimentare se si sono manifestati nel periodo sospetto e sono stati posti in essere con lo scopo di depauperare il patrimonio del fallito con il fine di sottrarre una garanzia ai creditori.

Si è cercato di affrontare gli artt. 65, 67 I comma n.1 e l'art. 69 l. fall. , articoli che sanciscono la revoca degli atti anomali, mettendo in luce sia gli orientamenti giurisprudenziali che dottrinali, affrontando in alcuni casi l'evoluzione che si è avuta negli anni di tali norme.

In dottrina già da tempo diversi autori avevano dichiarato la necessità di apportare delle modifiche al sistema concorsuale, affinché si potesse adeguare la normativa italiana a quella degli altri stati europei e per adeguare la legge alle nuove fattispecie industriali che da tempo sono entrate nel nostro ordinamento.

I tentativi di giungere ad una riforma della disciplina fallimentare negli anni sono stati numerosi e spesso inconcludenti, sino al 2005 anno in cui con il decreto legge n. 35/2005 si è giunti alla riforma organica della procedura fallimentare.

Più che di una vera riforma si è trattato di un adeguamento della vecchia struttura alla realtà attuale della moderna economia, infatti il legislatore ritenendo l'impianto della L. n. 267/1942 ancora valido, con la tecnica della novellazione ha apportato dei cambiamenti, i più significativi hanno riguardato:

- l'istituto della revocatoria fallimentare;
- l'istituto del concordato preventivo;
- ha introdotto il principio dell'inapplicabilità del fallimento ai piccoli imprenditori ed agli imprenditori agricoli;
- ha abrogato l'istituto dell'amministrazione controllata;
- ha eliminato il registro dei falliti.

La riforma anche se di significativa e di profonda portata, per la gran parte degli operatori del diritto è stata solo parziale e non ha raggiunto gli obiettivi sperati.

Le profonde e decisive innovazioni in tema di revocatoria fallimentare hanno comportato, inoltre, secondo molti studiosi un'importante riduzione dell'applicabilità dell'istituto. Infatti da un lato la riduzione del periodo sospetto e dall'altro la lunghezza

dell'istruttoria prefallimentare hanno ridotto molto l'applicabilità dell'azione revocatoria fallimentare e secondo alcuni operatori del diritto in questo modo è stato quasi di fatto abolito questo istituto. La nuova istruttoria prefallimentare viene proceduralizzata mediante l'introduzione di dettagliate modalità che ne allungano la durata, infatti ai sensi dell'art. 15 l. fall. il tribunale deve verificare i requisiti di assoggettabilità al fallimento attraverso il vaglio della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata consegnata dall'imprenditore e come prevede la nuova versione dell'articolo devono essere controllati anche i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Inoltre la nuova versione dell'art. 15 l. fall. prevede anche l'obbligo di convocazione del debitore con il fine di accertare l'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento accogliendo una sentenza della Corte Costituzionale¹⁷⁴ che dichiarava l'incostituzionalità della norma nella parte in cui dichiarava facoltativa l'audizione del fallendo..

L'art. 67 l. fall. con l'introduzione delle esenzioni contenute nel terzo comma previste da legislatore è stato dotato di un ulteriore strumento per cercare di limitare l'azione revocatoria fallimentare, in particolare quelle che colpivano il settore bancario che prima della riforma risultava tra i più colpiti da questo istituto. Accanto a queste esenzioni, secondo alcuni autori andava però data una garanzia ai creditori affinché il debitore non possa utilizzare a fini fraudolenti o preferenziali il nuovo sistema delle esenzioni, introducendo una valvola di sicurezza come è previsto nel sistema giuridico nord-americano dove si esclude che l'esenzione possa essere applicata in casi di abuso della stessa (Meoli, 2007).

Di recente la legge fallimentare, con il decreto Sviluppo del 2012¹⁷⁵, è stata ritoccata con l'intento di favorire all'imprenditore in crisi di accedere celermente alle tutele previste in suo favore.

Purtroppo data la recente introduzione non si è ancora avuto modo di riscontrare se gli obiettivi posti nel decreto possono essere facilmente raggiunti.

¹⁷⁴ Corte Costituzionale, 16 Luglio 1970, n.141;

¹⁷⁵ Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83.

