



lamiaLibreria
www.giappichelli.it/lamiallibreria

TRATTATO DI DIRITTO FALLIMENTARE
E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCORDATARIE

**TRATTATO DI DIRITTO FALLIMENTARE
E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCORDATARIE**

diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO

Vol. III

Volume III

F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli

Lorenzo Benedetti
Mauro Bove
Roberto Calvo
Francesco Corsi
Giulia Corsi
Fabrizio Di Marzio
Antonio Fici
Francesco Fimmanò
Antonio Fiorella

Enrico Gabrielli
Alberto Giampieri
Lino Guglielmucci
Daphne Letizia
Angelo Luminoso
Giovanna Martire
Massimiliano Masucci
Marco Miccinesi
Andrea Orestano

Roberto Rosapepe
Michele Sandulli
Giuliana Scognamiglio
Nicola Selvaggi
Filippo Sgubbi
Antonio Vallebona
Francesco Vassalli
Enrica Villani

€ 105,00



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

lamiaLibreria

TRATTATO DI DIRITTO FALLIMENTARE
E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCURSUALI

diretto da F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli

- III -

TRATTATO DI DIRITTO FALLIMENTARE E DELLE ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI

Diretto da:

FRANCESCO VASSALLI, Professore ordinario f.r. di Diritto commerciale e di Diritto fallimentare nella Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza-Università di Roma".

FRANCESCO P. LUISO, Professore ordinario f.r. di Diritto processuale civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

ENRICO GABRIELLI, Professore ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Piano dell'Opera:

- I. I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali
- II. Il processo di fallimento
- III. Gli effetti del fallimento
- IV. Le altre procedure concorsuali
- V. Profili storici, comunitari, internazionali e di diritto comparato

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO

Volume III

Lorenzo Benedetti

Mauro Bove

Roberto Calvo

Francesco Corsi

Giulia Corsi

Fabrizio Di Marzio

Antonio Fici

Francesco Fimmanò

Antonio Fiorella

Enrico Gabrielli

Alberto Giampieri

Lino Guglielmucci

Daphne Letizia

Angelo Luminoso

Giovanna Martire

Massimiliano Masucci

Marco Miccinesi

Andrea Orestano

Roberto Rosapepe

Michele Sandulli

Giuliana Scognamiglio

Nicola Selvaggi

Filippo Sgubbi

Antonio Vallebona

Francesco Vassalli

Enrica Villani



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2014 – LINEA PROFESSIONALE - TORINO
G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-259-6

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Gli Autori</i>	XXV

CAPITOLO PRIMO
GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO PER IL FALLITO
di *Lino Guglielmucci*

1. Dal codice di commercio del 1882 alla “riforma organica” delle procedure concorsuali	1
2. Il duplice profilo dello “spossessamento”	4
3. Il vincolo di indisponibilità: <i>a)</i> automaticità dell’imposizione	5
4. <i>Segue: b)</i> decorrenza del vincolo	6
5. <i>Segue: c)</i> oggetto del vincolo	8
6. Conseguenze della violazione: <i>a)</i> inefficacia degli atti e delle formalità per la loro opponibilità ai terzi	10
7. <i>Segue: b)</i> inefficacia dei pagamenti eseguiti e ricevuti	14
8. <i>Segue: c)</i> inopponibilità dell’inefficacia ai terzi di buona fede	15
9. La sostituzione fallimentare: <i>a)</i> in generale	18
10. <i>Segue: b)</i> nei rapporti sopravvenuti	21
11. <i>Segue: c)</i> nei rapporti processuali	25
12. Beni e diritti non compresi nel fallimento: <i>a)</i> patrimonio separato fallimentare e patrimonio personale del fallito	28
13. <i>Segue: b)</i> i guadagni del fallito e gli assegni alimentari	32
14. <i>Segue: c)</i> beni e diritti destinati al soddisfacimento i bisogni della famiglia	37
15. <i>Segue: d)</i> beni e diritti di natura strettamente personale	39
16. <i>Segue: e)</i> beni e diritti impignorabili	42
17. Gli effetti personali del fallimento: <i>a)</i> consegna della corrispondenza	43
18. <i>Segue: b)</i> obbligo di comunicare i trasferimenti di residenza e di presentarsi agli organi della procedura	46
19. <i>Segue: c)</i> le incapacità speciali e la soppressione del registro dei falliti	47

CAPITOLO SECONDO
GLI EFFETTI NEI CONFRONTI DEI CREDITORI

di *Roberto Rosapepe*

1.	Concorso fallimentare e <i>par condicio creditorum</i>	49
2.	Concorso formale e concorso sostanziale	53
3.	Il divieto di azioni esecutive e cautelari individuali	55
4.	<i>Segue</i> : il divieto negli accordi di ristrutturazione dei debiti	66
5.	L'attuazione delle pretese dei creditori in sede fallimentare	74
6.	Crediti muniti di privilegio o pegno su beni mobili	77
7.	La soddisfazione dei crediti privilegiati	82
8.	La sospensione del corso degli interessi	84
9.	Crediti non scaduti alla data del fallimento	90
10.	Crediti condizionali	96
11.	La compensazione. Premessa	101
12.	<i>Segue</i> : i presupposti	103
13.	<i>Segue</i> : l'esclusione disciplinata dal comma 2 dell'art. 56 l. fall.	107
14.	<i>Segue</i> : le modalità per far valere la compensazione	110
15.	Obbligazioni e titoli di debito	112
16.	Crediti per rendita perpetua e vitalizia	115
17.	Obbligazioni solidali	116

CAPITOLO TERZO
GLI EFFETTI SUI RAPPORTI GIURIDICI IN CORSO
DI ESECUZIONE ALLA DATA DEL FALLIMENTO

SEZIONE I

LA DISCIPLINA GENERALE DEI RAPPORTI PENDENTI

di *Enrico Gabrielli*

1.	I rapporti pendenti: fattispecie e disciplina	121
2.	Il sistema normativo disegnato dalla legge fallimentare del 1942	125
3.	La regola generale prevista nell'art. 72 l. fall.	132
4.	<i>Segue</i> : contratto e rapporto nella regolazione concorsuale dei rapporti pendenti	138
5.	Il fondamento e i limiti della regola generale. Diritto comune e diritto speciale dei contratti nella legge del concorso. Il principio della sospensione	140
6.	La dichiarazione "di subentrare nel contratto in luogo del fallito". Gli effetti del subentro	145

	<i>pag.</i>
7. Gli effetti della dichiarazione di scioglimento	153
8. La tutela del contraente <i>in bonis</i>	155
9. La salvezza dei diritti del contraente <i>in bonis</i> non soggetti alle regole del concorso	157
10. La domanda di risoluzione anteriore al fallimento	162
11. L'inefficacia delle clausole che fanno dipendere la risoluzione del contratto dalla dichiarazione di fallimento	168

SEZIONE II

MANDATO E ALTRI CONTRATTI
DI COOPERAZIONE GESTORIAdi *Angelo Luminoso*

1. Il mandato e gli altri contratti di cooperazione gestoria	171
2. Il mandato: il fallimento del mandatario	177
3. <i>Segue</i> : il fallimento del mandante	185
4. Il mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzo	195
5. Commissione, spedizione, raccomandazione marittima e <i>cessio bonorum</i>	199

SEZIONE III

VENDITA, PRELIMINARE DI VENDITA
E ALTRI CONTRATTI TRASLATIVIdi *Angelo Luminoso*

1. Gli effetti del fallimento sulla vendita e sui contratti traslativi in genere: cenni sulla evoluzione della disciplina legislativa (dalla legge fallimentare al c.d. decreto correttivo)	206
2. La sostanziale linea di continuità tra la disciplina previgente degli effetti sulla vendita e le regole introdotte dalla riforma	209
3. Vendita eseguita, vendita non ancora eseguita e fallimento	214
4. Vendita di merci viaggianti e «restituzione di cose non pagate»	224
5. Vendita con prezzo da pagare a termine o a rate	229
6. Vendita con riserva della proprietà	230
7. Il contratto preliminare di vendita	237
8. Il contratto preliminare di vendita trascritto	240
9. I contratti preliminari concernenti immobili destinati ad abitazione o sede principale del promissario acquirente	245
10. La permuta. Il contratto estimatorio	251
11. I contratti relativi agli immobili da costruire	257

SEZIONE IV

IL CONTRATTO DI FINANZIAMENTO
DESTINATO AD UNO SPECIFICO AFFAREdi *Alberto Giampieri*

1. Profili generali	267
2. L'art. 72-ter l. fall. La sospensione del rapporto e la valutazione circa la continuazione dell'operazione	271
3. Il subentro della curatela nel contratto	276
4. La richiesta del finanziatore di continuare l'operazione in proprio o tramite terzi. I risvolti pratici della norma	279
5. Lo scioglimento del contratto. L'art. 2447- <i>decies</i> , comma 6, c.c.: profili problematici del rinvio	284
6. La revocatoria dei pagamenti	286

SEZIONE V

I CONTRATTI DI LOCAZIONE E LEASING

di *Andrea Orestano*

1. Premessa	288
I. <i>Il contratto di locazione</i>	289
2. Il subentro automatico del curatore nel contratto di locazione immobiliare e le sue ragioni	289
3. L'opponibilità della locazione immobiliare al fallimento del locatore	292
4. Gli effetti del subentro del curatore	294
5. <i>Segue</i> : la natura dei crediti sorti anteriormente al fallimento	296
6. Subentro del curatore e azione revocatoria	300
7. Il recesso del curatore dal contratto di locazione immobiliare	302
8. La locazione dell'immobile destinato ad abitazione del fallito	304
9. La locazione mobiliare	305
II. <i>Il contratto di leasing</i>	307
10. Leasing "di godimento" e leasing "traslativo"	307
11. Le critiche alla distinzione giurisprudenziale fra leasing di godimento e leasing traslativo. In particolare: il contratto di leasing come contratto di finanziamento	313
12. Il superamento della distinzione fra leasing di godimento e leasing traslativo nella legge fallimentare	317
13. Il fallimento dell'utilizzatore: il subentro del curatore	322
14. <i>Segue</i> : lo scioglimento del contratto	325

	<i>pag.</i>
15. L'esclusione dalla revocatoria delle somme riscosse dal concedente	331
16. Il fallimento del concedente	333

SEZIONE VI

L'AFFITTO DI AZIENDA PENDENTE
IN CASO DI DICHIARAZIONE DI FALLIMENTOdi *Francesco Fimmanò*

1. La fattispecie prima della riforma della legge fallimentare	334
2. La <i>ratio</i> del nuovo art. 79 l. fall.	336
3. Le questioni applicative	338
4. La sorte dei rapporti pendenti in caso di retrocessione dell'azienda	341
5. Il recesso ed i rimedi alternativi	345
6. L'opponibilità al fallimento	349
7. Prelazione legale e prelazione convenzionale all'acquisto	353
8. Profili processuali	356

SEZIONE VII

L'APPALTO

di *Fabrizio Di Marzio*

1. L'appalto nella nuova regolamentazione dei contratti in esecuzione	362
2. Il concetto di "appalto in esecuzione"	364
3. Fallimento del contraente e scioglimento del contratto	365
4. Effetti dello scioglimento sulle azioni contrattuali	367
5. Scioglimento del contratto e diritto di proprietà sull'opera	370
6. Il subentro del curatore nel contratto	372
7. Sull'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore fallito	374
8. Il contratto di appalto per le opere pubbliche e l'associazione temporanea di imprese	376

SEZIONE VIII

FRANCHISING E CONCESSIONE DI VENDITA

di *Antonio Fici*

1. Introduzione. La tipizzazione legislativa del contratto di franchising e la nuova disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento	378
2. La nozione di franchising e le obbligazioni delle parti	383
3. La causa e le tipologie di franchising	388
4. Franchising (di distribuzione) e concessione di vendita	393

	<i>pag.</i>
5. Il problema del franchising nel fallimento, tra disciplina dei rapporti pendenti e disciplina della prosecuzione dell'impresa fallita	397
5.1. Sull'applicabilità al franchising della disciplina dei contratti pendenti in assenza di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa o in caso di sua cessazione	401
5.2. Sui poteri del curatore in caso di esercizio provvisorio autorizzato	406
6. Franchising di distribuzione, concessione di vendita e disciplina fallimentare dei contratti di durata	410
7. Conclusioni	412

SEZIONE IX

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

di *Roberto Calvo*

1. La continuazione automatica	415
2. <i>Segue</i> : l'opinione dissenziente	417
3. L'aggravamento del rischio	419
4. Il patto contrario	420
5. L'assicurazione sulla vita	421
6. L'assicurazione della responsabilità civile	422
7. L'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta	424
8. Il pagamento dei premi	425

SEZIONE X

RAPPORTI DI LAVORO E FALLIMENTO

di *Antonio Vallebona e Giovanna Martire*

1. Diritto del lavoro e diritto fallimentare: confronto e integrazione	427
2. Il regime dei rapporti di lavoro nei casi di cessazione dell'attività d'impresa	429
3. <i>Segue</i> : a) i licenziamenti individuali nelle imprese minori	433
4. <i>Segue</i> : b) la Cassa integrazione guadagni e i licenziamenti collettivi nelle imprese con almeno 15 dipendenti	436
5. Il regime dei rapporti di lavoro nei casi di continuazione dell'attività d'impresa: a) l'esercizio provvisorio	445
6. <i>Segue</i> : b) l'affitto di azienda	447
7. <i>Segue</i> : c) la cessione definitiva dell'impresa	450
8. Garanzie dei crediti di lavoro: a) rivalutazione monetaria e interessi legali	454
9. <i>Segue</i> : b) i privilegi	461
10. <i>Segue</i> : c) il fondo di Garanzia per il t.f.r. e le ultime retribuzioni	463
11. Altre garanzie	469

SEZIONE XI

IL CONTRATTO DI EDIZIONE

di *Roberto Calvo*

1. Il contratto di edizione	472
2. L'utilizzo economico dell'opera	473
3. Le sottospecie normative	475
4. L'opera futura	475
5. Le obbligazioni dell'autore	477
6. Le obbligazioni dell'editore	478
7. La cessione del contratto	479
8. Le cause di estinzione	480
9. Il fallimento dell'editore: il problema della prosecuzione automatica	480
10. La continuazione totalitaria dei contratti: l'esercizio provvisorio	482
11. <i>Segue</i> : la cessione dell'azienda	483

SEZIONE XII

ARBITRATO E FALLIMENTO

di *Mauro Bove*

1. Premessa	484
2. I limiti dell'arbitrabilità	485
3. Il dibattito intorno al problema della sopravvivenza dei patti compromissori stipulati dal fallito e dei giudizi già pendenti al momento della dichiarazione di fallimento	493
4. <i>Segue</i> : il dibattito successivamente alla riforma del 2006	496
5. Prospettiva ricostruttiva	498
6. Prosecuzione del giudizio arbitrale pendente	503
7. La via arbitrale scelta dal curatore	507

CAPITOLO QUARTO

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO SUGLI ATTI
PREGIUDIZIEVOLI AI CREDITORI

SEZIONE I

L'INEFFICACIA DEGLI ATTI A TITOLO GRATUITO

di *Michele Sandulli*

1. L'art. 64 ed il "sistema revocatorio" nel fallimento	509
2. L'onerosità e la gratuità nel "sistema revocatorio"	516

	<i>pag.</i>
3. Profilo soggettivo ed oggettivo della fattispecie	521
4. L'identificazione degli "atti"	534
5. Le esenzioni	541
6. Il procedimento	549

SEZIONE II

L'INEFFICACIA DEI PAGAMENTI ANTICIPATI

di *Giulia Corsi*

1. La revocatoria dei pagamenti anticipati	553
2. <i>Ratio</i> della disciplina	555
3. Il pagamento revocabile	556
4. La scadenza rilevante	556
5. Inefficacia <i>ex lege</i> e natura dell'azione	559
6. L'inefficacia del rimborso soci ai sensi dell'art. 2467 c.c.	559

SEZIONE III

L'AZIONE REVOCATORIA

di *Francesco Corsi*

1. Caratteri generali	561
2. La revocatoria disciplinata dall'art. 2901 c.c.	562
3. Il debitore-impresa	563
4. Pregiudizio ed insolvenza	565
5. La disciplina che ne consegue	568
6. La revocatoria ordinaria nel fallimento	571
7. La questione della natura dell'azione	574

SEZIONE IV

LA REVOCATORIA FALLIMENTARE DEGLI ATTI ONEROSI

di *Giulia Corsi*

I. <i>La revocatoria fallimentare degli atti onerosi in generale</i>	577
1. Premessa	577
2. Presupposti comuni e onere della prova	578
3. Periodo sospetto e consecuzione di procedure	579
4. Onere della prova della <i>scientia decoctionis</i>	581
5. Prova della <i>scientia decoctionis</i>	581
6. Prova dell'ignoranza dello stato d'insolvenza	584

	<i>pag.</i>
II. <i>La revocatoria fallimentare degli atti onerosi in particolare</i>	585
7. Gli atti onerosi	585
8. La disciplina generale di revoca degli atti onerosi: la revoca degli “atti normali”	587
9. La disciplina speciale di revoca degli atti onerosi: la revoca degli “atti anomali”	588
III. <i>La revoca degli “atti sproporzionati”</i>	589
10. Gli atti sproporzionati	589
11. La sproporzione rilevante	590
12. Il momento da considerare per valutare la rilevanza della sproporzione	591
IV. <i>La revocatoria dei pagamenti</i>	592
13. I pagamenti	592
14. La disciplina generale di revoca dei pagamenti: la revoca dei pagamenti “normali”	594
15. La disciplina speciale di revoca dei pagamenti: la revoca dei “pagamenti anomali”	595
16. Disciplina applicabile quando le modalità anomale sono state concordate <i>ab initio</i> tra le parti	596
17. Cessione del credito, mandato irrevocabile all’incasso e mezzi anomali di pagamento	597
18. <i>Factoring</i> e revocatoria	600
19. La revoca del pagamento del debito altrui	601
20. La revoca del pagamento del terzo	602
21. La revoca del pagamento del debito privilegiato	603
V. <i>La revocatoria delle garanzie</i>	604
22. Premessa	604
VI. <i>Le garanzie espressamente contemplate dal legislatore</i>	605
23. La revoca – secondo il regime generale applicabile agli atti onerosi – degli atti costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati (art. 67, comma 2, l. fall.)	605
24. Il concetto di contestualità rilevante ai sensi dell’art. 67, comma 2, l. fall.	606
25. La revoca – secondo il regime speciale applicabile agli atti onerosi – dei pigni, delle anticresi e delle ipoteche volontarie costituite nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti (art. 67, comma 1, n. 3, l. fall.)	607
26. La revoca – secondo il regime speciale applicabile agli atti onerosi – dei pigni, delle anticresi e delle ipoteche giudiziali o volontarie costituite nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti scaduti (art. 67, comma 1, n. 4, l. fall.)	608

	<i>pag.</i>
27. Ambito di applicazione della disciplina speciale di revoca delle garanzie prestate dal fallito: inapplicabilità in via analogica e inapplicabilità alle garanzie per debito altrui	609
VII. <i>Le garanzie non espressamente contemplate dal legislatore</i>	610
28. Premessa	610
29. Il concetto di contestualità in rapporto all'onerosità della garanzia e la sua duplice funzione	611
30. Il patrimonio di riferimento ai fini della qualificazione di onerosità della garanzia	612
31. Il concetto di contestualità rilevante coincide con il concetto stesso di onerosità	614
32. Il regime di revoca applicabile alle c.d. garanzie atipiche	615
VIII. <i>La disciplina delle esenzioni</i>	615
33. Le esenzioni in generale	615
34. La giustificazione economico-sociale delle esenzioni	616
35. Ambito di applicazione ed efficacia delle esenzioni	617
IX. <i>Le nuove esenzioni di cui al comma 3</i>	618
36. Le nuove esenzioni poste a tutela del valore della continuità aziendale. L'esenzione da revocatoria del pagamento di beni e servizi eseguito dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso (art. 67, comma 3, lett. a))	618
37. Applicabilità dell'esenzione di cui alla lett. a) al pagamento dei servizi bancari, finanziari e creditizi	620
38. L'esenzione da revocatoria del pagamento del corrispettivo delle prestazioni di lavoro eseguite in favore dell'imprenditore (art. 67, comma 3, lett. f))	621
39. L'esenzione da revocatoria delle «rimesse effettuate su un conto corrente bancario» (art. 67, comma 3, lett. b))	622
40. L'esenzione da revocatoria delle vendite o dei preliminari di vendita, conclusi a giusto prezzo e trascritti, aventi ad oggetto un immobile destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente (art. 67, comma 3, lett. c), seconda parte)	622
41. Le nuove esenzioni poste a tutela delle forme di composizione negoziale della crisi dell'impresa	623
42. L'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione di un piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d))	623
43. L'esenzione da revocatoria degli atti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato e degli atti di esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato (art. 67, comma 3, lett. e))	623

	<i>pag.</i>
44. L'esenzione da revocatoria dei pagamenti dei servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. g))	625
45. L'esenzione da revocatoria delle vendite o dei preliminari di vendita, conclusi a giusto prezzo e trascritti, aventi ad oggetto un immobile destinato a costituire l'abitazione principale o la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente (art. 67, comma 3, lett. c))	626
X. <i>Le esenzioni di cui al comma 4</i>	629
46. Premessa	629
47. L'esenzione da revocatoria delle operazioni poste in essere dalla Banca d'Italia	630
48. L'esenzione da revocatoria delle operazioni di credito su pegno	630
49. L'esenzione da revocatoria delle operazioni di credito fondiario	631
50. Le esenzioni da revocatoria previste dalle leggi speciali	633

SEZIONE V

I PIANI ATTESTATI

di *Giulia Corsi*

1. I piani attestati	636
2. Natura del piano attestato	638
3. I presupposti del piano attestato. Il presupposto oggettivo	640
3.1. Il presupposto soggettivo	641
4. Gli effetti del piano attestato	641
5. Lo scopo-contenuto: l'idoneità a risanare i debiti e a riequilibrare la situazione finanziaria dell'impresa	642
6. Caratteristiche del piano attestato	643
7. Gli atti oggetto dell'esenzione da revocatoria	644
8. Il professionista attestatore	645
9. L'attestazione	647
10. La verifica del piano da parte del giudice	649
11. Il piano attestato e i gruppi societari	650
12. Piani attestati e accordi di ristrutturazione dei debiti	651

SEZIONE VI

LA REVOCABILITÀ DELLE RIMESSE
IN CONTO CORRENTE BANCARIOdi *Giuliana Scognamiglio*

1. Premessa	653
2. Breve profilo storico del problema della revocabilità delle rimesse in c.c. bancario	657

	<i>pag.</i>
3. Le ragioni giuridico-economiche di un dibattito mai sopito	664
4. Le novità introdotte con la riforma del 2005: in particolare, elemento oggettivo e soggettivo della revocatoria fallimentare di rimesse in c.c. bancario. Primi rilievi critici	666
5. Nozioni di “conto corrente” e di “rimessa” rilevanti ai fini della disciplina in esame	672
6. Enunciazione dei principali dubbi emersi in sede di interpretazione della nuova disciplina	677
7. I requisiti della “consistenza” e della “durevolezza”: le diverse proposte interpretative	679
7.1. La “consistenza”	680
7.2. La “durevolezza”	682
8. Il metodo di applicazione della nuova disciplina basato sulla considerazione “atomistica” delle singole rimesse. L’opposta concezione “olistica”	684
9. Approccio quantitativo vs. valutazione qualitativa del rapporto (alla stregua del parametro dell’andamento normale)	691
10. Rapporto e raccordo fra il disposto dell’art. 67, comma 3, lett. <i>b</i>) e quello dell’art. 70, comma 3, l. fall.	692

SEZIONE VII

I PATRIMONI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE

di *Lorenzo Benedetti*

1. L’esercizio della revocatoria fallimentare in caso di società con patrimoni destinati ad uno specifico affare di tipo industriale o finanziario	701
2. <i>Segue</i> : l’ambito di applicazione dell’art. 67- <i>bis</i>	702
3. I presupposti oggettivi di applicazione	704
4. <i>Segue</i> : le ipotesi in cui si configura il pregiudizio del patrimonio sociale residuo	705
5. Il presupposto soggettivo	709
6. La delibera costitutiva è revocabile?	710
7. Gli effetti della revoca	712
8. I limiti temporali di applicazione dell’art. 67- <i>bis</i>	714

SEZIONE VIII

IL PAGAMENTO DI CAMBIALE SCADUTA

di *Lorenzo Benedetti*

1. Premessa	715
2. Condizioni legali per l’applicazione della norma	716

	<i>pag.</i>
3. L'azione contro l'ultimo obbligato in via di regresso. La tesi dell'ingiustificato arricchimento	717
4. La ricostruzione dell'azione <i>ex art. 68</i> come revocatoria delle prestazioni indirette	719
5. Legittimati passivi	720
6. L'oggetto della restituzione	722
7. La <i>scientia decoctionis</i>	724
8. Le novità della riforma	724

