

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

38.3 Maggio-Giugno 2011

Publicazione bimestrale

ISSN 0390-2269

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

Di particolare interesse in questo numero:

Credito e responsabilità della banca

Parti correlate

Pagamento del debito altrui e revocatoria

Accertamento in via cautelare del diritto di controllo del
socio di s.r.l.



GIUFFRÈ EDITORE

..... (Omissis)

(1) La revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui: l'intervento delle Sezioni Unite.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'elemento al quale riferire la qualifica di onerosità o gratuità. — 3. *Segue*: la concezione della causa in concreto è funzionale ad attribuire rilievo all'intera operazione economica compiuta dalle parti. — 4. La prospettiva dalla quale devono essere valutate l'onerosità o la gratuità del pagamento del debito altrui. — 5. La posizione delle Sezioni Unite. — 6. La soluzione alternativa ricavabile dalle indicazioni emergenti dall'art. 67 l. fall. riformato: *a*) in relazione alle garanzie per debito altrui. — 7. *Segue*: *b*) e in relazione al pagamento di debito altrui. — 8. Il pagamento del debito altrui nel contesto del gruppo. Premessa. — 9. Pagamento del debito della società controllata da parte della capogruppo. — 10. Pagamento del debito della capogruppo (o del socio) da parte della controllata.

1. *Premessa*. — La sentenza che si annota risulta particolarmente interessante non soltanto in quanto pronunciata a Sezioni Unite, ma anche perché affronta questioni aventi una rilevanza, ai fini dell'esercizio della revocatoria fallimentare, che va al di là del caso concreto. La controversia di cui sono state investite le Sezioni Unite concerne la

585/II

natura onerosa o gratuita dell'atto di adempimento del debito altrui, con particolare riguardo al pagamento, da parte del socio, del debito della società. Dalla qualifica del titolo dell'atto dipende, infatti, in caso di fallimento del *solvens*, l'applicabilità dell'art. 64 ovvero dell'art. 67 della legge fallimentare, poiché il legislatore ha graduato diversamente la reazione dell'ordinamento a fronte degli atti pregiudizievoli ai creditori, distinguendoli in base alla loro gratuità od onerosità⁽¹⁾. Tali qualifiche rilevano, cioè, al fine di differenziare la disciplina (della revocatoria) applicabile al conflitto di interessi fra il beneficiario di un atto del fallito e i creditori di quest'ultimo⁽²⁾.

2. *L'elemento al quale riferire la qualifica di onerosità o gratuità.* — Invertendo l'ordine logico seguito dalla pronuncia in esame, la prima questione sulla quale occorre soffermarsi concerne l'individuazione del referente della qualifica di onerosità o di gratuità.

Per la c.d. tesi causale⁽³⁾ la natura onerosa o gratuita di un negozio dipende dalla circostanza che esso attui o meno una prestazione causalmente legata ad un'altra⁽⁴⁾. Affinché si possa accertare l'onerosità, cioè, l'attribuzione patrimoniale compiuta da un soggetto deve trovare un corrispettivo — sul piano giuridico-formale — ad essa legato da un nesso sinallagmatico. Pertanto, tale teoria comporta che l'onerosità e la gratuità debbano essere valutate *esclusivamente* in relazione alla struttura del negozio avente per oggetto la singola attribuzione patrimoniale revocanda.

(1) Così TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, Parte generale: artt. 64-71*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA e GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1993, 48, il quale precisa che il legislatore fallimentare ha attribuito un diverso disvalore alle fattispecie acquisitive, nell'ambito di un giudizio di comparazione tra l'interesse del terzo e dei creditori concorsuali, alla stregua di parametri rappresentati dalla tipologia degli atti, dalla loro collocazione temporale e dalla presenza o meno di anomalie che ne facciano presumere il carattere pregiudizievole o fraudolento.

(2) Così da ultimo Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, in *Dir. e giust.*, 2005, 35; SCOZZAFAVA, *La qualificazione di onerosità o gratuità del titolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 69 nt. 1.

(3) Cfr. da ultimo, emblematicamente, Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1294, ove si legge: «la valutazione di gratuità ed onerosità del negozio, come insegna autorevole e condivisibile dottrina, non può farsi che con riguardo alla causa», la quale si uniforma al precedente costituito da Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2890. La Corte, dunque, afferma un principio di diritto, che impone di considerare il solo negozio di garanzia (*id est* quello oggetto della qualificazione) «nella sua chiusa individualità», astraendolo dalla fattispecie trilaterale in cui è inserito (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 314, che scrive: «la fattispecie negoziale dovrebbe andare considerata, ai nostri fini... al di fuori di ogni relazione con altre relazioni negoziali funzionalizzate o praticamente collegate con il negozio da qualificare»). Nello stesso senso CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1957, 225; FERRI, *Onerosità delle garanzie prestate successivamente al credito garantito*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, 93, il quale afferma come «gratuità e onerosità nella teoria del negozio sta ad indicare un certo modo di porsi del concreto assetto di interessi e, come tale, esso appartiene al momento causale»; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1948, II, 278; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1973, 769; FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito (artt. 1936-1959)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, 1957, 105; GIUSTI, *Fideiussione e mandato di credito*, 1998, Milano, Giuffrè, 74.

(4) In pratica «la teorica della causa onerosa e gratuita... si risolve in una convenzione verbale, in quanto la causa c.d. onerosa individua nient'altro che la sinallagmaticità del contratto». CAROPPO, *Gratuità ed onerosità dei negozi di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 427; CARIOTA FERRARA, (nt. 3), 204.

Applicando tale tesi, l'accertamento del titolo del pagamento di un debito altrui è stato effettuato da parte della giurisprudenza con esclusivo riguardo al rapporto fra *solvens*-fallito e creditore, essendo essi le uniche parti del negozio da revocare. Di conseguenza, l'atto di disposizione è stato giudicato gratuito in mancanza di un corrispettivo a favore del fallito proveniente dall'*accipiens* (5).

Riferendo l'onerosità o la gratuità del negozio alla causa si pone, inoltre, il problema della definizione di questo elemento (6).

Tradizionalmente la causa viene definita — in base al noto passaggio contenuto nella Relazione al Codice civile — come la «funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata». Conseguentemente, essa è collegata al «tipo» negoziale disciplinato dal legislatore (c.d. causa tipica) (7).

La sentenza in esame, invece, pur continuando a riferire l'accertamento della gratuità o dell'onerosità di un atto alla causa, rifiuta la ricostruzione tradizionale di questo elemento, valorizzando invece il concetto di «causa concreta», da intendersi come «lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare..., quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» (8). Le Sezioni Unite hanno constatato, infatti, che esistono negozi c.d. a causa astratta o generica (9), mancanti di

(5) Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fallimento* 2006, 150; Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, cit.; Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in questa *Rivista* 1998, II, 673; Cass., 23 luglio 1997, n. 6909, in *Fallimento*, 1998, 1025; Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, in *Fallimento*, 1992, 922; Cass., 13 settembre 1983, n. 5548, in *Dir. fall.* 1983, II, 1054.

(6) Che la definizione del concetto di causa del contratto risulti estremamente ardua è confermato dalle numerose tesi che sono state elaborate al riguardo. Tant'è che il tema è stato definito «vago e misterioso» (FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, Jovene, 1940, 236). Vi è chi addirittura è giunto ad affermare che ogni volta che un autore vuole dimostrare una tesi poco chiara o illogica ricorre al concetto di causa, sfruttandone l'indeterminatezza di significato (ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, 368).

(7) COSÌ, CARIOTA FERRARA, (nt. 3), 215; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1986, 9 ed., 172; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1992, 3 ed., 168, il quale, tuttavia, poco oltre, parla di causa quale scopo in concreto perseguito dalle parti; BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nss.D.I.*, vol. VII, Torino, Utet, 1957, 32 ss. Tale concezione è stata usualmente utilizzata anche per accertare il titolo del negozio: la sentenza che si annota ha affermato che la concezione della causa tipica è recepta — per quanto concerne la qualificazione del titolo del pagamento del debito altrui — da Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, cit.; Cass., 13 settembre 1983, n. 5548, cit.

