

Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su «termini» ed «esenzioni» (*)

ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. 1. Qualche osservazione di carattere generale. – 2. Profili di diritto intertemporale (: «i primi passi del nuovo regime»). – 3. Sui «termini» in vario modo afferenti all'esercizio dell'azione (Relazione a d lgs. n. 5/2006: «abbreviare i termini per la proposizione dell'azione»). – 4. Cenni sull'elenco delle esenzioni (: «non riducibilità *ad unum*»). – 5. L'esenzione di cui alla lett. *a.* dell'art. 67, comma 3, legge fall. (: «l'effettiva dimensione dell'esenzione dei pagamenti secondo i termini imprenditoriali di uso» – 6. L'esenzione di cui alla lett. *b.* dell'art. 67, comma 3, legge fall. (: «tratti dell'esenzione per le rimesse di c/c bancario»).

1. Qualche osservazione di carattere generale.

1.1.- Prima di tutto, è da rimarcare il fatto del mantenimento dell'istituto, quale peculiare azione revocatoria per il fallimento. In effetti, la circostanza è assai indicativa: «un sistema giuridico che non abbia il coraggio di effettuare una scelta precisa, nel senso di non rinunciare all'istituto della revocatoria, non può essere ricostruito soltanto alla luce di quelli che sono i costi dello stesso; occorrerà piuttosto metterne a fuoco anche i vantaggi, all'interno del sistema concorsuale» (Galletti). E' da rilevare, altresì, il mantenimento del fallimento come processo esecutivo (concorsuale) per le imprese insolventi (quindi, sicuramente la *ratio* dei rinnovamenti normativi non può essere individuata nel favorire il mantenimento in vita di imprese ormai decotte). In questo contesto, la revocatoria fallimentare si pone come uno degli istituti chiave della concorsualità.

* Testo della relazione tenuta al Convegno su «La riforma della legge fallimentare», organizzato da Paradigma a Milano, 19-20 giugno 2007. L'intervento tiene conto della versione conosciuta allo scrivente dello «schema di decreto legislativo recante “Disposizioni integrative e correttive del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante la disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5-bis e 6 della legge 14 maggio 2005, n. 80».

Ora, la (complessiva) riforma della revocatoria contiene, evidentemente, una tensione verso il ridimensionamento dell'istituto. Ma – oltre a dubbi di legittimità costituzionale su taluni dei nuovi punti, che pochi non sono – il ridimensionamento va gestito all'interno del sistema: che, appunto, ha mantenuto quest'istituto chiave. Si può anche aggiungere – quasi a mo' di sintesi (di questi due ultimi ordini di rilievi) – che occorre attentamente selezionare, in buona sostanza, le ragioni che possono comportare un ridimensionamento operativo, sì da tenere conto (solo) di quelle legittime (: un conto, così, è la ricercata eliminazione di eccessi, più o meno frequenti nella pratica; diverso conto è quello di leggere l'introdotta normativa in funzione protezionistica di *lobby*).

1.2.- Pure si ha la conservazione dell'impianto generale della disciplina della revocatoria. Per esprimere in modo più preciso il pensiero: la riforma non consiste in grandi, chiare scelte di principi ovvero in rivoluzioni. In realtà, il ridimensionamento sopra cennato è avvenuto – in termini sostantivi - operando sui seguenti due aspetti: quello temporale e quello delle fattispecie di esenzione.

E' noto che l'istituto della revocatoria (ordinaria come fallimentare) è tra quelli più articolati e tormentati: dal ceppo sorgono – l'osservazione è tratta direttamente dall'esperienza - una quantità di sub-fattispecie distinte e di questioni enorme. E' un istituto intrinsecamente complicato; pertanto, la normativa predisposta dal legislatore, che non riuscirà mai a risolvere ogni dettaglio, dovrebbe fungere da parametro-guida a un'attività che rimane, al fondo, di tipica costruzione di/da parte del diritto giurisprudenziale: anche per aiutare la funzione di certezza del diritto – e quindi ridurre l'entità di «non perfetti allineamenti» (tra i vari tribunali e tra i diversi punti della relativa tematica), il legislatore farebbe meglio – piuttosto che pasticciare le norme - a limitarsi a interventi di vertice: con poche norme di guida e, soprattutto, di tenore chiaro e netto.

Ora, i grandi problemi attuali (: del nostro periodo storico) della revocatoria fallimentare non sono stati affrontati e risolti in via diretta (e se possibile piana) dalla riforma. Mi riferisco, in specie, a questi punti: *a*) se danno necessario o no e nel caso quale sia; *b*) se *scientia decoctionis* o semplice diligenza o anche nulla; *c*) retrodatazione della sentenza di fallimento; *d*) retrodatazione del periodo sospetto nel caso di consecuzione di procedure; *e*) nozione (specifica e) rilevante di gratuità/onerosità.

Qualcuno di questi punti è stato toccato in via traversa, peraltro, con passi di dubbia consapevolezza e decisività (v. oltre). Sicuro è, in ogni caso, che *a priori* non si può neppure predicare una compiuta indifferenza su questi profili [si pensi alla tematica del danno in cui, nell'ambito del regime previgente, è in fase di espansione la tesi antindennitaria: cfr. Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028; sul punto la riforma dà indicazioni tra loro senz'altro contraddittorie (Fabiani; Beltrami): basti pensare che le «vendite a giusto prezzo» sono esentate solo al ricorrere di ulteriori, e peculiari, condizioni]. E per via obliqua paiono toccate anche questioni sì più specifiche, ma di rilevanza pratica enorme.

Insomma una riforma che – da questo angolo visuale (ma non solo: v. subito appresso) – finisce per complicare alquanto, non già semplificare, l'attività dell'interprete.

1.3.- E' appena il caso di aggiungere che – come ormai consolidata consuetudine italiana – la confezione tecnica delle norme è, in buona sostanza, pessima (per un primo riscontro in giurisprudenza, v. Trib. S. Maria Capua Vetere, 12 settembre 2006). Qui forse più del solito, anzi.