SEZIONE IX

LA REVOCATORIA DEGLI ATTI FRA CONIUGI

di *Lorenzo Benedetti*

1. Premessa	726
2. Le novità introdotte dalla riforma	727
3. <i>Segue</i> : le novità derivanti da altre disposizioni riformate	728
4. Presupposti di applicazione	728
5. <i>Segue</i> : la <i>scientia decoctionis</i>	730
6. L'ambito di applicazione dell'art. 69	731
7. L'ipotesi particolare della comunione legale	732

SEZIONE X

IL NUOVO ART. 69-BIS

di *Lorenzo Benedetti*

1. Introduzione	736
2. <i>Ratio</i> della previsione di un doppio termine	738
3. Come operano i due termini?	738
4. Conseguenze applicative della previsione di un termine di decadenza	741
5. Ambito di applicazione	742
6. Considerazioni conclusive	743
7. La disciplina del computo dei termini per l'esercizio della revocatoria fallimentare	743

SEZIONE XI

GLI EFFETTI DELLA REVOCAZIONE

di *Lorenzo Benedetti*

1. Il comma 1 dell'art. 70. Rilievo sistematico	747
2. La <i>ratio</i> dell'art. 70, comma 1	750

	<i>pag.</i>
3. L'ambito di applicazione della norma: le figure degli "intermediari specializzati"	750
4. <i>Segue</i> : i pagamenti effettuati mediante "procedure di compensazione multilaterale"	751
5. <i>Segue</i> : i pagamenti avvenuti "dalle" società fiduciarie	751
6. Il comma 2 dell'art. 70 l. fall.	752
7. Il comma 3 dell'art. 70 l. fall.	754

CAPITOLO QUINTO
I PROFILI FISCALI DEL FALLIMENTO E DELLE
ALTRE PROCEDURE CONCORDATARIE

di *Marco Miccinesi*

1. Introduzione	755
2. La questione della cessazione dell'impresa	756
3. Spossamento e soggettività impositiva del fallito	758
4. La determinazione del reddito d'impresa nel periodo preconcorsuale ed il relativo bilancio, ad opera del curatore	760
5. Il reddito del periodo concorsuale, patrimonio netto iniziale ed il rilievo ai fini dell'eventuale imponibile del periodo concorsuale	765
6. Le riserve ed i fondi in sospensione d'imposta, le plusvalenze rateizzate e le perdite, precedenti il "maxi-periodo fallimentare"	769
7. L'imposta sul valore aggiunto sulle vendite fallimentari	774
8. Le sopravvenienze attive in seguito al concordato preventivo e la loro non imponibilità	777
9. Le plusvalenze nel concordato preventivo	781
10. Il caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti	783

CAPITOLO SESTO
L'ESDEBITAZIONE

di *Daphne Letizia e Francesco Vassalli*

1. Origini storiche dell'esdebitazione	791
2. La <i>discharge</i>	793
3. Le diverse ragioni dell'istituto	797
4. I soggetti dell'esdebitazione	801
5. Le condizioni per l'esdebitazione: la cooperazione	807
6. <i>Segue</i> : il non ostacolo allo svolgimento della procedura	809

	<i>pag.</i>
7. <i>Segue</i> : l'osservanza delle disposizioni dell'art. 48 l. fall.	810
8. <i>Segue</i> : l'assenza di una precedente esdebitazione nei 10 anni anteriori alla richiesta	810
9. <i>Segue</i> : la corretta amministrazione	811
10. <i>Segue</i> : l'assenza di condanna per taluni reati	812
11. La soddisfazione anche parziale dei creditori	814
12. Il procedimento di esdebitazione: il ricorso	817
13. <i>Segue</i> : il parere del curatore e del comitato dei creditori	820
14. <i>Segue</i> : il contraddittorio	821
15. <i>Segue</i> : il decreto di esdebitazione	821
16. <i>Segue</i> : il reclamo contro il decreto	822
17. Gli effetti dell'esdebitazione: qualificazione giuridica dell'istituto	824
18. <i>Segue</i> : l'oggetto dell'esdebitazione	830
19. Il sovraindebitamento	834
20. <i>Segue</i> : l'art. 14- <i>terdecies</i> della l. n. 3/2012 e sua comparazione con gli artt. 142 e 143 l. fall.	845
21. <i>Segue</i> : una o trina: l'esdebitazione prevista nell'accordo o nel piano omologato, all'esito della procedura di liquidazione e nel fallimento	851
22. Conclusioni e disciplina transitoria	855

CAPITOLO SETTIMO

GLI EFFETTI DI NATURA PENALE DEL FALLIMENTO

SEZIONE I

PARTE GENERALE

di *Filippo Sgubbi*

1. Premessa	863
2. Le riforme	864
3. "Anche prima": l'azione penale per bancarotta antecedente al fallimento	866
4. Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento (o di insolvenza)	867
5. Fallimento della società responsabile ai sensi del d.lgs. n. 231/2001	870
6. Insolvenza, crisi, fallimento, dissesto, <i>default</i>	872
7. Gli effetti penali del fallimento sui gruppi	873
8. Effetti penali del fallimento ed effetti fiscali dei reati fallimentari	875
9. Il fallimento «quale effetto di indizi penalmente rilevanti»	875

SEZIONE II
I DELITTI DI BANCAROTTA

di Antonio Fiorella e Massimiliano Masucci

Premessa. L'imprenditore e la gestione del suo patrimonio	878
I. <i>Introduzione. Bene giuridico, evento offensivo e condizione di punibilità</i>	881
1. Profili generali	881
2. Il patrimonio (dei creditori) quale bene giuridico	881
3. <i>Segue</i> : patrimonio e <i>par condicio creditorum</i>	884
4. L'oggetto materiale	884
5. L'evento offensivo e la condizione di punibilità. Il ruolo della "dichiarazione di fallimento" nei reati pre-fallimentari e post-fallimentari. L'evento "condizionale"	885
5.1. L'accertamento del fallimento. La sfera di cognizione del giudice penale	887
6. I soggetti attivi	889
II. <i>La bancarotta dell'imprenditore individuale</i>	890
a) <i>La bancarotta fraudolenta</i>	890
7. L'evento offensivo della bancarotta fraudolenta. L'offesa reale; l'offesa fittizia	890
8. L'evento offensivo come "danno". Suo effettivo accertamento e "sfera di rilevanza" delle condotte	891
9. Offesa patrimoniale ed esposizione di passività inesistenti. L'offesa nella cosiddetta bancarotta "documentale"	892
10. Offesa, preferenzialità e <i>par condicio creditorum</i>	895
11. Le condotte di bancarotta fraudolenta. Premessa	896
12. Le condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale in senso stretto (art. 216, comma 1, n. 1, l. fall.)	896
13. Le condotte di bancarotta "documentale"	906
14. Fatti post-fallimentari	907
15. Fatti di bancarotta "preferenziale" (pre- o post-fallimentari)	908
16. Precisazioni sul danno nella bancarotta preferenziale	910
17. Le condotte della bancarotta "preferenziale". I pagamenti	913
18. <i>Segue</i> : la simulazione di titoli di prelazione	915
19. Precisazioni sui rapporti tra pagamenti, simulata costituzione di titoli di prelazione e revocatoria fallimentare	917
20. Conclusioni sulle diverse ipotesi di bancarotta fraudolenta. L'"assoluta estraneità" all'impresa virtuosa come elemento caratterizzante comune	919
21. <i>Segue</i> : il rischio "virtuoso" nella bancarotta preferenziale	920
22. Il nesso causale	921

	<i>pag.</i>
23. Precisazioni. Fattispecie documentali e causazione di un danno patrimoniale	924
24. L'elemento psicologico. Il dolo. In particolare, il dolo specifico. Il dolo "arricchito" della bancarotta fraudolenta	926
25. <i>Segue</i> : l'esclusione della rilevanza del dolo eventuale. Sviluppo e rinvio	927
26. Accertamento e prova del dolo di frode	930
27. <i>Segue</i> : cenni all'elemento psicologico della bancarotta documentale	931
28. <i>Segue</i> : profili del dolo di indebita preferenza richiesto dall'art. 216, comma 3, l. fall.	932
<i>b) La bancarotta semplice</i>	933
29. L'evento e il nesso causale. Richiamo delle conclusioni raggiunte	933
30. Le condotte. La "base materiale comune" della bancarotta fraudolenta e semplice	933
31. <i>Segue</i> : la continuità delle fattispecie materiali di bancarotta fraudolenta e semplice nell'ottica dell'evento	935
32. <i>Segue</i> : sviluppi sulla continuità non solo materiale ma anche psicologica delle fattispecie	937
33. <i>Segue</i> : l'elemento psicologico della bancarotta semplice e il principio di stretta legalità nella determinazione del "titolo" della responsabilità	938
34. <i>Segue</i> : la corretta determinazione del titolo della responsabilità nelle figure di bancarotta semplice	941
35. <i>Segue</i> : il problema delle fattispecie "unificate" di dolo e colpa. La colpa nella bancarotta semplice. La "colpa grave". La logica dell'imputazione	944
36. Sintesi conclusiva. Problemi di illegittimità costituzionale. La bancarotta semplice e l'imputazione per "rischio gravemente colpevole"	946
<i>c) L'art. 217-bis l. fall.</i>	950
37. Profili generali della riforma	950
38. La funzione dell'art. 217-bis	951
39. L'art. 217-bis nel sistema dei reati fallimentari	953
40. L'area di "esenzione". I limiti del richiamo alla bancarotta preferenziale e semplice	955
41. L'applicazione dell'art. 217-bis a fattispecie non espressamente richiamate	955
42. <i>Segue</i> : il mancato rinvio all'art. 216, comma 1, l. fall.	956
43. <i>Segue</i> : i rapporti tra l'art. 217-bis e la causazione dolosa del fallimento (art. 223, comma 2, n. 2, l. fall.)	957
44. I raccordi tra l'art. 217-bis e il fallimento (o atti equiparati)	959
45. I fatti regolati dall'art. 217-bis. "Operazioni" e "pagamenti"; il mancato richiamo di ipotesi riconducibili all'art. 67, comma 3, l. fall.	962
46. Il sindacato del giudice penale sui contenuti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione omologati, nonché sul piano attestato di pagamenti	965
47. Esecuzione dei piani o degli accordi, salvaguardia dell'affidamento e "meritevolezza" di tutela	968

	<i>pag.</i>
48. La responsabilità penale del professionista incaricato di attestare l'idoneità del piano di pagamenti, del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti	970
48.1. <i>Segue:</i> l'art. 236- <i>bis</i> l. fall. (falso in attestazioni e relazioni del professionista incaricato ai sensi degli artt. 67, comma 3, lett. <i>d</i>), 161, comma 3, 182- <i>bis</i> , 182- <i>quinquies</i> , 186- <i>bis</i>)	972
III. <i>La bancarotta nell'impresa societaria</i>	974
a) <i>La bancarotta impropria fraudolenta</i>	974
49. Premessa	974
50. Le condotte della bancarotta impropria; in specie fraudolenta	974
51. Sintesi di alcuni problemi applicativi: a) i criteri di identificazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale; in specie della distrazione	976
52. <i>Segue:</i> b) gruppi di imprese e bancarotta	977
53. L'art. 223, comma 1, l. fall.	980
54. L'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall.	980
55. Il nesso causale tra i fatti costitutivi dei delitti societari richiamati dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. e l'evento di "dissesto"	980
56. <i>Segue:</i> la nuova formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall.	982
57. <i>Segue:</i> l'accertamento dell'effetto causale rispetto al dissesto	984
58. Ricognizione dei rapporti tra i delitti richiamati dall'art. 223, comma 2, n. 1 e i fatti di bancarotta puniti dall'art. 223, comma 1. In particolare sui rapporti tra distrazione fallimentare e infedeltà patrimoniale	985
59. <i>Segue:</i> distrazione e infedeltà patrimoniale	987
60. L'art. 223, comma 2, n. 2, l. fall.	988
61. I rapporti tra le fattispecie materiali e psicologiche dei commi 1 e 2 dell'art. 223 l. fall.	989
b) <i>La bancarotta impropria semplice</i>	991
62. Le condotte della bancarotta impropria semplice	991
c) <i>Ulteriori soggetti responsabili</i>	992
63. I soci illimitatamente responsabili e l'institore	992
IV. <i>Il tentativo, il concorso di persone, le circostanze</i>	993
64. Il problema del tentativo	993
65. Il concorso di persone	993
66. Le circostanze della bancarotta	994

SEZIONE III

LE ALTRE FATTISPECIE DI REATI FALLIMENTARI

di Nicola Selvaggi

1. Il ricorso abusivo al credito	999
1.1. Premessa	999

	<i>pag.</i>
1.2. Il delitto nel sistema della tutela del patrimonio	1001
1.3. Sul rilievo per la punibilità della dichiarazione di fallimento	1002
1.4. La condotta di dissimulazione del dissesto o dello stato di insolvenza	1003
1.5. Il dolo	1005
1.6. Il rapporto con gli altri reati	1006
2. Denuncia di creditori inesistenti e altre inosservanze da parte del fallito	1009
3. I reati del curatore	1012
3.1. La qualifica di “curatore” e le altre condizioni personali rilevanti. Il curatore come pubblico ufficiale	1012
3.2. Il reato di interesse privato del curatore fallimentare	1014
3.3. Accettazione di retribuzione non dovuta	1017
3.4. Omessa consegna o deposito di cose del fallimento	1018
4. Domande di ammissione di crediti simulati o distrazioni senza il concorso del fallito	1019
5. Il mercato di voto	1021
6. L'esercizio abusivo di attività commerciale	1023

SEZIONE IV

LE DISPOSIZIONI PENALI APPLICABILI NELL'AMBITO DEL CONCORDATO PREVENTIVO, DELLA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA E DELL'AMMINISTRAZIONE STRAORDINA- RIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

di *Enrica Villani*

1. Le disposizioni penali applicabili nelle procedure diverse dal fallimento: considerazioni preliminari	1025
2. La fattispecie prevista dall'art. 236, comma 1	1027
3. Il comma 2 dell'art. 236. Concordato preventivo e reati di bancarotta (art. 236, comma 2, n. 1)	1030
3.1. Aspetti problematici con riferimento ai nn. 2, 3 e 4 del comma 2 dell'art. 236 l. fall.	1033
3.2. Art. 236 l. fall., accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182- <i>bis</i> l. fall.) e piano di risanamento (art. 67, comma 3, lett. <i>d</i>), l. fall.)	1034
4. Art. 237 l. fall. e le disposizioni penali applicabili in caso di liquidazione coatta amministrativa	1036
5. La disciplina penale in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270)	1037

SEZIONE V

LE FATTISPECIE PENALI IN MATERIA DI COMPOSIZIONE
DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO
E DI LIQUIDAZIONE DI BENI DEL DEBITOREdi *Massimiliano Masucci*

1. Quadro di sintesi	1039
2. I delitti del debitore. Premesse introduttive	1040
3. L'art. 16, comma 1. La definizione del soggetto attivo	1041
4. L'art. 16, comma 1, lett. <i>a</i>)	1042
5. L'art. 16, comma 1, lett. <i>b</i>)	1046
6. L'art. 16, comma 1, lett. <i>c</i>)	1048
7. L'art. 16, comma 1, lett. <i>d</i>)	1048
8. L'art. 16, comma 1, lett. <i>e</i>)	1050
9. L'art. 16, comma 1, lett. <i>f</i>)	1052
10. I delitti dei componenti gli organismi di composizione della crisi e dei professionisti equiparati (art. 16, commi 2 e 3 e art. 15, comma 9)	1053
11. Il problema della titolarità di qualifiche pubblicistiche	1054
12. Falsità nelle attestazioni dei componenti gli organismi di composizione della crisi (art. 16, comma 2, l. n. 3/2012)	1056
13. L'omissione e il rifiuto di atti degli organismi di composizione della crisi in danno dei creditori (art. 16, comma 3, l. n. 3/2012)	1059
 <i>Indice analitico</i>	 1063

GLI AUTORI

Lorenzo BENEDETTI è Dottore di ricerca in Diritto commerciale nell'Università Cattolica di Milano; Professore a contratto in Diritto societario comparato presso il Dipartimento di Management dell'Università di Torino.

Mauro BOVE è Professore ordinario di Diritto processuale civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

Roberto CALVO è Professore straordinario di Diritto privato nell'Università della Valle d'Aosta.

Francesco CORSI è Professore ordinario f.r. di Diritto commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Giulia CORSI è Avvocato in Milano.

Fabrizio DI MARZIO è Consigliere della Corte di cassazione.

Antonio FICI è Professore associato confermato di Diritto privato presso il Dipartimento giuridico dell'Università del Molise.

Francesco FIMMANÒ è Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi del Molise; Preside della Facoltà di Giurisprudenza e Rettore nell'Università telematica Pegaso.

Antonio FIORELLA è Professore ordinario di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza-Università di Roma".

Enrico GABRIELLI è Professore ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Alberto GIAMPIERI è Avvocato in Roma.

Lino GUGLIELMUCCI già Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Trieste.

Daphne LETIZIA è Dottore di ricerca in Diritto privato per l'Europa nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Roma Tre".

Angelo LUMINOSO è Professore Emerito di Diritto civile nell'Università di Cagliari.

Giovanna MARTIRE è Ricercatrice in Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Massimiliano MASUCCI è Professore associato di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Roma Tre".

Marco MICCINESI è Professore ordinario di Diritto tributario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Andrea ORESTANO è Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia.

Roberto ROSAPEPE è Professore ordinario di Diritto commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno.

Michele SANDULLI è Professore ordinario f.r. di Diritto commerciale e di Diritto delle imprese in crisi nella Facoltà di Economia dell'Università "Roma Tre".

Giuliana SCOGNAMIGLIO è Professore ordinario di Diritto commerciale nella Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza-Università di Roma".

Nicola SELVAGGI è Ricercatore confermato in Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Filippo SGUBBI è Professore ordinario di Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'"Alma Mater Studiorum-Università di Bologna" e titolare dell'insegnamento di Diritto penale dell'economia nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Luiss-Guido Carli" di Roma.

Antonio VALLEBONA è Professore ordinario di Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Francesco VASSALLI è Professore ordinario f.r. di Diritto commerciale e di Diritto fallimentare nella Facoltà di Giurisprudenza della "Sapienza-Università di Roma".

Enrica VILLANI è Dottore di ricerca in Diritto penale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Roma Tre".

SEZIONE VII

I PATRIMONI DESTINATI AD UNO SPECIFICO AFFARE

di *Lorenzo Benedetti*

SOMMARIO: 1. L'esercizio della revocatoria fallimentare in caso di società con patrimoni destinati ad uno specifico affare di tipo industriale o finanziario. – 2. *Segue*: l'ambito di applicazione dell'art. 67-*bis*. – 3. I presupposti oggettivi di applicazione. – 4. *Segue*: le ipotesi in cui si configura il pregiudizio del patrimonio sociale residuo. – 5. Il presupposto soggettivo. – 6. La delibera costitutiva è revocabile? – 7. Gli effetti della revoca. – 8. I limiti temporali di applicazione dell'art. 67-*bis*.

1. *L'esercizio della revocatoria fallimentare in caso di società con patrimoni destinati ad uno specifico affare di tipo industriale o finanziario*

L'art. 67-*bis* è la prima di una serie di norme (v. artt. 72-*ter*, 155 e 156 l. fall.) dedicate ai patrimoni destinati di una società sottoposta a fallimento¹.

La *ratio* della disposizione consiste nell'estendere eccezionalmente l'esperibilità della revocatoria ad atti che incidono su un patrimonio – quello destinato – non assoggettato a fallimento, purché gli stessi cagionino un danno al patrimonio residuo della società².

¹ La delega alla riforma della legge fallimentare (art. 1, comma 6, lett. *a*), n. 7 del d.l. n. 35/2005, convertito nella l. n. 80/2005) prevedeva l'introduzione di una disciplina concorsuale per i patrimoni destinati limitatamente agli «effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti», quindi non comprendeva una disciplina relativa agli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori. Pertanto parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità di considerare la disciplina introdotta dal legislatore delegato come un eccesso di delega (CENSONI, *I rapporti pendenti nella legge delega di riforma*, in *Fallimento*, 2005, p. 1038 ss.). Per un'ampia indagine al riguardo si veda NIUTTA, *Patrimoni destinati e procedure concorsuali (a seguito della riforma che ha interessato il diritto fallimentare)*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 306 ss.

² Solo una norma specifica può sottoporre a revocatoria fallimentare gli atti inerenti un patrimonio distinto da quello sottoposto all'esecuzione concorsuale e che non può fallire; atti ai quali, quindi, non potrebbe applicarsi la disciplina del fallimento, compresa quella della revocatoria (MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, *Artt. 64-123*, Milano, 2010, p. 277 ss.; COMPORTI, *Sub art. 67-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, I, Torino, 2006, p. 384; G. PESCATORE, *La funzione*

La norma fa esclusivo riferimento alla fattispecie del patrimonio destinato (c.d. operativo) prevista all'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. *a*) c.c., mentre non disciplina l'esercizio della revocatoria in caso di costituzione del patrimonio destinato (c.d. finanziario) contemplato dall'art. 2447-*bis*, comma 1, lett. *b*), c.c. In mancanza di una disciplina speciale nella legge fallimentare per quest'ultima fattispecie, sia al contratto di finanziamento, sia alle eventuali garanzie del prestito (art. 2447-*decies*, lett. *g*), c.c.)³, sia ai rimborsi effettuati in forza dell'escussione della garanzia concessa dalla società⁴ si ritiene applicabile la disciplina generale della revocatoria fallimentare.

Sono invece sottratti alla revoca i pagamenti effettuati con i proventi dello specifico affare ed i relativi frutti, costituendo questi il patrimonio (separato) destinato al rimborso ed alla remunerazione del finanziatore (art. 2447-*decies*, commi 3 e 4, c.c.), non soggetto (a condizione che siano state rispettate le prescrizioni di legge per il realizzarsi della separazione di cui all'art. 2447-*decies*, comma 3, lett. *b*)) all'azione esecutiva dei creditori generali della società. Tale conclusione è imposta dall'art. 2447-*decies*, comma 6, c.c., che, consentendo al finanziatore di insinuarsi al passivo al netto dei proventi e dei frutti già percepiti, presuppone l'attribuzione definitiva di tali somme⁵.

2. Segue: *l'ambito di applicazione dell'art. 67-bis*

Nell'ambito di applicazione della disposizione rientrano gli atti che in-

di garanzia dei patrimoni destinati, Milano, 2008, 311; SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, in *La legge fallimentare*, diretto da Ferro, Padova, 2007, p. 504. Sulla non fallibilità in generale del patrimonio destinato si veda, per tutti, NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, p. 78). Evidentemente la norma in esame sottende l'esigenza di tutelare i creditori generali della società (PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza della società per azioni con patrimoni "separati"*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, I, Torino, 2006, 929)

³ FIMMANÒ, *Sub art. 67-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, *, Bologna, 2006, p. 1062; GIANNELLI, *Sub art. 2447-*decies**, in *Società di capitali*. Commentario diretto da Nicolini e Stagno d'Alcontres, II, Napoli, 2005, p. 1283; SANTOSUOSSO, *Sub art. 67-bis l. fall.: patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni e Severini, II, Torino, 2010, p. 314.

⁴ Tali rimborsi, infatti, sono stati assimilati ai pagamenti compiuti dal fallito. Cfr. FIMMANÒ, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 1063.

⁵ GIANNELLI, *Sub art. 2447 *decies**, cit., p. 1283; COMPORI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 394. Si noti che, giusta la previsione dell'art. 72-*ter* l. fall., se il fallimento della società non impedisce la prosecuzione dell'affare, il contratto di finanziamento non si scioglie e quindi prosegue la separazione patrimoniale, prevedendo la norma una «forma di esercizio provvisorio dell'impresa sociale limitatamente alla specifica operazione» (GIANNELLI, *Sub art. 2447-*decies**, cit., p. 1283).

cidono su un patrimonio separato c.d. operativo, pregiudicando il patrimonio sociale generale.

Ne sono, pertanto, escluse sia le operazioni realizzate in danno del patrimonio destinato ed a favore del patrimonio residuo della società, sia quelle intercorse fra patrimoni destinati⁶. La ragione di questa esclusione⁷ deve essere individuata nella non fallibilità del patrimonio destinato incapiente; il che comporta l'inapplicabilità del regime revocatorio fallimentare⁸.

Peraltro, l'art. 67-bis non elenca le tipologie di atti revocabili.

È comunque certo che nel suo ambito di applicazione ricadono gli atti a titolo oneroso ex art. 67⁹. Parte della dottrina, invece, dubita della revocabilità ai sensi dell'articolo in esame degli atti previsti agli artt. 64 e 65¹⁰.