(8) Conf. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2203; Cass., Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 38; e per ulteriori pronunce, precedenti a quella in esame, che recentemente hanno aderito alla teoria della causa concreta v. GALATI, *La causa del contratto tra «funzione economico - sociale» e «sintesi degli interessi individuali delle parti»*, consultabile su www.treccani.it. In dottrina FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, 364; GIOVANNONI, *La causa del contratto fra nozione codicistica e prassi negoziale*, consultabile in www.dircomm.it, luglio-agosto 2006; GALGANO, *Il contratto*, Padova, Cedam, 2007, 143 ss; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Napoli, Jovene, 2006, 807 ss.; SACCO, *Il contratto*, Torino, Utet, 2004, 792 ss.

(9) Conf. Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, cit.; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, cit. Tali pronunce — compresa quella in esame — annoverano in tale categoria il mutuo, il mandato, il deposito, la garanzia e il pagamento per debiti altrui. In dottrina v. NICOLÒ, *sub artt. 2900-2969*, in *Commentario Scialoja-Branca*, VI, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice Il Foro italiano, 1953, 237; BERTONE, *Garanzie onerose ed azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 1977, II, 492; SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 106 ss.; CAROPPO, (nt. 4), 439; GIUSTI, (nt. 3), 72; PUGLIATTI, *Sull'onerosità dell'avallo*

una loro funzione astrattamente predeterminata ⁽¹⁰⁾, rispetto ai quali, pertanto, «è difficile individuare una causa oggettiva nel senso tradizionale, dato che non c'è una coincidenza fra la funzione pratica del contratto e la causa economico-giuridica tradizionale» ⁽¹¹⁾. Anche per questi negozi, tuttavia, è egualmente indispensabile stabilire la causa, quanto meno al fine di valutare la meritevolezza dell'operazione alla stregua di quanto dispone l'art. 1322, 2° comma c.c.. Ciò ha determinato la necessità di adottare, nel definire il concetto di causa, un'impostazione che non faccia riferimento a modelli astratti (tipizzati dal legislatore), ma attenta al negozio concretamente posto in essere dalle parti.

Del resto, a sostegno dell'argomentazione delle Sezioni Unite, si deve rilevare come l'ordinamento non abbia dato rilievo alla causa c.d. astratta a seconda della sua onerosità o della sua gratuità, avendone solo richiesto la corrispondenza ad un'apprezzabile utilità economico-sociale ⁽¹²⁾.

Nel caso in esame, pertanto, la concezione della causa come funzione concreta del negozio è stata ritenuta capace di consentire un'interpretazione del regolamento voluto dalle parti più aderente alla realtà, poiché certamente il pagamento del debito altrui *ex art. 1180 c.c.* — ovvero l'atto contro il quale era stata esperita la revocatoria fallimentare — appartiene alla categoria dei negozi funzionalmente neutri.

5. Segue: *la concezione della causa in concreto è funzionale ad attribuire rilievo all'intera operazione economica compiuta dalle parti.* — Come correttamente osservato dalla pronuncia annotata, la concezione della «causa concreta» è quella più idonea ad accertare il titolo di un atto compreso in un'operazione economica complessa, nella quale le parti perseguono interessi meritevoli di tutela, ricorrendo anche al collegamento di negozi diversi, coevi o susseguiti nel tempo. Il collegamento negoziale, infatti, permette — grazie a semplici connessioni economiche — di realizzare uno scopo, a seconda dei casi, oneroso o gratuito, mediante l'utilizzo di atti che, se isolatamente considerati, risulterebbero avere un titolo (neutro, oneroso o anche gratuito, ma comunque) diverso da quello accertabile in base ad un esame dell'affare nella sua unitarietà. Si deve, dunque, guardare all'eventuale collegamento fra negozi distinti per valutare se il singolo atto revocando sia stato compiuto gratuitamente o meno ⁽¹³⁾.

apposto a cambiali destinate allo sconto, in *Foro it.*, 1936, II, 87; SACCHI, *La prova della gratuità od onerosità dell'atto compiuto dall'insolvente*, in questa *Rivista*, 1995, 163; GIOVANNONI, (nt. 8), afferma — a conferma di quanto si sostiene nel testo — che il superamento della concezione tradizionale della causa è stata determinata proprio dallo studio delle c.d. prestazioni isolate (artt. 627, 651 e 1197 c.c., art. 1706 c.c., comma 2, artt. 2034 e 2058 c.c., ecc.) ossia di atti caratterizzati dalla presenza di uno «scopo che soggettivamente a tali atti imprime il soggetto mentre la giustificazione (oggettiva) di tali prestazioni è posta al di fuori di esse» (DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, Il Veltro, 1990, § 3.5.).

⁽¹⁰⁾ La dottrina che aderisce alla tesi causale, infatti, è stata costretta a concludere che la causa di questi negozi può essere indifferentemente ora gratuita ora onerosa (BETTI, (nt. 3), 322). In tal modo, però, si perviene ad una conclusione opinabile, in quanto si riconosce carattere mutevole all'elemento che, per definizione, costituisce la «funzione economico-sociale» del negozio e quindi il suo elemento pregnante.

⁽¹¹⁾ V. sent. in esame.

⁽¹²⁾ SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, Jovene, 1976, 95.

⁽¹³⁾ Ritengono che l'onerosità possa discendere, come effetto, dal collegamento fra distinti negozi, NICOLÒ, (nt. 9), 238; SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, Varese, 1960, 98; SANDULLI, (nt. 12), 73, 96, 219-220; SCOZZAFAVA, (nt. 2), 74; PINO, *Il contratto con*

La teoria causale, riferendosi all'astratta funzione economico-sociale del negozio, consente di giudicare l'onerosità o la gratuità *esclusivamente* in relazione alla struttura dello stesso, cioè con riguardo al solo scambio della prestazione e della controprestazione previste dal singolo atto revocando. In altri termini, quest'ultimo deve essere considerato avulso da ogni relazione con altri eventuali negozi collegati (14). Ma così ragionando, si rischia di pervenire a conclusioni, se non erronee, quanto meno inadeguate allo scopo di un effettivo accertamento del titolo: una certa attribuzione, che se guardata esclusivamente nell'ambito del negozio di cui è estrinsecazione dovrebbe essere qualificata a titolo gratuito, in effetti potrebbe essere collegata ad un'altra, avente la propria fonte in un atto diverso, che ne costituisce il corrispettivo.

Soltanto la concezione della causa come funzione concreta consente di attribuire rilevanza ad elementi estrinseci allo schema negoziale, in modo che l'effettiva onerosità possa emergere anche nel caso di uno scambio di prestazioni realizzato tramite negozi collegati (15). Il concetto di causa concreta permette, infatti, di considerare l'intera operazione economica realizzata dalle parti, sebbene la stessa risulti strutturata mediante negozi distinti ma collegati (16). Muovendo da quest'ultima constatazione, le Sezioni Unite — recependo le conclusioni cui da tempo è già pervenuta parte della dottrina — sono arrivate a riferire la gratuità o l'onerosità non più al negozio, ma all'attribuzione patrimoniale, intesa come ogni forma di utilità economicamente valu-

prestazioni corrispettive, Padova, Cedam, 1963, 119; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, nel *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA e GALGANO, Tomo II, parte speciale, sub artt. 64-66, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice «Il Foro italiano», 2003, 11 e 14; DI AMATO, *Inefficacia ex art. 64 l. fall. e questioni controverse in tema di garanzie e pagamenti*, in questa *Rivista*, 2004, 1119; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, Padova, Cedam, 1950, 176; PACCHI PESUCCI, «Par condicio creditorum», *revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 65 nt. 113; AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, Giuffrè, 2000, 30; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1999, 76 ss. In giurisprudenza affermano il rilievo del fenomeno del collegamento negoziale Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in questa *Rivista*, 1998, II, 673; Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, cit.; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in *Foro. it.*, 2009, 2, 395.