Per fare solo qualche esempio: si giunge all'estremo di articoli che (per un certo periodo di tempo) non si è saputo se esistessero o meno (così, per la «storia» dell'art. 70). Si giunge alla contemporanea introduzione, da un lato, di un limite fisso e precisato nella dimensione numerica della proporzione (25% in luogo del precedente «notevole sorpasso», di cui all'art. 67, comma 1, n. 1) e, dall'altro, di esenzioni dalla revocatoria che si fermano al limite delle «vendite» stipulate «a giusto prezzo». Il tutto mentre la fattispecie del pagamento «con mezzi anormali» non è stato per nulla considerata dalla riforma.

Nel medio periodo almeno – e al di là di ogni ricerca di ridurre portata e importanza dell'istituto - il contenzioso, dunque, non dovrebbe proprio calare. Casomai salire (e il discorso non si chiude, naturalmente, sull'orizzonte della revocatoria).

2. Profili di diritto intertemporale (: *i primi passi del nuovo regime*).

2.1.- In relazione alla normativa sulla revocatoria l'intervento legislativo è stato duplice (la maggior parte essendo avvenuta nel 2005, mentre un'altra razione nel 2006: così, per gli attuali artt. 67-bis, 69, 69-bis e per il risorto art. 70). Per entrambi gli interventi sono state fissate delle (distinte) norme *ad hoc* per l'effettiva loro entrata in applicazione. Ne consegue che, allo stato, siamo destinati ad avere: revocatorie completamente assoggettate al vecchio regime; revocatorie assoggettate al regime del 2005, ma non anche al regime del 2006; revocatorie interamente soggette per intero alle nuove riforme.

Le riforme del 2005 si applicano alle revocatorie inserite in procedure «iniziate» dopo il 17 marzo del 2005 (art. 2, comma 1, *a.*, d. l. n. 35/2005). Le riforme del 2006 riguardano solo le revocatorie inserite in fallimenti i cui ricorsi o le relative procedure siano non ancora «pendenti» alla data del 16 luglio 2006 (art. 150 d. lgs. n. 5/2006).

2.2.- Segnatamente per la regola transitoria del 2006 è stato sollevato un problema di base (e di vocazione, per sua natura, di taglio generale), così sintetizzabile: se, per l'applicazione del «vecchio» regime, sia necessaria l'anteriorità del deposito della sentenza dichiarativa o basti invece la sola presentazione del ricorso.

In effetti, sulla interpretazione della disposizione, la letteratura (compresa la giurisprudenza, già da subito frequente: riferimenti ad es. in Spiotta) si è andata a dividere: ad anticipazione (noto *per incidens*) del futuro che ci attende (per la specifica rilevazione che l'art. 69-bis si applica solo alle procedure con ricorsi posteriori al 16 luglio '06, v. Trib Treviso, 3 maggio 2007, www.ilcaso.it).

A me pare sia senz'altro da accogliere la tesi della sufficiente presentazione del ricorso. Che è, tra l'altro, la soluzione accolta dal Tribunale di Milano, come pure confermata dalla Corte di Appello (sentenza n. 361/07: sul sito della sezione fallimentare). A convincere in tale senso sta, più che il testo della norma dell'art. 150 (in effetti, un po' opinabile), il c.d. criterio teleologico: la rilevazione, cioè, che la procedura fallimentare costituisce un «*unicum*», una linea continua che si snoda dal momento della presentazione

del ricorso in poi (e non già – come presuppone l’opposta tesi – due procedure distinte: una prefallimentare e un fallimentare; mi parrebbe artificioso sostenere che l’istruttoria dia vita a un procedimento strutturalmente e funzionalmente a sé stante e in sé stesso chiuso). Sì che sarebbe scorretto spezzare in due un procedimento unitario, sottoponendolo a discipline diverse e divergenti.

D’altro canto, l’art. 2 del 2005 appare, in buona sostanza, norma di univoco tenore: è davvero difficile pensare che la sentenza dichiarativa «inizi» la procedura (mentre l’art. 6 intesta al ricorso l’«iniziativa per la dichiarazione»). Né si vede a ragione per applicare criteri di diversa natura per le distinte entrate in vigore dei vari *morceaux* che compongono la riforma delle revocatoria (tanto meno si scorge motivo – si può pure aggiungere – per trattare il resto in modo differente dalla revocatoria; il citato schema di decreto «correttivo» viene a confermare questa linea di impostazione, nella norma transitoria dell’art. 22 discorrendo di «procedure fallimentari iniziate o aperte ...»).

2.3.- In letteratura (Benassi) – e anche nella pratica – è stato sollevato un problema sul diritto intertemporale della revocatoria fallimentare, che per la verità si porrebbe a monte di quello (comunque di più ampia dimensione applicativa) appena considerato.

Precisamente, è stata sollevata la questione di (il)legittimità costituzionale dell’art. 2 d. l. n. 35/2005 per contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 47, comma 1, Cost.: perché la detta norma prevederebbe – così si è sostenuto – un «trattamento differenziato fra atti tutti compiuti prima dell’entrata in vigore delle nuove norme, per la sola circostanza che a quest’ultima data [17 marzo 2005] vi fosse o meno una procedura concorsuale già aperta» (: in sostanza, la nuova esenzione dovrebbe, secondo questa tesi, riferirsi anche ai casi di cui ai giudizi comunque successivi alla nuova regolazione e, anzi, pure a quello già pendenti).

La sollevata questione, peraltro, è stata respinta per manifesta infondatezza dall’ordinanza del Trib. Mantova, 24 maggio 2007 (www.ilcaso.it). Questa, in sintesi, ha così argomentato: «il legislatore nel dettare la disciplina transitoria ... si è attenuto al principio generale ... dell’irretroattività; ... la mancata previsione di applicazione retroattiva [non] costituisce, di per sé, violazione del principio di uguaglianza, dettato dall’art.

