

Casi di esenzione dalla revocatoria fallimentare.

Bilanciamento degli interessi giuridici ed economici e progressiva erosione della par conditio creditorum.

Introduzione

Il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 - cd. “Decreto sulla competitività” - ha introdotto nell’art. 67, comma 3 lf un elenco di atti, pagamenti e garanzie *“non soggetti all’azione revocatoria”*.

Si tratta di un articolato ed a volte farraginoso insieme di esenzioni adottate in risposta ad una tradizione giurisprudenziale dominante che riconosceva all’azione revocatoria fallimentare un’impostazione alquanto rigorosa il cui prezzo per il nostro sistema socio-economico era divenuto insostenibile.

La stessa relazione accompagnatrice del decreto evidenziava, infatti, l’intenzione del legislatore di rimodulare l’istituto della revocatoria fallimentare attraverso l’inserimento di *“una completa disciplina di esenzione dalla revocatoria, al fine di evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall’esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie (...)”*.

Le esenzioni costituiscono dunque un potente strumento a disposizione dell’ordinamento per incidere sulle dinamiche sottese alle logiche concorsuali, risultando evidente come l’immunità dalla revoca riconosciuta a determinate tipologie di atti e operazioni finisca per incidere su specifiche categorie di soggetti (i.e. operatori economici e commerciali).

Ecco allora emergere il delicato ruolo delle esenzioni.

Espedienti chiamati a contenere gli eccessi della revocatoria ma allo stesso tempo strumenti funzionali a perseguire obiettivi e a difendere interessi giuridici ed economici meritevoli di tutela.

Introduzione

Fino alla riforma della legge fallimentare, avvenuta nel 2005, l'ordinamento conosceva un ben più esiguo numero di esenzioni.

L'art. 67 nella sua precedente formulazione conteneva poche fattispecie esonerative limitate all'istituto di emissione, agli istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno e agli istituti di credito fondiario.

A queste ipotesi si affiancavano disposizioni contenute in leggi speciali che venivano espressamente fatte salve.

Il D. L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80 ha realizzato la prima vera riforma della legge fallimentare.

Il provvedimento, presentatosi come lo strumento diretto a rilanciare la competitività delle imprese italiane - da qui il nome di cd. "Decreto sulla competitività" - ha introdotto una serie di novità all'interno del sistema fallimentare e segnatamente in materia di azione revocatoria, concordato preventivo e percorsi "stragiudiziali" o "paragiudiziali" alternativi al fallimento.

Soffermandosi sulle novità apportate al sistema della revocatoria, appare immediato come la struttura alla base dell'azione stessa sia rimasta pressoché invariata: l'art. 67, comma 1 continua a prevedere la revocabilità degli atti cd. anormali mentre il successivo comma 2 detta la disciplina per gli atti cd. normali.

A ben vedere però, il legislatore è intervenuto con previsioni che ne hanno modificato enormemente la portata e l'ambito di applicazione, al punto che oggi non si può fare a meno di interrogarsi sull'effettivo ruolo dell'istituto revocatorio.

Il riferimento è inevitabilmente diretto alla riduzione (rectius dimezzamento) del periodo sospetto - a cui deve aggiungersi l'introduzione della decadenza - e, in particolare, al nuovo terzo comma che ha introdotto ex novo un ampliato catalogo di ipotesi di esenzione.

Introduzione

Parallelamente, sono proliferate una serie di previsioni extracodicistiche, contenute in leggi speciali, le quali si inseriscono nel solco di un processo di tutela e di protezione del mercato che il legislatore aveva individuato da tempo, su impulso della Comunità Europea, che aveva portato già in precedenza alla previsione di alcune fattispecie che più in particolare miravano a salvaguardare interessi economici di più ampio raggio.

L'obiettivo è, evidentemente, di proteggere la certezza degli scambi economici e in generale interessi macroeconomici che, a volte, vanno persino a discapito dei soggetti più deboli, come è il caso dei lavoratori di un'impresa fallita, proteggendo l'efficacia di alcune operazioni che vengono tutelate anche rispetto ai creditori privilegiati.