(14) BETTI, (nt. 3), 314; Cass., 11 giugno 2004, n. 11093, cit.; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, cit. le quali — con riferimento alla garanzia prestata per debiti altrui — hanno affermato un principio di diritto che impone di considerare il solo negozio di garanzia (*id est* quello oggetto della qualificazione) «nella sua chiusa individualità», astraendo dalla fattispecie trilaterale in cui è inserito.

(15) CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 437 ss.; LENER, (nt. 13), 402, il quale afferma che lo scambio fra prestazione e controprestazione necessario a configurare l'onerosità può essere inteso come «la produzione di risultati economici, correlati e interdipendenti, ed eventualmente complessi (cioè il reciproco trasferimento di beni e/o servizi) che, nell'unitarietà di fondo dell'affare, le parti possono prefiggersi di conseguire *ex utroque latere* con strumenti giuridici anche diversi».

(16) Del resto, la rilevanza del collegamento fra negozi distinti al fine di accertare l'onerosità o la gratuità dell'attribuzione patrimoniale prevista da uno di essi trova una conferma a livello normativo negli artt. 2901, 2° comma c.c., e 67, 2° comma l. fall. riformato, i quali prevedono una presunzione di onerosità delle garanzie contestuali per debito altrui, fattispecie trilaterale che presenta marcate analogie con quella del pagamento del debito altrui. Infatti, la garanzia prestata dal terzo si presume onerosa per la presenza di un negozio — quello di concessione del credito — autonomo, ma *collegato*, che funge da corrispettivo. E la contestualità costituisce proprio il criterio oggettivo del collegamento negoziale in funzione di scambio (per il rilievo del collegamento negoziale per l'onerosità della garanzia contestuale per debito altrui v. FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, 5 ed., Milano, Giuffrè, 1995, 461). Non si vede, dunque, alcuna ragione per non estendere simile criterio di accertamento dell'onerosità anche alla fattispecie simile del pagamento del debito altrui.

tabile che, proveniente da un soggetto, sia diretta o comunque risulti a vantaggio di un altro (17).

L'applicazione della teoria della causa concreta e la considerazione — da essa consentita — del fenomeno del collegamento negoziale risultano essere criteri indispensabili anche al fine di stabilire il carattere oneroso o gratuito del pagamento del debito altrui. Essendo quest'ultimo un negozio (18) per mezzo del quale il terzo soddisfa l'interesse del creditore altrui, esso inevitabilmente dà origine ad una fattispecie trilaterale (tra debitore, creditore e *solvens*). Tale rapporto, quindi, deve essere esaminato nella sua interezza per valutare il titolo del pagamento (19). D'altro canto una simile necessità deriva anche dal carattere causalmente astratto del negozio solutorio, in quanto esso non contiene al suo interno la giustificazione dello spostamento patrimoniale che determina (20).

Per questi motivi, le Sezioni Unite hanno ritenuto del tutto inadeguati i due contrapposti orientamenti giurisprudenziali formati in merito alla qualificazione dell'adempimento del debito del terzo. Uno di essi, infatti, si è limitato a considerare il solo atto revocando fra il *solvens* e il creditore «nella sua connotazione causale astratta quale funzione economico-sociale nella ricerca di un nesso diretto fra le due eventuali controprestazioni di detti soggetti»; e l'altro, il solo rapporto bilaterale fra debitore e creditore, per concludere che il titolo del pagamento discende dall'onerosità o dalla gratuità del negozio principale.

4. *La prospettiva dalla quale devono essere valutate l'onerosità o la gratuità del pagamento del debito altrui.* — L'ulteriore questione controversa affrontata dalle Sezioni Unite concerne il problema — proprio delle fattispecie trilaterali in cui un atto può essere gratuito per una parte ed oneroso per l'altra (21) — se il titolo dell'atto del

(17) La sentenza in esame recepisce sul punto la tesi di SANDULLI, (nt. 12), 103 ss., il quale, infatti, in riferimento ai casi nei quali le attribuzioni patrimoniali si collochino al di fuori di un unico negozio, afferma — in modo pienamente coerente con le conclusioni che le Sez. un. fondano sull'adozione del concetto di causa concreta — che la valutazione dell'onerosità o della gratuità dell'attribuzione debba discendere dalla valutazione complessiva dell'intero rapporto economico-giuridico posto in essere; SACCHI, (nt. 9), 155; BERTONE, (nt. 9), 492; MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, Giappichelli, 1989, 100.

(18) Come ammesso anche dalla sentenza che si annota, il pagamento del debito del terzo ha natura negoziale (v. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 566). Si tratta in particolare di un negozio solutorio.

(19) Così proprio in riferimento al pagamento del debito altrui da parte del fallito, SANDULLI, *Pagamento del debito altrui e revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1983, II, 991. L'esame complessivo della fattispecie trilaterale che si realizza in conseguenza del pagamento del debito del terzo è imposto anche dal fatto che, a prescindere dalla questione del punto di vista dal quale valutare l'atto — su cui v. oltre —, il *solvens* può ricevere un corrispettivo non solo dal creditore-*accipiens*, ma anche dal debitore originario (v. Trib. Verona, 29 maggio 1990, in *Fallimento*, 1991, 192; Trib. Vicenza, 17 luglio, 1997, in *Fallimento*, 1998, 608).

(20) Si tratta di constatazione pacifica in dottrina e in giurisprudenza. Per tutti v. NICOLÒ, (nt. 18) 566. La necessità di una considerazione unitaria dell'operazione complessivamente realizzata dalle parti in casi di pagamento del debito altrui discende dal fatto che quest'ultimo è un negozio solutorio avente per oggetto un'attribuzione patrimoniale che, in mancanza di un rapporto obbligatorio fra *solvens* ed *accipiens* risulterebbe ingiustificata — in violazione dell'art. 1322, 2° comma, c.c. — qualora non la si consideri in collegamento con il diverso rapporto giuridico fra il creditore e il debitore originario [DI AMATO, (nt. 14), 1226; NICOLÒ, op. cit.; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.].

(21) «Nell'ambito di un relazione trilaterale, gratuità ed onerosità esprimono un concetto di relazione». Così si esprime Cass., 13 settembre 1983, n. 5548, in *Foro it.*, 1984, I, 490; Cass., 20 maggio 1985, n. 3085, in *Fallimento*, 1985, 1147.

fallito debba essere accertato ⁽²²⁾ privilegiando la prospettiva di quest'ultimo o quella del suo avente causa.

Si tratta, a ben vedere, di una questione la cui soluzione influenza anche l'applicazione della concezione — accolta nella sentenza in esame — della causa quale funzione concreta. Privilegiando l'ottica del *solvens*, infatti, la considerazione complessiva dell'operazione trilaterale di pagamento del debito altrui impone di verificare se chi ha eseguito il pagamento abbia percepito un corrispettivo dal creditore o dal debitore originario. Assumendo la diversa prospettiva del creditore soddisfatto, al contrario, l'esame dell'affare nella sua unitarietà comporta la valutazione non solo del rapporto *solvens*-creditore, ma anche di quello fra quest'ultimo e il debitore originario. Alla diversità dei rapporti considerati corrisponde una diversa conclusione in merito all'onerosità o alla gratuità del pagamento.

5. *La posizione delle Sezioni Unite.* — Sul punto le Sezioni Unite risultano essere pervenute ad una soluzione assai poco innovativa, la quale si limita a recepire argomentazioni da tempo ricorrenti in dottrina e in giurisprudenza, e pare non tenere nella dovuta considerazione le indicazioni desumibili dalla riforma della legge fallimentare ⁽²³⁾.