3 Cost., violazione che potrebbe sussistere solo ove tale scelta risultasse assolutamente irragionevole ...»; il che non è (e, anzi irragionevole sarebbe stata la scelta opposta) in quanto il «fondamentale principio della *par condicio creditorum* [importa] la necessità di prevedere uguale trattamento per tutti i creditori della stessa impresa fallita»: non foss'altro perché «il presupposto dell'azione [l'apertura della procedura fallimentare cioè] si è verificato sotto il vigore della legge precedente».

La soluzione del Tribunale di Mantova mi pare corretta. Ritengo invero che accogliere l'opposta tesi dell'illegittimità costituzionale significherebbe fare diventare – e in via automatica – norma generale del diritto civile la regola della retroattività propria dell'abrogazione delle norme incriminatrici di diritto penale (per l'irrelevanza dello svolto richiamo al principio di tutela costituzionale del risparmio dell'art. 47 Cost., poi, mi permetto di rinviare al mio saggio sulle «Garanzie bancarie»).

3. Sui «termini» in vario modo afferenti all'esercizio dell'azione (Relazione al d. lgs. n. 5/06: «*abbreviare i termini per la proposizione dell'azione*»).

3.1.- *Sui rotti termini della «revocatoria aggravata»*. - In materia, la prima osservazione riguarda la frattura che, sotto il profilo del tempo, si è venuta a creare nell'ambito degli atti anormali (volendo qui usare l'espressione che segue in termini affatto generici: all'interno della categoria di riferimento della «revocatoria aggravata»).

La dimensione temporale per i negozi gratuiti di cui all'art. 64 e dei pagamenti anticipati di cui all'art. 65 (un meno in proposito merita, per il profilo del danno, l'art. 1185 cpv. c.c.) non è stata in alcun modo toccata. Invece, la dimensione temporale per agli atti onerosi anomali degli artt. 67, comma 1, è stata dimezzata (da due anni a uno e da un anno a sei mesi, secondo la loro distinzione interna).

Qualitativamente, il danno prodotto alla massa da queste diverse tipologie è identico: il loro livello di oggettiva «anormalità» (rispetto alla corretta prassi di impresa) per regola pure [se una differenza la si vuole trovare, la stessa sarebbe comunque tale da manifestarsi irrilevante al

riguardo: pagamenti anticipati e negozi gratuiti (praticamente sempre) autodenunciano fortemente sé stessi; ciò può attenerne, in verità, solo a una diversa rilevanza dello stato soggettivo del contraente *in bonis*].

Che giustificazione potrebbe avere, dunque, l'avvenuta introduzione di una simile distinzione? Di una simile disparità di trattamento normativo? In realtà, non appare neppure sicura l'esistenza di una eventuale *voluntas* del legislatore su questo punto specifico. Forse – e solo forse – la frattura è stata operata nella consapevolezza del legislatore [sintomatica risulta l'annotazione che segue. L'art. 69 è stato modificato con l'introduzione di una specifica previsione per gli atti a titolo gratuito: quella che sottopone anche questi a revocatoria pure se compiuti più di due anni prima del fallimento. L'intervento, peraltro, per sé recepisce l'addizione compiuta dalla Corte Costituzionale nel 1993; con le stesse parole, per di più: meccanicamente, dunque; senza neppure curarsi della prolissità che così è venuto ad assumere il testo della norma (senza essere troppo eleganti, sarebbe bastato aggiungere, al riferimento all'art. 67, anche un riferimento all'art. 64, ad esempio)].

In buona sostanza: la legittimità costituzionale della creata distinzione – attinente al profilo della dimensione temporale - resta non esente da dubbi (che finirebbero per tradursi, in pratica, nella riduzione temporale anche per i casi degli artt. 64 e 65). Non v'è ragione, comunque, per ascrivere gli atti anormali a due distinte e non comunicanti categorie.

3.2.- *Sul termine quinquennale di cui all'art. 69-bis: rapporti con la sopravvenuta dichiarazione di fallimento.* - Nella sua apparente semplicità di formulazione, la norma pone non pochi problemi. Il primo che si incontra, per vero, è quello se il termine quinquennale e quello triennale possano in concreto sovrapporsi oppure no. Altrimenti detto: se il termine quinquennale continui ancora a correre quando ormai è aperta la procedura fallimentare o se, per contro, il quinquennio - per essere rilevante - debba interamente compiersi prima dell'avvio della detta procedura (prima della presentazione del ricorso che ha condotto alla sentenza, anticipo sin da adesso).

L'alternativa ha sicuramente – non sembra inopportuno qui puntualizzare – un senso pratico sul piano oggettivo. Per espressa formulazione della norma dell'art. 69-bis, i termini contemplati riguardano

anche la revocatoria ordinaria esercitata in sede fallimentare (art. 66; nel periodo di svolgimento della procedura - completo – i termini prescrizionali dell'art. 2903 restano sospesi). Vi è poi il punto della consecuzione delle procedure da tenere presente (in effetti, la complessiva durata della procedura concorsuale minore può facilmente condurre a uno scavalco del periodo quinquennale; avverto che, peraltro, il completamento del discorso sulla consecuzione deve tenere conto anche di quanto rilevato nell'ambito del prossimo n. 3.3.).

A mio avviso, deve trovare applicazione la soluzione per seconda indicata: sopravvenuta la procedura, il termine quinquennale non ha più spazio per correre: o si è già interamente formato oppure l'azione può comunque essere promossa. In questa direzione rilevo che, altrimenti, si pone in gravissimo rischio il principio costituzionale del diritto di difesa dell'art. 24 Cost.: si pensi al caso di termine quinquennale che scade pochi giorni dopo l'apertura della procedura; e quindi, segnatamente, pochi giorni dopo, che la revocatoria fallimentare è divenuta esercitabile (pochi giorni dopo il deposito/iscrizione della sentenza *ex* art. 16, anticipo qui). D'altro canto, non si vede ragione per dare un senso diverso al termine triennale, ulteriormente previsto dalla norma, in dipendenza del collocamento temporale dell'atto revocando: l'attività del curatore necessaria per l'esercizio è pur sempre la stessa.