Tale sacrificio del fondamentale principio dell'ordinamento, incardinato nella *par condicio creditorum*, è diretto, da una parte, ad uniformare l'approccio alle procedure concorsuali in ambito Comunitario, dall'altro a salvaguardare determinati tipi di operazioni, in particolare quelle relative a strumenti finanziari che rivestono per importanza e diffusione, nonché per il volume economico, grande interesse per il legislatore comunitario e nazionale.

A ben vedere l'intento è lo stesso che è stato incarnato dalla recentissima riforma operata dal D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, la quale, non ha, per l'appunto, modificato la portata dell'art. 67, 3°, comma, a dimostrazione del carattere innovativo che rivestiva già la riforma del 2005, in qualche modo antesignana di quella contenuta nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza, se non per tutto, sicuramente per l'abbandono del carattere sanzionatorio della procedura fallimentare e per il favor dimostrato nei confronti della prosecuzione, ad ogni costo, dell'attività dell'impresa in difficoltà.

L'effetto non può essere che quello del depotenziamento della revocatoria fallimentare, proliferata nelle Corti già a partire dagli anni 70, mediante lo strumento delle esenzioni che rappresentano il più ingente tentativo di riformare l'istituto, selezionando alcune condotte ritenute funzionali al superamento della crisi dell'impresa e alla conservazione dei valori organizzativi e produttivi, distinguendole da quelle condotte volte a realizzare fini privi di utilità sociale e di dubbia efficacia alla tutela della massa dei creditori. (DP)

Cenni sulla revocatoria fallimentare

Tra il momento in cui si manifesta l'insolvenza e la dichiarazione di fallimento trascorre normalmente un periodo di tempo durante il quale il debitore compie una serie di operazioni, esegue pagamenti, stipula contratti che incidono sul suo patrimonio.

Tale attività, in generale, è lecita.

Tuttavia, la legge fallimentare considera **sospette** alcune attività compiute nel periodo di tempo che precede immediatamente la dichiarazione di fallimento se queste impoveriscono il patrimonio del fallito e sono poste in essere con soggetti che conoscevano lo stato di crisi del debitore (*scientia decoctionis*).

E'per questo che il curatore, una volta dichiarato il fallimento, dispone nell'interesse di tutti i creditori dello strumento dell'azione revocatoria fallimentare, la quale agevola le posizioni dei creditori, facilitando, con una serie di presunzioni, la ricostituzione del patrimonio del fallito.

La disciplina dell'azione revocatoria fallimentare è stata oggetto, come detto, di importanti modifiche ad opera del «Decreto Competitività»(DL 35/2005).

La revocatoria fallimentare si fonda sul presupposto che tutti gli atti compiuti dal fallito nel periodo in cui si trovava in stato di insolvenza, sono pregiudizievoli per i creditori e violano il principio della par condicio.

La legge fallimentare (RD 267/1942), in particolare, fissa un periodo di tempo entro il quale gli effetti dell'atto possono essere eliminati rispetto ai creditori del fallimento, diverso a seconda:

- dei soggetti che hanno compiuto l'atto;
- del contenuto dell'atto stesso;
- delle circostanze che l'hanno determinato;

Ciò in quanto l'atto stesso viene considerato come eseguito in frode di essi con presunzione ***juris et de iure***, cioè non suscettibile di prova contraria, o con presunzione ***juris tantum***, cioè a meno che non risulti l'ignoranza da parte del terzo dell'insolvenza dell'imprenditore.

Sul piano degli effetti l'azione revocatoria fallimentare, al pari dell'azione revocatoria ordinaria, produce non la nullità degli atti compiuti dal fallito, bensì l'inefficacia degli stessi nei confronti dei creditori.

Essa non è dunque un'azione recuperatoria o restitutoria: è rinvolta, infatti, a recuperare il bene oggetto dell'atto revocato alla garanzia patrimoniale dei creditori, rendendo possibile l'esperimento dell'azione esecutiva concorsuale.

L'atto revocato, pertanto, rimane pur sempre valido tra le parti ma non ha effetto nei confronti dei creditori del fallito: il bene non viene ritrasferito al fallito, bensì viene acquisito al fallimento ai limitati fini esecutivi e conservativi della procedura concorsuale.