La sentenza in esame si è limitata ad affermare che l'art. 64 l. fall. disciplina, come indica inequivocabilmente il suo stesso tenore letterale, non già la revoca di atti riguardati in funzione della posizione del creditore — per il fatto che costui ne subisce comunque l'inefficacia —, bensì gli atti a titolo gratuito provenienti dal soggetto che disponga del proprio patrimonio e successivamente venga dichiarato fallito; e che anche la *ratio* della norma (e del suo particolare rigore) consiste nel non consentire il pregiudizio alle disponibilità patrimoniali del disponente, che si traduce, in fase fallimentare, nella menomazione delle possibilità soddisfattive della massa dei creditori concorrenti. Sicché è proprio il pregiudizio provocato dall'atto di disposizione del patrimonio del fallito a divenire elemento essenziale per giustificare la sanzione dell'inefficacia degli atti di disposizione, in funzione della tutela di interessi i cui titolari — chiaramente individuati, nella parte iniziale dell'art. 64 l. fall. — sono i creditori del disponente decotto. Infine le Sezioni Unite hanno concluso che nel sistema revocatorio compreso nella terza sezione della legge fallimentare tutte le disposizioni sono ispirate alla medesima *ratio* della tutela del ceto creditorio o di alcuni particolari creditori; e che

⁽²²⁾ Nel determinare la natura di una garanzia per debito altrui, occorre ricordare che l'onerosità e la gratuità sono utilizzate nella revocatoria fallimentare, come in quella ordinaria, per bilanciare l'interesse dei creditori con quello di chi ha beneficiato dell'atto di disposizione (così Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, in *Fallimento* 2006, 4, 398). All'interprete si pone il compito di capire se l'ordinamento miri unicamente alla tutela del patrimonio del garante-fallito, nella prospettiva della salvaguardia dei suoi creditori concorrenti, ovvero abbia ritenuto insita, nel concetto di gratuità, una tutela bilanciata delle posizioni reciproche del datore e del beneficiario della garanzia, per cui solo un atto gratuito per entrambi possa venir colpito da inefficacia (così Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, *cit.*). Conf. SANDULLI, (nt. 19), 983; PACCHI PESUCCI, (nt. 13), 63.

⁽²³⁾ La sentenza in commento, infatti, ha affermato che «Nessuna indicazione a favore dell'una o dell'altra tesi [quella che privilegia la prospettiva del *solvens* e quella che privilegia la prospettiva del *accipiens*] è fornita dalle recenti riforme (l. n. 80 del 2005, e d. lgs. n. 5 del 2006, nonché 169 del 2007)», motivando tale asserzione in base alla constatazione che, in seguito alla riforma, «la disposizione dell'art. 64 è rimasta invariata rispetto alla formulazione originaria». Come si dirà nel testo, però, questa non è l'unica disposizione normativa alla quale fare riferimento per determinare la prospettiva da cui valutare l'onerosità o la gratuità degli atti inseriti in una fattispecie trilaterale.

la nozione di atto a titolo gratuito è utilizzata proprio con riferimento alla situazione patrimoniale del soggetto poi fallito ⁽²⁴⁾. Per cui soltanto con un'inammissibile salto logico è possibile trarre da questa normativa il risultato che per l'art. 64 l. fall. rilevano il punto di vista dell'*accipiens* e la natura gratuita ovvero onerosa del suo acquisto.

6. *La soluzione alternativa ricavabile dalle indicazioni emergenti dall'art. 67 l. fall. riformato:* a) *in relazione alle garanzie per debito altrui.* — Indicazioni contrarie all'impostazione assunta dalla pronuncia in esame, però, paiono potersi ricavare dalle novità introdotte dalla riforma fallimentare, in particolare all'art. 67 l. fall.

In primo luogo, la fattispecie del nuovo comma 2 di tale norma ⁽²⁵⁾ comprende ora esplicitamente anche gli atti costitutivi di un diritto di prelazione *per debiti altrui*, se contestuali. Tale disposizione elimina così ogni dubbio circa la disciplina della revocatoria fallimentare, cui devono essere assoggettate le garanzie (reali) prestate dal terzo non debitore: esse, se costituite contestualmente al credito garantito, sono revocabili *solo* ai sensi dell'art. 67, 2° comma, l. fall. e non secondo la disciplina dell'art. 64 l. fall. ⁽²⁶⁾.

Ciò significa che, agli effetti della revocatoria fallimentare, gli atti costitutivi di un diritto di prelazione contestuali alla prestazione del credito non possono *mai classificarsi* come negozi a titolo gratuito ⁽²⁷⁾, ma devono considerarsi sempre onerosi ⁽²⁸⁾. Esattamente come dispone l'art. 2901, 2° comma, c.c. ⁽²⁹⁾: la novità introdotta dalla riforma consente di affermare il recepimento nella disciplina della revocatoria fallimentare di una presunzione di onerosità analoga a quella vigente per la pauliana ⁽³⁰⁾.

⁽²⁴⁾ Conf. Trib. Verona, 29 maggio 1990, in *Fallimento*, 1991, 192; Trib. Vicenza, 17 luglio, 1997, in *Fallimento*, 1998, 608. Analoghe argomentazioni sono state proposte in relazione alla qualificazione degli atti inseriti in fattispecie trilaterali in dottrina da SANDULLI, (nt. 12), 167 ss.; PACCHI PESUCCI, (nt. 13), 62 ss.

⁽²⁵⁾ La nuova disposizione introdotta dal d.l. 35/2005 convertito dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, dispone «... Sono altresì revocati... gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, *anche di terzi*, contestualmente creati...». L'art. 67, 2° comma, l. fall., riformato continua, — a differenza dell'art. 2901² c.c. — a non prevedere espressamente una presunzione di onerosità per le garanzie contestuali, limitandosi ad *equiparare le stesse agli atti a titolo oneroso quanto alle condizioni della loro revocabilità*. È corretto pertanto il rilievo di LAMANNA, *La presunzione di onerosità delle garanzie contestuali nella novella disciplina della revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, 404, secondo il quale la nuova disciplina equipara le garanzie contestuali per debito altrui agli atti a titolo oneroso solo *quoad disciplinam* e non *quoad essentiam*. La versione definitiva della riforma della revocatoria fallimentare non ha infatti accolto la soluzione presente nel progetto di legge della Commissione Trevisanato, la quale prevedeva l'aggiunta all'art. 67, 2° comma, l. fall. di un'apposita alinea che riproduceva l'art. 2901, 2° comma, c.c.

⁽²⁶⁾ TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, Cedam, 2006, 92.

⁽²⁷⁾ BONFATTI, *sub art. 67, 1° e 2° co.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di ABETE-FABIANI-JORIO, Bologna, Zanichelli, 2006, 940.

⁽²⁸⁾ Infatti l'art. 67 disciplina l'azione revocatoria fallimentare degli atti (normali o anormali) *a titolo oneroso*. Questa affermazione è ampiamente condivisa. Cfr. per tutti Cass., 1 aprile 2005, n. 6918, in *Fall.*, 2006, 150; Cass., 20 maggio 1987, n. 4608, cit.; FERRI, (nt. 3), 102-103; FERRARA-BORGIOI, (nt. 16), 439.

⁽²⁹⁾ Per argomentazioni più ampie — comunque fondate sul nuovo tenore letterale dell'art. 67, 2° comma, l. fall. — a sostegno dell'introduzione nella disciplina della revocatoria fallimentare di una presunzione analoga a quella vigente per la pauliana, si rimanda ad un ulteriore mio lavoro sull'argomento.

⁽³⁰⁾ Sostengono tale conclusione rispetto all'art. 67, 2° comma, c.c., riformato, oltre alla sentenza in commento, Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, cit.; TERRANOVA, (nt. 26), 243 ss.; PRESTI, *La funzione della nuova revocatoria. Cosa è cambiato rispetto al passato*, 2, relazione

Tale presunzione presuppone che *l'onerosità sia valutata con riferimento esclusivo alla posizione del creditore garantito*: solo a tale condizione, infatti, il credito erogato a favore del debitore principale può essere considerato come corrispettivo della prestazione del garante-fallito. Il legislatore, pertanto, impone la qualificazione onerosa della garanzia contestuale per debito altrui in quanto — nell'alternativa fra privilegiare la prospettiva del garante o quella del creditore — attribuisce rilievo decisivo al *sacrificio del creditore*, che è elevato a corrispettivo sia dell'obbligazione del debitore sia della prestazione della garanzia da parte del terzo ⁽³¹⁾.