Bibliografia

- AA.VV. (2008), Commento alla riforma delle procedure fallimentari, Wolters Kluwer Italia;
- ABI (2002), Riforma Del Diritto Fallimentare, posizione comune di ABI, Ania, Confindustria, Confapi, Confcommercio, Confartigianato, Confagricoltura, disponibile sul sito internet www.abi.it;
- AMBROSINI, CAVALLI, JORIO (2009), Il Fallimento, 401 e ss., Wolters Kluwer Italia;
- ARATO (2006), fallimento: le nuove norme introdotte con la l. 80/2005, il diritto fallimentare e delle società commerciali, n. 1/2006, 157 e ss., CEDAM;
- AZZOLINA (1961), Il fallimento e le altre procedure concorsuali vol. II, UTET;
- BENVENUTO (2011), Revocabilità delle rimesse su Garanzie Consolidate, 4/2011, Piazzetta Monte, UGC Banca;
- BERTACCHINI (2011), Manuale di diritto fallimentare seconda ed., Giuffrè Editore;
- BIANCHI D'ESPINOSA (1962), Cessio honorum e revocatoria fallimentare, Giurisprudenza Civile n.1/1962 1432 e ss. IPSOA;
- BONFATTI (2008), La riforma organica della procedure concorsuali, IPSOA;
- CEDERLE (2007), Rimborso Anticipato del Mutuo ed Inefficacia ex art. 65 Legge Fall., Rivista Dottori Commercialisti, n. 2/2007, 294 e ss., Giuffrè Editore;
- CHERUBINI (2010), Il Civilista. L'azione Revocatoria Nel Fallimento, 44 e ss., Giuffrè Editore;

- CORSI (1965), La revocatoria nel fallimento, 165 e ss., MORANO;
- DE RITIS (2005), La Revocatoria Fallimentare Degli Atti Anormali Nella Prospettiva Di Riforma Delle Procedure Concorsuali, Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 2005, 399 e ss.;
- DELLADIO, ERLICHER, GENTILINI (2008), Guida Alla Riforma Fallimentare 2008, Il Sole 24 Ore;
- DEMARCHI (2009), Fallimento e altre procedure concorsuali. Normativa e giurisprudenza ragionata, p. 408 e ss., Giuffrè Editore;
- DI BARTOLOMEO, GIORGETTI , FUMAGALLI (2009), Revocatoria ordinaria e fallimentare. Azione surrogatoria seconda ed., Giuffrè Editore;
- DI IULIO (2010), atti a titolo gratuito e pagamenti inefficaci, 527 e ss., Giuffrè Editore;
- DI PAOLA (2006), La revocatoria ordinaria e fallimentare nel decreto sulla competitività. Aggiornato alla riforma del diritto fallimentare 2006, 50 e ss., HALLEY Editrice;
- FABIANI (2002), La revocatoria dei pagamenti anticipati, Foro Italiano, n.1/2002, 2409 e ss., Zanichelli;
- FABIANI, NARDECCHIA (2007), Formulario Commentato Della Legge Fallimentare, p.498 e ss., IPSOA;
- FARINA, DI IULIO, TARZIA (2006), L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare, 81 e ss., Il Sole 24 Ore;
- FERRARA, BORGIOLI (1995), Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.5/2008, 430 e ss., IPSOA;

- FIGONE (2010), Fondo Patrimoniale E Successivo Fallimento Del Disponente, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, n.5/2010, 553 e ss., IPSOA;
- FRATTAROLO, IORIO (2009), Il Mutuo Nella Giurisprudenza, 239 e ss., Giuffrè Editore;
- GHIA, SEVERINI, PICCININNI (2010), Trattato delle Procedure Concorsuali - Vol. II: Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti, 117 e ss., Utet Giuridica;
- GHIDINI (1956), La cessione dei beni ai creditori, Giuffrè Editore;
- GROSSI (2008), La riforma della legge fallimentare: commento e formule della nuova disciplina delle procedure concorsuali, p.506 e ss., Giuffrè Editore;
- GUGLIELMUCCI (2007), Le Azioni Di Ricostituzione Del Patrimonio, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali, n.7/2007, 1044 e ss. IPSOA;
- GUGLIELMUCCI (2008), Diritto Fallimentare terza ed., 159 e ss., Giappichelli Editore;
- GUGLIELMUCCI (2008), Le Azioni Di Ricostituzione Del Patrimonio, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.9/2007, 1044 e ss., IPSOA;
- JORIO, FABIANI (2007), Il nuovo diritto fallimentare, commentario, Zanichelli;
- LO CASCIO (2007), Il fallimento, Wolters Kluwer Italia;
- LUBRANO (2003), Rimborso anticipato di obbligazioni di società e inefficacia ex art. 65 della legge fallimentare: un revirement della Cassazione, Banca, borsa e tit. cred., n.1/2003, 401 e ss., Giuffrè Editore;
- MAFFEI, ALBERTI (1970), Il danno nella revocatoria, 151 e ss. CEDAM;