La revocatoria fallimentare è sottoposta ad un **termine di decadenza**: essa non può essere promossa decorsi 3 anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque 5 anni dal compimento dell'atto (art. 69bisLF).

Le due revocatorie

Revocatoria ordinaria

- Rivolta a tutela del singolo creditore.
- Presuppone la validità degli atti compiuti dal debitore in frode ai creditori.
- Esperibile solo contro quegli atti che effettivamente costituiscono una lesione del diritto del creditore.

Revocatoria fallimentare

- Rivolta a tutela della massa dei creditori del fallito.
- Si fonda sull'indisponibilità del patrimonio del fallito.
- Si estende allo stato di insolvenza prefallimentare ed è diretta a ricostituire l'integrità del patrimonio del debitore.

Atti sottoposti alla revocatoria fallimentare

Art. 67 LF, commi 1 e 2

- Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:
 - 1) gli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso;
 - 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento;
 - 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti;
 - 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.
- Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento.

Art. 166 CCI, commi 1 e 2

- Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:
 - a) gli atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore;
 - b) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore;
 - c) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore per debiti preesistenti non scaduti;
 - d) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori per debiti scaduti.
- 2. Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori.

I casi di esenzione dalla revocatoria fallimentare previsti dalla LF (e ora dal CCI).

L'art. 67, comma 3° e 4° lf e l'art. 166, comma 3° e 4° cci.

Atti esclusi dalla revocatoria fallimentare

Art. 67, comma 3° lf

- Non sono soggetti all'azione revocatoria:
- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645 bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio;
- d) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore;
- e) gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata (12), nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161;
- f) i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito;
- g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.
- Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

Art. 166, comma 3° cci

- Non sono soggetti all'azione revocatoria:
- a) i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- b) le rimesse effettuate su un conto corrente bancario che non hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione del debitore nei confronti della banca;
- c) le vendite e i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645 bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo e aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio;
- d) gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati. L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria;
- e) gli atti, i pagamenti e le garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato e in essi indicati, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere e dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria;
- f) i pagamenti eseguiti dal debitore a titolo di corrispettivo di prestazioni di lavoro effettuate da suoi dipendenti o altri suoi collaboratori, anche non subordinati;
- g) i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dal debitore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal presente codice.
- Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

art. 67, comma 3°, lett. a) LF

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. a), l.fall., vengono sottratti alla revocatoria “i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso”.

La giurisprudenza di merito individua la ratio ispiratrice della norma nell'esigenza di tutelare la normale attività d'impresa (v. App. Milano 12 ottobre 2015, in www.ilcaso.it e Trib. Salerno 3 febbraio 2015, ivi) e di assicurare gli interlocutori, onde evitare che il timore di una possibile futura revoca dei pagamenti porti all'interruzione dei rapporti con l'imprenditore, privandolo così della possibilità di continuare ad operare.

La ratio della causa di esonero in oggetto è quella di tutelare l'interesse alla prosecuzione dell'attività di impresa, garantendo il consolidamento di pagamenti ricevuti nello svolgimento dell'attività imprenditoriale e nei termini d'uso, in quanto pagamenti oggettivamente tali da non far sorgere sospetto sulla solvibilità del debitore.

Le condizioni enunciate ai fini dell'esonero sono due:

- che i pagamenti dei beni e servizi riguardino “l'esercizio dell'attività d'impresa”;
- che siano avvenuti nei “termini d'uso”.

La locuzione “esercizio dell'attività di impresa” va riferita all'oggetto tipico dell'attività di ogni imprenditore, con l'esclusione quindi di operazioni che con quell'attività non abbiano un nesso, nemmeno strumentale; comunque è estranea alla norma ogni valutazione sull'utilità o meno dell'acquisizione dei beni e dei servizi per l'attività dell'impresa nello stato in cui si trova.