Il recepimento della presunzione assoluta di onerosità nella disciplina fallimentare dimostra, quindi, come, ai fini della revocatoria (ordinaria e fallimentare) delle garanzie contestuali, anche per debito altrui, l'assunzione della prospettiva del creditore garantito sia stata elevata dal legislatore a *principio generale* ⁽³²⁾. Infatti, non può essere considerato eccezionale un criterio, cui il legislatore dà applicazione generalizzata rispetto ad una medesima fattispecie, sia nella disciplina generale che in quella speciale della revocatoria. L'art. 67, 2° comma, l. fall. riformato dimostra, inoltre, come tale principio non possa considerarsi un'eccezione neanche *rispetto alla disciplina del fallimento*, poiché è la stessa legge fallimentare a privilegiare espressamente — per la qualificazione delle garanzie contestuali — l'angolo visuale del creditore garantito ⁽³³⁾.

presentata al convegno «Il potere dell'economia e le nuove regole del diritto fallimentare», Abano Terme, 16-17 dicembre 2005, consultato per cortesia dell'autore; BONFATTI, (nt. 28), 940; AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di AMBROSINI, I, Bologna, Zanichelli, 138; NIGRO, *sub artt. 64-67*, in *La riforma della legge fallimentare*, 2006, Torino, Giappichelli, 378; PATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Padova, Cedam, 2007, 198, ove pure si ammette che, nonostante la nuova formulazione, l'art. 67, 2° comma, non riproduce la norma in materia di revocatoria ordinaria, in quanto non comprende le garanzie personali; SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2006, 613; GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2004, 37.

⁽³¹⁾ Cass., 20 maggio 1985, n. 5616, cit.; TERRANOVA, (nt. 26), 91; PACCHI PESUCCI, (nt. 13), 36, secondo la quale «Dalla lettura della norma parrebbe che, dei due principi, la contestualità sia quello di maggiore importanza. In realtà a me pare che sia vero il contrario. Alla base della norma si colloca... la scelta del legislatore di privilegiare la posizione del creditore».

⁽³²⁾ Nel senso che il principio *ex art. 2901, 2° comma, c.c.*, ed *ex art. 67, 2° comma, l. fall.* costituisca espressione — laddove ci si ponga nell'ottica del creditore — di un *principio generale*, v. da ultimo Cass., 24 febbraio 2004, n. 3615, cit. *Ante riforma* hanno sostenuto la possibilità di trarre dall'art. 2901, 2° comma c.c., un principio di *portata generale* in ordine alla prospettiva da cui valutare l'onerosità o la gratuità, SACCHI, (nt. 13), 170; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, Parte generale: artt. 64-71*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di BRICOLA e GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1993, 71. In senso contrario si è espresso da ultimo (mantenendo ferma la convinzione del carattere eccezionale della presunzione di onerosità) LAMANNA, *Garanzie contestuali per debito altrui: inapplicabilità della presunzione di onerosità e limiti all'esenzione dalla revocatoria ex art. 30 T.U. bancario*, in *Fallimento*, 2004, 1236, che condivide la posizione di Trib. Napoli, 9 settembre 2003, *ivi*.

⁽³³⁾ Questa constatazione destituisce di fondamento l'obiezione sollevata, a sostegno dell'assunzione della prospettiva del *solvens*, dall'interessante sentenza di merito di Trib. Vicenza, 17 luglio, 1997, cit. Il tribunale afferma che i precedenti che qualificano come oneroso il pagamento, fondano tale conclusione sul fatto che l'onerosità del negozio astratto deve desumersi dal diverso negozio sottostante al quale inerisce. Per cui la causa onerosa dell'attribuzione da parte del terzo «prende la sua colorazione onerosa» dall'essere adempimento del negozio originario. La sentenza, tuttavia, afferma che tale ricostruzione del negozio solutorio, certamente valida in ambito civilistico, non può valere anche in ambito fallimentare. In quest'ultimo, infatti, ad avviso del tribunale, l'art. 64 l. fall. offre una protezione eccezio-

Un'ulteriore, indiretta conferma della necessità di adottare, a seguito della riforma, la prospettiva del creditore-garantito ai fini della revocatoria fallimentare, deriva dalla nuova disciplina delle esenzioni *ex art. 67, 3° comma, l. fall.*

Queste, infatti, trovano la loro giustificazione in un giudizio oggettivo di meritevolezza dell'atto o del pagamento, sottratto alla revoca. Evidentemente, una simile valutazione è effettuata con riferimento «a quei soggetti che, senza profittarne, hanno contribuito alla continuazione dell'attività, eventualmente nell'ottica di una soluzione concordata» ⁽³⁴⁾. L'atto o il pagamento comportano comunque un pregiudizio per il patrimonio del fallito o un'alterazione dell'ordine legale di priorità tra i suoi creditori ⁽³⁵⁾; solo che questi non sono più, a seguito della riforma, «valori assoluti..., bensì variabili da bilanciare con altre esigenze meritevoli di tutela» ⁽³⁶⁾; quelle, appunto, del beneficiario dell'atto di disposizione ⁽³⁷⁾.

In base ai dati normativi emergenti dai commi 2 e 3 dell'art. 67 l. fall. riformato, è dunque possibile concludere che, nell'ambito di una rapporto trilaterale — nel quale si pone il problema di stabilire se un'attribuzione patrimoniale possa essere gratuita *solo* nella prospettiva del fallito, ovvero se debba risultare tale *anche* assumendo la posizione del suo avente causa — il legislatore *non mira a proteggere unicamente il patrimonio oggetto di esecuzione concorsuale e i creditori concorrenti nel successivo fallimento, ma, piuttosto, ritiene «insita nel concetto di gratuità una tutela bilanciata delle posizioni reciproche del... fallito e del beneficiario...»* ⁽³⁸⁾. Per cui solo un atto gratuito *per entrambi* i soggetti, parti del negozio revocando, può venir colpito dall'inefficacia *ex art. 64 l. fall.* Per applicare tale sanzione non è sufficiente la gratuità *per il fallito*, a prescindere dalla qualificazione dell'atto *per chi beneficia dell'atto di disposizione revocando*; la gratuità deve essere *bilaterale* ⁽³⁹⁾.

Dalla nuova disciplina delle garanzie contestuali per debito altrui *ex art. 67, 2° comma, l. fall.* e delle esenzioni dalla revocatoria *ex art. 67, 3° comma, l. fall.*, dunque,

nale ai creditori del fallito e per questo la gratuità dovrebbe essere valutata dall'ottica dello stesso. L'affermazione nel testo evidentemente smentisce l'osservazione del tribunale di Vicenza, rendendo l'inquadramento civilistico del pagamento di debito altrui — che guarda il rapporto trilaterale dalla prospettiva del creditore soddisfatto — certamente trasponibile nel fallimento.

⁽³⁴⁾ PRESTI, (nt. 30), 10, il quale nota come, le nuove esenzioni — salvo quella relativa all'acquisto della casa di abitazione — siano giustificate o dall'esigenza di consentire la continuazione dell'attività d'impresa o dal *favor* per le soluzioni concordate o stragiudiziali.

⁽³⁵⁾ Nota infatti FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, 580, che «nessuna delle ipotesi di esonero dalla revocatoria sembra conformarsi al principio per il quale l'atto non è revocabile perché non è dannoso...»; conforme FORTUNATO, *La revocatoria concorsuale nei progetti di riforma*, in *Fallimento*, 2004, 282; PRESTI, (nt. 30), 10.

⁽³⁶⁾ PRESTI, (nt. 30), 10.

⁽³⁷⁾ FORTUNATO, (nt. 35), 283, rileva in aggiunta che «nel... bilanciamento tra gli interessi di tutela dei creditori e di tutela del creditore, il legislatore ha optato per la prevalenza del secondo, così corrispondendo ad un'ampiamente diffusa istanza di certezza dei rapporti giuridici...»; conf. PATTI, (nt. 30) 194.