In effetti, questa tesi pare fondata in quanto l'art. 67-bis fa riferimento

⁶ FIMMANÒ, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 1053 ss., il quale propone l'impiego di strumenti diversi dalla revoca per il problema della "ricomposizione del valore dei patrimoni alterati da atti intergestori"; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008, p. 242 ss., che però ritiene gli atti in esame soggetti alla revocatoria ordinaria; NIUTTA, *Patrimoni*, cit., p. 321, nota 76 e p. 325 ss. Ammette invece l'applicabilità dell'art. 67-bis anche agli atti intergestori (senza specificare) G. PESCATORE, *La funzione*, cit., p. 309.

⁷ I rimedi esperibili nelle ipotesi indicate nel testo possono essere le azioni risarcitorie ex art. 146 (art. 156, comma 3). Per ulteriori approfondimenti si veda NIUTTA, *Patrimoni*, cit., p. 322 ss., che ritiene l'esclusione indicata nel testo in linea con la tendenza della riforma a ridimensionare la rilevanza della revocatoria fallimentare; MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 285.

⁸ PAJARDI-PALUCHIWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 444; FIMMANÒ, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 1053; MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 285. Nel disegno di legge elaborato dalla commissione Trevisanato c.d. ristretta era, invece, prevista la revocatoria degli "atti e pagamenti compiuti tra la società e il patrimonio destinato e viceversa", ma ciò in ragione del fatto che in quel disegno era prevista l'assoggettabilità dei patrimoni separati alle procedure concorsuali.

⁹ SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 504, per il quale «la generica previsione degli "atti che incidono su un patrimonio destinato" dovrebbe essere riempita di contenuto ... facendo riferimento agli atti previsti dall'art. 67 l. fall., commi 1 e 2», costituendo quindi la norma in esame una «disciplina satellite» dell'articolo precedente; conf. TRICOMI, *L'art. 67-bis della legge fallimentare e la tutela dei creditori*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 404 ss. Si è però precisato che devono considerarsi esclusi dalla revoca ex art. 67-bis, fra gli atti previsti all'art. 67, i pagamenti e le garanzie che hanno ad oggetto le risorse del patrimonio separato e come destinatari i suoi creditori: «in questo caso ... non si verifica alcun danno a carico dei creditori della società per la semplicissima ragione che le pretese sorte dalla gestione dello specifico affare godono di una prelazione sui beni in parola e, quindi, andrebbero soddisfatte in via prioritaria anche all'interno del concorso fallimentare» (TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 84). Che la destinazione patrimoniale comporti anche una deroga alla *par condicio*, perché essa crea diverse classi di creditori è riconosciuto anche da DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 82.

¹⁰ MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 286; SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 504. Per la revocabilità ai sensi dell'art. 67-bis anche degli atti a titolo gratuito si veda COMPORTI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 389, SANTOSUOSSO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 311 ss.

solo alla *revoca* degli atti incidenti sul patrimonio destinato e pregiudizievoli per la società. Dunque, esso estende eccezionalmente a questi ultimi l'applicazione dell'azione revocatoria, ma non l'inefficacia *ex artt.* 64 e 65, che è un rimedio ontologicamente diverso dalla prima¹¹.

Tale conclusione può, tuttavia, sollevare qualche dubbio sulla costituzionalità dell'art. 67-*bis* per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.: i creditori sociali possono fruire della tutela di cui agli artt. 64 e 65 solo se gli atti lì previsti incidono sul patrimonio sociale, non se incidono sul patrimonio destinato, pregiudicando indirettamente quello sociale¹².

3. I presupposti oggettivi di applicazione

L'incidenza sul patrimonio destinato e il pregiudizio al patrimonio generale della società costituiscono i due presupposti oggettivi della nuova fattispecie di revocatoria.

I) Il primo presupposto ricorre quando l'atto revocando ha ad oggetto un bene o un rapporto incluso nel patrimonio destinato mediante la delibera *ex art.* 2447-*ter* c.c.¹³.

II) L'art. 67-*bis* prevede il danno alla società come presupposto *autonomo* della revoca¹⁴. Ne consegue che esso non può considerarsi intrinseco

¹¹ Basti sul punto ricordare che, secondo l'orientamento oggi prevalente, l'inefficacia consegue automaticamente alla dichiarazione di fallimento (da ultimo Cass., 26 marzo 2003, n. 4466, in *Fallimento*, 2003, 1088) e la relativa pronuncia ha, quindi, natura dichiarativa; mentre le sentenze aventi per oggetto la revoca hanno natura costitutiva (Cass., sez. un., 15 giugno 2000, n. 437, *ivi*, 2001, p. 565; Cass., 11 giugno 2004, n.11097, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 6).

¹² SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 504. La soluzione che scaturisce dall'interpretazione letterale dell'art. 67-*bis* è, da un punto di vista sistematico, davvero incoerente perché a) consente ad una scelta del debitore decotto (la costituzione di un patrimonio destinato) di determinare la limitazione dei rimedi a tutela dei suoi creditori (incidendo quindi su interessi di terzi, ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento); b) tutela i creditori sociali contro gli atti a titolo oneroso, ma non da quelli che, per il maggior disvalore, sono in generale sottoposti ad una sanzione più severa quale l'inefficacia automatica.

¹³ MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 286. Sul significato del presupposto si veda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 241, secondo il quale il verbo «incidere» non è da interpretare nel ristretto senso di «pregiudicare». Sul punto v. anche oltre in nota.

¹⁴ Tale presupposto non trova riscontro nell'art. 67, il quale non contempla il pregiudizio al patrimonio del fallito quale *autonomo* requisito di revocabilità, come recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali «l'*eventus damni* è *in re ipsa*» nel compimento dell'atto revocabile nel periodo sospetto. Si veda Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028 in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 567. Conf. con riferimento sia al comma 2 dell'art. 67 – preso in esame dalle Sezioni Unite – sia al comma 1 dello stesso, Cass., 25 agosto 2006, n. 18550, *ivi*,

negli atti incidenti sul patrimonio destinato, né essere oggetto di una presunzione legale assoluta, ma deve essere provato dal curatore¹⁵.

Al riguardo, la dottrina prevalente afferma che l'espresso riferimento al danno contenuto nell'art. 67-*bis* non deve essere interpretato come una presa di posizione del legislatore della riforma a favore del carattere indennitario della revocatoria fallimentare¹⁶; ma ha soltanto la funzione di «richiamare l'attenzione sul fatto che certe tipologie di atti [incidenti sul patrimonio destinato] non possono essere revocati, in quanto non arrecano alcun pregiudizio alla società»¹⁷. Pregiudizio che, comunque lo si intenda, è da considerare fondamento della revocatoria fallimentare¹⁸.

4. Segue: *le ipotesi in cui si configura il pregiudizio del patrimonio sociale residuo*

L'effetto fondamentale della costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare è quello di evitare la responsabilità del patrimonio

2007, II, p. 567 ove si afferma che «per tutte le fattispecie considerate dal 1° e dal 2° comma dell'art. 67 la presunzione di danno è assoluta, essendo in entrambi i casi *in re ipsa*, in quanto, rispettivamente correlata all'anomalia che qualifica l'azione in chiave indennitaria e alla lesione della *par condicio creditorum* che qualifica in chiave distributiva gli effetti dell'insolvenza sull'intera massa concorsuale».

¹⁵ Mentre le sezioni unite, 28 marzo 2006, n. 7028, cit., hanno affermato – in modo consequenziale rispetto alla premessa da cui partono, relativa al fatto che il danno è *in re ipsa* negli atti ex art. 67 compiuti nel periodo sospetto – che il danno in caso di revocatoria fallimentare si presume in modo assoluto.

¹⁶ La letteratura sul punto è vastissima per cui ci si limita qui a rimandare a F. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970; LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare. Un contributo alla teoria della revocatoria*, Milano, 1974; TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola e Galgano, I, Parte generale, Bologna-Roma, 1993.

¹⁷ TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 85; conf. FIMMANÒ, *Patrimoni*, Milano, 2008, p. 371; GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la ... mette in crisi*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 586 e cfr. *supra*, nota 9. Ma considerano il riferimento al danno come indice dell'accoglimento della teoria indennitaria MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 289.

¹⁸ Si veda Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n.7028, cit., la quale afferma chiaramente che «il presupposto oggettivo della revocatoria ... si correl[a] non alla nozione di danno quale emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento bensì alla specificità del sistema fallimentare, ispirato all'attuazione del principio della *par condicio creditorum*, per cui il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio» (corsivi aggiunti). Si veda, per esempio, l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 67-*bis*, per mancanza di danno al patrimonio residuo della società, indicata *supra*, nota 10.

residuo della società per gli atti di gestione dell'iniziativa settoriale.

Tuttavia, la specializzazione della responsabilità patrimoniale¹⁹ non è sempre perfetta e bilaterale, in particolare nei casi contemplati all'art. 2447-*quinquies*, comma 3, ult. periodo e comma 4²⁰. In tali ipotesi, i creditori particolari possono presentare domanda di insinuazione al passivo della società *ex art.* 156, comma 2. Pertanto, gli atti incidenti sul patrimonio destinato sono potenzialmente capaci di pregiudicare il patrimonio residuo della società.

Al riguardo, però, occorre stabilire se nei casi appena elencati la responsabilità della società per le obbligazioni relative allo specifico affare è sussidiaria (ossia possa essere fatta valere solo in caso di incapacienza del patrimonio destinato) oppure esclusiva o concorrente. Se la responsabilità della società è sussidiaria, qualora il patrimonio destinato sia capiente, i creditori particolari non possono insinuarsi nel suo fallimento; dunque, nessun danno si produce nel patrimonio residuo della società. Perciò, l'incapienza del patrimonio destinato deve essere provata dal curatore che agisce *ex art.* 67-*bis*, al fine di dimostrare il danno richiesto da tale norma²¹. Al contrario, se la responsabilità del patrimonio generale è esclusiva o concorrente, l'insinuazione dei creditori particolari ai sensi dell'art. 156, comma 2, prescinde dall'incapienza del patrimonio destinato; dunque l'atto di gestione dello specifico affare può senz'altro pregiudicare il patrimonio residuo della società ed essere revocato *ex art.* 67-*bis*²².

¹⁹ DI MAJO, *Responsabilità*, cit., p. 29 e R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 1 ss.

²⁰ Ai sensi della prima disposizione la delibera costitutiva del patrimonio destinato può prevedere la responsabilità illimitata, concorrente o sussidiaria (arg. *ex art.* 156, comma 2, l. fall.) del patrimonio sociale per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare (per la revoca degli atti incidenti sullo specifico affare in tal caso si veda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 241; COMPORTELLI, *Sub art.* 67-*bis*, cit., p. 389); la seconda disposizione fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni da fatto illecito (per la revoca del pagamento spontaneo del creditore extracontrattuale da parte della società si veda TRICOMI, *L'art.* 67-*bis*, cit., p. 410, la quale ammette la revoca quando il pagamento sia intervenuto prima della sentenza di condanna della società passata in giudicato); l'ultima prevede la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da atti compiuti in relazione allo specifico affare senza l'espressa menzione del vincolo di destinazione (per la revoca di tali atti si veda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 241; GUERRIERI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 587; PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza*, cit., p. 929).

²¹ MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art.* 67-*bis*, cit., pp. 288-289. Afferma il carattere sussidiario della responsabilità della società verso i creditori extracontrattuali BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimonio destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 298 ss.; ma nel senso che i creditori involontari potrebbero agire direttamente verso la società è la dottrina maggioritaria, per le citazioni relative alla quale si rimanda a BACCETTI, *op. ult. cit.*, p. 296, nota 15.

²² MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art.* 67-*bis*, cit., p. 289. La responsabilità della società è esclusiva in caso di mancata menzione del vincolo di destinazione dell'atto, perché il rapporto giuridico si imputa solo in capo al patrimonio residuo della società. Si veda BACCETTI, *op. ult.*

Gli atti incidenti sul patrimonio destinato possono, però, pregiudicare il patrimonio sociale residuo anche quando rispetto ad essi trova applicazione la regola generale della responsabilità *limitata* della società (art. 2447-*quinquies*, comma 3, c.c.). Ciò accade se tali atti diminuiscano il corrispettivo della cessione o quanto residua dalla liquidazione del patrimonio destinato (art. 155, comma 2)²³, su cui i creditori concorsuali della società hanno diritto di soddisfarsi (art. 155, comma 3)²⁴. Al riguardo si è obiettato che «se il pregiudizio derivante dall'atto dovesse essere inteso come pregiudizio conseguente al minor valore del patrimonio separato al momento della cessazione del vincolo ... la norma non avrebbe un particolare significato in quanto parificherebbe sostanzialmente gli atti incidenti sul patrimonio separato a quelli direttamente incidenti sul patrimonio sociale»²⁵. Ma questa obiezione non sembra sufficiente ad escludere l'applicazione dell'art. 67-*bis*, del quale anche nel caso in esame ricorre la *ratio* di consentire la revoca di atti inerenti al patrimonio separato, non soggetto a fallimento, a tutela dei creditori generali della società (che sono creditori concorsuali).

Inoltre, la disposizione in esame sembra applicabile anche agli atti di gestione dello specifico affare che riducano i frutti o i proventi da esso prodotti spettanti alla società, sui quali i creditori generali possono far valere i loro diritti *ex art. 2447-quinquies*, comma 1, c.c.²⁶.

cit., p. 297 e la dottrina *cit.* a nota 16. Nel caso di responsabilità della società prevista dalla delibera costitutiva, sarà quest'ultima a determinare il carattere della responsabilità della società (cfr. TRICOMI, *L'art. 67-bis*, *cit.*, p. 408 ss.).

²³ Il comma 2 dispone che, in caso di fallimento della società, il curatore deve cedere il patrimonio a terzi o, se ciò non è possibile, liquidarlo. Il comma 3 dispone che il corrispettivo della cessione al netto dei debiti o il residuo attivo della liquidazione del patrimonio sono acquisti all'attivo fallimentare.

²⁴ TERRANOVA, *La nuova disciplina*, *cit.*, pp. 83-84, ove ampie esemplificazioni di atti lesivi per il patrimonio destinato e, indirettamente, anche per i creditori sociali e un'importante precisazione in merito al caso in cui il patrimonio destinato ha un valore netto positivo o negativo; SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, *cit.*, p. 503.

²⁵ ZANICHELLI, *la nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 2008, p. 148; MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, *cit.*, p. 290. In altri termini, il presupposto del danno al patrimonio residuo perderebbe qualunque rilievo al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 67-*bis*.

²⁶ SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, *cit.*, p. 503 ss. Non persuade la tesi contraria di MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, *cit.*, p. 290, per i quali la quota dei frutti e dei proventi spettanti alla società è immediatamente compresa nel patrimonio residuo; dunque, l'atto dispositivo che diminuisce tale quota non incide sul patrimonio destinato, ma su quello generale. Si tratta qui di revocare un atto che è inerente la gestione dello specifico affare (e quindi non incide per regola generale sul patrimonio destinato) che cagiona un minor ammontare dei proventi (i quali, non venendo ad esistenza, non possono dirsi già compresi nel patrimonio residuo). Si pensi ad un atto a prestazioni sproporzionate per una fornitura relativa allo specifico affare.

Più incerta è, invece, la revocabilità *ex art. 67-bis* degli atti che violano il regime di separazione fra patrimonio sociale residuo e patrimonio destinato. Per questa evenienza l'art. 156, comma 3, prevede l'esperibilità delle azioni risarcitorie contro gli amministratori e i componenti l'organo di controllo della società. Tale disposizione, tuttavia, non pare di per sé capace di precludere il ricorso alla revocatoria, date le differenze che sussistono fra i rimedi risarcitori e quelli "demolitori" (fra i quali va annoverata la revocatoria)²⁷. La revocabilità di tali atti *ex art. 67-bis* è piuttosto da escludere in quanto essi non incidono sul patrimonio destinato²⁸: avendo ad oggetto beni compresi nel patrimonio residuo, gli atti che violano la separazione patrimoniale sono revocabili in base alle norme generali sulla revocatoria fallimentare (artt. 64 ss.), non ricorrendo rispetto ad essi la *ratio* dell'art. 67-bis (v. *supra*)²⁹.

Infine, è discusso se siano revocabili ai sensi di quest'ultima disposizione solo gli atti – che presentino i requisiti da essa prescritti – aventi come controparte un terzo rispetto alla società o anche quelli meramente interni fra patrimonio generale e patrimonio destinato³⁰. Alcuni autori negano

²⁷ Per un'ampia indagine circa le differenze fra rimedi risarcitori e revocatoria (qualificata come «impugnativa») si veda TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 21 ss. Stante l'esistenza di tali differenze tra i rimedi, non si pone, ammettendone l'applicabilità alla medesima fattispecie, un problema di violazione del principio di economia dei rimedi, che impone di evitare un ingiustificato concorso di tutele. Peraltro, si è anche sostenuto che le restrizioni alla tutela dei creditori non sono giustificabili ove non espressamente previste (ROCCO DI TORRE PADULA, *Patrimoni destinati e insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 47) e quando il rimedio specifico e quello generale costituiscono forme di protezione di tipo diverso (CABRAS, *Le opposizioni dei creditori di società*, Milano, 1978, pp. 169-170). Per l'applicabilità dell'art. 67-bis al caso in esame si veda COMPORTI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 389; R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 241; ed in generale NIUTTA, *Patrimoni*, cit., p. 319 che afferma: «la scelta operata dal legislatore fallimentare ... di configurare una nuova ipotesi di revocatoria non implica di per sé la necessità di escludere l'ammissibilità di altri rimedi ...»; *contra* TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 405.

²⁸ Si pensi alla società che paga o garantisce i debiti del patrimonio destinato con beni facenti parte del suo patrimonio generale; o alla vendita di questi ultimi beni con menzione (fittizia) del vincolo di destinazione allo specifico affare, per cui il ricavato incrementa il patrimonio destinato.

²⁹ Qui, teoricamente, si potrebbe anche adottare una nozione estensiva del presupposto dell'incidenza rispetto a quella proposta sopra nel testo. Nel caso qui considerato l'atto non ha ad oggetto beni del patrimonio destinato, ma può dirsi aver inciso sullo stesso nel senso di averlo avvantaggiato (perché il pagamento di un creditore particolare è stato effettuato, per es., con denaro del patrimonio residuo) (per uno spunto in tal senso si veda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit. *supra*, nota 13). Ma quanto detto nel testo in base all'interpretazione teleologica dell'art. 67-bis pare smentire tale interpretazione estensiva del presupposto dell'incidenza.

³⁰ Si pensi ad un'iniqua ripartizione di spese comuni o alla concessione ad un settore di un brevetto o di un *know-how* a condizioni eccessivamente favorevoli a quelle praticate sul mercato. Per ulteriori esempi si veda COLOMBO, *La disciplina contabile dei patrimoni destinati: prime*

quest'ultima possibilità, trattandosi di atti "intrasoggettivi" estranei alla revocatoria che si applicherebbe solo agli atti "intersoggettivi". Altra parte della dottrina, invece, sostiene l'irrelevanza al fine dell'esperibilità della revocatoria della formale pertinenza dei compendi patrimoniali ad un unico soggetto (società)³¹.

5. Il presupposto soggettivo

L'art. 67-*bis* si limita a prescrivere quale presupposto soggettivo dell'azione la conoscenza dello stato di insolvenza della società, mentre l'art. 67 dispone una differente ripartizione dell'onere probatorio relativo alla *scientia decotiois* per gli atti di cui al comma 1 ovvero al comma 2³². Perciò, si è sostenuto in dottrina che, per l'applicazione dell'art. 67-*bis*, si debba far riferimento alle regole sulla distribuzione dell'onere probatorio previste dall'art. 67³³.

Tuttavia la trasposizione di questa disciplina alla revocatoria degli atti incidenti sul patrimonio destinato non pare corretta. Intanto, in base al tenore letterale dell'art. 67-*bis*: essendo la conoscenza dello stato d'insolvenza della società elemento costitutivo dell'azione, il relativo onere probatorio deve gravare *ex art.* 2697 c.c. – ed in mancanza di una diversa esplicita previsione normativa – sul curatore che la esercita. Inoltre, appare difficile presumere in capo al terzo, creditore particolare del patrimonio destinato o che comunque ha avuto rapporti con la società relativi solo allo svolgimento dello specifico affare, la conoscenza dello stato d'insolvenza di una massa patrimoniale distinta e separata, qual è quella generale della società. In altri termini, l'eventuale atto anormale è sintomatico di uno stato di crisi solo del patrimonio separato su cui incide, ma non di quello resi-

considerazioni, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 46; DI SABATO, *Strumenti di partecipazione a specifici affari con patrimoni separati e obbligazioni sottoscritte da investitori istituzionali*, *ivi*, 2004, I, p. 21.

³¹ A sostegno della prima tesi v. COMPORTI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 384; SANTOSUOSSO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 308; MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 285; sembra richiedere il carattere intersoggettivo dell'atto da revocare anche G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 7***, Torino, 2004, p. 294. Sostiene la seconda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., pp. 247 ss. e 82 ss. ove un'ampia ricostruzione teorica dei rapporti giuridici fra centri di interessi o situazioni soggettive distinte ma formalmente imputabili ad un unico soggetto.

³² Rispetto ai primi, la *scientia decotiois* del terzo è presunta (salvo prova contraria), in quanto atti sintomatici dell'insolvenza; mentre rispetto ai secondi (c.d. atti normali) è il curatore che deve positivamente provare la *scientia decotiois*.

³³ TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 405.

duo della società, poiché la separazione patrimoniale opera proprio rispetto all'insolvenza impedendone la propagazione³⁴.

La *scientia decotiois* deve sussistere in capo al terzo controparte della società nel compimento dell'atto revocando.

Qualora si tratti di revocare atti intrasoggettivi (purché ciò si ritenga possibile: v. *supra*), invece, la conoscenza dello stato d'insolvenza deve essere riferita alla società e, per essa, agli amministratori che hanno deliberato o dato attuazione all'atto³⁵.

6. La delibera costitutiva è revocabile?

La riforma fallimentare non ha risolto la questione della revocabilità della delibera costitutiva³⁶ del patrimonio destinato.

Quel che sembra certo è la non revocabilità della delibera costitutiva ai sensi dell'art. 67-*bis*: l'incidenza dell'atto sul patrimonio destinato, prescritta da tale norma, presuppone che il patrimonio stesso sia già esistente³⁷.

³⁴ Così ROCCO DI TORREPADULA, *Patrimoni*, cit., p. 530. Sostengono la soluzione del testo SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 506; MURATORE-VENTORUZZO, *Sub art. 67-bis*, cit., pp. 291-292. La conclusione nel testo, peraltro, è valida solo superando il dubbio se «data l'autonomia ... del patrimonio "separato" rispetto a quello "non separato", ... la conoscenza richiesta ... sia quella inerente la situazione patrimoniale della società in generale ... ovvero ... all'attività oggetto del patrimonio "separato"» (PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza*, cit., p. 929 ss.).

³⁵ Si devono accogliere al riguardo i risultati dell'indagine condotta in merito all'imputazione della conoscenza nella società di M. CAMPOBASSO, *L'imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, p. 264 ss. Si veda R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 248 ss., il quale afferma che in caso di delibera consiliare, la *scientia decotiois* della società va accertata in capo ai componenti il cui voto sia stato determinante per il raggiungimento della maggioranza. L'autore rileva anche che sarebbe stata auspicabile la previsione (contenuta nella bozza Trevisanato, ma non recepita) di una presunzione di conoscenza dello stato d'insolvenza in capo agli amministratori, in quanto essi gestiscono tanto il patrimonio generale quanto quelli separati. Infine l'autore rileva che la mancata specificazione nel testo dell'art. 67-*bis* del soggetto cui va riferita la *scientia decotiois* è proprio dovuta alla necessità di imputarla a soggetti diversi a seconda che debbano essere revocati atti inter-soggettivi o inter-patrimoniali.

³⁶ Le medesime riflessioni e le stesse problematiche relative alla revocabilità della delibera costitutiva del patrimonio separato si pongono anche in caso di delibere del consiglio d'amministrazione che – dopo la costituzione del patrimonio destinato – modifichino la delibera costitutiva, implementando la dotazione di beni e di rapporti da impiegare per perseguire lo specifico affare. Per gli autori che negano l'esperibilità della revocatoria, in quanto istituto che presuppone un atto fra soggetti distinti. Cfr. NIUTTA, *Patrimoni*, cit., p. 320 ss.

³⁷ PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale*, cit., p. 444 ss.; CASALE, *Patrimoni e finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, 1, Torino, 2010, p. 993, ove correttamente si rileva che la

Tale conclusione, inoltre, è confermata dall'interpretazione teleologica della disposizione. La sua *ratio* consiste nell'estendere eccezionalmente l'esperibilità della revocatoria ad atti che incidono su un patrimonio – quello destinato – non assoggettato a fallimento. Essa, tuttavia, non ricorre rispetto alla delibera costitutiva che incide non già sul patrimonio destinato, ma su quello generale della società, oggetto della procedura concorsuale. A tale atto, quindi, sono senz'altro applicabili – se si ritiene soggetto a revocatoria – gli artt. 64 e ss.