Vanno, pertanto, esclusi tutti i pagamenti di corrispettivi non specificamente correlati a beni forniti ed a servizi effettuati nell'esercizio dell'impresa (v. in tal senso Trib. Napoli 24 febbraio 2012, che esclude il riconoscimento dell'esenzione al pagamento delle spese legali del creditore nell'ambito di un pignoramento presso terzi).

Viene escluso altresì che nell'area di esenzione rientrino i contratti di finanziamento ed i rapporti finanziari in genere (Trib. Ferrara 14 maggio 2012, in *Dir. fall.*, 2012, II, 646). In tal senso, va segnalata anche la pronuncia Trib. Busto Arsizio 7 aprile 2014, che, considerando l'esenzione in oggetto di stretta interpretazione, esclude che siano esenti da revoca i pagamenti di somme versate a seguito di risoluzione consensuale di un contratto di leasing.

Sempre in tema di esclusione da revoca di pagamenti relativi ad atti rispondenti a finalità estranee alla gestione caratteristica dell'impresa, si vedano: Trib. Napoli 17 maggio 2014, in *Dir. fall.*, 2015, II, 56, con riferimento a pagamenti effettuati nel corso della liquidazione della società, e Trib. Bergamo 14 dicembre 2012, relativamente all'incarico conferito al consulente finanziario per la ristrutturazione dei debiti e l'attivazione di una procedura concorsuale.

I «termini d'uso»

Maggiori incertezze suscita l'altro presupposto, quello cioè che il pagamento sia avvenuto “nei termini d'uso”.

Non potranno certamente fruire del beneficio i pagamenti di crediti pregressi, da lungo tempo scaduti o effettuati a seguito di solleciti o di procedure di riscossione coattiva poste in essere dal creditore.

In genere la giurisprudenza ritiene che il riferimento ai termini d'uso attiene alle modalità di pagamento proprie del rapporto fra le parti e non già alle prassi del settore economico interessato, v. in tal senso: Cass. 7 dicembre 2016, n. 25162; Trib. Isernia 9 marzo 2018, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>; Trib. Trieste 12 settembre 2017, *ivi*.

Di contrario avviso Trib. Torino 4 maggio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 123, secondo cui il mutamento delle condizioni di pagamento tra le parti non rileva ai fini dell'esclusione dell'esenzione in oggetto se la modalità adottata (nella specie, il pagamento in contanti della merce acquistata al dettaglio) sia conforme alla prassi del settore commerciale in cui esse operano.

Secondo alcune decisioni di merito “termini d'uso” sono quelli correnti tra le parti al momento del pagamento che si collocano nell'alveo delle normali ed ordinarie attività di una impresa operate in un determinato settore (Trib. Torino 23 aprile 2009), ad esempio, in caso di acquisti da un cash and carry, rientrano nei pagamenti usuali anche quelli effettuati alla cassa in contanti (Trib. Salerno 4 novembre 2013, in www.ilcaso.it).

Secondo Trib. Salerno 18 giugno 2013, in www.ilcaso.it, si considerano pagamenti nei termini d'uso anche quelli non necessariamente effettuati nei tempi previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti, ma comunque effettuati nei tempi in concreto utilizzati dalle parti nel corso dell'intero rapporto; mentre per Trib. Monza 24 aprile 2012, non possono essere considerati nei termini d'uso i pagamenti effettuati in ritardo rispetto alle scadenze convenute dalle parti all'inizio del rapporto negoziale.

Si discute poi se per la valutazione dell'usualità si debba aver riguardo soltanto al “tempo” o anche alle “modalità” del pagamento o ad entrambi questi profili (Trib. Milano 16 luglio 2013, in questa Rivista, 2013, 1500; e Trib. Marsala 24 giugno 2011, in www.ilcaso.it).