⁽³⁸⁾ Cass., 12 maggio 1992, n. 5616, cit.

⁽³⁹⁾ Così, con riferimento alla fattispecie della garanzia per debito altrui, ma con motivazione trasponibile anche alla fattispecie in esame, Cass., 12 maggio, 1992, n. 5616, cit. In dottrina affermano la necessità di una valutazione «bilaterale» della gratuità o onerosità di un atto, nel senso che «ai fini della revocatoria fallimentare va ormai sicuramente apprezzata con riferimento non già alla sola posizione del fallito, bensì alla posizione di tutte le parti coinvolte» NIGRO, (nt. 30), 368; BERTACCHINI, *Gli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di BERTACCHINI, GUALANDI, PACCHI PESUCCI, SCARSELLI, Milano, Giuffrè, 2007, 192; e, prima della riforma, FERRARA, voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, 915.

si trae un principio che smentisce la validità della conclusione assunta dalla Sezioni Unite secondo la quale, *ai fini dell'applicazione della revocatoria fallimentare*, l'onerosità e la gratuità devono essere valutate con esclusivo riferimento al fallito — nel caso in esame, il *solvens* — e al suo patrimonio ⁽⁴⁰⁾.

7. Segue: b) *e in relazione al pagamento di debito altrui*. — Se le osservazioni appena esposte sono fondate, si deve pervenire ad una qualificazione del pagamento del debito della società partecipata da parte del socio opposta a quella cui è pervenuta la sentenza in esame. Poiché la valutazione dell'atto di disposizione del fallito *ex latere creditoris* non può considerarsi, a seguito della riforma fallimentare, «una stravagante eccezione al sistema, da interpretare nel modo più restrittivo possibile» ⁽⁴¹⁾, nessun ostacolo impedisce di utilizzare il principio fondante la presunzione di onerosità relativa alle garanzie contestuali per debito altrui al fine di accertare il titolo anche del pagamento del debito altrui. La qualifica di quest'atto, infatti, solleva un problema analogo a quello che caratterizza la valutazione del titolo della garanzia per debito altrui, ovvero l'individuazione della prospettiva dalla quale giudicare l'onerosità o la gratuità. E — per quanto appena rilevato — non si vedono ragioni giuridiche che giustificino per la prima fattispecie una soluzione difforme da quella *normativamente* accolta per la seconda ⁽⁴²⁾.

Accogliendo questa impostazione, il pagamento del debito altrui non può assolutamente essere sottoposto alla disciplina di estremo rigore della revoca degli atti gratuiti. La *ratio* dell'inefficacia automatica ed oggettiva comminata dall'art. 64 l. fall. deve essere individuata nel disvalore di grado altissimo, insito negli atti a titolo gratuito ⁽⁴³⁾. Tale norma «traduce in una specifica disposizione di legge il vecchio brocardo, secondo il quale chi cerca di conseguire un vantaggio patrimoniale senza corrispettivo» deve essere sacrificato rispetto a chi cerca di evitare un danno ⁽⁴⁴⁾. Ma se si assume la

⁽⁴⁰⁾ *Ante* riforma pervenivano a conclusioni analoghe alla pronuncia delle Sezioni Unite in esame, SANDULLI, (nt. 12), 171 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, Cedam, 1986, 158; PACCHI PESUCCI, (nt. 13), 62 ss. Dopo la riforma non è più possibile affermare che, essendo la revocatoria fallimentare un'azione diretta a recuperare attività uscite dal patrimonio del fallito, di onerosità e di gratuità deve discutersi solo con riferimento ad esso (PACCHI PESUCCI, *op. loc. ult. cit.*).

⁽⁴¹⁾ TERRANOVA, (nt. 32), 71, criticando tale impostazione.

⁽⁴²⁾ A sostegno della soluzione proposta nel testo depone anche l'argomento dell'interpretazione costituzionalmente orientata, posto che non assoggettando i pagamenti per debito altrui allo stesso trattamento delle garanzie reali contestuali si incorrerebbe in una ingiustificata disparità di trattamento di casi simili, come tale contraria al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Il criterio della ragionevolezza seguito dalla Corte Costituzionale per l'applicazione del principio di uguaglianza impone, infatti, di applicare a casi simili discipline uguali, salvo che la disparità di trattamento non trovi una ragionevole giustificazione.

⁽⁴³⁾ V. l'approfondito esame sul punto di GALLESIO PIUMA, (nt. 13), 36 ss., e in part. 55.

⁽⁴⁴⁾ V. la sentenza che si annota, la quale afferma che «è proprio il pregiudizio provocato dall'atto di disposizione del proprio patrimonio a divenire elemento essenziale per giustificare la sanzione dell'inefficacia delle disposizioni, proprio in funzione della tutela di interessi i cui titolari sono chiaramente individuati subito nella parte iniziale dell'art. 64, con riferimento al destinatario del beneficio dell'inefficacia relativa (i creditori del disponente)». Conf. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 2000, 429; DI AMATO, (nt. 13), 1121. Si tratta dell'applicazione del brocardo per cui in caso di gratuità il creditore *certat de damno vitando*, mente il beneficiario dell'atto *certat de lucro captando*. Perciò la revoca degli atti gratuiti prescinde totalmente dall'atteggiamento psicologico del legittimato passivo. In caso di atti onerosi, invece, l'interesse del creditore e del beneficiario sono ugualmente

prospettiva del creditore, quest'ultimo non può certo essere considerato alla stregua di chi *certat de lucro captando*, dato che costui riceve il pagamento di quanto gli è dovuto. Pare, quindi, soluzione rispondente ad un equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto — cioè alla funzione sottesa all'utilizzo dei concetti di onerosità e gratuità nella disciplina della revocatoria ⁽⁴⁵⁾ — la sottoposizione del pagamento del debito altrui al regime revocatorio previsto per gli atti a titolo oneroso, non ricorrendo la *ratio* della sanzione estremamente rigorosa che l'art. 64 l. fall. commina per quelli gratuiti ⁽⁴⁶⁾.

Da quanto appena rilevato, risulta evidente come l'assunzione della prospettiva del creditore comporti una valutazione della fattispecie trilaterale — in applicazione della teoria della causa concreta — che valorizza — come già accennato — oltre al rapporto cui inerisce l'atto revocando (fra il *solvens*-fallito e il creditore) anche il rapporto obbligatorio originario. Quest'ultimo rileva, infatti, al fine di qualificare l'atto del fallito come *adempimento per il creditore che lo riceve*, come tale certamente oneroso ⁽⁴⁷⁾.

Ciò, però, non esclude che il pagamento del debito altrui presenti un profilo di gratuità, ma solo rispetto al debitore principale. Pertanto, l'azione ex art. 64 l. fall. potrebbe essere esperita nei confronti di quest'ultimo, liberato dall'obbligo di pagare, per il quale l'atto compiuto dal fallito costituisce una donazione indiretta (art. 809 c.c.) ⁽⁴⁸⁾. Tale soluzione, sebbene non presa in considerazione dalla pronuncia in esame, risulta essere assolutamente coerente con la più volte ricordata necessità — affermata dalle Sezioni Unite in conseguenza della concezione della causa come funzione concreta

meritevoli di tutela: a fronte dell'esigenza del creditore di ripristinare la garanzia patrimoniale del proprio debitore, sta la circostanza che il beneficiario ha sopportato un sacrificio per conseguire la disposizione a suo favore. Se gli interessi sono ugualmente tutelabili, soltanto il particolare atteggiamento soggettivo del terzo beneficiario, consente di risolvere il conflitto a favore del creditore.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 27 luglio 2000, n. 379, in *Fallimento*, 2001, 377; Cass., 8 luglio 2005, n. 14376, cit.; PANZANI, *Gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso: contrasti interpretativi ai fini dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991, 938; CECCHERINI, *Garanzie per debito altrui nella revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 2004, 711; PATTI, (nt. 30), 193-194; BERTONE, (nt. 9), 493; CAROPPO, (nt. 4), 451.