Di conseguenza, nella norma dell'art. 69-bis credo vada letta con uno spostamento dell'avverbio «comunque»: l'azione non può essere esercitata 5 anni dopo il compimento dell'atto e, comunque, 3 anni dopo la sentenza dichiarativa. L'interpretazione correttiva appare necessaria per salvare la costituzionalità della norma).

3.3.- Ancora sul termine quinquennale: in punto di eventuali interruzioni e sospensioni. - Parte della prima letteratura formatasi in materia, dà molta importanza al fatto che la rubrica della norma in questione è intestata alla «decadenza» (ad es. Montanari). A me non pare che questo sia un corretto modo di procedere. E per più ragioni.

La rubrica della legge non è legge, com'è noto. Non meno noto è che le definizioni del legislatore non vincolano (e ci mancherebbe!); del resto, la frizione che ne seguirebbe con il disposto dell'art. 2903 (in cui anche il testo della disposizione, oltre alla rubrica, parla di «prescrizione») è evidente. A

parte tutto ciò: nel corpo della norma fallimentare si trovano predisposti due distinti termini; perché decidere *a priori* che entrambi sono - per forza - di decadenza? Non è davvero impossibile pensare che la decadenza riguardi uno solo dei due termini (e che questo termine sia stato considerato dal legislatore di «spicco» maggiore dell'altro, comunque più «appariscente»).

Posto tutto questo, a me pare che – per il detto termine quinquennale come riferito alla azione revocatoria fallimentare (compresi tutti i casi di c.d. «revocatoria aggravata») – sia da dare rilievo alla circostanza che la stessa prima del fallimento non può essere esercitata: rispetto a questa, perciò, il termine quinquennale non può essere né di prescrizione, né di decadenza. Siamo di fronte a un fenomeno giuridico diverso: a rilevare non è lo svolgimento del termine (che, in quanto stia correndo, potrebbe essere suscettibile di venire interrotto o essere sospeso), bensì il fatto materiale della compiuta sussistenza – oppure no - di uno spazio temporale determinato. La domanda che ne deriva è, perciò, la seguente: l'effettivo svolgimento di una procedura concorsuale minore – che, in quanto tale, renda impossibile la contestuale presentazione di un ricorso per la dichiarazione di fallimento – è da considerare fattore impeditivo della produzione del detto spazio temporale oppure no? La risposta, ovviamente, dipende solo dalla conformazione del sistema positivo.

E a me parrebbe che la risposta sia di segno positivo (la presenza di un ostacolo giuridico rende impossibile mettere in atto quanto necessario per evitare la formazione del quinquennio): a livello di principi, un indice in questa direzione può senz'altro essere colta nella norma dell'art. 168, comma 2, legge fall., per cui – nel periodo che va dalla presentazione della domanda di concordato preventivo al passaggio in giudicato della sentenza di omologa - il divieto di azioni esecutive importa il blocco della rilevanza del passare del tempo in danno ai creditori (ma la scelta della consecuzione sarebbe comunque limitata all'ipotesi che il debitore fosse insolvente anche al momento della presentazione della domanda di concordato, *ex art. 160 legge fall.*: il che pure vuole dire mantenere - per l'ipotesi della consecuzione - un sia pur ridotto margine di possibile applicazione del termine quinquennale).

Per la azione revocatoria ordinaria ex art. 66, il problema si confronta, a mio avviso, con questo interrogativo: ha senso che un'azione revocatoria che sarebbe esercitabile fuori dal fallimento, dato il mancato corso della prescrizione *ex art. 2903 c.c.*, non lo sia anche dentro la procedura da parte

del curatore? E' possibile che il fallimento sia diventato oggi uno strumento di tutela dei creditori più debole di quello costituito dal processo esecutivo ordinario? Una simile tesi sembrerebbe, per sé, non poco difficile da sostenere. Tuttavia, sembra chiaro che l'opposta, e assai ragionevole, tesi comporta il venire meno – per questa seconda ipotesi – della possibilità di dare uno spazio autonomo di applicazione al termine quinquennale dell'art. 69-bis (poiché in sostanza verrebbe a coincidere con quello dell'art. 2903).

Per il caso allora si trovasse insormontabile una simile «difficoltà» (e sempre a volerla considerare tale, si intende), è bene aggiungere che in ogni caso, riterrei - in via gradata, per così dire – che, per questa seconda ipotesi, possa trovare applicazione almeno la citata norma dell'art. 168, comma 2, legge fall.

3.4.- *Sul termine triennale.* – I risultati sin qui ottenuti semplificano molto il discorso sul termine triennale post-dichiarazione pure introdotto dall'art. 69-bis. La funzione di questo termine sta - oggettivamente - nell'assicurare una certa dinamicità allo svolgimento delle procedure: nel sollecitare, meglio, la tempestività dell'azione del curatore (anche ai fini della responsabilità di cui all'art. 38). Tale fine è sicuramente commendevole.

E da questo angolo visuale si può anche ritenere – senza tanto andare a discorrere di decadenza o prescrizione – che questo termine non sia soggetto a cesure di interruzione (anche se una riserva esprimerei per il caso di riconoscimento di debito *ex art.* 2944 c. c., in sostanziale collegamento con la regola scritta per il pagamento di debito prescritto di cui all'art. 2940 c. c.), né a parentesi di sospensione.

Ed è da notare al riguardo: a livello di principi, la norma dell'art. 2942, che tiene sospesa la prescrizione nei confronti degli interdetti per infermità di mente «per i sei mesi successivi alla nomina» del relativo rappresentante legale; prima della riforma era rappresentata anche l'opinione che la prescrizione quinquennale dell'azione (a correre dalla data di dichiarazione del fallimento) non era soggetta a interruzioni.

3.5.- *Sul computo a ritroso del «periodo sospetto».* – Il punto è diventato della massima importanza a seguito dell'avvenuta riduzione a sei mesi del periodo per la revocatoria degli atti normali. Ma non solo per questo peculiare motivo.