In particolare, viene esclusa l'applicabilità dell'esenzione in casi di forme di soddisfo anormali come la datio in solutum (Trib. Bergamo 26 aprile 2013) o comunque quando i pagamenti vengano effettuati con modalità differenti rispetto a quelle pattuite (Trib. Bergamo 1° dicembre 2012) ovvero prima della scadenza pattuita (Trib. Milano 19 novembre 2012, in www.ilcaso.it) o con molto ritardo rispetto alla scadenza pattuita (Trib. Milano 4 marzo 2013; in termini v. anche App. Milano 12 ottobre 2015, *cit.* e Trib. Roma 29 luglio 2014, in www.ilcaso.it) o addirittura se effettuati con intento preferenziale o distrattivo in concomitanza e nell'ambito di condotte idonee a configurare ipotesi di reato (Trib. Salerno 14 gennaio 2013, in www.ilcaso.it).

art. 67, comma 3°, lett. b) LF

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. b) l.fall., vengono sottratte alla revocatoria “le rimesse effettuate su un conto corrente bancario purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca”.

L'ipotesi di esenzione prevista dalla lett. b) è certamente quella di più significativa incidenza per l'elevato numero delle revocatorie fallimentari esercitate dai curatori nei confronti delle banche.

Con il D.L. n. 35/2005 viene risolto, con una disposizione di legge, quello che per alcuni decenni è stato il più rilevante fra i problemi interpretativi in materia di revocatoria fallimentare: quello, cioè, della possibilità di equiparare ai “pagamenti di debiti liquidi ed esigibili” menzionati nel comma 2 dell'art. 67 l.fall. le rimesse sui conti correnti bancari, e dei limiti di tale equiparazione.

La formulazione della norma consente di superare tutta la costruzione giurisprudenziale elaborata prima della riforma sul “conto scoperto” (ossia davvero debitore, per la risultanza di un saldo negativo, in mancanza di affidamento ovvero per il superamento della sua soglia consentita) e “conto passivo” (ossia esponente un saldo negativo, ma nei limiti della disponibilità consentita dall'affidamento accordato), nonché sull'individuazione dell'esatta soglia di “disponibilità” al fine della qualificazione di ogni rimessa come meramente ripristinatoria della provvista accordata dalla banca (e pertanto non revocabile), ovvero come solutoria e pertanto in funzione di pagamento (e quindi revocabile).

Sul punto v. Trib. Reggio Emilia 31 agosto 2017, in www.ilcaso.it, secondo cui a seguito della modifica legislativa, se il pagamento consiste in una rimessa bancaria, non occorre più verificare se essa sia pervenuta su di un conto passivo “scoperto”, ma occorre invece verificare se vi sia stata una attività di riduzione del saldo passivo effettuata in modo “durevole e consistente”.

Del medesimo avviso Trib. Mantova 29 dicembre 2017, in www.ilcaso.it; App. Trieste 28 ottobre 2016; Trib. Catania 20 febbraio 2016, in www.unijuris.it; Trib. Piacenza 23 dicembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Torino 21 febbraio 2014, in questa Rivista, 2015, 714; Trib. Udine 24 ottobre 2012, in www.ilcaso.it; orientamento condiviso, sia pur in obiter, anche da Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834.

Tale indirizzo risulta ancora contrastato da alcune pronunce di merito, v. Trib. Bergamo 28 aprile 2014, in www.ilcaso.it, secondo cui la natura solutoria della rimessa è presupposto indispensabile della sua potenziale revocabilità, ulteriormente condizionata dalla consistenza e durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria; nel medesimo senso Trib. Venezia 1° febbraio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Udine 16 aprile 2012; Trib. Milano 21 luglio 2009, in *Giur. it.*, 2010, 360; Trib. Milano 27 marzo 2008.

Viene dunque disposta la regola generale dell'esonero delle rimesse dalla revocabilità con una eccezione, quella delle rimesse che abbiano ridotto l'esposizione debitoria del fallito verso la banca “in maniera consistente e durevole”.

In buona sostanza la norma vuole colpire i casi in cui la banca abbia conseguito un “rientro” a discapito degli altri creditori, passando dalla visione “atomistica” dello svolgimento del rapporto di conto corrente bancario, che l'interpretazione giurisprudenziale prevalente aveva adottato, ad una visione “complessiva”.