⁽⁴⁶⁾ V. PANZANI, (nt. 45), 938, il quale scrive che i sostenitori della tesi che si avversa (ivi compresa la sentenza che si annota) affermano «che poiché la revocatoria ha finalità recuperatorie, la gratuità dell'atto vada valutata guardando alla posizione del soggetto titolare del patrimonio da ripristinare. Tale finalità recuperatoria si attua, però, in presenza di condizioni che sono il risultato dell'assetto di interessi prescelto dal legislatore. Di ciò l'interprete deve tener conto. Sacrificare l'interesse del terzo beneficiario a quello dei creditori del *solvens* ha senso se il terzo ha avuto soltanto un vantaggio patrimoniale a fronte del danno patito dai creditori»; in caso contrario cessa il motivo della tutela preferenziale dei creditori del fallito, che si trasformerebbe in ingiustificato privilegio.

⁽⁴⁷⁾ DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del «Foro Italiano», 1994, 76. Rimane esclusa, però, l'ipotesi nella quale l'obbligazione del debitore originario sia stata assunta gratuitamente [DI AMATO, (nt. 13), 1126]. Di quanto si dice nel testo si sono mostrate consapevoli anche le Sez. un. le quali nella sentenza in esame hanno rilevato l'inadeguatezza dell'indagine prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale che si è limitato esclusivamente all'esame del «rapporto bilaterale debitore-creditore, senza percepire l'interferenza o l'affacciarsi del terzo nel suddetto rapporto, che diviene necessariamente trilaterale e comporta comunque la sovrapposizione di un nuovo più complesso rapporto a quello originario».

⁽⁴⁸⁾ JORIO, (nt. 44), 430; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè, 1974, 360. Non potrà configurarsi una donazione, però, qualora il debitore originario corrisponda un corrispettivo al *solvens*, di modo che il rapporto fra gli stessi si configura come oneroso. Per l'unico — a quanto ci risulta — precedente giurisprudenziale che ha applicato questa soluzione v. Trib. Milano, 31 maggio 2006, n. 6478, in *Fallimento*, 2007, 66.

— di determinare il titolo di un atto, valutando l'operazione complessiva nella quale risulta inquadrato.

8. *Il pagamento del debito altrui nel contesto del gruppo. Premessa.* — Le Sezioni Unite hanno effettuato un rapido accenno anche alla questione della qualificazione degli atti infragruppo, che rappresentano le ipotesi di pagamenti (o di garanzie) per debito altrui più frequenti e dotate di maggiore rilevanza pratica. Il caso sul quale esse si sono pronunciate, infatti, riguarda l'ipotesi del pagamento da parte di un socio del debito della società partecipata.

Al proposito, la sentenza in esame si è uniformata all'orientamento — pacifico in dottrina e in giurisprudenza — secondo il quale è necessario valutare l'esistenza dei reciproci vantaggi patrimoniali determinanti l'onerosità, tenendo conto, da un lato, della logica di gruppo e, dall'altro, dell'interesse economico che, sia pure in via mediata, la società disponente può realizzare. Ciò significa che deve qualificarsi onerosa l'attribuzione patrimoniale compiuta da una società del gruppo anche quando essa riceva una controprestazione oggetto di un negozio distinto ma collegato a quello da qualificare⁽⁴⁹⁾.

Questa prospettiva non è altro che la naturale conseguenza dell'applicazione nei rapporti infragruppo della concezione della causa quale funzione concreta, da valutare in relazione all'intera operazione economica materialmente realizzata. Tale concezione, anzi, trova il proprio ambito di applicazione elettivo nel contesto del gruppo, nel quale l'accertamento del titolo di un atto non può prescindere dall'esame delle complesse relazioni economiche che s'instaurano tra società operanti secondo un piano strategico unitario⁽⁵⁰⁾.

9. *Pagamento del debito della società controllata da parte della capogruppo.* — La scelta del punto di vista del *solvens* oppure dell'*accipiens* non pare rivesta un rilievo decisivo rispetto alla qualificazione del pagamento infragruppo c.d. *downstream* (id est della capogruppo o del socio per debito della controllata), che è proprio la fattispecie

⁽⁴⁹⁾ Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, in *Fallimento*, 2001, 1040, il quale, proprio in relazione a una prestazione a favore di società sorella, afferma che «giacché la prestazione di garanzia si inserisce in un complesso fenomeno di collegamento negoziale, la contropartita sovente non deriva alla garante controllata direttamente dal compimento dell'atto genetico della medesima garanzia (il più delle volte a struttura unilaterale), sibbene dal negozio collegato posto in essere dal terzo garantito, dalla debitrice principale ovvero da altra società del "gruppo" o dalla "capogruppo"»; Cass., 5 dicembre 1998, 12525, cit., la quale afferma in motivazione che il concetto di sinallagma deve tener conto dell'interesse economico mediato realizzato dalla società dominata garante. Secondo MOROZZO DELLA ROCCA, nota a Cass., 5 dicembre 1998, n. 12525, in *Corr. giur.*, 1998, 7 ss., quest'ultima sentenza afferma che la garanzia era legata sinallagmaticamente (*rectius*, era onerosa perché legata) — nell'ambito di una più complessiva attività contrattuale — alla prestazione da parte della capogruppo dei servizi di tesoreria e finanziamento (conf. nel ritenere in generale quello appena indicato come corrispettivo della garanzia anche COLOMBO, *Informazione societaria e gruppi di società*, in *L'informazione societaria*, Atti del convegno di Venezia, Milano, Giuffrè, 1982). Secondo AMBROSINI, (nt. 13), 77, la garanzia sarebbe stata dalla Corte ritenuta legata sinallagmaticamente all'erogazione della nuova finanza mutuata dalla banca garantita per effetto della garanzia stessa.

⁽⁵⁰⁾ Relazioni economiche complesse cui il legislatore ha espressamente attribuito rilievo normativo — sebbene ai fini della responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2497, 1° comma, c.c. — con il recepimento della teoria dei vantaggi compensativi.

oggetto della sentenza annotata ⁽⁵¹⁾. Se si accolgono le indicazioni che si possono trarre dalle novità introdotte dalla riforma della legge fallimentare — sopra evidenziate — e si privilegia, di conseguenza, la prospettiva del creditore soddisfatto, il carattere oneroso dell'adempiimento del debito della controllata da parte della capogruppo discende proprio dalla natura di pagamento dell'atto revocando.

Nel caso, invece, in cui si adotti la prospettiva del *solvens*-fallito — così come ha fatto la sentenza in esame, uniformandosi alla giurisprudenza maggioritaria in materia di atti infragruppo — la conclusione circa l'onerosità del pagamento non muta. Questo, infatti, può considerarsi oneroso nonostante la mancanza di qualsivoglia corrispettivo per la capogruppo: l'arricchimento che la controllata ottiene dall'estinzione del proprio debito con beni altrui si traduce in un vantaggio mediato anche per la *holding*, sotto forma di aumento del valore della sua quota nella controllata stessa ⁽⁵²⁾. Tale condizione, tuttavia, non è considerata sussistente — cosicché il pagamento risulta gratuito — quando il patrimonio della società dominata-debitrice originaria risulti già azzerato per effetto dell'insolvenza ⁽⁵³⁾ ⁽⁵⁴⁾.

10. *Pagamento del debito della capogruppo (o del socio) da parte della controllata.* — In caso di pagamento del debito della capogruppo o di una società sorella, la valutazione dell'onerosità o della gratuità dell'atto dipende — come avviene nella generalità delle ipotesi — dall'assunzione della prospettiva del *solvens* oppure dell'*ac-*

⁽⁵¹⁾ Probabilmente, proprio per quanto ci si accinge a rilevare nel testo, le Sezioni Unite si sono limitate ad affermare, rispetto al problema specifico della qualificazione degli atti infragruppo, il principio di diritto menzionato al par. precedente.