Peraltro, numerosi sono i dubbi che sorgono in merito alla stessa revocabilità della delibera costitutiva del patrimonio destinato³⁸.

Intanto occorre chiedersi se la revocatoria, certamente pensata per atti aventi come controparte un soggetto diverso dal disponente, si applichi anche a quelli il cui unico referente soggettivo è la società³⁹.

Se si ritiene, poi, che la costituzione del patrimonio destinato non realizzi una fattispecie traslativa, ma costituisca piuttosto un atto che esplica la propria rilevanza esclusivamente sul piano organizzativo⁴⁰, la domanda centrale diviene allora se la revocatoria possa colpire anche gli atti di organizzazione⁴¹.

Ancora, a tutela dei creditori preesistenti alla delibera costitutiva del patrimonio destinato, l'art. 2447-*quater*, comma 2, c.c. disciplina il rimedio specifico dell'opposizione. Sarebbe dunque naturale eludere i quesiti appena elencati, semplicemente sostenendo che l'esperibilità del rimedio specifico preclude il ricorso al rimedio generale della revocatoria. Ma anche tale questione non può essere liquidata in modo così sbrigativo, in quanto la dottrina risulta al riguardo divisa⁴².

Infine, l'impressione ricavabile dal confronto fra la legge fallimentare e il diritto societario riformati è che il legislatore tenda nella prima a pretermettere – o comunque, a restare inconsapevole e poco avvertito – delle proble-

delibera costitutiva incide solo sul patrimonio generale; SANTOSUOSSO, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 313; COMPORI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 385; *contra* NIUTTA, *Patrimoni*, cit., p. 319.

³⁸ Per la loro complessità e per il fatto che come si è detto la revocabilità della delibera in esame esula comunque dall'art. 67-*bis* non se ne può trattare nei limiti della presente indagine. Pertanto, ci si limita qui solo ad accennarli.

³⁹ In particolare: può configurarsi in tal caso un atto di disposizione oppure un acquisto revocabile, in mancanza di un beneficiario terzo rispetto al fallito?

⁴⁰ Chiaro in tal senso TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 82.

⁴¹ Sul punto si esprimono in senso negativo si veda TERRANOVA, *Effetti*, III, *Parte speciale*, art. 67, 2002, p. 322 (in relazione al recesso dalla società) e GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005, pp. 133-140; e cfr. anche TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 400.

⁴² Le incertezze della dottrina sul rapporto fra opposizione e revocatoria sono sorte non solo con riferimento alla costituzione dei patrimoni destinati ma anche alla scissione. Cfr. FIMMANÒ, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 1063; G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, cit., p. 294 ss.

matiche proprie del secondo⁴³. Si tratta allora di stabilire se e come l'eventuale revoca della delibera costitutiva si concili con la disciplina di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. Con la revocatoria, infatti, si elimina l'effetto essenziale (quello della separazione e della conseguente "specializzazione" della garanzia patrimoniale) collegato dalla legge al nuovo istituto dei patrimoni destinati, dunque si nega la stessa funzione per cui essi sono stati introdotti⁴⁴. Il che pare determinare un'incoerenza sistematica dell'ordinamento⁴⁵.

Ciò posto, non pare agevole ammettere che, tramite la revocatoria, possano essere sacrificati gli interessi inerenti la costituzione del patrimonio destinato⁴⁶ privilegiando – nel comporre il conflitto fra gli interessi dei creditori che subiscono la revoca e di quelli concorsuali che se ne avvantaggiano⁴⁷ – *sic et simpliciter* quello dei creditori generali della società.

7. Gli effetti della revoca

La norma in esame non disciplina gli effetti conseguenti alla revoca dell'atto.

⁴³ Sul punto cfr. NIGRO, *Procedure concorsuali e società in Italia e in Europa*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2003, I, p. 3 ss.; ID., *Società e soci nella nuova amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 342; L. BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 della banca e le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 414 ss.

⁴⁴ Si veda l'art. 2447-*quinquies*, comma 1, c.c. il quale dispone: «Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, *i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare ...*» (corsivi aggiunti). Al riguardo v. TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 403. Si è anche rilevata una ulteriore incoerenza. ZANICHELLI, *La nuova*, cit., p. 147 afferma che «prevedendo la revocabilità degli atti che incidono su un patrimonio separato solo quando pregiudicano il patrimonio della società sembra escludere ... la revocabilità ... della destinazione dei beni ad un affare, posto che non avrebbe senso porsi il problema di regolare tali atti quando fosse revocabile ... l'intera operazione».

⁴⁵ Il che è inaccettabile, poiché l'argomento dell'interpretazione sistematica impone all'interprete di evitare incoerenze e contraddizioni nell'ordinamento (c.d. presunzione del legislatore razionale e coerente). Cfr. TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 401, che parla di «un'evidente discrasia tra la...*ratio* del [patrimonio destinato] e la particolareggiata tutela offerta al creditore particolare dalla disciplina societaria e...la tenuta dei benefici dello strumento nella fase patologica del fallimento della s.p.a. ...».

⁴⁶ Quelli dei creditori particolari, che hanno fatto affidamento sullo stesso e sugli effetti in termini di specificazione della garanzia patrimoniale che esso comporta; quelli della società al frazionamento del rischio d'impresa (v. sul punto l'ampio approfondimento di R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 63 ss.).

⁴⁷ Questa è la funzione della revocatoria: LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 64; L. BENEDETTI, *Gratuità e onerosità delle garanzie per debiti altrui a seguito della riforma della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 864 ss.

L'acquisizione al patrimonio sociale generale del bene revocato sembra la soluzione che consente di evitare uno «sfasamento tra presupposto di esercizio dell'azione – positivamente individuato nel pregiudizio al patrimonio della società – ed eventuale suo risultato utile»⁴⁸.

Tuttavia, a tale conclusione si oppone la considerazione che la segregazione del patrimonio destinato persiste anche a seguito della dichiarazione di fallimento (v. art. 155). Logico corollario è quindi l'acquisizione del bene revocato al patrimonio destinato⁴⁹.

Più complesso è stabilire se il terzo revocato possa far valere la propria eventuale pretesa ex art. 70, comma 2, nei confronti della società ovvero del patrimonio destinato⁵⁰.

Per risolvere la questione si deve partire dall'assunto che l'eventuale credito del terzo revocato ai sensi dell'art. 70, comma 2 è quello avente titolo nel contratto sinallagmatico revocato o quello originario che rivive una volta restituito il pagamento⁵¹.

Ciò premesso, se è revocato l'atto inerente allo specifico affare senza indicazione del vincolo di destinazione, il terzo deve insinuare l'eventuale

⁴⁸ R. SANTAGATA, *Patrimoni*, cit., p. 245.

⁴⁹ Il bene, infatti, deve essere incluso nel patrimonio destinato per integrare il presupposto dell'incidenza ex art. 67-bis. Si veda TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 87. Del resto si può affermare che i danni sopra indicati al patrimonio generale della società e ai suoi creditori sono indiretti (nel senso che incidono direttamente sul patrimonio destinato e di riflesso su quello residuo. SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 504); quindi eliminando il danno al patrimonio destinato (che acquisisce il bene revocato), si elimina anche quello indiretto. In caso di revoca di atti che violano la separazione fra patrimonio generale e patrimonio destinato (pagamenti o garanzie a creditori particolari con risorse attinte dal primo compendio) si è già detto che essi sembrano revocabili ex art. 64 ss. In tali ipotesi la reintegrazione della garanzia patrimoniale deve operare in favore del patrimonio generale. Inoltre, qualora siano violate le regole di separazione fra patrimonio generale e destinato, il credito del terzo deve essere fatto valere nella liquidazione separata di quest'ultimo, che – salve le eccezioni normativamente previste – risponde esclusivamente dei debiti inerenti lo specifico affare.

⁵⁰ La dottrina ha rilevato che il problema dell'applicazione dell'art. 71 previg. (oggi art. 70, comma 2) non può essere disgiunto dalla considerazione delle diverse tipologie di atti normativamente revocabili. In particolare esso si pone per la revoca del contratto a prestazioni corrispettive e dei pagamenti (GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca. Legge fallimentare*, a cura di Galgano, tomo IV, Parte speciale, artt. 68-71, Bologna-Roma, 2000, p. 143 ss.). Il problema indicato nel testo non si pone invece quando si revoca l'atto con cui la società ha assunto un'obbligazione o costituito un diritto di prelazione verso il terzo (in relazione allo specifico affare), perché in tali casi quest'ultimo non può far valere alcuna pretesa verso il fallimento ("giacché l'impungativa, o lo esclude ... dal concorso, o si limita a sopprimere il suo diritto di prelazione". TERRANOVA, *La nuova disciplina*, cit., p. 87; conf., in generale, GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 144. Si tralascia, qui, di occuparci degli atti di liberalità e dei pagamenti anticipati, che sembrerebbero (v. sopra nel testo) esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 67-bis.

⁵¹ Per tutti GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, pp. 145 e 157.

credito al passivo della società, poiché in tal caso il rapporto giuridico si imputa solo al patrimonio residuo⁵².

In caso di revoca del pagamento eseguito dalla società ad un creditore extracontrattuale, si prospettano due alternative: se si ritiene che la responsabilità della società per le obbligazioni da fatto illecito è sussidiaria (*id est* non sussista se il patrimonio destinato è capiente), allora il terzo deve far valere la propria pretesa innanzitutto nell'ambito della liquidazione separata *ex art.* 155; se invece si ritiene il terzo danneggiato libero di scegliere il patrimonio (sociale o destinato) da aggredire, egli può insinuare direttamente il credito nel fallimento della società⁵³. Analoga è la conclusione nel caso di responsabilità della società per gli atti inerenti lo specifico affare prevista dalla delibera costitutiva, a seconda che quest'ultima ne preveda il carattere sussidiario o concorrente⁵⁴.

8. I limiti temporali di applicazione dell'art. 67-bis

La mancata previsione del periodo sospetto nella norma in esame non pare poter essere colmata tramite il richiamo dell'art. 67. Sono, tuttavia, applicabili i termini prescritti dal nuovo art. 69-bis⁵⁵.

⁵² BACCETTI, *Creditori*, cit., p. 297 ove a nota 16 ampie citazioni.

⁵³ Per le due opposte ricostruzioni della responsabilità per obbligazioni da fatto illecito v. *supra*, nota 22.

⁵⁴ Si veda, al riguardo SCARAFONI, *Sub art. 67-bis*, cit., p. 507 che spiega la deroga (sotto il profilo della mancata insinuazione nel fallimento della società) che in caso di revoca di atti incidenti sul patrimonio destinato può aversi all'art. 70, comma 2 (che pure si riferisce letteralmente alla «revoca prevista dalle disposizioni precedenti» e quindi anche all'art. 67-bis) con il fatto che tale disposizione non è che la trasposizione del previgente art. 71, formulato quando l'istituto dei patrimoni destinati era sconosciuto al nostro ordinamento.

⁵⁵ ZANICHELLI, *La nuova*, cit., p. 148; MURATORE-VENTORUZZO, *Art. 67-bis*, cit., p. 292, in base al carattere eccezionale dell'art. 67-bis; *contra* TRICOMI, *L'art. 67-bis*, cit., p. 404 ss.

SEZIONE VIII

IL PAGAMENTO DI CAMBIALE SCADUTA

di *Lorenzo Benedetti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Condizioni legali per l'applicazione della norma. – 3. L'azione contro l'ultimo obbligato in via di regresso. La tesi dell'ingiustificato arricchimento. – 4. La ricostruzione dell'azione *ex art. 68* come revocatoria delle prestazioni indirette. – 5. Legittimati passivi. – 6. L'oggetto della restituzione. – 7. La *scientia decoctionis*. – 8. Le novità della riforma.

1. Premessa

Nonostante le critiche che la norma ha sollevato in merito al suo contenuto¹ e alle soluzioni alternative ipotizzabili *de jure condendo* per la fattispecie da essa disciplinata², la riforma del diritto fallimentare³ non ha toccato l'art. 68.

¹ Cfr. PAJARDI, *Il sistema revocatorio (ordinario fallimentare, penale, fra teoria e applicazioni)*, Milano, 1990, p. 200.

² In particolare parte della dottrina ha prospettato come preferibile la reviviscenza dell'azione di regresso nel caso di intervenuta revoca del pagamento ricevuto dal portatore del titolo: cfr. LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, p. 6; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 217; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, fondato da Cicu e Messineo, Milano, 1994, p. 545; D'ALESSANDRO, *Revocatoria di pagamenti di debiti assistiti da garanzie*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 169. Tuttavia merita rilevare che la medesima soluzione ha trovato accoglimento anche negli ordinamenti dei paesi europei ispirati ai modelli francesi (art. 449 *Code de Commerce* del 1807 e 27 *Konkursordnung* del 1877). Si veda, per es., il vigente art. 137 *InsO* tedesco. Come ha riconosciuto LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 18, nota 27, non vi sarebbe spazio per una soluzione diversa da quella prescritta dall'art. 68 l. fall., poiché essa presuppone una modifica del diritto cambiario di ben difficile realizzazione. Comunque la soluzione vigente nella legge fallimentare o quella alternativa suggerita dalla dottrina citata non sono altro che due diversi modi di risolvere il conflitto che si determina fra normativa fallimentare (volta alla tutela, tramite l'art. 67, comma 2, l. fall. nella parte riferita ai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, della *par condicio creditorum*) e quella cambiaria (volta a salvaguardare la circolazione del credito cambiario e le ragioni del suo portatore).

³ La riforma è stata realizzata con successivi testi legislativi: d.l. n. 35/2005 conv. con la l. n. 80/2005; d.lgs. n. 5/2006; d.lgs. n. 169/2007.

Questa scelta, peraltro, risulta perfettamente coerente con il regime di netto favore delineato dalla riforma delle procedure concorsuali per le banche⁴. La norma, infatti, produce l'effetto di limitare il pericolo per le aziende di credito di subire azioni revocatorie in relazione alle operazioni di sconto⁵.

«Il legislatore ha compiuto una scelta fra i diversi interessi in gioco ritenendo opportuno predisporre idonea tutela a favore di soggetti che professionalmente si interpongono nella circolazione del credito e che, in presenza di un rischio revocatorio troppo marcato, mal potrebbero assolvere alla funzione sociale loro demandata»⁶.

2. Condizioni legali per l'applicazione della norma

Pacifici sono i presupposti necessari per applicare la «deroga a quanto disposto dall'art. 67, secondo comma ...»:

1. il portatore della cambiale deve essersi trovato nella necessità di accettare il pagamento per non perdere l'azione di regresso (c.d. necessità

⁴ NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 359 ss.; INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Società*, 2007, p. 462; STANGHELLINI, *Il credito "irresponsabile" alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 404, nota 38; GUERRERA, *La procedura di composizione concordata della crisi nel progetto di legge delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 132 ss.; FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2005, p. 573 ss. secondo il quale in sede di disciplina della revocatoria sono prevalse "logiche lobbistiche". La riforma accoglie quindi, nell'introdurre una disciplina "bancocentrica", i suggerimenti della dottrina proposti già vari anni fa da G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 321 ss.

⁵ SPIOTTA, *Sub art. 68*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, p. 1071; e già LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 15, il quale afferma che il debitore decotto normalmente adempie i debiti cambiari a preferenza degli altri per evitare il protesto, che è l'indice sintomatico dell'insolvenza più agevole da constatare; MAFFEI ALBERTI, *La revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, II, p. 460; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca. Legge fallimentare*, a cura di Galgano, tomo IV, *Parte speciale*, artt. 68-71, Bologna-Roma, 2000, p. 21, secondo la quale le banche sono la figura sociale tipica di giratario di cambiali.

⁶ Così GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 35 (con riferimento alla disciplina dell'art. 6 l. n. 52/1991, sulla esenzione da revocatoria del pagamento effettuato al *factor*, ma con considerazioni trasponibili anche alla fattispecie in esame); e TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca. Legge fallimentare*, a cura di Bricola e Galgano, I, *Parte generale*, Bologna-Roma, 1993, p. 266.

cambiaria)⁷. Ciò implica che il portatore sia titolare dell'azione di regresso e che esistano degli obbligati di regresso⁸;

2. il pagamento deve essere regolare e quindi non rifiutabile da parte del portatore, in modo da far sorgere la necessità cambiaria. Per pagamento regolare, secondo le norme del diritto cambiario, deve intendersi quello effettuato con la moneta indicata nel titolo ed alla scadenza⁹;

3. la scadenza della cambiale¹⁰ è prescritta sia dalla rubrica della norma («Pagamento di cambiale scaduta»), sia dal suo contenuto: l'art. 68 deroga l'art. 67, comma 2 («Pagamento di debiti liquidi ed esigibili») non l'art. 65 (cui rimane soggetto il pagamento anticipato)¹¹.

3. L'azione contro l'ultimo obbligato in via di regresso. La tesi dell'ingiustificato arricchimento

Al contrario di quanto appena rilevato circa la prima parte dell'art. 68, la seconda parte dà luogo a notevoli problemi interpretativi.

⁷ *Ex* art. 60, comma 1, legge cambiaria il portatore del titolo decade dai suoi diritti verso i giranti, il traente e contro gli altri obbligati di regresso ove non abbia levato il protesto entro i termini prescritti (v. anche art. 51, comma 5, in ordine all'onere del protesto per l'esercizio del regresso). Il portatore, alla scadenza della cambiale, deve presentare il titolo per il pagamento, dovendo levare protesto per constatare solennemente che quest'ultimo non è stato effettuato. Se il debitore si offriva di pagare, ma il portatore, consapevole del suo stato di decozione, lo rifiutasse, a quest'ultimo sarebbe preclusa la possibilità di far protestare la cambiale (poiché il pagamento gli è stato offerto), e costui perderebbe il regresso verso gli altri obbligati cambiari. Per tali motivi si applica al portatore pagato l'esenzione dalla revocatoria (si veda PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 545; GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 4 ss., ove anche un'ampia rassegna di casi che non rientrano nell'ambito di applicazione della norma in esame; cui *adde* SPIOTTA, *Sub art. 68*, cit., p. 1103).

⁸ GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, pp. 6-7, la quale precisa che qualora il portatore abbia soltanto l'azione diretta il pagamento da lui ricevuto è revocabile *ex* art. 67, comma 2, l. fall. (e v. nota 5 per ampi riferimenti). Da ultimo su tale presupposto Trib. Torre Annunziata, 9 novembre 2005, in *www.fallimentonline.it*.

⁹ Per opportuni approfondimenti circa i casi in cui il pagamento è o meno regolare per il diritto cambiario (e quindi idoneo a determinare o meno l'applicazione della norma in esame) si rimanda a GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 9 ss.

¹⁰ L'art. 46 legge cambiaria prevede che il portatore non è tenuto a ricevere pagamenti anticipati; conseguentemente se la cambiale non è scaduta non si trova nello stato di necessità cambiaria che giustifica l'esenzione del suo pagamento da revocatoria. Incerto è peraltro il momento cui riferire l'espressione "cambiale scaduta": se cioè essa sia da intendersi come "scaduta al momento del pagamento" oppure come "scaduta al momento della dichiarazione di fallimento" (tale ultima opzione è sostenuta da LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 28; cfr. per le implicazioni sull'applicazione dell'art. 68, GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 10).

¹¹ PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 546; GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, pp. 10 e 39; SPIOTTA, *Sub art. 68*, cit., p. 1072.

Secondo la ricostruzione più risalente l'azione in esame sarebbe una particolare applicazione dell'istituto dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.)¹².

Si tratta di una tesi assolutamente minoritaria e certamente da respingere, sulla base, però, di un'argomentazione diversa da quella che ha condotto alla medesima conclusione la dottrina prevalente.

Quest'ultima, infatti, ha considerato elemento decisivo per smentire l'inquadramento sistematico in esame la *scientia decotionis* dell'ultimo obbligato in regresso – espressamente richiesta dalla norma – dato che tale stato soggettivo sarebbe difficilmente conciliabile con un'azione *fondata esclusivamente su un obiettivo arricchimento*¹³. Questo argomento, però, non pare dirimente per escludere la riconducibilità dell'azione *ex art. 68* all'istituto dell'arricchimento ingiustificato¹⁴.

Tale tesi sembra, piuttosto, da respingere a causa della mancanza di uno dei presupposti imprescindibili per l'applicazione del rimedio restitutorio *ex art. 2041 c.c.*, ossia l'impovertimento del legittimato attivo al suo esperi-

¹² DE SEMO, *Pagamento cambiario e fallimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1956, I, p. 16 ss.; MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, 1994, p. 370 ss. Scrive al riguardo PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 549: «In altre parole, l'insolvenza [del debitore], in un'ordinata esecuzione del rapporto cambiario dovrebbe risolversi in danno dell'ultimo obbligato di regresso, nei confronti del quale il portatore della cambiale ...[può] far valere il credito cambiario in caso di rifiuto di pagamento [che sarebbe dovuto per preservare la *par condicio*] da parte del debitore insolvente. Il pagamento da quest'ultimo effettuato determina, quindi, un *indebito arricchimento* di quell'obbligato, liberato dall'azione di regresso e conseguentemente sottratto, in sede di rivalsa, al concorso dei creditori del debitore insolvente».

¹³ LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 160.

¹⁴ Infatti, la dottrina civilistica ritiene senz'altro possibile che la legge prescriva la necessità di un requisito soggettivo al fine dell'esperibilità dell'azione di arricchimento ingiustificato nell'ipotesi in cui quest'ultimo risulti "imposto". Con tale espressione ci si riferisce alle ipotesi in cui l'arricchimento si produce per iniziativa *unilaterale dell'impovertito*, non essendo "voluto né preventivabile" da parte dell'arricchito (ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, pp. 264-265). Pertanto, la necessità di un particolare stato soggettivo dell'arricchito non può considerarsi elemento "eccentrico" che vale a differenziare la disciplina del rimedio restitutorio in esame da quella dell'azione di arricchimento senza causa (si vedano gli artt. 1592, 1593, 2031, comma 2, c.c. e per un'esauriente rassegna di norme relative a casi di arricchimento imposto, si veda ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, p. 175 ss.). Dunque, anche l'arricchimento che, per ipotesi, acquisisce l'ultimo obbligato in via di regresso può considerarsi imposto; il che teoricamente consentirebbe di giustificare – rimanendo fermo l'inquadramento nell'ambito dell'arricchimento ingiustificato – la previsione normativa della sua *scientia decotionis*. Tale arricchimento, infatti, si produce in conseguenza di un'iniziativa unilaterale del debitore: per pagamento di una cambiale, infatti, si intende un *negozio solutorio unilaterale* (DE SEMO, *Diritto cambiario*, Milano, 1953, p. 590 ss.; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 9). E comunque il carattere «imposto» del vantaggio deriva dal fatto che l'arricchimento è in questo caso l'effetto automatico previsto dalla disciplina cambiaria, quindi esso prescinde totalmente dalla volontà del beneficiario.

mento. Quest'ultimo è costituito dalla differenza tra la consistenza del patrimonio dell'impoverito, qual è in seguito al fatto che ha determinato l'arricchimento, e quella che avrebbe dovuto essere, ove tale fatto non si fosse verificato¹⁵.

Risulta allora evidente come l'impoverimento non si verifichi nella fattispecie disciplinata dall'art. 68, poiché il pagamento di un debito liquido ed esigibile non cagiona alcuna diminuzione del patrimonio del debitore, mantenendone inalterato il saldo netto¹⁶.

4. La ricostruzione dell'azione ex art. 68 come revocatoria delle prestazioni indirette¹⁷

La tesi maggioritaria¹⁸ – e preferibile – individua nella regola dell'art. 68, ult. parte, un'applicazione del principio della revocabilità delle prestazioni indirette. Infatti, nella normalità dei casi, l'ultimo obbligato in via di regresso coincide con il creditore dell'obbligato principale (o del trattatario, anche se non accettante) in forza del rapporto sottostante l'emissione della cambiale, il cui credito verso il decotto dovrebbe sottostare alla regola del concorso. Sennoché, *tramite* la circolazione del titolo e il pagamento ricevuto dal portatore, tale creditore ottiene *indirettamente* ciò che non avrebbe potuto realizzare direttamente senza incorrere in revocatoria. Da qui la revocabilità del pagamento indiretto¹⁹.

¹⁵ V., per ulteriori approfondimenti sul requisito del danno nella responsabilità indennitaria, MAZZOLA, *responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, p. 94 ss.; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto*, cit., p. 311 ss.