A renderlo punto delicatissimo, vitale anzi per il futuro della revocatoria fallimentare è la combinazione di questa riduzione con l'introduzione «formalizzata» (e anche scadenzata) dell'istruttoria prefallimentare di cui all'art. 15: quest'ultima, nelle fattispecie di una qualche complicazione almeno (si pensi anche solo al riscontro effettivo delle condizioni di fallibilità di cui all'art. 1 o dello stesso art. 15), potrebbe pure mangiare per intero il termine semestrale (si va per definizione oltre, poi, nel caso di fallimento dichiarato a seguito dell'art. 22, comma 4, in caso di accolto reclamo contro il decreto di rigetto). E ciò, naturalmente, se si fa partire il viaggio a ritroso di questo termine dal deposito (ora iscrizione) della sentenza dichiarativa ex art. 16, comma 3: secondo quella che era la comune opinione per il regime ante riforma (così come anche per il nuovo regime si continua, in linea di principio, a ritenere. V. però adesso Galletti).

Credo che il problema nasca da un involontario difetto di coordinamento: un'ottima ragione per porvi rimedio, dunque, anche perché il rischio di dilatazioni temporali «di fatto» della istruttoria c'è davvero (magari anche solo perché la stessa finisce per «scappare di mano»). Siamo ben al di là, in definitiva, di riscontri che possano essere paralizzati dal generico rilievo per cui *adducere inconvenientem non est solvere argumentum*.

Ora, a me pare che degli argomenti per scongiurare un simile rischio ci siano: ponendo il *dies a quo* per il calcolo a ritroso nel giorno della presentazione del ricorso (che poi venga «tradotto» nella sentenza dichiarativa, naturalmente). Come passo, in rapida sintesi, a enunciare.

Va segnalato, primo di tutto, il carattere non impegnativo del testo delle norma in discorso. Il riferimento è, comunque, alla «dichiarazione di fallimento», formula sostanzialmente neutra (nell'alternativa tra il ricorso e l'iscrizione della sentenza); e non va sottovalutato, a proposito delle genericità della medesima, anche che si tratta, in fondo, delle formula più diffusa nel contesto della legge fallimentare (un filo più stretta è, così, la formula della «data di dichiarazione del fallimento», di cui all'art. 45).

Va rilevato, poi, che la revocatoria fallimentare in nessun modo potrebbe essere annoverata tra gli effetti della sentenza a cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 16. Il fallimento (inteso in genere come procedura) del debitore è presupposto della revocatoria fallimentare: non un suo effetto. Riferito alla revocatoria fallimentare, cioè, il disposto dell'art. 16 può – al più – significare che, sino all'iscrizione, la revocatoria fallimentare non può essere concretamente esercitata. Concetto, questo, sicuramente vero, quanto irrilevante ai fini qui in discorso; così come è pure vero che non avrebbe in ogni caso senso oggettivo agganciare la revocatoria fallimentare all'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese: l'iscrizione è destinata a informare i terzi, quindi serve *de futuro*, mentre la revocatoria, per sua propria natura, si rivolge al passato: proprio nessuno deve essere informato.

Non si può non tornare a ricordare, ancora, che la procedura fallimentare è unitaria (v. già sopra, n. 2): sia sotto il profilo strutturale, sia sotto quello funzionale. Senso proprio dell'istruttoria è quello di raggiungere uno dei due sbocchi alternativi: lo svolgimento ulteriore della procedura, se in concreto sussistono tutti i requisiti di fallibilità, o la sua chiusura, nel caso contrario. Il tutto senza soluzioni di continuità.

Nello specifico della fase istruttoria, altresì, si tratta di vedere se il ricorso presentato ha, nella sostanza, ragione o torto. Non si vede allora la ragione per cui non dovrebbe applicarsi il principio cardine del nostro processo civile, per cui il tempo del processo (e delle sue fasi) non può andare a danno dell'«attore» che ha ragione (attore qui da intendere, naturalmente, nel senso sostanziale di massa dei creditori).

Non si può trascurare, infine, che – in linea generale (e astratta dal tema specifico) e di principio – il legislatore della riforma si è mostrato propenso a sterilizzare i danni che può arrecare la dimensione temporale dell'istruttoria: nel penultimo comma dell'art. 15 prevedendo la possibilità che siano emessi in via cautelare «ogni provvedimento conservativo del patrimonio e dell'impresa» (e il pensiero subito corre, e in via naturale, ad es. alla richiesta di un'anticipazione degli effetti di cui all'art. 44 legge fall.: in alternativa l'arco degli atti revocabili si stende sino al tempo della sentenza dichiarativa).

4.- Cenni sull'elenco delle «esenzioni» (: non riducibilità ad unum).

4.1.- L'esenzione non è – per sé stessa – generale, a 360°. Per sé, è solo dalla revocatoria fallimentare degli atti normali di cui al comma 2 dell'art. 67: anzi, come si vedrà, non in tutti i casi dall'intero orizzonte di revoca degli atti ordinari (4.3.).

In questo senso militano: in certi casi, argomenti di carattere testuale (: «le vendite a prezzo giusto»; la collocazione delle esenzioni a «diretta dipendenza» del comma 2); argomenti storici (la ragione concreta dell'esenzione stando nella spinta a modificare il regime di diritto vivente delle rimesse di conto, che a certe condizioni rimangono comunque revocabili); argomenti di costituzionalità (esplosando i dubbi in proposito, ove le esenzioni fossero considerate totali).

Posto peraltro che le esenzioni di cui al comma 3 sono eterogenee, il discorso unitario sul punto in esame è destinato a finire qui. In certi casi, dunque, l'esenzione non si estenderà o alla revocatoria di cui all'art. 65 e/o a quella dell'art. 66; in altri potrà, in sostanza, non estendersi alla ipotesi dell'art. 64. Il punto comunque andrà esaminato esenzione per esenzione.