⁽⁵²⁾ Dovuta al fatto che la controllata ottiene un incremento patrimoniale dovuto all'estinzione di un debito, adempiuto da altri. Cfr., in generale sul vantaggio per la *holding* dell'atto a favore della controllata, MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, Giappichelli, 1993, 245; AMBROSINI, (nt. 13), 70; SACCHI, (nt. 9), 111; RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*, Padova, Cedam, 2005, 732; nella letteratura americana ROSEMBERG, *Intercorporate Guaranties and the Law of Fraudulent Conveyance: Lender Beware*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, 238 ss. In giurisprudenza v. App. Bologna, 17 aprile 1984, in questa *Rivista*, 1985, II, 546 ss. (con riferimento ad una garanzia fideiussoria prestata dal socio occulto a favore del titolare dell'impresa individuale apparente); Trib. Milano, 4 luglio 1991, in questa *Rivista*, 1992, II, 1019 ss.; Trib. Bologna, 12 settembre 2001, in questa *Rivista*, 2003, II, 128, oltre le pronunce citate a nt. 50.

⁽⁵³⁾ Così Trib. Bologna, 12 settembre 2001, cit.; Trib. Torino, 27 marzo 1997, in *Giur. It.*, 1998, I, 973; App. Bologna, 20 luglio 2000; Trib. Palermo, 26 settembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 305; LIBONATI, *Gli atti compiuti dalla società controllata a favore della società controllante*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, 221, il quale ribadisce che a fronte di una situazione di decozione della società del gruppo avvantaggiata non sono prospettabili vantaggi neppure indiretti per la società che compie l'attribuzione patrimoniale, distinguendo peraltro l'ipotesi di decozione da quella in cui la società beneficiata versi semplicemente in stato di difficoltà finanziarie.

⁽⁵⁴⁾ Questo orientamento, peraltro, viene criticato da quanti sostengono che l'esistenza di un interesse economico del *solvens* al pagamento del debito altrui escluda che la prestazione possa integrare gli estremi della donazione, ma non sia sufficiente a determinarne l'onerosità. Si tratta di quegli autori che hanno teorizzato la categoria dei c.d. atti gratuiti interessati, utilizzata proprio per distinguere un atto meramente gratuito da una donazione. V. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3^a ed., Padova, Cedam, 1999, vol. II, t. 2, 482; PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, Utet, 2000, 116; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001, 370; MASTROPAOLO, (nt. 17), 106; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, Utet, 2004, 475; MOROZZO DELLA ROCCA, (nt. 49) (con riferimento alla rimessione del debito della controllante alla controllata); Cass., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 515.

cipiens. Ciò perché, a differenza che nell'ipotesi considerata al paragrafo precedente, in tal caso, in mancanza di una partecipazione della società-*solvens* al capitale della società-debitrice originaria, non si può ravvisare un vantaggio (anche mediato o indiretto) derivante alla prima automaticamente dal semplice compimento del pagamento⁽⁵⁵⁾.

Qualora si privilegi la prospettiva del *solvens*, non può ritenersi sufficiente a qualificare il pagamento come oneroso che esso soddisfi un evanescente interesse di gruppo o della capogruppo. Si ritiene, infatti, necessario, a tal fine, il conseguimento da parte della società che effettua l'adempimento del debito altrui di una *prestazione patrimoniale concreta*, da chiunque essa venga corrisposta⁽⁵⁶⁾.

Qualora, al contrario, si privilegi la prospettiva del creditore soddisfatto e si qualifichi il pagamento come oneroso nonostante il fallito non riceva alcun vantaggio (che va, invece a beneficiare il debitore principale), la tutela offerta ai creditori della controllata dall'esercizio della revocatoria ai sensi dell'art. 67, 2° comma, l. fall. risulta assai modesta, in quanto la previsione di un periodo sospetto estremamente breve⁽⁵⁷⁾ e l'onere della prova della *scientia decotiois* a carico della curatela rendono la pronuncia di inefficacia assai improbabile⁽⁵⁸⁾. Nell'ambito del gruppo, tuttavia, — oltre al possibile esercizio della revocatoria ex art. 64 l. fall. nei confronti della capogruppo o della società sorella, debentrici originarie — i creditori della società-*solvens* potranno comunque esperire i rimedi risarcitori previsti dall'art. 2497, 1° e 2° comma, c.c. Il pagamento di un debito altrui in assenza di alcun corrispettivo, posto in essere in attuazione di direttive della *holding* contrarie alla correttezza societaria e imprenditoriale, è un atto capace di ledere l'integrità patrimoniale della società costretta all'adem-

⁽⁵⁵⁾ La società che paga il debito altrui, non possedendo una partecipazione al capitale della società-debitrice originaria che in conseguenza del pagamento ottiene un arricchimento, non beneficia — sotto forma di incremento del valore della propria partecipazione — nemmeno indirettamente di quest'ultimo.

⁽⁵⁶⁾ AMBROSINI, (nt. 13), 72, che cita Trib. Torino, 27 marzo 1997, cit.; BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, (nt. 49), 6 ss., secondo il quale è oneroso l'atto che riveli — a prescindere dalla pluralità o meno delle volontà negoziali necessarie a realizzarlo — oggettivamente efficacia transittiva di valori patrimoniali tra le sfere giuridiche dei soggetti coinvolti, non essendo invece sufficiente una mera ed inqualificata *convenienza* dell'atto per l'unico disponente (in tal caso si configura un atto gratuito interessato). In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli, 18 ottobre 2000, cit.; Trib. Napoli, 5 ottobre 2000, in *Dir. Fall.*, 2001, 275 ss.; Trib. Treviso, 16 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1409; App. Bologna, 12 marzo 2004, in *Fallimento*, 2005, 1289; Trib. Palermo, 26 settembre 2002, in *Fallimento*, 2003, 305.

⁽⁵⁷⁾ La riforma della disciplina della revocatoria fallimentare lo ha ridotto, rispetto agli atti normali, a sei mesi. In relazione a questa novità, si è affermato che, stante la durata media delle istruttorie prefallimentari in Italia, l'esercizio della revocatoria diviene poco più che un miraggio. La revocatoria è stata privata di qualsiasi efficacia concreta, senza che siano stati introdotti rimedi alternativi (GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in questa *Rivista*, 186 ss., il quale parla di esenzioni «virtuali» dalla revocatoria, accanto a quelle espresse di cui all'art. 67, 3° comma, l. fall.).

⁽⁵⁸⁾ Il problema relativo al periodo sospetto è attenuato, proprio nel contesto del gruppo, grazie alla previsione relativa alla c.d. revocatoria aggravata ex art. 91 d.lgs. 279/1999, che è un'azione identica alla revocatoria disciplinata dalla legge fallimentare, per l'esercizio della quale è però previsto un periodo sospetto più lungo. Permane tuttavia la necessità anche per l'applicazione della stessa di valutare l'onerosità *ex latere creditoris*. Certamente più ampia e dotata di maggiore effettività sarebbe la tutela a favore dei creditori della società eterodiretta ove si qualificasse il pagamento come gratuito, privilegiando la prospettiva del fallito (ossia del *solvens* che nulla riceve dal creditore) e si applicasse quindi la disciplina dell'art. 64 l. fall.

pimento e, dunque, a integrare gli estremi del danno rilevante ex art. 2497, 1° comma, c.c. I creditori, pertanto, potranno agire contro la capogruppo per abuso di direzione e coordinamento; contro «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo» ex art. 2497, 2° comma, prima parte, c.c.; e contro la società sorella-*debitrice principale* ⁽⁵⁹⁾ quale *consapevole* beneficiaria dell'abuso di eterodirezione, ai sensi dell'art. 2497, 2° comma, ult. parte, c.c.

LORENZO BENEDETTI

⁽⁵⁹⁾ Tale azione si cumulerà a quella contro la capogruppo — e a quella contro gli eventuali concorrenti al fatto lesivo — in caso di pagamento *cross-stream*.