¹⁶ Alla fuoriuscita di parte dell'attivo, corrisponde infatti l'eliminazione di una posta passiva, già attuale, di importo corrispondente (TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 33; GUERRIERI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 579; LAMANNA, *La presunzione di onerosità delle garanzie nella revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1993, p. 9).

¹⁷ LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., pp. 57-58; TERRANOVA, *Par condicio*, cit., p. 10 ss.; MANGANO, *La revocatoria delle attribuzioni indirette*, Torino, 2005, p. 30 ss.

¹⁸ SANTINI, *L'azione causale nel diritto cambiario*, Padova, 1968, p. 343 ss.; LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 156 ss.; TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 270; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 548 ss.; CECCHERINI, *Revocatoria del pagamento del trattatario nel fallimento del traente*, in *Fallimento*, 1998, p. 26 ss.; da ultimo MANGANO, *La revocatoria delle attribuzioni indirette*, Torino, 2005, p. 37; Cass., 7 marzo 1997, 1088, in *Fallimento*, 1998, p. 22.

¹⁹ Per ampi approfondimenti sulla revocabilità delle prestazioni indirette e sull'inquadramento in tale principio dell'azione di cui all'art. 68, ult. parte si rinvia a LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 57 ss.; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 22 ss. e spec. p. 28 ss. Tale ricostruzione prende le mosse dall'insegnamento di SANTINI, *L'azione*, cit., p. 343 ss. Per una sintetica, ma incisiva esposizione degli argomenti che possono confutare tale tesi si veda, però, PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, p. 549.

Il pagamento della cambiale scaduta, d'altronde, lede la *par condicio creditorum*. Il che è sufficiente a giustificare l'esercizio della revocatoria non, però, contro tale atto – stante la necessità di contemperare la disciplina fallimentare con quella cambiaria –, ma contro il pagamento indirettamente conseguito dall'ultimo obbligato in regresso mediante esecuzione della prestazione nelle mani del portatore della cambiale²⁰.

5. Legittimati passivi

Anche in merito all'individuazione del soggetto contro il quale il curatore può esperire l'azione revocatoria si contrappongono due tesi, a causa del tenore letterale non chiaro della disposizione in esame.

La prima afferma che il curatore deve agire contro l'ultimo obbligato in via di regresso *in senso assoluto* (il traente, nella cambiale tratta, e il primo girante, nel vaglia cambiario), a condizione che se ne riesca a provare la *scientia decoctionis*²¹. La seconda tesi sostiene, invece, che si debba esperire l'azione contro l'ultimo obbligato di regresso (non in senso assoluto, ma l'ultimo) di cui si possa provare la *scientia decoctionis*²².

La prima tesi deve necessariamente essere preferita se si considera

²⁰ Per tutti PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, p. 550, ove si afferma, per giustificare la revoca delle prestazioni indirette, che «non vi è ragione di distinguere tra [queste ultime e] il pagamento che il creditore ottenga personalmente dal debitore», la cui revoca è fondata, appunto, sulla lesione del trattamento paritario in caso di insolvenza; conf. anche LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 163 il quale incisivamente afferma che deve «subire la revoca ogni creditore che avrebbe dovuto subire la revoca del pagamento se lo avesse ricevuto direttamente dal debitore ...» e 164 ove si afferma che il creditore causale è convenuto in quanto soddisfattosi in alterazione della *par condicio*.

²¹ Si tratta della tesi prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si vedano: FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 455; SANTINI, *L'azione causale*, cit., p. 346 testo e nota 54; LIBERTINI, *op. ult. cit.*, pp. 162-163; PISANI MASSAMORMILE, *L'ammortamento*, in *La cambiale*, a cura di G. CAMPOBASSO, II, Milano, 1998, p. 747; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 238, nota 81; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., pp. 46-47. Per ampi riferimenti alla giurisprudenza si veda DI CHIO, *Revocatoria fallimentare e pagamento della cambiale*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di Panzani, II, Torino, 1999, p. 220 ss. Tale tesi è definita sostanzialistica, poiché sostiene che legittimato passivo all'azione ex art. 68 è l'ultimo obbligato in via di regresso non *in quanto tale*, bensì in quanto di regola costui è creditore del debitore fallito e il suo credito viene soddisfatto indirettamente tramite il pagamento al portatore.

²² Secondo tale tesi non si agisce contro il traente o il primo girante, ma il curatore deve risalire a ritroso fra i vari firmatari del titolo ed esperire l'azione contro l'ultimo di cui riesca a fornire la prova della *scientia decoctionis*. Si tratta di un'opinione minoritaria: si veda PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1140; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, p. 324; in giurisprudenza Trib. Torino, 14 febbraio 1985, in *Fallimento*, 1985, p. 791.

l'azione *ex art. 68* come applicazione del principio della revocabilità delle prestazioni indirette. Solo l'ultimo obbligato in via di regresso in senso assoluto, infatti, coincide normalmente con il creditore *ex causa*²³ del fallito (v. *supra*) e, quindi, può ricevere un pagamento indiretto come conseguenza dell'adempimento della cambiale a favore del presentatore del titolo²⁴.

Tale conclusione, tuttavia, comporta una complicazione: l'ultimo obbligato cambiario in via di regresso in senso assoluto è *normalmente*, ma non *necessariamente* anche creditore *ex causa* del fallito. Ciò non si verifica quando «il titolo è stato emesso o girato per adempiere ad una convenzione di favore o ad un incarico di natura fiduciaria»²⁵. In questi casi, ci si chiede se l'azione debba comunque essere promossa contro l'ultimo obbligato in regresso – come impone la lettera dell'art. 68, ult. parte, *univoca*²⁶ nell'indicare quest'ultimo quale legittimato passivo dell'azione – ovvero contro il destinatario sostanziale della prestazione indiretta (cioè verso il favorito o il mandante).

Al riguardo parte della dottrina ha sostenuto che «la *ratio* della norma non è comunque quella di colpire l'ultimo obbligato di regresso in quanto tale, bensì il creditore causale»; quindi «l'art. 68 l. fall. ... pon[e] una presunzione di legittimazione passiva ... che può essere fatta cadere [qualora si dimostri che] il vero creditore (soddisfatto) dell'insolvente non occupa [quella] posizione cambiaria ...»²⁷. Tale argomentazione, tuttavia, desta qualche perplessità: la norma parla di ultimo obbligato in via di regresso proprio in quanto pone una disciplina che concerne esclusivamente – co-

²³ Tale espressione allude ai rapporti obbligatori sottesi all'emissione del titolo (c.d. rapporto fondamentale sotteso al c.d. rapporto cartolare *ex titulo* detto anche, per quanto concerne il rapporto traente-trattario rapporto di provvista).

²⁴ Per la compiuta esplicitazione dei motivi sottesi a tale conclusione si veda Trib. Roma, 17 febbraio 1968, in *Giur. it.*, 1968, I, 2, p. 596, ove si legge che l'art. 68 contiene un'eccezione alla regola posta dal precedente art. 67, comma 2, e perciò disciplina anch'esso, in definitiva, un caso di revoca di pagamento eseguito dal fallito. «Se così è, non può dubitarsi che la norm[a] ora in esame consenta unicamente di revocare ... con riferimento alle cambiali, l'unico pagamento che può essere stato eseguito dallo stesso fallito: ... nell'ipotesi (prevista dall'art. 68) in cui non sia possibile revocare il pagamento eseguito ... in favore del presentatore del titolo, il soggetto passivo dell'azione in discorso non può che identificarsi nella persona del prenditore (ove si tratti di vaglia cambiario) o del traente (nel caso di cambiale tratta) ... infatti ... oltre al presentatore della cambiale ... soltanto il primo girante (o il traente) hanno intrattenuto con il principale obbligato, di poi fallito, un rapporto giuridico diretto, e, come tale, idoneo ad essere ricompreso nella sfera d'influenza dell'azione revocatoria, mentre ciò non è avvenuto per i successivi prenditori della cambiale»; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 28 ss. e p. 46 ss.; CECCHERINI, *Revocatoria del pagamento*, cit., pp. 26-27.

²⁵ TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 271, nota 3; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 551.

²⁶ Il problema è segnalato da TERRANOVA, *op. loc. ult. cit.*; PAVONE LA ROSA, *La cambiale*, cit., p. 550.

²⁷ LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 164.

me reso evidente anche dalla rubrica dell'articolo – il rapporto cambiario, il quale, come caratteristica fondamentale, è *astratto* dal rapporto causale sottostante²⁸. Pertanto, sembra difficile affermare la rilevanza di quest'ultimo al fine di derogare il tenore letterale della disposizione in esame.

Altri autori, invece, hanno affermato che il legislatore, nel fare riferimento all'«ultimo obbligato in via di regresso» come legittimato passivo, ha disciplinato l'*id quod plerumque accidit* (poiché normalmente tale soggetto coincide con il creditore *ex causa* del fallito). Nelle ipotesi di convenzione di favore o di un incarico di natura fiduciaria, però, «toccherà all'ultimo obbligato in via di regresso [che non è creditore del fallito] ... attivarsi per ottenere dal mandante o dal favorito quanto, sul piano dei rapporti sostanziali, gli è incontestabilmente dovuto»²⁹. Ma a fronte di tale soluzione riesce difficile individuare il fondamento dell'azione – comunque ammessa – verso l'ultimo obbligato in via di regresso³⁰.

6. L'oggetto della restituzione

Anche riguardo all'oggetto dell'azione revocatoria non sussiste un'opinione uniforme. In particolare sono state prospettate due possibili soluzioni: per “somma riscossa” può intendersi:

- a) la somma pagata dal debitore insolvente al portatore del titolo³¹;
- b) la somma percepita dall'ultimo obbligato in regresso mediante la negoziazione della cambiale³².

²⁸ Così PAVONE LA ROSA, *op. loc. ult. cit.* Il tentativo di superare l'inequivoco tenore letterale dell'art. 68 tramite l'interpretazione teleologica sembra, dunque, frutto di una precomprensione (nel senso chiarito da MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 1978, p. 128 ss.), consistente nell'inquadrare il rimedio restitutorio nella revocatoria del pagamento indiretto.

²⁹ TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 271, nota 3; PAVONE LA ROSA, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ Il fondamento certo non è la revoca del pagamento indiretto, poiché per ipotesi l'ultimo obbligato in regresso non è il creditore *ex causa* del fallito. E, d'altro canto, il riferimento all'azione di arricchimento ingiustificato – come già rilevato – deve essere respinto. Cfr. TERRANOVA, *op. ult. cit.*, p. 271.

³¹ MAFFEI ALBERTI, *La funzione della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 373 ss.; SANTINI, *L'azione causale*, cit., p. 343; PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, p. 553.

³² LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 168 ss. Le due tesi espone differiscono in ordine al modo di intendere la prestazione indiretta, posto che per la prima essa è quella effettuata dal debitore insolvente e *indirettamente* ricevuta dall'ultimo obbligato in regresso, mentre nella seconda la prestazione revocata è quella *direttamente* percepita dal convenuto *ex art. 68*, ma indirettamente compiuta dal debitore insolvente (LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 158).

La tesi *sub a*) contrasta palesemente con il tenore letterale della disposizione in esame, che fa riferimento alla «somma riscossa»³³. Inoltre, in senso contrario al suo accoglimento, depono il fatto che l'art. 68 riferisce la *scientia decotiois* all'atto col quale l'ultimo obbligato in regresso ha messo in circolazione il titolo³⁴.

Alla tesi *sub b*) può obiettarsi, invece, che essa consente alla massa di recuperare solo quanto realizzato dal convenuto in revocatoria; e che alla base dell'emissione della tratta (o della prima girata del vaglia cambiario) non vi è, di regola, un rapporto di scambio, per cui detta operazione non comporta la riscossione di una somma, bensì l'impiego di uno strumento di adempimento del debito inerente il rapporto di valuta³⁵. Dunque anche tale tesi contrasta con l'espressione «somma riscossa».

Comunque, a prescindere dalla lettera della norma in esame, un argomento che rende preferibile la tesi *sub b*) si ricava dalla disciplina della revocatoria novellata dalla riforma.

In base al nuovo art. 67, comma 2 è possibile sostenere che la prospettiva dalla quale valutare le caratteristiche dell'operazione impugnata sia quella del creditore revocando e non quella del fallito³⁶. Ne consegue la necessità di condividere l'opinione secondo cui oggetto della revocatoria è non già l'atto di disposizione del fallito, bensì l'acquisto compiuto dal soggetto revocando³⁷.

Ciò porta a concludere che revocabile *ex art. 68* è la somma riscossa dall'ultimo obbligato di regresso³⁸.

³³ Lo rileva anche PAVONE LA ROSA, *op. loc. ult. cit.*, che pure aderisce a tale opinione, il quale afferma che «l'espressione "somma riscossa" non può sintatticamente riferirsi alla somma pagata dal debitore insolvente».

³⁴ Cfr. TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 77, nota 9.

³⁵ PAVONE LA ROSA, *op. loc. ult. cit.*, p. 553, che aggiunge l'inconveniente pratico dell'eventuale scambio a titolo gratuito.

³⁶ Cfr. BENEDETTI, *Gratuità*, cit., p. 864 ss. Quanto si dice nel testo rende non più condivisibile l'assunto – sostenuto prima della riforma – secondo cui dal momento che la revocatoria è un'«azione diretta a recuperare attività uscite dal patrimonio del fallito ... l'attenzione del legislatore ... è diretta all'esame di quel patrimonio per così dire "scomposto" da quegli atti pregiudizievoli ai creditori anteriori ...» (PACCHI PESUCCI, «*Par condicio creditorum*», *revocatoria fallimentare e garanzie prestate dal fallito*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, p. 65. Conf. NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, p. 241; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 158).

³⁷ La correlazione fra la prospettiva dalla quale valutare le caratteristiche dell'operazione da impugnare e l'individuazione dell'oggetto della revoca nell'acquisto del creditore è sottolineata da TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 65 ss.

³⁸ La soluzione del testo pare, peraltro, quella più idonea a determinare una soluzione del conflitto fra gli interessi del creditore revocando e della massa dei creditori concorsuali (questa

Quella appena affrontata, peraltro, è una questione avente un'importanza esclusivamente teorica. Sul piano pratico, infatti, il curatore può domandare la revoca di quanto pagato dal fallito, spettando eventualmente al convenuto di eccepire di aver ottenuto una somma minore.

7. *La scientia decoctionis*

Esistono opinioni discordanti anche in merito al momento storico in cui deve sussistere, in capo al convenuto *ex art. 68 la scientia decoctionis* dell'obbligato principale³⁹.

Al riguardo, però, pare insuperabile la lettera della norma che fa riferimento al momento in cui l'ultimo obbligato in via di regresso «ha tratto o girato la cambiale»: al fine dell'individuazione della mala fede del convenuto rileva il momento in cui costui «ha negoziato la cambiale»⁴⁰.

8. *Le novità della riforma*

L'applicazione dell'art. 68 – pur letteralmente immutato – subisce indirettamente delle modificazioni, in conseguenza delle novità introdotte dalla riforma nella disciplina della revocatoria fallimentare.

a) Intanto la norma in esame non prevede un'esenzione dalla revocatoria, bensì soltanto una “deviazione” dell'azione revocatoria⁴¹, che rimane esperibile contro l'ultimo obbligato in via di regresso. In particolare, di norma, la revocatoria seguirà il regime previsto all'art. 67, comma 2 (in riferimento ai pagamenti di debiti scaduti effettuati con mezzi norma-

è la funzione della revocatoria: LIBERTINI, *Effetti*, cit., p. 64 ss.) conforme alla nuova prospettiva del sistema revocatorio – che come detto valorizza la posizione del soggetto convenuto in revocatoria, senza attribuire più esclusivo rilievo alle istanze di tutela del patrimonio del fallito –, in quanto impedisce l'imposizione in capo al primo di un obbligo di restituzione superiore a quanto da lui effettivamente ricevuto.

³⁹ Per le differenti opinioni v., anche per richiami alla giurisprudenza, DI CHIO, *Revocatoria*, cit., p. 222; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 51 ss.; LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 171 ss.

⁴⁰ LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 170. Quindi il momento rilevante è, nella cambiale tratta, quello dell'emissione del titolo, e, nel vaglia cambiario, quello in cui il prenditore vi ha apposto la prima girata (GALLESIO PIUMA, *op. loc. ult. cit.*; Cass., 14 settembre, 1976, 3152, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 23).

⁴¹ TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 270.

li)⁴². Pertanto, all'azione esperita ai sensi dell'art. 68 si applicherà il nuovo periodo sospetto di sei mesi⁴³.

Rimane, però, controverso – come era già prima della riforma – se nel periodo sospetto deve essere avvenuto il pagamento, sebbene l'emissione o la prima girata siano precedenti⁴⁴, oppure se in tale intervallo temporale deve essere stata realizzata la negoziazione del titolo⁴⁵. La scelta per l'una o l'altra opzione dipende dall'opinione che si privilegi in merito all'oggetto dell'azione revocatoria. Se esso si identifica – come si è sostenuto sopra – con la somma percepita mediante la negoziazione della cambiale, è inevitabile accogliere la seconda opzione.

b) Inoltre anche rispetto all'azione *ex art. 68*, si applicano le esenzioni di cui al nuovo art. 67, comma 3, l. fall., e la disciplina della decadenza di cui al nuovo art. 69-*bis*⁴⁶.

⁴² Così Cass., 7 marzo 1997, n. 2088, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2976, la quale ha concluso che il pagamento cambiario, in mancanza dei presupposti che giustificano la deroga, «è soggetto alla revoca secondo la generale previsione dell'art. 67, 2 co., legge fall.». Ma, ricorrendone le condizioni, il medesimo pagamento può essere assoggettato a revoca secondo le previsioni di cui agli artt. 65, 67, comma 1, n. 2 e 69 l. fall. (GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 1 ove a nota 1 ampi riferimenti e p. 4 per varie esemplificazioni).

⁴³ Già prima della riforma fallimentare era pacifico che l'azione contro l'ultimo obbligato in via di regresso, nonostante il silenzio della legge, non potesse essere sottratta a qualunque limite temporale. La lacuna legislativa veniva, dunque, colmata, mediante l'applicazione analogica del periodo sospetto di cui all'art. 67, comma 2, l. fall. (essendo considerato il pagamento della cambiale scaduta come pagamento di debito liquido ed esigibile effettuato con mezzi normali. Si veda GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 54. Ciò non esclude peraltro, che in casi marginali possa applicarsi, al ricorrere di particolari circostanze, il periodo sospetto previsto dall'art. 67, comma 1, n. 1. Cfr. LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 174).

⁴⁴ Cass., 14 settembre 1976, n. 3152 cit. e l'ulteriore giurisprudenza teorica e pratica cit. in DI CHIO, *Revocatoria*, cit., p. 223.

⁴⁵ Così LIBERTINI, *Pagamento cambiario*, cit., p. 173; GALLESIO PIUMA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ SPIOTTA, *Sub art. 68*, cit., p. 1071.

SEZIONE IX

LA REVOCATORIA DEGLI ATTI FRA CONIUGI

di *Lorenzo Benedetti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le novità introdotte dalla riforma. – 3. *Segue*: le novità derivanti da altre disposizioni riformate. – 4. Presupposti di applicazione. – 5. *Segue*: la *scientia decoctionis*. – 6. L'ambito di applicazione dell'art. 69. – 7. L'ipotesi particolare della comunione legale.

1. Premessa

La riforma fallimentare, salvo qualche marginale innovazione, ha sostanzialmente riprodotto la disciplina previgente relativa agli atti fra coniugi, nonostante avesse sollevato numerose perplessità, concernenti essenzialmente:

- la sua incostituzionalità¹;
- il contrasto fra le due antitetiche esigenze di tutela proprie della normativa fallimentare, da un lato, e del diritto di famiglia, dall'altro. Mentre la prima, infatti, è essenzialmente preordinata alla protezione del ceto creditorio, la seconda tende, invece, alla «tutela dell'interesse della famiglia, e del consorzio coniugale ...»².

La solidarietà coniugale è considerata dall'art. 69 con sospetto, come “presunto” movente di una frode ai creditori. La *ratio* di tale previsione, infatti, è individuata nella complicità, in vista dell'interesse reciproco, che

¹ NIGRO, *Sub art. 69*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, p. 398; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja e Branca. Legge fallimentare*, a cura di Galgano, tomo IV, Parte speciale, Artt. 68-71, Bologna-Roma, 2000, p. 59 ss.; e già OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, VI, I, Padova, 1993, p. 21; RAGUSA MAGGIORE, *I nuovi orientamenti sulla disciplina della revoca degli atti economici compiuti tra coniugi*, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 597 ss. Su alcuni aspetti relativi a tale questione v. oltre nel testo.

² OPPO, *Regimi*, cit., p. 19; Conf. GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 61 ss.

condurrebbe i coniugi alla collusione a danno dei creditori, qualora uno di essi sia imprenditore commerciale³. Al contrario, l'odierno diritto di famiglia «esalta la solidarietà familiare e la tutela anche patrimoniale del coniuge»⁴.

Nel tentativo di coordinare tali opposte istanze, la dottrina maggioritaria è incline a far prevalere i principi enucleati dal nuovo diritto di famiglia sulla disciplina fallimentare⁵. Tale soluzione, peraltro, pare trovare una conferma nelle novità introdotte in materia di revocatoria fallimentare, dalle quali è dato desumere che la tutela dei creditori concorsuali non è più un «valor[e] assolut[o], ... bensì [una] variabil[e] da bilanciare con altre esigenze meritevoli di tutela»⁶.

2. Le novità introdotte dalla riforma

La riforma ha integrato la previsione del previgente comma 1 della norma in esame, adeguandolo alla sentenza additiva di accoglimento della Corte costituzionale⁷, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 «nella parte in cui non comprende nel proprio ambito di

³ BERTACCHINI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 224 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 69*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, p. 360; GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 57 e nota 2 ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴ OPPO, *op. loc. ult. cit.*; MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, pp. 23 ss. e 261.

⁵ GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 67; MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, p. 261.

⁶ PRESTI, *La funzione della nuova revocatoria. Cosa è cambiato rispetto al passato*, relazione presentata al convegno di Abano Terme, 16-17 dicembre 2005, consultata per cortesia dell'autore, con riferimento alle nuove ampie fattispecie di esenzione introdotte all'art. 67 l. fall.; BENEDETTI, *Gratuità e onerosità delle garanzie per debiti altrui a seguito della riforma della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 868 ss.; ante riforma, MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 23.

⁷ Corte cost., 19 marzo 1993, n.100, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 583, la quale ha ritenuto fondata la questione (sollevata da Trib. Cassino, 27, marzo, 1992, in *Fallimento*, 1992, p. 756) della disparità di trattamento (venutasi a creare a seguito di Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Foro it.*, 1973, I, 2, c. 2014, che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 781 c.c. sul divieto di atti di liberalità fra coniugi) fra atti a titolo gratuito e quelli a titolo oneroso. In sede di riforma non è stato configurato un trattamento diverso per gli atti a titolo gratuito compiuti fra coniugi prima dei due anni anteriori al fallimento rispetto a quelli, compiuti fra gli stessi soggetti, ma a titolo oneroso, in contrasto con i principi generali in materia revocatoria dai quali discende un trattamento più rigoroso per i primi (cfr. artt. 64 e 67). Tale scelta non deve essere letta in chiave critica, laddove si condividano le osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale che ha determinato la modifica dell'art. 69 l. fall. di STANGHELLINI, *La revoca delle donazioni fra coniugi*, in *Giur. comm.*, 1993 p. 589 ss.

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»⁸.

Il comma 2 dell'articolo previgente, inoltre, è stato abrogato in conseguenza dell'abolizione dell'istituto della dote operata dalla riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975).

3. Segue: le novità derivanti da altre disposizioni riformate

La previsione di un termine di decadenza per l'azione revocatoria contemplata nel nuovo art. 69-*bis* potrebbe determinare l'introduzione di un limite temporale oltre il quale non sarebbe lecito risalire per revocare gli atti fra coniugi⁹. In particolare, per temperare il rigore (e l'irragionevolezza, v. *infra*) della norma in esame risulta rilevante il termine di cinque anni decorrente dal compimento dell'atto revocabile, scaduto il quale comunque l'azione revocatoria diviene non più esercitabile. Tale termine, infatti, finisce con l'introdurre una sorta di periodo sospetto anche per gli atti fra coniugi.

Inoltre, stante il richiamo letterale all'art. 67, le esenzioni lì previste dovrebbero valere anche rispetto all'azione disciplinata nell'art. 69.

4. Presupposti di applicazione

La prima condizione richiesta per l'applicazione dell'art. 69 è l'esistenza del rapporto di coniugio: qualunque atto compiuto fra coniugi viene considerato di per sé e secondo l'*id quod plerumque accidit* come posto in essere in frode ai creditori, purché uno di loro fallisca¹⁰.

⁸ Agli atti a titolo gratuito compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, rimane applicabile l'art. 64.