4.2.- L'elenco di esenzioni di cui al comma 3 non può essere inteso, comunque, come formante un gruppo a sé stante (tanto meno come espressione del «gruppo delle esenzioni», che non c'è proprio). In realtà è sicuro che l'elenco non possiede nessuna pretesa o vocazione unitaria: esso non riesce neppure a contemplare tutte le esenzioni conosciute dal sistema: cfr., ad esempio, le ipotesi di esenzioni per i premi della fideiussione connessa agli immobili da costruire di cui al comma 2 del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

In certi casi, i rapporti tra i casi dell'elenco e altre normative afferenti al tema risultano oscuri e problematici. Così, non si capisce il rapporto – di sovrapposizione, di indifferenza, di complementarità – della esenzione delle vendite immobiliari di cui alla lett. c. e quella dell'art. 10, comma 1, del citato d. lgs. n. 122/2005, relativo agli «immobili da costruire» (Bertacchini; né sembra che il mutamento disposto dall'art. 4 del citato schema di decreto «correttivo» sia destinato a migliorare in qualche misura la situazione). Il fatto che il legislatore del 2006 abbia lasciato intatto questo profilo, senza

curarsi di chiarire e coordinare i nessi tra le due serie normative, è indicativo del livello asistemático (e, anzi, dilettantesco) del suo operare. Come conferma il fatto che pure l'esenzione della revocatoria di cui alla legge sul *factoring* (che risale addirittura al 1992) è rimasta fuori dall'elenco in questione.

Le esenzioni, del resto, si ispirano a ragioni non unitarie, bensì volta a volta diverse. Si tratta di ipotesi, come già detto, di natura eterogenea (non si può negare, in questa ottica, che taluna delle esenzioni vanti ascendenza di livello costituzionale: così, quella della lett. c. con riferimento all'art. 47, comma 2, Cost. in punto di proprietà dell'abitazione).

4.3.- Sotto il profilo dell'onere della prova, le esenzioni dovrebbero operare – secondo quanto correttamente si segnala in letteratura – come dei fatti impeditivi (a carico, dunque, del contraente *in bonis*). Il valore sostanziale del rilievo, peraltro, non è costante, ma diverso a seconda dei casi.

Nel caso dell'esenzione delle rimesse da conto corrente, così, il ribaltamento dell'onere non è che parziale: alla banca basta provare che, nel concreto, si tratta di «rimesse» per rimbalzare l'onere sul curatore (Fagianì; Patti; v. anche *infra*). Nel caso dei pagamenti di impresa, invece, al curatore tocca dimostrare, sul piano del presupposto oggettivo, solo la materialità dell'avvenuto pagamento.

4.4.- Le esenzioni sono strutturate in termini molto diversi anche in relazione all'oggetto dell'esonero. In certi casi si parla di «atti, pagamenti, garanzie»; in altri, solo di «pagamenti»; in altri ancora di certe tipologie di atti: di «vendite» e di «rimesse».

Visto il differente modo di dettagliare usato dal legislatore nel dettare le singole ipotesi, si deve presumere (almeno fino a prova contraria) che le esenzioni non vadano oltre gli «atti» menzionati: anche perché – trattandosi di esenzioni – si tratta, comunque, di norme che vanno in difformità dai principi e che, pertanto, vanno interpretate (salva specifica e puntuale dimostrazione del contrario) in modo non estensivo.

Così, ad esempio: l'esenzione dalla revocatoria per i pagamenti di impresa non si estende ai negozi di impresa, non essendovi ragioni per contraddire la chiara scelta del legislatore. L'esenzione prevista per il conto corrente bancario vale solo per le rimesse: quindi non riguarda i versamenti su conto chiuso (v. *infra*) che sono pagamenti in senso tecnico-giuridico e – sempre tecnicamente (per la tecnica aziendale, donde è tratta la nozione di rimessa) – non potrebbero nemmeno essere considerate rimesse, posto appunto che il conto non è più operante.

Un diverso tipo di soluzione, più articolato, potrebbe peraltro valere per le vendite di cui alla lett. c.; e ciò specie tenuto conto della possibilità di costituire un coordinamento con la normativa legale sugli immobili da costruire).

4.5.- Alcune delle ipotesi di esenzione – si nota ancora – risultano proprio scritte in modo oscuro e, anzi, indeterminato. Emblematica, in proposito, è l'esenzione di cui alla lett. d. («*atti, pagamenti e garanzie ... in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria ... e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501-bis, comma 4, c.c.*»). E' manifesta l'estrema delicatezza dell'ipotesi, che sicuramente andrebbe meglio ponderata e calibrata.

In particolare, è sufficiente l'attestato di ragionevolezza del perito o il giudice valuta – lui, in proprio (anche mediante CTU) – l'effettiva idoneità potenziale del piano? Davvero poi non è requisito necessario per l'esonero l'adesione preventiva di tutti i creditori al piano? E davvero, altresì, l'esonero prescinde *in toto* dalla verifica di quali creditori siano stati pagati, dalle differenze di diffalco tra i creditori (il rispetto interno, per così dire, della regola della *par condicio*), dalle ragioni della diversità dei pagamenti avvenuti?

4.6.- Ciò posto in linea generale, sembra adesso opportuno virare in modo diretto l'attenzione verso le esenzioni dalla revocatoria fallimentare rispettivamente previste per i pagamenti di impresa e per le rimesse di c/c bancario, per dedicare loro qualche osservazione specifica.

Le peculiarità (distintamente) proprie di queste due ipotesi sono, per così dire, di tutta evidenza: in prospettiva potenziale, la prima possiede

un'oggettiva importanza dimensionale; l'altra, oltre ad avere costituito la «piattaforma storica» della prima riforma della revocatoria, propone una struttura normativa di sembianze accentuatamente bizantine.

5.- L'esenzione di cui alla lett. a. dell'art. 67 comma 3 (: *l'effettiva dimensione dell'esenzione dei pagamenti secondo i termini imprenditoriali di uso*).