Il definitivo superamento di una valutazione “atomistica” di ogni rimessa non significa che non debba valutarsi autonomamente la valenza solutoria di ciascuna rimessa (da ultimo v. Cass. 3 luglio 2013) ed, anzi, ciascuna rimessa può risultare revocabile anche solo in parte in funzione della sua valenza solutoria (ad esempio, Cass. 12 luglio 2013, n. 17268, precisa che in caso di incassi operati dalla banca su contratti di anticipazione di crediti, può essere revocabile l'utilizzo della porzione non anticipata dei crediti ad estinzione di passività diverse da quella generata dall'apertura di credito).

La riduzione positivamente rilevante viene intesa, da un lato, come progressiva e tendenzialmente unidirezionale e, dall'altro, di ammontare non trascurabile, avuto riguardo all'ammontare delle rimesse ed all'interesse della massa fallimentare al recupero delle somme andate a beneficio di un solo creditore (banca) anziché di tutti (v. Trib. Reggio Emilia 31 agosto 2017, cit.).

«Consistenza»

“Consistenza” e “durevolezza” vengono interpretati dalla giurisprudenza non già come valori assoluti ma come parametri elastici (sul punto v. Trib. Treviso 23 marzo 2016, in www.ilcaso.it), da rapportare all’operatività media del rapporto quale emergente dall’analisi andamentale del conto (Trib. Milano 27 marzo 2008, cit.).

Non vi è, tuttavia, univocità di indirizzo su quali debbano essere la soglia di rilevanza e la base di calcolo per la determinazione di tali grandezze.

Per quanto concerne la “consistenza”, è frequente il ricorso ad un parametro espresso in termini percentuali - **spesso individuato nella misura del 10%** - rapportato, secondo alcune pronunce, “al saldo debitore” (iniziale o medio) nel periodo sospetto (così Trib. Venezia 1° settembre 2013 e Trib. Venezia 1° febbraio 2013, entrambe in www.ilcaso.it), secondo altre, **al c.d. rientro**, ovvero sia alla differenza tra la massima esposizione debitoria raggiunta dal fallito nel periodo c.d. sospetto e quella riscontrata al momento dell’apertura del concorso (così Trib. Milano 21 luglio 2009 e Trib. Milano 27 marzo 2008, cit.), o ancora **tenendo conto dell’importo medio delle rimesse dato dalla somma delle stesse divise per il loro numero, rapportate all’importo medio del saldo debitore computato all’inizio e a fine del periodo di riferimento**; la percentuale che ne emerge individua un criterio di valutazione della consistenza delle rimesse medesime che, rapportata alla loro durata può fornire elementi di valutazione sulla rilevanza delle stesse (Trib. Piacenza 23 dicembre 2014 e Trib. Reggio Emilia 31 agosto 2017, cit.).

Ed ancora, secondo Trib. Milano 25 maggio 2009, il termine “consistente” è sinonimo di “ingente” e di “cospicuo” e non può essere inteso in termini assoluti; pertanto, al fine di individuare, caso per caso, la soglia oltre la quale la singola rimessa ha ridotto in misura consistente e durevole l’esposizione debitoria, si dovrà tener conto dell’andamento fisiologico del conto - avendo riguardo ad ogni singola rimessa anziché a gruppi di rimesse - e del ritmo usuale delle operazioni.

In concreto, il ctu dovrà:

- a) determinare l’importo medio di ogni rimessa ed il saldo medio del conto a seguito della rimessa;
- b) rapportare il primo valore al secondo e determinare la relativa incidenza media percentuale, ossia la misura percentuale della riduzione conseguente ad ogni rimessa;
- c) considerare quindi come rimesse che abbiano ridotto in maniera consistente l’esposizione debitoria solo quelle che di volta in volta hanno avuto una incidenza percentuale sul saldo da esse determinato superiore alla media;
- d) così individuate le rimesse consistenti, potrà essere determinata la durata media della riduzione in relazione al periodo di osservazione.

Trib. Milano 21 luglio 2009, in Dir. fall., 2010, II, 360, precisa che il requisito della “consistenza” della riduzione dell’esposizione debitoria è condizionato dall’entità massima dell’esposizione, dall’entità media dei versamenti in entrata e delle voci in uscita nonché dall’ammontare del debito nel momento in cui la rimessa è effettuata.