⁹ SPIOTTA, *Sub art. 69*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, p. 1081; NIGRO, *Sub art. 69*, cit., p. 398. Prima della riforma la dottrina era divisa fra quanti consideravano inapplicabile la prescrizione quinquennale alla revocatoria ex art. 69 (per tutti si veda GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 80 e nota 2) e coloro che, viceversa, ritenevano applicabile l'art. 2903 c.c. (FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, p. 469; STANGHELLINI, *La revoca*, cit., p. 591, nota 17; JORIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, p. 472).

¹⁰ GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 58 che afferma che nel caso di fallimento l'atto fra coniugi si carica di un disvalore da sanzionare con la revoca.

È pacifico che tale rapporto debba sussistere al momento del compimento dell'atto revocando, ma non è necessario che permanga anche al momento della dichiarazione di fallimento o di esercizio dell'azione¹¹.

La bozza di decreto elaborata dalla Commissione Trevisanato *bis* prevedeva una revocatoria aggravata anche nei confronti dei "conviventi o [delle] persone che hanno convissuto stabilmente nell'anno anteriore all'atto revocabile". Tale disposizione, però, non è stata recepita nel testo definitivo. Pertanto la norma in esame non si applica agli atti compiuti fra conviventi *more uxorio*¹². Questa conclusione dovrebbe, però, essere riconsiderata in applicazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata, poiché l'applicazione dell'art. 69 solo ai coniugi può determinare la violazione dell'art. 31, comma 1, Cost.¹³, che impegna lo Stato a proteggere la famiglia legittima (ovvero fondata sul matrimonio). Il severo regime revocatorio dell'art. 69, infatti, non si applica in caso di famiglia di fatto, la quale dunque, viene a godere, sotto tale profilo, di un trattamento privilegiato rispetto alla famiglia di diritto¹⁴.

Altro presupposto per l'applicazione dell'art. 69 è che il fallito eserciti, al momento del compimento dell'atto, un'impresa commerciale¹⁵. La sussi-

¹¹ MAFFEI ALBERTI, *Sub art. 69*, cit., p. 360; SPIOTTA, *op. ult. cit.*, p. 1082; GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 67. Si è precisato che rientrano nell'ambito di applicazione della norma in esame gli atti compiuti durante la separazione personale (RAGUSA MAGGIORE, *I nuovi orientamenti*, cit., p. 249; Trib. Torino, 10 gennaio 1991, in *Fallimento*, 1991, p. 756 per la separazione di fatto) e fino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio (Trib. Roma, 17 aprile 2003, *Dir e prat. soc.*, 2004, p. 92). Quindi la norma opererebbe anche in caso di separazione legale, dato che il matrimonio si scioglie solo con il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio. *Contra* però GALLESIO PIUMA, *op. ult. cit.*, p. 68, secondo cui l'intervenuta separazione legale fuga ogni dubbio circa «ogni possibile supposto movente di complicità tra coniugi». Cfr. GALLESIO PIUMA, *op. loc. ult. cit.*, anche per i casi di matrimonio putativo e di annullamento del matrimonio e LIMITONE, *Sub art. 69*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 515.

¹² Trib. Torino, 9 giugno 1995, in *Gius*, 1995, p. 3582; OPPO, *La revoca fallimentare degli atti fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 342; PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 1994, p. 507.

¹³ Ma contro la supposta incostituzionalità della norma fallimentare per il motivo indicato nel testo cfr. OPPO, *Regimi*, cit., p. 22.

¹⁴ GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 68, nota 2; MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 259 ss., secondo il quale l'art. 69 contrasta con i principi costituzionali sulla famiglia, poiché lo *status* coniugale non può di per sé determinare un trattamento di sfavore come quello oggetto di tale norma.

¹⁵ Si vedano SPIOTTA, *Sub art. 69*, cit., p. 1082; IANNIELLO, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2006, p. 190. Sulla rilevanza della qualità di imprenditore commerciale in generale ai fini della revocatoria si veda TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 101. Si deve osservare, al riguardo, che l'art. 67 non parla mai di imprenditore, ma genericamente di debitore: l'elemento soggettivo rimane assorbito dal periodo sospetto «nel senso che si presume che gli atti compiuti dal debitore lo furono nella sua qualità di imprenditore» (RAGO, *Manuale della revocatoria fallimentare*,

stenza di tale condizione viene esclusa nel caso in cui il coniuge sia stato dichiarato fallito in estensione *ex art.* 147 l. fall.¹⁶

Si è altresì esclusa l'applicabilità dell'art. 69 nel caso in cui entrambi i coniugi siano imprenditori commerciali ed ambedue falliscano, poiché lo stesso atto non può essere revocato in senso inverso e non si può presumere una collusione in frode ai creditori che operi reciprocamente fra i due coniugi falliti¹⁷.

Mentre è discusso in dottrina se la disposizione si applichi nel caso di fallimento di uno solo dei coniugi, entrambi imprenditori commerciali¹⁸.

5. Segue: *la scientia decoctionis*

L'art. 69 presume la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del coniuge del fallito¹⁹, qualunque sia l'atto revocando²⁰. Sebbene si tratti di presunzione relativa, la prova liberatoria risulta essere particolarmente ardua, in quanto la giurisprudenza ha negato qualsiasi rilievo alla mancanza di convivenza (separazione di fatto)²¹.

Tale presunzione ne implica una ulteriore: quella di esistenza dello stato di insolvenza per tutto il tempo in cui il fallito ha esercitato un'impresa commerciale²² (si noti: non l'impresa commerciale che ha portato uno dei

Milano, 2006, p. 744 ss.). Nel caso dell'art. 69, invece, la qualifica di imprenditore commerciale è presupposto imprescindibile perché venga accolta l'azione revocatoria.

¹⁶ Si veda NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, p. 309, per il quale l'art. 69 fa riferimento all'impresa esercitata direttamente dal coniuge fallito e alla sua personale insolvenza, mentre nel caso del socio fallito acquista rilievo l'insolvenza di un altro soggetto, ossia della società. Conf. Trib. Monza, 5 ottobre 1998, n. 2171, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2171, secondo cui il socio fallito non ha la qualità di imprenditore commerciale. Sulla questione v. anche Cass., 6 novembre 1985, n. 5384, *Fallimento*, 1986, p. 497. Ma per l'applicabilità dell'art. 69 anche al socio fallito cfr. OPPO, *Regimi*, cit., p. 22 ss.

¹⁷ Per tutti SPIOTTA, *Sub art.* 69, cit., p. 1083 ove a nota 34 ampi riferimenti.

¹⁸ Per l'applicabilità OPPO, *La revoca*, cit., p. 343; per l'opinione contraria GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 70.

¹⁹ Tale presunzione è espressione della maggior severità della legge in relazione agli atti posti in essere fra coniugi rispetto alla disciplina della revocatoria applicabile fra soggetti estranei. Così da ultimo CESCHEL, *Gli atti compiuti fra coniugi*, in *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, Torino, 2010, I, p. 758.

²⁰ Mentre nell'art. 67 la presunzione della *scientia decoctionis* sussiste solo rispetto ad atti considerati dalla legge sintomatici dello stato d'insolvenza.

²¹ Trib. Torino, 10 gennaio 1991, cit.

²² Al contrario l'art. 67, comma 1, l. fall. pone la presunzione solo entro il periodo sospetto.

coniugi al fallimento, *ma una qualsiasi*²³. Questa regola è stata considerata “un assurdo”, poiché al di là di un certo periodo di tempo anteriore al fallimento la presunzione può essere solo quella che l’impresa in esercizio sia solvente; solo la prossimità con la dichiarazione di fallimento giustifica l’ipotesi di un’insolvenza già esistente anteriormente, ma non accertata²⁴.

Al riguardo, tuttavia, la disposizione in esame può subire una correzione indiretta in conseguenza dell’applicazione del termine quinquennale previsto dal nuovo art. 69-*bis* (v. *supra*).

6. L’ambito di applicazione dell’art. 69

Qualche breve considerazione merita il coordinamento della norma in esame con gli artt. 65, 66 e 68.

Parte della dottrina ritiene che i pagamenti anticipati intervenuti fra coniugi anteriormente al biennio previsto dall’art. 65 possano comunque essere ricondotti entro l’ambito di applicazione dell’art. 69, in quanto tali atti «rientrano tra [quelli] indicati nell’art. 67»²⁵ che la norma sulla revocatoria fra coniugi richiama. Altri autori, invece, negano l’identificazione dei pagamenti anticipati (art. 65) con quelli di debiti “scaduti”, “liquidi” ed “esigibili” (art. 67, richiamato dall’art. 69), con conseguente esclusione dei primi dall’ambito di applicazione della norma in esame²⁶.

In relazione all’art. 66, l’esercizio della revocatoria ordinaria rimane assorbito dall’azione *ex art.* 69²⁷, potendo il primo rimedio trovare applicazione solo agli atti compiuti entro i cinque anni anteriori all’inizio dell’attività d’impresa, poi fallita²⁸.

Per quanto concerne la disciplina applicabile al pagamento cambiario

²³ FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 468.

²⁴ OPPO, *Regimi*, p. 20 ss. che al riguardo sottolinea come sotto tale profilo la disciplina dell’art. 69 può far sorgere più di un dubbio sulla sua costituzionalità. La previsione pare violare anche il principio di certezza delle situazioni giuridiche ribadito per es. da Corte cost., 12 marzo, 1999, n. 66, in *Giur. cost.*, 1999, p. 767 in relazione all’art. 147.

²⁵ SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, p. 249; JORIO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 472; GUGLIELMEUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 191; e gli ulteriori ampi riferimenti in GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 78, nota 20.

²⁶ D’ALESSANDRO, *La revoca dei pagamenti*, Milano, 1972, p. 14 ss.; OPPO, *Regimi*, cit., pp. 25-26.

²⁷ FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 468, che fondano la loro opinione sulla maggior ampiezza dell’art. 69 e sulla maggior facilità di prova per il soggetto agente.

²⁸ Per questi atti manca l’esercizio dell’impresa da parte del coniuge, dunque l’art. 69 non può essere applicato. Cfr. OPPO, *Regimi*, cit., p. 27.

effettuato dal fallito al coniuge, è stata sostenuta sia la tesi dell'applicazione dell'art. 69, sia quella dell'applicazione dell'art. 68. È difficile optare per una delle due opposte soluzioni²⁹, in quanto ciò implica che si scelga di privilegiare la *ratio* dell'una o dell'altra disposizione, senza che il legislatore abbia fornito alcun indice al riguardo. Salvo che non si ritenga tale la lettera dell'art. 68, la quale deroga all'art. 67, comma 2, e non all'art. 69³⁰.

Infine, l'art. 69 è stato applicato anche agli accordi con i quali i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono il trasferimento di beni o diritti³¹.

7. L'ipotesi particolare della comunione legale

Di notevole interesse pratico, è il problema della revoca *ex art.* 69 degli atti fra coniugi in comunione dei beni, stante il fatto che questo è il regime patrimoniale della famiglia in assenza di diversa convenzione (art. 159 c.c.)³².

Controversa è l'esperibilità dell'art. 69 nei confronti di un acquisto che cade in comunione, effettuato con l'impiego di beni o mezzi destinati alla

²⁹ Sostiene la prima tesi LIBERTINI, *Pagamento cambiario e revocatoria fallimentare*, Milano, 1974, p. 30, in quanto i sospetti di collusione fra coniugi (costituenti la *ratio* dell'art. 69) non verrebbero meno a fronte della fattispecie oggetto dell'art. 68. Sostengono la seconda tesi OPPO, *Regimi*, cit., p. 26; D'ALESSANDRO, *La revoca*, cit., p. 17; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 79, per l'esigenza di tutelare il coniuge non colluso.

³⁰ Tale argomento è stato proposto da LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 30, che appunto sostiene l'applicazione al pagamento cambiario dell'art. 69.

³¹ Cass., 12 aprile 2006, n. 8516, in *Guida dir.*, 2006, p. 574, ad avviso della quale l'esperibilità della revocatoria non è ostacolata dall'omologazione dell'accordo, posto che a questa resta estranea la tutela dei creditori. Sul punto si rinvia a MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 349 ss.

³² Si deve rilevare che la riforma ha abrogato la presunzione muciana di cui al previgente art. 70. Da ciò e dalla mancata modifica dell'art. 69 (rimasto sostanzialmente immutato) è stata dedotta l'irrelevanza, ai fini dell'applicazione di quest'ultimo, del regime patrimoniale adottato dai coniugi (SPIOTTA, *Sub art. 69*, cit., p. 1085; e già prima della riforma, OPPO, *Regimi*, cit., p. 19; RAGUSA MAGGIORE, *I nuovi orientamenti*, cit., p. 249). In realtà, tale conclusione potrebbe anche essere ribaltata: poiché la presunzione muciana e la disciplina dell'art. 69 hanno un fondamento identico (ovvero la frode ai creditori perpetrata dal fallito con la complicità del coniuge e attuata nel caso dell'art. 69 a mezzo di un trasferimento e nel caso dell'art. 70 tramite un'intestazione fiduciaria al coniuge di beni acquistati con il denaro del fallito: FERRARA JR.-BORGIOLI, *Il fallimento*, cit., p. 471 ss. l'abrogazione della prima per incompatibilità con il nuovo regime patrimoniale legale della famiglia potrebbe costituire un argomento per escludere l'applicabilità della disposizione in commento nel caso in cui fra i coniugi viga il regime della comunione dei beni (così ante riforma, sosteneva tale tesi MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, p. 181).

comunione solo *de residuo*³³: «il bene già oggetto della garanzia dei creditori personali, è sottratto (per il valore della quota dell'altro coniuge) alla garanzia medesima» producendosi l'effetto del coacquisto *ex lege* (art. 177, lett. a)³⁴. Ci si è chiesti, perciò, come il curatore possa reagire alla caduta del nuovo bene in comunione³⁵.

A chi ha sostenuto che suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 69 è l'atto con il quale il coniuge destina le risorse oggetto di comunione solo *de residuo* all'acquisto³⁶ si è contrapposto chi ha ritenuto che l'effetto dell'acquisto alla comunione debba essere revocato *ex art.* 67, comma 2³⁷. Infine, più recentemente, si è affermato che l'azione revocatoria non è applicabile, in quanto l'acquisto cadente in comunione legale rientra nell'esenzione *ex art.* 64, ult. parte³⁸, ovvero per la natura legale del coacquisto automatico *ex art.* 177, lett. a), c.c.³⁹.

³³ Si tratta degli acquisti effettuati con i beni *ex art.* 177, lett. b) e c) e 178 c.c. L'ipotesi esaminata nel testo implica, peraltro, la soluzione di questioni problematiche molto complesse, lacune attinenti alla revocatoria in generale (per es. occorre stabilire se sia suscettibile di revocatoria solo un atto o anche l'effetto che ad esso si ricollega. La prima tesi è sostenuta da ultimo da MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 299 ss. ove a nt. 202 altre citazioni; RAGO, *Manuale*, cit., p. 758 ss.; la seconda da F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia. I rapporti patrimoniali fra coniugi in generale. La comunione legale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VI, 2, Milano, 1984, p. 187; OPPO, *Regimi*, cit., p. 31 ss.; Cass., 17 febbraio 1989, n.954, in *Fallimento*, 1989, 516 secondo la quale le norme sulla revocatoria avrebbero carattere "materiale", nel senso che tenderebbero a colpire il risultato economico prodotto, indipendentemente dallo strumento utilizzato), ed altre attinenti alla ricostruzione della fattispecie in esame (per la quale si rinvia alle diverse opinioni di CORSI, *Il regime patrimoniale*, cit., p. 185 ss. e OPPO, *Regimi*, cit., p. 29 ss.).

³⁴ CORSI, *Il regime*, cit., p. 186; OPPO, *op. ult. cit.*, p. 28; AULETTA, *La comunione legale*, in *Il diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, 4, Torino, 1999, p. 51; OBERTO, *La comunione legale fra coniugi*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, 2, Milano, 2010, p. 801.

³⁵ Al riguardo la dottrina maggioritaria ha escluso la revoca dell'acquisto. Si vedano F. CORSI, *Il regime patrimoniale*, cit., p. 187; OPPO, *op. ult. cit.*, p. 28; favorevole alla revoca dell'acquisto da parte del fallito è, invece, GUGLIELMUCCI, *Presunzione muciana e comunione dei beni tra coniugi*, in *Dir. fall.*, 1977, I, p. 333 ss.). La dottrina esclude anche la revoca dell'atto di vendita del bene personale. Infatti, «la revoca dell'atto di alienazione non condurrebbe alla revoca dell'attribuzione alla comunione del bene successivamente acquistato» (OPPO, *op. ult. cit.*, p. 28).

³⁶ F. CORSI, *Il regime patrimoniale*, cit., p. 188 ss.

³⁷ OPPO, *Regimi*, cit., p. 29 ss., secondo il quale la norma indicata nel testo è «regola ... "di chiusura"» del sistema revocatorio, come tale applicabile anche all'attribuzione neutra (cioè né gratuita né onerosa) in esame. Alla fattispecie l'autore non ritiene applicabile l'art. 69 in quanto l'attribuzione alla comunione non consegue a un atto fra coniugi, ma è un effetto *ex lege*; e ad esso non è riferibile, dunque, la *ratio* dell'art. 69.

³⁸ MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 301 ss. e nota 208 per ulteriori riferimenti dottrinali.

³⁹ OBERTO, *La comunione*, cit., p. 803.

Altro caso controverso è quello dell'acquisto, con il prezzo del trasferimento o con lo scambio dei beni personali elencati all'art. 179, comma 1, lett. da *a*) a *e*), di un bene⁴⁰ che cade in comunione per l'omissione da parte del coniuge-acquirente della dichiarazione *ex art.* 179, comma 1, lett. *f*)⁴¹.

Parte della dottrina ha affermato che il fallito compie un'attribuzione gratuita all'altro coniuge⁴², alla quale sarebbe applicabile l'art. 64. A conclusioni differenti perviene, invece, la dottrina più recente che ritiene applicabile l'art. 67 (nel caso in cui l'attribuzione sia sproporzionata rispetto al tenore di vita matrimoniale anteriore al manifestarsi della crisi economica del disponente) ovvero l'esenzione di cui all'art. 64, ult. parte⁴³.

Comunque, la rilevanza della questione pare aver perso parte della propria rilevanza pratica a seguito di un recente orientamento della Cassazio-

⁴⁰ La dottrina di seguito citata si è occupata della fattispecie decritta nel testo a prescindere dal fatto che oggetto dell'acquisto sia un bene mobile (art. 179, 1 comma, lett. *f*) o immobile (art. 179, comma 2, c.c.). Più corretto pare però distinguere le due ipotesi, in quanto in caso di acquisto di un immobile (per il quale la legge prescrive che esso rimanga un bene personale se l'esclusione dalla comunione risulta dall'atto di acquisto al quale abbia preso parte anche l'altro coniuge) la dottrina ritiene difficile ricorrere alla revocatoria «a meno di non voler ritenere aggravidabile con la revocatoria l'omissione di un terzo che provochi, indirettamente (posto che l'effetto della comunione scaturisce automaticamente dalla legge), un pregiudizio ai creditori (il che francamente, ci sembra molto improbabile)» (RAGO, *Manuale*, cit., p. 753; ROCCHETTI MARCH, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti dei beni personali immobili e mobili registrati*, in AA.VV., *La comunione legale*, diretto da Bianca, I, Milano, 1989, p. 582). Quindi il problema non attiene all'esercizio della revocatoria, almeno nel caso di omissione del coniuge del fallito. Rispetto a tale ipotesi sono state avanzate diverse teorie, per la lettura delle quali si rinvia a CESCHEL, *Gli atti*, cit., p. 765. Invece, alla fattispecie è applicabile quanto si dice nel testo quando manchi la dichiarazione nell'atto di acquisto del fallito.

⁴¹ L'ipotesi si differenzia da quella appena sopra esaminata in quanto qui la caduta in comunione deriva dall'omissione del coniuge acquirente, mentre là lo stesso effetto consegue automaticamente all'acquisto. Cfr. OPPO, *Regimi*, cit., p. 30; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1039.

⁴² Così OPPO, *La revoca*, cit., p. 138 sulla scorta dell'insegnamento di NICOLÒ, *Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Azione surrogatoria. Azione revocatoria*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, p. 228 ss. il quale ritiene revocabile anche un atto di omissione; CORSI, *Il regime patrimoniale*, cit., p. 185 ss.; Cass., 23 gennaio, 1990, n.351, *Fallimento*, 1990, p. 434 e la giurisprudenza cit. in MORACE PINELLI, *Interesse*, cit., p. 297, nota 198. Per ulteriori citazioni si vedano OBERTO, *La comunione*, cit., p. 806 ss. Condivide l'assunto della natura gratuita dell'atto revocabile, ma ritiene applicabile l'art. 64 o l'art. 69 l. fall. a seconda del tempo di compimento dell'atto, CESCHEL, *Gli atti*, cit., p. 766.

⁴³ MORACE PINELLI, *op. ult. cit.*, p. 289 ss., in base alla qualificazione dell'omissione relativa all'art. 179, comma 1, lett. *f*), non come un atto gratuito (come afferma la dottrina e la giurisprudenza cit. alla nota prec.), ma come un «adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 143, co. 3, c.c.» e (in relazione all'art. 64) come un atto giustificato dall'adempimento di un dovere morale.

ne⁴⁴. Quest'ultima ha affermato che «la dichiarazione di cui è onerato il coniuge acquirente, prevista nel 1° comma, lett. *f*), dell'art. 179 c.c. ... non è meramente facoltativa; tuttavia ... è necessaria solo quando la natura dell'acquisto sia obiettivamente incerta, per non essere accertato che la provvista necessaria costituisca reinvestimento del prezzo dei beni personali». Quindi un problema di revocatoria per omissione della dichiarazione del coniuge fallito non si pone in ogni caso, ma solo quando non sia certa la natura personale del bene nei termini chiariti dalla sentenza citata. Quando tale dubbio non sussiste, la revocabilità non può configurarsi nonostante la mancanza della dichiarazione, rimanendo il bene acquistato, per intero, entro il patrimonio dell'acquirente.

⁴⁴ Fra le molte cfr. Cass., 25 settembre 2008, n. 24061, in *Vita not.*, 2009, 1, p. 335.

SEZIONE X

IL NUOVO ART. 69-BIS

di *Lorenzo Benedetti*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Ratio* della previsione di un doppio termine. – 3. Come operano i due termini? – 4. Conseguenze applicative della previsione di un termine di decadenza. – 5. Ambito di applicazione. – 6. Considerazioni conclusive. – 7. La disciplina del computo dei termini per l'esercizio della revocatoria fallimentare.

1. *Introduzione*

Ante riforma la lacuna esistente in ordine ai limiti temporali per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare veniva colmata applicando analogicamente l'art. 2903 c.c.¹. L'art. 69-bis elimina tale lacuna dettando una disciplina specifica per le azioni revocatorie previste nella sezione III, del capo II, del titolo II della legge fallimentare².

Nonostante l'apparente semplicità del suo tenore letterale, la norma pone non pochi dubbi interpretativi, a cominciare dalla natura dei due termini da essa previsti.

La rubrica e la lettera della disposizione inducono ad inquadrare i termini prescritti nell'istituto della decadenza³. Inoltre, le Sezioni Unite della

¹ Per un panorama sulla questione prima della riforma cfr. CENSONI, *Prescrizione, decadenza e "consecuzione di procedure concorsuali" nella nuova azione revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 166 ss.

² Si veda la legge delega (l. n. 80/2005), art. 1, comma 6, lett. a), n. 6, il quale prescrive la riduzione del «termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria».

³ MONTANARI, *Sub 69-bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 1087 ss., ma con la precisazione di cui si dà conto oltre; ROSAPEPE, *Brevi note in tema di eccezione revocatoria*, in *Fallimento*, 2009, p. 898, il quale oltre ad attribuire rilievo alla rubrica sottolinea che la lettera della disposizione («le azioni ... non possono essere promosse decorsi ...») è diversa dal precetto contenuto nell'art. 2903 c.c. (tradizionalmente ritenuto prescrivere un termine di prescrizione) ed analoga, invece, ad altre norme che prevedono termini di decadenza quali gli artt. 804 e 2287 c.c.; CAVALLINI-GABOARDI, *Sub art. 69-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, *Artt. 64-123*, Milano, 2010, p. 312 ss.

Cassazione hanno sancito che l'azione revocatoria costituisce espressione di un potere (a necessario esercizio giudiziale) volto a produrre effetti costitutivi nella sfera giuridica del convenuto, quindi di un diritto potestativo⁴. Così definita l'azione revocatoria, è naturale qualificare il termine entro cui viene limitato il suo esercizio come decadenza, che è, appunto, una vicenda estintiva operante su una potestà, a esercizio giudiziale o stragiudiziale, di modificazione giuridica⁵.

Tale conclusione, tuttavia, non pare pienamente appagante.