- MAGGI (1992), I mezzi anormali di pagamento nella giurisprudenza, Banca Borsa e Titoli di Credito, n.1/1992, 113 e ss., Giuffrè Editore;
- MICCIO (1950), Appunti sulla revocatoria fallimentare, in temi, 1950, 468 e ss;
- MINUTOLI (2005), in difesa dell'istituto revocatorio, il diritto fallimentare e delle società commerciali, n.2/2005, 809 e ss;
- NARDECCHIA (2008), Il Periodo Sospetto Nella Nuova Disciplina Della Revocatoria Fallimentare, Il Fallimento E Le Altre Procedure Concorsuali n.11/2008, 1245 e ss., IPSOA;
- OPPO (1990), La Revocatoria Fallimentare Tra Coniugi, 339 e ss., Rivista di Diritto Civile, n.1/1990, CEDAM;
- PAJARDI (2008), Manuale di diritto fallimentare, Giuffrè Editore;
- PANZANI, FAUCEGLIA (2009), Fallimento e altre procedure concorsuali, Wolters Kluwer Italia;
- PATTI (2002), Inefficacia dei Pagamenti di crediti non scaduti, Il fallimento e le altre Procedure Concorsuali n.12/2002, 1322 e ss., IPSOA;
- PROVINCIALI (1955), Manuale di Diritto Fallimentare, 504 e ss., Giuffrè Editore;
- RAGO (2006), Manuale Della Revocatoria Fallimentare. Profili Sistemati Di Dottrina E Giurisprudenza, CEDAM;
- RAGUSA MAGGIORE (1960), contributo alla teoria unitaria della revocatoria, 144 e ss., GIUFFRÈ;
- RAGUSA MAGGIORE (1988), Istituzioni di diritto fallimentare, CEDAM;

- REBECCA, SPEROTTI (2010), La revocatoria delle rimesse bancarie. Teoria e pratica operativa della revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie dopo la riforma, Giuffrè Editore;
- SABATELLI (2006), La Revocatoria Degli Atti «Anormali» Nella Riforma Del Diritto Fallimentare, Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali, 2007, 989 e ss., CEDAM ;
- SANTANGELI (2006), Osservazioni a prima lettura sui nuovi artt. 67 e 70 del r. d. 16 Marzo 1942, n. 267 e sull'art. 10 d.P.R. 20 Giugno 2005, www.judicium.it;
- SATTA (1957), Sul pagamento anticipato dei crediti nel fallimento, Banca, borsa e titoli di credito, n.1/1957, 485 e ss., Giuffrè Editore;
- SATTA (1996), Diritto Fallimentare, 209 e ss., CEDAM;
- STESURI, GIORGETTI (2010), Profili di diritto fallimentare, CEDAM;
- TERRANOVA (2006), la nuova disciplina delle revocatorie fallimentari, il diritto fallimentare e delle società commerciali, n.1/2006, 243 e ss., CEDAM;
- UNGARI TRASATTI (2004), le revocatorie fallimentare e la normalità dei mezzi di pagamento previsti contestualmente al sorgere dell'obbligazione, rivista del notariato, n.58/2004, 1518 e ss. GIUFFRÈ.

SITI WEB CONSULTATI

- www.abi.it
- www.dejure.giuffre.it
- www.giustizia.catania.it

- www.leggiditaliprofessionale.it

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio il Prof. Mauro Pizzigati che mi ha messo a disposizione la sua preziosa esperienza e mi ha concesso il piacere di affrontare questo lavoro sotto la sua guida.

Ringrazio Michela, la mia compagna di corso, che ha condiviso con me le gioie e i dolori degli anni universitari e senza le cui preziose informazioni non sarei giunto “sano e salvo” alla fine di questo percorso.

Ringrazio tutta la mia famiglia che mi ha “supportato” e “sopportato” in questi anni, sostenendomi ed aiutandomi nei momenti più critici, trovando le parole giuste per spingermi ad andare avanti e a conseguire sempre nuovi obiettivi.

Ringrazio infine Marila, senza il cui aiuto di sicuro non sarei riuscito ad affrontare e concludere questo lavoro. La sua presenza ed il suo incoraggiamento costante sono state la mia forza per raggiungere questo traguardo. A lei dedico questo lavoro.