A tali criteri di computo, si è aggiunto, di recente, quello enunciato da Trib. Milano 5 marzo 2018, in www.ilcaso.it, che, dato per assunto che “la consistenza non è un parametro assoluto ed oggettivo, ma deve essere comparata e declinata nella fattispecie, avuto cioè riferimento sia all’entità massima del debito, alla entità dello stesso al momento della rimessa, alle peculiarità del rapporto e, quindi, all’entità ricorrente dei versamenti eseguiti tra le parti ed, eventualmente dei prelievi” ed altresì “considerato che il massimo dell’esposizione corrisponde al rientro eseguito e preso atto che le operazioni eseguite di regola avevano una entità economica ridotta”, “ha scartato il versamento più alto e quello più basso, individuato il numero residuo delle operazioni di versamento, e suddiviso per tale numero il rientro, realizzatosi, al netto della entità del più alto e del più basso dei versamenti ed ha individuato una media ponderata di valore per ciascuna rimessa. Quindi ogni rimessa inferiore a tale importo non può considerarsi ragionevolmente consistente”.

«Durevolezza»

Quanto alla riduzione “durevole” la giurisprudenza richiede un’ apprezzabile stabilità nel tempo dell’effetto solutorio Trib. Milano 27 marzo 2008, cit.

In generale, Trib. Torino 21 febbraio 2014, precisa che deve guardarsi all’andamento fisiologico del conto, di modo che rilevano anche quei rientri che non siano seguiti da un riutilizzo in tempi normali.

In particolare, nel valutare il requisito della durevolezza del rientro, la giurisprudenza di merito ha adottato un criterio elastico, rapportato sia “alla frequenza delle movimentazioni che all’ apprezzabile stabilità dell’effetto solutorio” (Trib. Reggio Emilia 31 agosto 2107, cit.), assumendo come termine di raffronto il ritmo delle movimentazioni antecedenti e considerando, perciò, durevoli le rimesse che, per un periodo superiore alla persistenza temporale media nel conto, se non in modo definitivo, non siano state seguite da addebiti in grado di comprometterne la consistenza netta (si veda, in tal senso, Trib. Pordenone 24 marzo 2016, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>), secondo cui possono essere valutate munite del connotato della durevolezza le rimesse la cui giacenza senza utilizzi sia pari o superiore alla giacenza media).

Si è, tuttavia, precisato che la durevolezza della riduzione dell’esposizione non può essere esclusa quando la rimessa è seguita, seppur dopo brevissimo tempo, da un addebito effettuato dalla banca al fine di soddisfare un proprio credito derivante da altri rapporti di finanziamento con il correntista (Trib. Reggio Emilia 31 agosto 2017, cit.) e che debbono essere considerate durevoli tutte le rimesse oggetto di revocatoria quando la banca imponga dei rientri o privi, di fatto, il cliente della disponibilità di prelevare dal conto (Trib. Milano 5 marzo 2018, cit.).

Cass. 20 novembre 2013, n. 26042, ha escluso però che il c.d. congelamento del conto possa desumersi dal mero andamento del rapporto, se non sussistono circostanze specifiche quali appunto la chiusura anticipata del conto o il rifiuto di rilasciare libretti di assegni.

Certamente la riduzione dell’esposizione debitoria non può dirsi durevole nell’ipotesi di c.d. partite bilanciate, quando cioè la rimessa è finalizzata ad un successivo pagamento a terzi (v. tra tante Cass. 3 luglio 2013, n. 16610).

Secondo talune decisioni ai fini dell’individuazione delle operazioni bilanciate, sottratte a revocatoria anche nella disciplina successiva all’entrata in vigore del D.L. n. 35/2005, è necessario che vi sia sostanziale coincidenza di data e di importo in dare e avere (Trib. Lecce 6 luglio 2011); è inoltre necessario che la banca abbia immediata certezza della disponibilità della somma da parte del correntista al momento della rimessa, con la conseguenza che la fattispecie non ricorre qualora essa abbia ad oggetto assegni bancari che richiedono verifica della copertura (in tal senso v. Trib. Milano 25 maggio 2009, cit.).