5.1.- E' indubbio che questa esenzione sia «capace» – ove non convenientemente interpretata – di assorbire la regola: di mangiarsi praticamente lo spazio di principio che il sistema vigente ha ritenuto di lasciare alla revoca degli atti normali. Questa considerazione – rafforzata pure dal sospetto che, altrimenti, l'attuale normativa della revocatoria fallimentare finisce per trovarsi esposta (*ex utroque latere*, per così dire) a forti rischi di illegittimità costituzionali – comporta l'esigenza di una ricostruzione non estensiva, bensì particolarmente attenta.

Viene ribadita, così, la limitazione dell'esenzione ai soli pagamenti. In pari tempo si valorizza la circostanza che il testo della norma si rivolge propriamente ai «beni e servizi» ottenuti per l'«esercizio dell'attività di impresa» (poi fallita). Insomma, il riferimento normativo sembra senz'altro correre alle (sole) «forniture»: ai pagamenti relativi all'acquisto da parte dell'impresa insolvente, cioè, dei fattori reali e diretti della propria sua produzione. Con esclusione dall'ombrello esonerativo, dunque, dei pagamenti relativi non solo agli «atti estranei» al programma imprenditoriale (estranei all'«oggetto sociale»), ma anche agli atti che comunque non pertengono in via diretta e immediata alla produzione (per la diretta esclusione, ad esempio, di ogni adempimento di «debiti contratti a titolo di finanziamento», v. Cavalli).

5.2.- Sul punto della *ratio*, poi, si esclude la diffusa opinione per cui la stessa va ricercata nel proposito di non ostacolare l'accesso dell'imprenditore a modelli di soluzione alternativi al fallimento, con conservazione degli apparati produttivi (Terranova; Guglielmucci; una simile opzione supporrebbe un sistema diverso di controlli e interventi dello Stato sulle situazioni di crisi imprenditoriali).

Preferibile appare la tesi che, sul piano sostanziale (e nel contesto delle letture che sono state proposte, rispetto a normativa di spiegazione tutt'altro che agevole), collega l'esenzione a un duplice rilievo: a quello (generale) della «riduzione dei costi amministrativi della lite» legandosi quello (peculiare) che i «pagamenti conformi a standards comportamentali regolari» non informano il creditore sulle «condizioni di salute del debitore» (: per i creditori commerciali, l'analisi delle modalità di pagamento è lo strumento corrente di monitoraggio; così Galletti).

5.3.- La regola di logica sistematica per cui la revocatoria fallimentare non esonera, per sé, da ciò che non rimane oggettivamente fuori dall'ambito della revocatoria ordinaria comporta che oggetto della presente esenzione possano essere unicamente dei pagamenti di debiti scaduti ed esigibili (art. 2901, comma 3, c.c.). Perciò restano fuori *a priori* tutti pagamenti anticipati *ex art.* 1185 o frutto di esercitate decadenze dal beneficio del termine *ex art.* 1186 c.c.

Il raffronto con la confermata regola della revocabilità fallimentare dei pagamenti normali, soprattutto, indica che i pagamenti esentati debbono essere per così dire «più che normali»: a tutto tondo normali. Perciò, la valutazione dell'uso normale deve investire tutti i profili che toccano il pagamento: modalità comprese, senza limitarsi ai mezzi e ai tempi. A mio giudizio, anzi, qui si richiede una valutazione complessiva sulle condizioni contrattuali previste originariamente per il pagamento (basta, per escludere l'esenzione, un interesse moratorio fissato in termini molto elevati dal contraente *in bonis*; oppure delle rate in modo anomalo corte).

Peraltro, la normalità (intesa come mancanza di spie dirette della sussistenza dello stato di insolvenza) non basta. Il pagamento deve – altresì – essere conforme agli usi correnti – in via oggettiva e concreta - nel mercato: per un dato settore merceologico, in un dato «territorio» e per un dato periodo storico (in maniera da non presentare neppure spie indirette). E' chiaro, pertanto, che (non impossibile, ma) molto difficile sarà che l'esenzione tocchi il pagamento fatto da un terzo (in oggi, in Italia potrebbe capitare nel caso di operatività di gruppo, ma certamente non nei casi di semplice «unione personale»).

6. L'esenzione di cui alla lett. b. dell'art. 67 comma 3 (: *tratti dell'esenzione per le rimesse di c/c bancario*).

6.1.- E' stato notato in letteratura (Beltrami) che l'esenzione non si applica ai rapporti che, «pur facendo utilizzo della tecnica contabile del conto bancario, sono disciplinati da regole contrattuali e sono diretti a soddisfare esigenza cui il fenomeno del conferimento alla banca dell'esecuzione di incarichi da parte del correntista è estraneo» (ad es. conti di evidenza; castelletti per anticipo ricevute e/o fatture, ecc.).

Nonostante il diverso orientamento da parte di taluni autori (Granata), poi, si ribadisce l'opinione che l'esenzione non riguarda il conto chiuso: i versamenti successivi alla chiusura del conto, meglio (v. sopra, n. 4.4.); per questi si applica senz'altro la regola della revocabilità dei pagamenti normali dell'art. 67, comma 2. Segnalo - in relazione alle ipotesi di chiusura di fatto, di conto congelato, ecc. - che (a parte ogni eventuale altra considerazione) il mancato rispetto delle forma richieste per i contratti bancari può essere fatto valere nell'interesse del cliente: eventualità che, nel caso che qui interessa, certamente non si verifica. Ancora si rileva che – essendo nell'ipotesi qui considerata chiuso il conto – non si dà qui il caso di prelevamenti successivi: si è fuori, dunque, dalla prospettiva dell'art. 70 comma 3 che presuppone la contestuale sussistenza di atti di addebito e di atti di accredito (Bonfatti).

A dispetto della storia giurisprudenziale degli ultimi venti anni – è ancora da notare - oggi la distinzione tra conto passivo e conto scoperto non appare rilevante ai fini della applicazione, o meno, dell'esenzione in discorso (e sul punto v. Benassi).