Intanto è scontato ribadire che *rubrica legis non est lex* e che l'interprete non è vincolato alle definizioni legislative.

E comunque, difficilmente il termine quinquennale può essere ricondotto all'istituto della decadenza o della prescrizione, avendo come *dies a quo* non la data della dichiarazione del fallimento, ma quella anteriore del compimento dell'atto. Alla decadenza, infatti, la dottrina civilistica ritiene applicabile il principio – espressamente sancito per la prescrizione – dell'art. 2935 c.c.⁶. L'azione revocatoria fallimentare non può quindi dirsi sottoposta ad un termine di prescrizione o decadenza quinquennale, che decorre da un accadimento anteriore alla dichiarazione di fallimento, in quanto prima dell'apertura di quest'ultimo la potestà di revoca *nondum nata est*⁷.

⁴ Cass., sez. un., 13 giugno e 9 luglio 1996, nn. 5443 e 6225, in *Fallimento*, 1996, p. 999.

⁵ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 46 ss. e p. 172 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II. Profili generali*, Padova, 2004, p. 129; A. DI MAJO, *Diritti potestativi o rimedi: in margine alla revocatoria fallimentare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 180 ss.

⁶ Secondo cui «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere». Tale principio è stato considerato suscettibile di applicazione generale a tutti i meccanismi di estensione dei diritti soggettivi legati al decorso del tempo. Cfr. ROSELLI-VITUCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, XX, tomo 2, Torino, 1998, p. 601, nota 52 e p. 604 e l'ulteriore dottrina cit. in MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1088, nota 9.

⁷ Cass., 5 dicembre 2003, n.18607, in *Giur. it.*, 2004, p. 786. Non può configurarsi come vicenda estintiva di un diritto un termine che decorre quando ancora non esiste il diritto che dovrebbe estinguersi. Si veda, infatti, MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1091, il quale qualifica il termine quinquennale, prima che il fallimento sia stato dichiarato, come «circostanza impeditiva del diritto di revoca» (rimandando a CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 71 ss.) e, successivamente all'apertura della procedura, come termine di decadenza; DOLMETTA, *Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su "termini" ed "esenzioni"*, consultabile in www.ilcaso.it, il quale non esclude che uno dei termini *ex art. 69-bis* possa essere qualificato come prescrizione e che la rubrica della norma si giustifichi per il fatto che il legislatore avrebbe dato prevalenza al termine ritenuto più importante; CENSONI, *Prescrizione*, cit., p. 170, il quale evidenzia anche l'incongruenza del termine quinquennale rispetto al termine di cui all'art. 2903 c.c. per gli atti soggetti sia alla revocatoria ordinaria sia a quella fallimentare (il termine è di prescrizione ai sensi dell'art. 2903 c.c. fino al fallimento, dopodiché diventa di decadenza). Lo stesso autore rileva, peraltro, che la violazione del principio di cui all'art. 2935 c.c. ricorre anche per il termine pre-

2. Ratio della previsione di un doppio termine

La previsione di un doppio termine può spiegarsi considerando che laddove se ne fosse previsto uno soltanto, decorrente dalla dichiarazione di fallimento, ciò non sarebbe stato sufficiente a scongiurare l'eventualità di un divario temporale eccessivo ed irragionevole tra il compimento dell'atto revocabile e la sua impugnazione. Proprio per evitare tale evenienza è stato aggiunto un secondo termine decorrente dal compimento dell'atto revocando.

Dunque, la previsione dell'art. 69-*bis* è volta a contemperare due esigenze contrapposte. Da un lato quella – la cui tutela è imposta dalla garanzia costituzionale del diritto di azione – di porre il titolare dell'azione revocatoria al riparo dalle conseguenze negative del decorso del tempo fintanto che costui si trovi nell'impossibilità di esercitarla. A tutela di tale esigenza opera il termine triennale: avendo come *dies a quo* la dichiarazione di fallimento, esso tiene conto del fatto che, anteriormente, la revocatoria fallimentare non è esercitabile. Dall'altro lato, vi è l'interesse del terzo revocando a non essere soggetto *sine die* alle conseguenze dell'esercizio del diritto di azione altrui. A garanzia di questo interesse opera il termine quinquennale, che funge da limite estremo alla situazione di soggezione in cui versa il soggetto contro il quale può esperirsi la revocatoria⁸.

3. Come operano i due termini?

Il tenore letterale dell'art. 69-*bis* indica che la revocatoria fallimentare non può più essere esperita quando scade uno dei due termini da esso previsti. Quindi la decadenza dell'azione revocatoria matura decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento o – come si desume dal termine “comunque” – decorsi cinque anni dal compimento dell'atto, se tale termine scade anteriormente al precedente⁹.

visto per l'azione revocatoria ordinaria. V., inoltre, i dubbi di incostituzionalità sollevati [(per violazione del principio *ex art.* 2935 c.c. espressione dell'art. 24 Cost., che sancisce il diritto di azione (sul punto si veda CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 95 ss.)] in ordine alla norma in esame da NIGRO, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 401; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2008, p. 929).

⁸ CAPONI, *Gli impedimenti*, cit., p. 71, ove un'ampia indagine sulle altre disposizioni che, per il contemperamento delle due esigenze descritte, recepiscono un modello normativo analogo a quello dell'art. 69-*bis* l. fall.; e rispetto alla norma in esame MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1091.

⁹ JORIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-

Tuttavia, tale ricostruzione in ordine al modo di operare dei due termini può porre seri dubbi di legittimità costituzionale della norma per violazione del diritto di azione *ex art. 24 Cost.*

Tale diritto della curatela, infatti, può risultare indebitamente limitato quando il termine quinquennale scada anteriormente a quello triennale (e, dunque, la preclusione all'esercizio della revocatoria consegue al decorso del primo) dopo un breve lasso di tempo da quando la revocatoria è divenuta esperibile¹⁰.

Per far salva la costituzionalità della norma¹¹, allora, occorre ricorrere ad una delle seguenti interpretazioni correttive.

La prima sposta la collocazione dell'avverbio "comunque" nel testo dell'art. 69-bis: «l'azione non può essere esercitata cinque anni dopo il compimento dell'atto e, comunque, tre anni dopo la sentenza dichiarativa»¹². Questa interpretazione, però, inficia la spiegazione della previsione di un doppio termine che si è proposta sopra, sacrificando l'esigenza per la tutela della quale si ritiene sia stato introdotto il termine quinquennale: essendo la revocatoria *comunque* esperibile entro tre anni dalla dichiarazione di fallimento, si può realizzare un divario temporale molto lungo fra il compimento dell'atto revocando e la sua impugnazione.

Per la seconda possibile interpretazione *praeter legem*, invece, solo il termine triennale si applica alla revocatoria fallimentare, mentre l'altro riguarderebbe solo l'azione revocatoria ordinaria *ex art. 66*¹³.

JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, p. 458; NIGRO, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 400; MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1090. Si noti che la ricostruzione appena esposta del *modus operandi* del doppio termine si concilia perfettamente con la *ratio* che si è ritenuto sopra di collegare alla disposizione in esame.

¹⁰ DOLMETTA, *Sulla revocatoria*, cit., p. 8 il quale fa l'esempio del «termine quinquennale che scade pochi giorni dopo l'apertura della procedura; e quindi ... pochi giorni dopo che la revocatoria fallimentare è divenuta esercitabile».

¹¹ Come imposto dal criterio ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata e come prescritto all'interprete dall'orientamento pacifico della Corte costituzionale. Si veda AMOROSO, *L'interpretazione "adeguatrice" nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1998, c. 89 ss. Così GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 1998, 1.1, p. 173.

¹² Questa è la riscrittura della norma proposta da DOLMETTA, *Sulla revocatoria*, cit., p. 8. Tale tesi genera (oltre a quella descritta nel testo) varie perplessità: come conciliarla con il disposto letterale della norma? Tale ricostruzione va applicata solo ai casi in cui il problema di incostituzionalità può porsi (data la possibilità che il termine quinquennale scada prima di quello triennale) o anche negli altri (più numerosi) casi nei quali l'applicazione letterale dell'art. 69-bis non crea alcun problema?

¹³ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 166; FARINA, *La decadenza nell'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare*, in *La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, in

Altra parte della dottrina, infine, esclude l'incostituzionalità del termine quinquennale, affermandone l'incapacità pratica di impedire o anche solo di rendere particolarmente arduo l'esercizio della revocatoria, stante il numero di ipotesi estremamente esiguo e di limitata rilevanza in cui esso può trovare applicazione¹⁴. Infatti, l'eventualità che il termine quinquennale scada prima di quello triennale può verificarsi solo per gli atti *revocabili* compiuti *più di due anni prima* della dichiarazione di fallimento¹⁵, che possono essere esclusivamente quelli disciplinati dall'art. 69¹⁶, quelli soggetti alla revocatoria aggravata infragruppo *ex art. 91, d.lgs. n. 270/1999*¹⁷ e quelli revocati in caso di fallimento consecutivo al concordato preventivo (c.d. consecuzione delle procedure)¹⁸.

Trattato delle procedure concorsuali, diretto da Apice, I, Torino, 2010, p. 706. Rispetto alla seconda azione menzionata nel testo non si pone, infatti, il problema dell'incostituzionalità della decadenza da un diritto processuale che matura in un periodo di tempo in cui quel diritto ancora non è esercitabile, come invece si pone per la revocatoria fallimentare.

¹⁴ TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, p. 99 ss.

¹⁵ Se un atto è stato compiuto tre anni prima della dichiarazione di fallimento, il termine quinquennale scade dopo due anni dall'apertura dello stesso, dunque prima della scadenza del termine triennale che decorre da quest'ultimo evento. La decadenza quindi matura, in tal caso, scaduti i cinque anni dal compimento dell'atto revocando. Diversamente, il primo termine a scadere sarebbe quello triennale, cosicché sarebbe quest'ultimo a determinare la decadenza e saremmo fuori dall'ipotesi che si vuole esaminare.

¹⁶ Gli altri atti previsti dagli artt. 64 ss. sono revocabili solo se compiuti, al massimo, nei due anni anteriori al fallimento (ma vedremo oltre che la disposizione in esame si ritiene applicabile solo agli atti *ex artt. 67 e 68*, ai quali si applica un periodo sospetto inferiore, non a quelli di cui agli artt. 64 e 65 l. fall.). In tal caso quindi non può ricorrere l'ipotesi che si esamina nel testo (scadenza del termine quinquennale precedente a quella del termine triennale), perché se compiuti oltre i due anni, gli atti considerati non sono oggetto di revoca in quanto ricadenti al di fuori del periodo sospetto.

¹⁷ Peraltro, è dubbio se l'art. 69-*bis* si applichi anche alla revocatoria aggravata, in quanto esso fa riferimento solo alle azioni revocatorie «disciplinate dalla presente sezione» (per la revocatoria aggravata, infatti non vale il rinvio alla l. fall. previsto dall'art. 49 del d.lgs. n. 270/1999). Si noti, poi, che mentre per gli atti infragruppo di cui all'art. 67, comma 1, n. 4 e comma 2, il periodo sospetto è di tre anni (quindi può verificarsi l'ipotesi che si discute nel testo) per quelli previsti all'art. 67, comma 1, nn. 1-3 il periodo sospetto è di cinque anni (dunque coincidente col termine di decadenza). In quest'ultima ipotesi, perciò, potrebbe aversi un commissario straordinario che esercita un potere già consumato alla nascita (TARZIA-DI IULIO-FARINA, *L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare*, Milano, 2006, p. 79 e FARINA, *La decadenza*, cit., p. 705).

¹⁸ TERRANOVA, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 315, che aggiunge anche il caso di riapertura del fallimento, con riferimento alla revoca nei confronti di atti posti in essere anteriormente alla prima dichiarazione; MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1090, che si esprime in senso contrario a tale ultima ipotesi; MENTI, *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 499 ove si legge che l'art. 69-*bis* «ha il principale effetto di mandare in soffitta la retrodatazione del periodo sospetto sull'onda della consecuzione delle procedu-

4. Conseguenze applicative della previsione di un termine di decadenza

Ammettendo che l'art. 69-bis preveda dei termini di decadenza, per evitare quest'ultima l'azione revocatoria deve essere esercitata in forma giudiziale: il relativo atto di citazione deve essere notificato entro i termini previsti dalla norma in esame¹⁹. Il che è conseguenza della natura di diritto potestativo della revocatoria²⁰.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2964 c.c., il termine di decadenza non ammette interruzioni né sospensione²¹. Ne consegue che, in caso di estinzione o di definizione in rito del giudizio revocatorio, matura comunque la decadenza dell'azione, essendo possibile la riproposizione della domanda solo se ancora non sia scaduto uno dei termini prescritti dall'art. 69-bis²².

Discussa è anche la questione se, una volta maturata la decadenza, il cu-

re». Si tenga comunque presente che la possibilità di far decorrere il periodo sospetto dall'apertura della procedura concorsuale anteriore al fallimento è oggi dubbia in considerazione del fatto che è mutato il presupposto per l'ammissione al concordato preventivo (stato di crisi) rispetto a quello per la dichiarazione di fallimento (insolvenza). Si è affermato infatti che, introducendo un termine di decadenza per risolvere il problema della consecuzione delle procedure, il legislatore della riforma non si è accorto di averlo già risolto in altro modo: abrogando l'amministrazione controllata e dilatando il presupposto del concordato preventivo (PRESTI, *La funzione della nuova revocatoria. Cosa è cambiato rispetto al passato*, relazione presentata al convegno di Abano Terme, 16-17 dicembre 2005, consultata per cortesia dell'autore, p. 17; seguito da JORIO, *Il fallimento*, cit., p. 459). Per le diverse opinioni successive alla riforma si veda NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, p. 1247 ss.; GOMMELLINI, *Sub art. 69-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, I, Torino, 2010, p. 960; ed inoltre Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, *Fallimento*, 2011, p. 30 ss. con nota di Bosticco. Per le ipotesi in cui la consecuzione può intervenire si veda CENSONI, *Prescrizione*, cit., p. 172. Si noti, inoltre, che anche tale ipotesi pare scarsamente rilevante (con la conseguente normale inutilità – rilevata nel testo – del termine quinquennale di cui all'articolo in esame) poiché la riforma all'art. 181 l. fall. prescrive che l'omologazione del concordato da parte del tribunale debba avvenire nel termine di sei mesi (prorogabile una sola volta per ulteriori sessanta giorni) dalla presentazione del ricorso. Tale termine non è perentorio, ma certamente va nel senso di una decisa velocizzazione della procedura e quindi verso la tendenziale eliminazione di quell'esigenza della parte esposta a revocatoria che il termine quinquennale dovrebbe tutelare (v. sopra nel testo) (CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 174).

¹⁹ Non è, infatti, configurabile un atto interruttivo del decorso della decadenza diverso dalla domanda giudiziale. Cass., 15 febbraio 2007, n.3379, in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, p. 1281 sebbene in relazione alla prescrizione della revocatoria ordinaria; Cass., 8 gennaio 2003, n. 58, in *Giur. it.*, 2003, p. 734.

²⁰ Per un ampio approfondimento sul punto si rinvia a D'ARRIGO, *Pagamento di cambiale scaduta, atti tra coniugi, decadenza dell'azione, revocatoria ordinaria*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, 3, Torino, 2009, p. 697 ss.

²¹ CONSOLO-MONTANARI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento e le questioni di prescrizione (recte, decadenza)*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 404.

²² Per ulteriori ragguagli sul punto D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, p. 699.

ratore possa comunque eccepire l'inefficacia del titolo del credito o della prelazione ai sensi dell'art. 95 l. fall.²³. Qui merita soltanto rilevare che la tesi dell'applicabilità della norma pare in contrasto con la qualifica dei termini previsti dall'art. 69-*bis* come termini di decadenza²⁴.

5. Ambito di applicazione

Devono escludersi dall'ambito di applicazione della norma in esame le azioni *ex artt.* 64 e 65, in quanto aventi natura dichiarativa²⁵. Potrebbe invece prospettarsi l'applicazione della decadenza all'azione revocatoria ordinaria esercitata nel fallimento²⁶.

²³ La norma consente al curatore, in sede di predisposizione del progetto di stato passivo, di eccepire «l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione» di chi abbia presentato domanda di insinuazione al passivo, «anche se è prescritta la relativa azione» (corsivo aggiunto). Nega tale possibilità, una volta scaduto il termine di cui all'art. 69-*bis* ROSAPEPE, *Brevi note*, cit., p. 899; la ammettono LIMITONE, *Sub art. 69-bis*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2008, p. 516; R. CONTE, *Brevi note in tema sull'eccezione revocatoria fra nuovo e vecchio regime*, in *Fallimento*, 2007, p. 944.

²⁴ CENSONI, *Prescrizione*, cit., pp. 168-169, per il quale è «plausibile che il diritto (di eccepire) possa sopravvivere al decorso del tempo se si tratta di prescrizione; ma più difficilmente possa se si tratta di decadenza (che è una circostanza estintiva di un diritto)»; e già JORIO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 458.

²⁵ Ovvero l'inefficacia si produce *ex lege* quale conseguenza automatica della sentenza di fallimento. Si è, infatti, rilevato in apertura della trattazione relativa all'art. 69-*bis* che la decadenza è vicenda estintiva applicabile solo rispetto a situazioni soggettive di tipo potestativo, ossia ad azioni di tipo costitutivo (cfr. MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1094 e D'ARRIGO, *Pagamento*, cit., p. 698; CAVALLINI-GABOARDI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 317; *contra*, per l'applicazione dell'art. 69-*bis* anche alle azioni *ex artt.* 64 e 65, NIGRO, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 400; TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 45; e parrebbe CENSONI, *Prescrizione*, cit., p. 170).

²⁶ MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1094 ove ampi approfondimenti; TARZIA-DI IUOLO-FARINA, *La revocatoria*, cit., p. 70, ma con opinione che si discosta da quella del primo autore. *Contra* LIMITONE, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 516; CENSONI, *Prescrizione*, cit., p. 171 secondo il quale, nonostante la collocazione dell'azione *ex art.* 66 l. fall. nella sezione indicata dall'art. 69-*bis*, la prima norma si limita a richiamare la disciplina della revocatoria contenuta nel codice civile (salvo per quanto riguarda la legittimazione del curatore e la competenza del tribunale fallimentare) e dunque non si tratterebbe di un'azione propriamente disciplinata nella sezione stessa; da ultimo RUBINO DE RITIS, *Perché la decadenza ex art. 69-bis l. fall. non si applica a revocatoria ordinaria*, appunto in http://www.dirittocommerciale.unina2.it/index.php?option=com_content&view=article&id=274%3Aintegrazioni-perche-la-decadenza-ex-art-69-bis-lfall-non-si-applica-a-revocatoria-ordinaria&catid=51%3Amateriale-diritto-bancario&Itemid=88&lang=it. Ma si deve anche considerare che l'art. 2904 c.c. fa salve le previsioni sull'azione revocatoria in materia fallimentare fra le quali può annoverarsi anche quella *ex art.* 69-*bis* (CAVALLINI-GABOARDI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 318).

6. Considerazioni conclusive

L'esplicita previsione di un termine di decadenza pare da ricondurre alla logica di depotenziamento della revocatoria "in cui può riassumersi l'autentica cifra caratterizzante della riforma"²⁷. L'attribuzione di tale effetto alla qualificazione dei termini in esame come termini di decadenza – piuttosto che di prescrizione – consegue a quanto disposto dall'art. 2964 c.c., ai sensi del quale la decadenza non è suscettibile né di interruzione né di sospensione.

Inoltre, i termini di decadenza in esame investono il curatore fallimentare di una maggior responsabilità in relazione ai tempi di esercizio dell'azione revocatoria²⁸.

7. La disciplina del computo dei termini per l'esercizio della revocatoria fallimentare

L'ultimo intervento correttivo sulla legge fallimentare compiuto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 ha introdotto nell'articolo in esame un secondo comma che disciplina il computo dei diversi periodi sospetti di cui agli artt. 64 e ss. l. fall. «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento».

La norma risolve in modo definitivo la questione dell'applicazione della c.d. retrodatazione del periodo sospetto in caso di consecuzione di procedure concorsuali che, pacifica prima della riforma²⁹, ha dato luogo a varie incertezze successivamente³⁰. Tale disposizione, peraltro, oltre ad attribui-

²⁷ MONTANARI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 1086; conf. GALLETTI, *Le nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 186 ss.

²⁸ CENSONI, *Prescrizione*, cit., p. 168.

²⁹ Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato anteriore alla riforma, il periodo sospetto legale previsto dagli artt. 64 e ss. l. fall. si doveva fa decorrere, a ritroso, in caso di consecuzione di procedure concorsuali, dalla prima delle procedure consecutive.

³⁰ I dubbi in merito alla permanente validità dell'orientamento anteriore alla riforma sulla retrodatazione del periodo sospetto sono alimentati dal fatto che è mutato il presupposto per l'ammissione al concordato preventivo (stato di crisi) rispetto a quello per la dichiarazione di fallimento (insolvenza). Si è affermato infatti che, introducendo un termine di decadenza per risolvere il problema della consecuzione delle procedure, il legislatore della riforma non si è accorto di averlo già risolto in altro modo: abrogando l'amministrazione controllata e dilatando il presupposto del concordato preventivo (PRESTI, *La funzione*, cit., p. 17; seguito da JORIO, *Il*

re un fondamento legislativo alla regola della retrodatazione, sposta il momento temporale di riferimento della stessa: quest'ultimo non è più – come nell'elaborazione giurisprudenziale ante riforma – quello dell'*ammissione* alla procedura, ma quello della pubblicazione nel Registro delle Imprese della domanda di concordato preventivo³¹.

Tale spostamento del momento da considerare per l'applicazione della regola della retrodatazione rileva, oltre che da un punto di vista cronologico (in quanto non si computa più nel periodo sospetto il lasso di tempo intercorrente fra la domanda e l'ammissione alla procedura), soprattutto perché rende la retrodatazione indipendente dall'esito della domanda di concordato. «Se, infatti, facendo decorrere la retrodatazione il *dies a quo* della retrodatazione dal decreto di ammissione alla procedura, la giurisprudenza ante riforma doveva escluder[la] ove il fallimento fosse stato dichiarato in dipendenza del mancato accoglimento della domanda di concordato, con la disciplina introdotta dal comma 2 dell'art. 69 *bis* la retrodatazione si deve considerare operante anche quando la domanda di concordato venga dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 162»³².

fallimento, cit., p. 459). Per le diverse opinioni successive alla riforma cfr. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, p. 1247 ss.; GOMMELLINI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 960; ed inoltre Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, *Fallimento*, 2011, p. 30 ss. con nota di Bosticco. Per le ipotesi in cui la consecuzione può intervenire cfr. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 172; da ultimo NOCERA, *Il principio di consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 242 ss., ove ulteriori riferimenti.

Si noti, inoltre, che anche tale ipotesi pare scarsamente rilevante (con la conseguente normale inutilità – rilevata nel testo – del termine quinquennale di cui all'articolo in esame) poiché la riforma all'art. 181 l. fall. prescrive che l'omologazione del concordato da parte del tribunale debba avvenire nel termine di sei mesi (prorogabile una sola volta per ulteriori sessanta giorni) dalla presentazione del ricorso. Tale termine non è perentorio, ma certamente va nel senso di una decisa velocizzazione della procedura e quindi verso la tendenziale eliminazione di quell'esigenza della parte esposta a revocatoria che il termine quinquennale dovrebbe tutelare (cfr. *supra* nel testo) (CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 174).

Si è affermato infatti che, introducendo un termine di decadenza per risolvere il problema della consecuzione delle procedure, il legislatore della riforma non si è accorto di averlo già risolto in altro modo: abrogando l'amministrazione controllata e dilatando il presupposto del concordato preventivo (PRESTI, *La funzione*, cit., p. 17; seguito da JORIO, *Il fallimento*, cit., p. 459). Per le diverse opinioni successive alla riforma cfr. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 1247 ss.; GOMMELLINI, *Sub art. 69-bis*, cit., p. 960; ed inoltre Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Fallimento*, 2011, p. 30 ss. con nota di Bosticco. Per le ipotesi in cui la consecuzione può intervenire cfr. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 172.

³¹ Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 157; FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *www.ilcaso.it*.

³² GUGLIELMUCCI, *op. loc. ult. cit.*, p. 157, il quale rileva che un simile esito può rivelarsi particolarmente utile in caso di concordato c.d. "in bianco", la cui domanda venga dichiarata

Si tratta di una previsione valutata con favore dalla giurisprudenza teorica e pratica, in quanto ritenuta capace di sterilizzare il periodo di tempo per cui si protrae la procedura di concordato, scongiurandone l'uso dilatorio ai fini di impedire l'esercizio dell'azione revocatoria³³.