Quanto ai versamenti in conto da parte di terzi, è dubbio se essi rientrino o meno nell'esenzione (in quanto ritenute «rimesse») ovvero mantengano la natura dell'atto loro propriamente specifico. Ricordo che Cass., SS. UU. n. 16874/2005 (che – con un *obiter*, ovviamente – è stata la prima decisione a far cenno della prima ondata di riforme) ha considerato il versamento di una somma da parte di un fideiussore sul conto del debitore principale in termini di vero e proprio pagamento fideiussorio.

6.2.- L'esonazione salta – così dispone la norma - se le rimesse comportano una riduzione consistente e durevole dell'«esposizione debitoria» verso la banca [espressione, quest'ultima, che non va considerata come relativa all'insieme dei rapporti tra debitore e banca, ch  la revocatoria   sempre un'azione su specifici atti (qui in senso lato), non dell'insieme dei rapporti personali correnti tra due soggetti (e non   un caso, difatti, che la compensazione sia considerata atto neutro per la revocatoria)].

Ci si chiede se, nel caso, occorra anche la *scientia decoctionis* da parte della banca. A mio giudizio, la risposta   negativa.

Di frequente si afferma che la norma di cui alla lett. *b.* contiene, in proposito, un'«eccezione dell'eccezione» (cfr., ad es., Cavalli). Ora, tale espressione mi pare rischiare di essere un po' ambigua. In realt , l'(eventuale) applicazione della revocatoria non sembra richiamare lo schema generale, fissato dal comma 2 per gli atti normali; sembra, piuttosto, governarsi da s . In altri termini: la revoca fallimentare delle rimesse di c/c sembra essere regolata esclusivamente dal contesto della lett. *b.* del comma 3. Il «doppio passaggio» compiuto dalla norma - un primo verso l'esonazione; un secondo verso l'opposta direzione dell'applicazione - non riesce a trovare spiegazioni alternative.

Sarebbe ancor pi  difficile spiegare diversamente, d'altra parte, la «peculiarit » di certi suoi contenuti; in specie, il requisito della «consistente riduzione», che comunque d  adito a forti dubbi di legittimit  costituzionale per la manifesta disparit  di trattamento che introduce.

6.3.- Anche per ridurre il cennato rischio di incostituzionalit , il requisito della consistenza va inteso in termini assai relativi. Al di l  di qualche estremo (secondo Alessi, la consistenza si identificherebbe con il 25% di cui all'atto sproporzionato *ex art. 67*, comma 1), la dottrina segue la detta indicazione di fondo: pur proponendo una variet  di «sfumature» notevole. Ci  che, peraltro,   naturale: discendendo dalla non tecnicit  della parola adoperata (che, avendo una valenza meramente quantitativa, non pu  – da sola – contrassegnare una «clausola generale»).

Anche l'aggettivo «durevole» viene a dare seri grattacapi: di ordine interpretativo, prima di tutto, ma anche di ordine costituzionale per disparit 

di trattamento rispetto agli altri creditori (chiaro essendo comunque che la congiunta caduta del durevole, come del consistente, comporterebbe il venire meno *in toto* dell'esenzione; diversamente – è agevole pensare – per il comma 3 dell'art. 70). Senz'altro da escludere mi pare la tesi per cui durevole è solo la rimessa che rimane ferma sino a chiusura conto (o a sopravvenuto fallimento): se non altro perché confonde il durevole con il definitivo. Più difficile, per sé, andare oltre: anche qui sembra di imbattersi in un dato meramente quantitativo, quanto indeterminato.

Il fatto è che la rimessa, una volta affluita in conto, perde – per sua natura – la sua identità: rimane solo il fatto storico del suo essere avvenuta; un dato, cioè, che è fotografato dal tempo, non si svolge permanendo nel tempo. A meno che – per una combinazione di fatto – alla rimessa non faccia riscontro un atto contrario di prelievo per ammontare prossimo (e prossimo pure nel tempo): è il caso delle operazioni bilanciate. Un'interpretazione puntuale della norma fissa il limite dell'esenzione, dunque, su un'interpretazione «aperta» delle bilanciate (più lasca, cioè, di quella formatasi ante riforma).

A volere rifiutare questa interpretazione, per forza si va – a me pare – sulla linea dell'ordine di grandezza complessiva tra rimesse e prelevamenti: insomma, non vi sarebbe revocabilità se il conto rimane – tra entrate e uscite – più o meno fermo, costante. Come si vede, così facendo si vira dritto verso il (per sé distinto) requisito della consistenza.

6.4.- La dottrina ritiene applicabile anche al conto corrente (nella sua dimensione di conto aperto) la norma di «revoca per differenza» di cui all'art. 70 comma 3. In maggioranza si ritiene pure che – anche a questo proposito – non faccia più differenza se si tratta di conto affidato ovvero scoperto. Rimane dubbio, peraltro, se al riguardo siano da cumulare – ovvero da mantenere distinte – le diverse linee di credito che siano state distintamente gestite da banca e cliente.

Ciò posto, resta aggiungere ancora un'osservazione. L'art. 5 del citato schema di decreto «correttivo» introduce – nel corpo del comma 3 dell'art. 70 un'ulteriore frammento normativo, per cui la regola della differenza verrebbe a riguardare gli «atti estintivi di rapporti di conto corrente bancario e comunque di rapporti continuativi o reiterati». Non credo che questo (allo stato, ipotetico) inserimento venga in qualche modo a modificare la

valutazione sopra esposta in punto di estraneità dall'esenzione dei pagamenti intervenuti su conto chiuso.

Atti estintivi del rapporto contrattuale di c/c di corrispondenza sono il recesso di una delle parti e l'intervenuta scadenza del termine: non altro. E si tratta di vicende che, com'è evidente, raffigurano situazioni intrinsecamente non revocabili. Il riferimento normativo non può, in via correlata, che andare alle rimesse, secondo la dimensione che è consona alla natura di queste: quali atti insieme solutori e ripristinatori della disponibilità, appunto; e perciò ricorrenti solo nella fattispecie di conto (ancora) aperto.