Interessante è, al proposito, anche valutare se la regola della retrodatazione debba trovare applicazione anche quando la dichiarazione di fallimento sia preceduta da un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il dubbio sorge in quanto a seguito dell'ultimo intervento correttivo l'art. 161, comma 6, prevede che il debitore, entro il termini fissato dal giudice, possa, dopo aver presentato una domanda di concordato preventivo, avvalersi della facoltà di chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis*. In tal caso la legge prevede la «conservazione degli effetti del ricorso».

In dottrina si ammette che tale espressione si riferisca agli effetti di cui all'art. 168 l. fall., ma si aggiunge anche che non vi è ragione di escludere «accanto alla protezione contro le iniziative assunte dai creditori dopo la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, anche quella contro gli atti pregiudizievoli anteriormente compiuti nel periodo sospetto legale decorrente dalla pubblicazione nel registro delle imprese del decreto medesimo»³⁴.

Se ne dovrebbe logicamente concludere che, se il periodo sospetto decorre dalla pubblicazione della domanda di concordato preventivo in caso di successivo fallimento (*ex art. 69-bis*), e se quest'ultima può essere sostituita da una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione con conservazione degli effetti prodotti dal ricorso (*ex art. 161, comma 6*), allora la retrodatazione opera anche nel caso in cui il fallimento consegua ad una domanda di concordato modificata poi in una domanda di omologazione dello strumento *ex art. 182-bis*.

Da ciò la dottrina ricava la necessità – per un'esigenza di coerenza sistemica – di applicare la regola della retrodatazione anche nel caso in cui il fallimento consegua all'accordo di ristrutturazione dei debiti (al di fuori

inammissibile a causa della mancata successiva presentazione della proposta, del piano e della documentazione entro il termine fissato dal giudice.

³³ PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *www.ilfallimentarista.it*, 14 settembre 2012, p. 6; FABIANI, *Riflessioni*, cit., ove si rileva che «nel momento in cui si allentano le briglie sulla domanda [di concordato] e si prevede un termine per l'ingresso in procedura che può arrivare fino a sei mesi, cioè proprio il periodo sospetto per gli atti normali, si decide che il gioco deve essere serio e che pertanto non si può adoperare lo strumento della domanda di concordato per sterilizzare il periodo sospetto e l'alternativa della convenienza della soluzione fallimentare»; Trib. Terni, decr. 25 febbraio 2013, in *www.unijuris.it*.

³⁴ GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 158.

dell'ipotesi particolare appena esaminata *ex art.* 161, comma 6), nonostante la lettera dell'*art.* 69-*bis*, comma 2 si riferisca letteralmente soltanto alla consecuzione del fallimento al concordato preventivo³⁵.

³⁵ GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, p. 158 ss., secondo il quale quando il debitore abbia originariamente scelto l'accordo di ristrutturazione (successivamente fallito, con conseguente apertura del fallimento), il momento rilevante per la retrodatazione è costituito dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza con cui il debitore chiede il blocco delle azioni esecutive o cautelari (*art.* 182-*bis*, commi 6 e 7, l. fall.).

SEZIONE XI

GLI EFFETTI DELLA REVOCAZIONE

di *Lorenzo Benedetti*

SOMMARIO: 1. Il comma 1 dell'art. 70. Rilievo sistematico. – 2. La *ratio* dell'art. 70, comma 1. – 3. L'ambito di applicazione della norma: le figure degli “intermediari specializzati”. – 4. *Segue*: i pagamenti effettuati mediante “procedure di compensazione multilaterale”. – 5. *Segue*: i pagamenti avvenuti “dalle” società fiduciarie. – 6. Il comma 2 dell'art. 70 l. fall. – 7. Il comma 3 dell'art. 70 l. fall.

1. *Il comma 1 dell'art. 70¹. Rilievo sistematico*

La disposizione introduce al comma 1 più che una fattispecie di esenzione dalla revocatoria, una “deviazione” della stessa verso il destinatario del pagamento²: la revocatoria si deve esercitare e produce i propri effetti (ovvero l'obbligo di restituzione delle somme percepite) nei confronti dell'effettivo beneficiario del pagamento, piuttosto che verso il soggetto per il tramite del quale il pagamento è stato effettuato³.

¹ Il comma 1 dell'art. 70 vigente sostituisce il precedente comma 1, che disciplinava la c.d. presunzione muciana, che è stata abrogata. Sul punto la riforma non ha fatto altro che sancire normativamente l'orientamento in tal senso già maturato in giurisprudenza (Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 533) che considerava l'istituto implicitamente abrogato a causa della sua incompatibilità con il regime patrimoniale legale della famiglia. Ai sensi dell'art. 177 c.c., infatti, cadono in comunione tutti gli acquisti effettuati da un coniuge, anche separatamente dall'altro, e anche con l'utilizzo di risorse esclusivamente proprie. Pertanto, l'accrescimento del patrimonio di uno dei coniugi mediante acquisti avvenuti con le disponibilità economiche dell'altro è divenuto, con la riforma del diritto di famiglia, un effetto non già da valutare come uno strumento per sottrarre dei beni alla garanzia dei creditori del fallito – il che giustificava l'applicazione della presunzione muciana – ma addirittura imposto dalla legge in assenza di diversa pattuizione (BONFATTI, *Sub art. 70*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, p. 1097).

² Sull'art. 70, commi 1 e 2, si veda, da ultimo, F. VASSALLI, *Sub art. 70*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli e Santoro, I, Torino, 2010, p. 976 ss.

³ L'art. 70, comma 1, può essere posto in relazione, sistematicamente, con le varie disposizioni che, nel disciplinare la revocatoria fallimentare, accordano un trattamento di favore a chi

La norma riveste un'importanza sistematica particolare sotto vari profili attinenti all'esercizio dell'azione revocatoria (e da tempo oggetto dell'interesse della dottrina).

Intanto essa disciplina un'ipotesi di revocabilità dei pagamenti effettuati da un terzo rispetto al debitore, cioè di prestazioni indirette⁴.

Inoltre, la revoca del pagamento compiuto dal terzo *ex art. 70*, comma 1, prescinde dal presupposto normalmente richiesto a tal fine dalla giurisprudenza, ossia l'esercizio della rivalsa da parte del *solvens* nei confronti del debitore fallito⁵. In particolare, nel disporre la revoca del pagamento compiuto dall'intermediario, la disposizione in esame imputa al decotto la prestazione del terzo – eseguita sulla base di un negozio delegatorio o comunque attraverso un'operazione trilaterale ad esso strutturalmente assimilabile – semplicemente apprezzando le caratteristiche funzionali dell'intera fattispecie⁶ e, in particolare, verificando se la vicenda trilaterale ha ca-

si interponga nella circolazione della ricchezza: si veda l'art. 6 l. n. 52/1991 (anzi secondo MANGANO, *Osservazioni a trib. Mantova*, 12 agosto 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, II, p. 53, l'art. 70, comma 1, c.c. «ha esteso la regola contenuta nell'art. 6 l. 52/1991 a tutte le operazioni di pagamenti mediati da intermediari professionisti a prescindere dallo strumento negoziale adoperato dalle parti») e l'art. 4 della l. n. 130/1999.

⁴ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1097; TERRANOVA, *Par condicio e danno nelle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 49 ss.; MANGANO, *Revocabilità del terzo (intermediario) e ed irrevocabilità del terzo fideiussore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 478 ss. Proprio perché riconducibile entro la più ampia questione della revocabilità delle attribuzioni indirette, la ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 70, comma 1, è accostabile a quella proposta per la fattispecie della revoca del pagamento di cambiale scaduta (cfr. sopra e FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 349). Comunque, l'art. 70, comma 1, non detta una regola generale sulle c.d. attribuzioni indirette, giacché esso risulta avere un ambito applicativo che è circoscritto a talune categorie di soggetti e solamente ad alcuni atti o attività (BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1098; JORIO, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, Padova, 2009, p. 463, il quale rileva che il criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 6, n. 5 della l. n. 80/2005 prevedeva l'introduzione di una regola di portata generale riguardo le attribuzioni indirette; CASTAGNOLA, *La delega sulle procedure concorsuali*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, p. 298).

⁵ Si veda, al riguardo, MANGANO, *Revocabilità*, cit., p. 478 ss., nota 27, ove ampi riferimenti. Sul punto cfr. anche TERRANOVA, *Par condicio*, cit., p. 50 ss. il quale afferma, coerentemente con la previsione in esame, come «i pagamenti compiuti da *intermediari specializzati* siano *sempre* revocabili, perché il titolare della pretesa estinta li riceve come se provenissero direttamente dal debitore. In questo caso, l'esercizio della rivalsa non può giocare alcun ruolo ai fini della dichiarazione d'inefficacia dell'atto, perché *l'accipiens* è portato ad escludere che l'intervento del terzo sia dovuto a spirito di liberalità nei confronti del principale obbligato, ma s'aspetta che il pagamento venga posto immediatamente a carico della disponibilità finanziaria ... del fallito». Ricorre, però nella fattispecie che si esamina un altro presupposto a volte richiesto dalla giurisprudenza per la revoca del pagamento del terzo, ovvero l'iniziativa del decotto (per riferimenti v. ancora MANGANO, *op. loc. ult. cit.*).

⁶ Per osservazioni circa la necessità di una visione complessiva delle fattispecie trilaterali

rattere unitario e se il terzo si è limitato ad agire come mero esecutore materiale dell'attività solutoria⁷.

In relazione alla soluzione accolta nella norma in esame, si è, inoltre, affermato che mentre nel caso del pagamento del terzo in una situazione contingente ed occasionale può aver senso attribuire rilievo alla condizione psicologica dell'intermediario occasionale; nel caso in cui si interponga un intermediario professionale sarebbe assurdo attribuire rilievo alla sua *scientia decoctionis* dei singoli *solvens*, le condizioni patrimoniali dei quali possono legittimamente essergli del tutto sconosciute. Di qui la ragionevolezza della soluzione di indirizzare la revoca nei confronti del destinatario finale della prestazione, posto che proprio nei suoi confronti è plausibile muovere una contestazione di consapevolezza dello stato di insolvenza del fallito⁸.

Infine, la disposizione offre anche spunto più generale in merito all'oggetto della revocatoria, individuato da parte della dottrina non già nell'atto di disposizione del decotto, bensì nell'acquisto del terzo⁹. Imponendo necessariamente al curatore di esercitare l'azione revocatoria contro il terzo che ha percepito il pagamento da un intermediario, evidentemente il legislatore ha previsto una fattispecie dove, ai fini della revocatoria fallimentare, l'atto di disposizione del fallito è irrilevante. In essa, infatti, (come peraltro già in quella disciplinata dall'art. 68 l. fall.) «il soccombente deve restituire un cespite che non è ... uscito dal patrimonio del decotto»¹⁰.

(piuttosto che dei singoli rapporti bilaterali in cui le stesse sono scomponibili), proprio in relazione all'applicazione della revocatoria fallimentare si veda BENEDETTI, *Gratuità e onerosità delle garanzie per debiti altrui a seguito della riforma della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 864 ss. e per uno spunto in relazione all'art. 70, comma 1, FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 349.

⁷ Così MANGANO, *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Torino, 2005, p. 118, già prima della riforma fallimentare. Merita anche rilevare che la norma rispecchia l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza tedesca, la quale considera pregiudizievole, e quindi revocabile, «ogni atto compiuto da una banca o da un altro intermediario istituzionale, dal momento che – secondo una massima di esperienza – l'intervento di tali soggetti avverrebbe sempre a spese del debitore» (MANGANO, *op. ult. cit.*, p. 126, e le ampie citazioni della giurisprudenza tedesca a pp. 120 e 121, note 28 e 29).

⁸ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1100. In mancanza della *scientia decoctionis* (da parte dell'intermediario) l'atto non può revocarsi, poiché solo tale stato soggettivo denota la consapevole partecipazione del terzo all'impoverimento della massa dei beni destinati alla soddisfazione paritaria dei creditori concorsuali (Cass., 4 dicembre 1989, n.5338, in *Fallimento*, 1990, p. 489).

⁹ Così TERRANOVA, *Par condicio*, cit., p. 47 e già in *Effetti*, cit., p. 65 ss.

¹⁰ MANGANO, *Revocabilità*, cit., p. 478 ss. E si noti che l'art. 70, comma 1, l. fall. detta una disciplina che prescinde totalmente dall'eventuale rivalsa esercitata dall'intermediario nei confronti del fallito (sul punto v. *supra*, in nota), cosicché l'atto di disposizione del patrimonio concorsuale non sussiste nemmeno in relazione a tale evenienza.

2. *La ratio dell'art. 70, comma 1*

La *ratio* della disposizione va individuata in un elementare principio di carattere economico e nelle esigenze della pratica, perché quando il pagamento viene effettuato per mezzo di un intermediario specializzato, non ha senso coinvolgere nell'impugnativa chi materialmente ha maneggiato il denaro, ma è necessario indirizzare le pretese della massa verso il destinatario della prestazione¹¹.

Il legislatore ha compiuto una scelta fra i diversi interessi in gioco, ritenendo opportuno tutelare i soggetti che professionalmente si interpongono nella circolazione del credito e che, in presenza di un rischio revocatorio troppo marcato, mal potrebbero assolvere alla funzione sociale loro demandata¹².

3. *L'ambito di applicazione della norma: le figure degli "intermediari specializzati"*

Il legislatore ha preferito non dettare un elenco dei soggetti i cui pagamenti sono esentati dalla revoca, utilizzando invece l'espressione generica "intermediari specializzati"¹³. Pertanto, l'applicazione della disposizione in esame deve ritenersi estesa a tutte le imprese autorizzate all'attività di intermediazione e abilitate ad effettuare pagamenti per conto di terzi¹⁴.

Accanto agli intermediari specializzati, poi, l'art. 70, comma 1, fa espreso riferimento alle società di cui all'art. 1, l. 23 novembre 1936, n. 1966, ossia alle società fiduciarie c.d. "statiche"¹⁵.

¹¹ TERRANOVA, *Par condicio*, cit., p. 53; JORIO, *Effetti del fallimento*, cit., pp. 462-463.

¹² Dunque sul punto la riforma ha recepito le considerazioni già proposte dalla dottrina in ordine alla disciplina speciale cui viene assoggettata la revocatoria nei confronti del *factor* (art. 6 l. 52/1991): v. TERRANOVA, *Effetti*, cit., p. 266; e di GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 35.

¹³ Nei progetti redatti dalla commissione Trevisanato, invece, era stata effettuata una scelta antitetica. Sulle diverse valutazioni della soluzione si veda BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1100 e la dottrina citata a nota 6.

¹⁴ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1101, cui si rinvia per una descrizione particolareggiata degli intermediari specializzati; JORIO, *Effetti del fallimento*, cit., p. 463.

¹⁵ Per approfondimenti sulle quali si rinvia a BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1101 ss. e ID., *La disciplina delle crisi delle società fiduciarie e degli enti di gestione fiduciaria*, Milano, 2001.

4. Segue: *i pagamenti effettuati mediante "procedure di compensazione multilaterale"*

Al fine di circoscrivere il proprio ambito di applicazione, la norma in esame fa anche riferimento ad una categoria di procedure. Si tratta in particolare di quelle procedure che danno luogo ad un sistema di compensazione dei crediti e dei debiti attraverso l'interposizione di una controparte centrale¹⁶.

L'art. 70, comma 1, pertanto, recepisce quanto già disposto dal d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210, in tema di definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamenti o di regolamento titoli¹⁷. Salvo il fatto che la disposizione prende esclusivamente in considerazione i pagamenti, tralasciando, invece, le operazioni poste in essere nell'ambito dei sistemi di regolamento titoli¹⁸. Tale lacuna, tuttavia, può essere colmata mediante l'applicazione delle esenzioni dalla revocatoria di cui al d.lgs. n. 210/2001, posto che esso prescrive una disciplina speciale rispetto a quella generale della revocatoria fallimentare, come tale fatta salva dall'attuale art. 67, comma 4, l. fall. («sono salve le disposizioni delle leggi speciali»).

5. Segue: *i pagamenti avvenuti "dalle" società fiduciarie*

Si è già detto sopra quale tipo di società fiduciarie rientrano nell'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 70. Ad avviso della dottrina, in rela-

¹⁶ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1103; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, p. 365.

¹⁷ Per l'esame della questione si rimanda a BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1102 ss.; DE BIASI, *Le esenzioni dalla revocatoria. I pagamenti effettuati tramite intermediari specializzati e società fiduciarie (art. 70, 1° co.)*, in *La disciplina dell'azione revocatoria*, a cura di Bonfatti, Milano, 2005, 279; F. VASSALLI, *Sub art. 70*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006, p. 404.

¹⁸ Esse sono, invece, espressamente disciplinate dal d.lgs. menzionato nel testo. L'articolo in esame, nel far riferimento ai pagamenti effettuati per il tramite di «procedure di compensazione multilaterale» difficilmente può comprendere, in via interpretativa, nel suo ambito di applicazione anche le procedure di regolamento titoli. Infatti, mentre nell'ambito dei sistemi di pagamento si tratta di trasferire soltanto somme di denaro, nel caso di regolamentazione titoli a fronte di un pagamento vi è un diverso adempimento consistente nella consegna del titolo (BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1105; ma *contra* F. DI MAIO, «Nuova» *revocatoria fallimentare e fenomenologia del contratto fiduciario*, in *Società*, 2005, p. 1349 ss. il quale afferma che «il termine pagamento [nell'art. 70, 1 co., l. fall. novellato] è usato in senso generalista, [e] si deve ritenere che qualsiasi prestazione dell'intermediario ... sotisca il medesimo effetto e la domanda di restituzione vada sempre indirizzata al beneficiario e non all'intermediario»).

zione a queste ultime la norma fa riferimento ad un'attività diversa da quella che caratterizza le altre fattispecie in essa comprese, nelle quali gli intermediari effettuano i pagamenti in favore di terzi nell'interesse del proprio cliente, oltre a riceverli da quest'ultimo.

Per le società fiduciarie, invece, sembrano venire in considerazione le situazioni nelle quali esse si limitano a ricevere dei pagamenti da terzi nell'interesse dei propri clienti (fiducianti)¹⁹.

6. Il comma 2 dell'art. 70 l. fall.

Questa disposizione recepisce quanto prescritto, ante riforma, dall'abrogato art. 71.

Si tratta di una norma il cui studio è stato considerato dalla dottrina come un passaggio fondamentale al fine della ricostruzione dell'intero sistema revocatorio o di suoi singoli aspetti²⁰.

In questa sede ci si limita a evidenziare brevemente le problematiche suscitate dalla disposizione.

Intanto il credito del soggetto revocato non nasce dalla sentenza di revoca, bensì dalla concreta restituzione del bene oggetto della domanda di revoca²¹.

Il credito del soggetto soccombente in revocatoria deve essere fatto valere nelle forme tipicamente concorsuali della domanda di ammissione al passivo²².

Esso, inoltre, non è ritenuto compensabile con l'obbligazione restitutoria conseguente all'accoglimento dell'azione revocatoria²³.

¹⁹ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1107 (cui si rimanda anche per ulteriori approfondimenti), il quale perviene a questa conclusione considerando l'attività caratteristica delle società fiduciarie di "amministrazione"; F. DI MAIO, "Nuova" *revocatoria*, cit., p. 1349 ss. e note 38 e 39.

²⁰ Si rimanda pertanto altrove per gli opportuni approfondimenti al riguardo. Si veda F. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 134 ss.; TERRANOVA, *Effetti*, cit., pp. 218-245; GALLESIO PIUMA, *Effetti del fallimento*, cit., p. 135 ss. ove ulteriori ampie citazioni a nota 6; LIBERTINI, *Sulla funzione della revocatoria fallimentare: una replica e un'autocritica*, in *Giur. comm.*, 1977, I, p. 84 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 178 ss.

²¹ Per tutti, MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, cit., p. 166 ss.; e più di recente, Trib. Napoli, 12 maggio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 1426; Trib. Padova, 30 aprile 2003, *ivi*, 2003, p. 1123; Trib. Roma, 5 dicembre 2001, *ivi*, 2002, p. 789.

²² Da ultimo Trib. Saluzzo, 4 luglio 2008, consultabile su www.dejure.it.

²³ Cass., 19 novembre 2008 n. 27518, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 11, p. 1649; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18156, in *Foro it.*, 2003, I, c. 770.

Nessun credito di insinuazione al passivo sorge, poi, in caso di inefficacia di atti a titolo gratuito; così come la norma non si applica al terzo *sub-acquirente*, dal momento che questi, in seguito alla restituzione del bene, potrà eventualmente vantare un credito nei confronti del proprio dante causa, ma mai un credito verso il fallito²⁴.

Secondo l'opinione prevalente, quando viene revocato un contratto a prestazioni corrispettive, il terzo ha diritto ad ottenere la restituzione della prestazione patrimoniale effettuata a favore del fallito. Tale restituzione, quando la prestazione abbia avuto per oggetto un bene individuabile e ancora esistente nel patrimonio del fallito, deve essere fatta in natura; altrimenti, per equivalente²⁵. Secondo altra parte della dottrina, invece, il credito del terzo avrebbe ad oggetto il valore dell'attribuzione patrimoniale restituita al curatore all'esito del giudizio di revoca²⁶.

Nell'ipotesi di revoca di un pagamento eseguito a favore di un creditore privilegiato, ci si è chiesti se si verifichi la reviviscenza della garanzia che, prima del suo adempimento, assisteva il credito. Al riguardo mentre la dottrina è orientata in senso favorevole, per lo più sulla base di ragioni equitative²⁷; la giurisprudenza sostiene la tesi opposta²⁸.

In relazione all'ipoteca, in particolare, la dottrina ha escluso la reviviscenza, in quanto l'art. 2881 c.c. dispone che «se la causa estintiva dell'obbligazione è dichiarata nulla o altrimenti non sussiste, ovvero è dichiarata nulla la rinuncia fatta dal creditore all'ipoteca, e l'iscrizione non è stata conservata, si può procedere ad una nuova iscrizione ...». Tale norma non è apparsa applicabile al pagamento (quale causa estintiva del credito e, dunque, dell'ipoteca) revocato, poiché gli effetti della revocatoria fallimentare non sarebbero riconducibili alla nullità dell'atto²⁹.

²⁴ MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, cit., p. 109. Per ulteriori indicazioni sui casi in cui il problema del credito del terzo revocato non crea problemi applicativi.

²⁵ Si veda F. CORSI, *La revocatoria*, cit., p. 135 ss.; FERRARA-BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 419; GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore la ... mette in crisi*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 567; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 173. Sul punto v. anche quanto si è detto sopra a proposito della revoca dell'acquisto di un bene che cade *ex lege* in comunione.

²⁶ MAFFEI ALBERTI, *La funzione della revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 362 ss. La questione è fondamentale in quanto è collegata alla funzione – indennitaria o antiindennitaria – che si ritenga di dover attribuire alla revocatoria fallimentare. Sul punto v. GUERRIERI, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 577 ss.

²⁷ Per tutti, MAFFEI ALBERTI, *Il danno*, cit., p. 219 ss.; *contra* la dottrina citata in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve*, cit., p. 364.

²⁸ In base alla considerazione, in materia di fideiussione, che la revoca non è opponibile al fideiussore del fallito (da ultimo Cass., 15 novembre 2004, n. 21585, in *Corr. giur.*, 2005, p. 367).

²⁹ BONFATTI, *Sub art. 70*, cit., p. 1111.

In senso contrario, si può, però, sostenere che la reviviscenza trova un fondamento normativo non nella parte dell'art. 2881 c.c. che fa riferimento ad una causa estintiva dell'obbligazione nulla, ma in quella relativa all'ipotesi in cui essa non sussiste "altrimenti". In quanto revocato, infatti, il pagamento (che è causa estintiva dell'obbligazione) cessa di esistere per una causa differente dalla nullità ("altrimenti").

Infine un'ultima questione si pone in relazione al nuovo art. 101, comma 1, l. fall. Si è detto che il credito del revocato deve essere insinuato al passivo. Con la riforma, la domanda di ammissione tardiva è ammessa (a differenza di quanto previsto nel previgente regime) solo entro il dodicesimo mese dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo. Dopo di che «le domande tardive sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile» (art. 101, ult. cpv.). Al riguardo la giurisprudenza ha affermato che la pendenza del giudizio instaurato dall'esercizio della revocatoria non costituisce un'esimente dalla colpa per il ritardo dell'insinuazione *ex* art. 71 (ora art. 70, comma 2)³⁰.

Pertanto, ove tale orientamento non venga rivisto, il convenuto che abbia resistito nell'ambito del giudizio di revoca potrebbe vedersi preclusa l'ammissione al passivo.

7. Il comma 3 dell'art. 70 l. fall.

Stante la stretta connessione che sussiste fra il nuovo comma 3 dell'art. 70, e la disciplina dell'esenzione delle rimesse effettuate su conto corrente bancario (art. 67, comma 4, lett. b)), ci si limita qui a rinviare al commento di quest'ultima.

³⁰ Cass., 3 giugno 2004, n. 10578, in *Fallimento*, 2005, p. 427.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2014
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220