Possono, invece, essere revocate le rimesse eseguite su un conto assistito da apertura di credito secondo Trib. Udine 24 febbraio 2011; Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834; App. Trento 11 giugno 2007; di contrario avviso Trib. Milano 27 marzo 2008 e Trib. Milano 21 luglio 2009, cit.

È sempre dibattuto, in giurisprudenza se siano soggetti a revoca anche gli incassi pervenuti sui c.d. “conti anticipi”, secondo un orientamento tali operazioni sarebbero prive di valenza solutoria, risolvendosi in mere annotazioni contabili (v. Cass. 16 marzo 2018, n. 6575, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>), secondo altro orientamento costituirebbero concreti movimenti a rientro (v. Cass. 6 novembre 2012, n. 19108).

In merito alle operazioni autoliquidanti, in relazione in particolare il mandato all’incasso, il passato orientamento è stato di recente confermato da Cass. 27 aprile 2011, n. 9387, che considera revocabili gli incassi pervenuti dal terzo, in quanto la fattispecie non comporta cessione del credito; contra Trib. Bergamo 19 novembre 2012, che ritiene assoggettabili a revocatoria in relazione non all’incasso, ma alla stipula del mandato, cui vengono attribuiti effetti traslativi ricondotti implicitamente al patto compensativo.

Sono revocabili anche i cc.dd. “giroconti”, se l’accredito trasferito su altro rapporto del correntista abbia funzione soddisfattoria (in termini Cass. 13 febbraio 2013, n. 3507; Cass. 20 giugno 2011, n. 13449).

Trib. Udine 24 febbraio 2011, cit., sottolinea anche come la presenza di addebiti relativi a crediti della stessa banca non impedisca la revoca di rimesse anteriori.

Secondo Trib. Brescia 29 aprile 2008, è certamente revocabile il pagamento eseguito per ripianare il saldo passivo di un conto corrente già chiuso.

Revocabilità del mutuo ipotecario e l'art. 70 LF

Infine, Cass. 29 febbraio 2016, n. 3955, ritiene revocabile la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo garantito da ipoteca destinata a ripianare uno scoperto di conto, laddove il mutuo ipotecario ed il successivo impiego della somma siano inquadrabili nel contesto di un'operazione unitaria il cui fine ultimo è quello di azzerare la preesistente obbligazione.

La norma in oggetto va poi necessariamente rapportata con l'art. 70, comma 3, l.fall. nella parte in cui stabilisce che “qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di posizioni passive derivanti da rapporti di conto corrente bancario o comunque rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse alla data in cui si è aperto il concorso”.

In pratica, viene indicato il criterio della revocabilità fra “massimo scoperto” e “saldo finale” del conto, adottando la soluzione sulla revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario che era stata più volte proposta in sede interpretativa, restando però sempre minoritaria.

Sul punto in giurisprudenza è stato precisato che l'art. 70 l.fall. individui il limite massimo oltre il quale la domanda non può essere accolta, ferma restando l'irrevocabilità delle rimesse che non abbiano comportato una riduzione consistente e durevole del debito (in tal senso v. Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834, cit., Trib. Udine 24 febbraio 2011, cit.; Trib. Milano 27 novembre 2008, in questa Rivista, 2008, 718).

Quanto alla disciplina transitoria, viene pacificamente affermato che la norma si applica alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo l'entrata in vigore della stessa (cfr. Cass. 7 ottobre 2010, n. 20834, cit.; nello stesso senso tra le tante di merito Trib. Monza 19 aprile 2010, in www.ilcaso.it; App. Trento 11 giugno 2007, Trib. Bergamo 23 gennaio 2008; Trib. Milano 9 maggio 2007).

art. 67, comma 3, lett. c) LF e DL 122/2005

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. c), l.fall., vengono sottratte alla revocatoria “le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio”.

La norma, che inizialmente era riferita solo alle vendite a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo, è stata via via ampliata ricomprendendo prima anche la stipula di preliminari trascritti (i cui effetti della trascrizione non siano cessati) e poi gli immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente (fattispecie quest'ultima introdotta dall'art. 33, L. n. 134/2012, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 83/2012).

L'esenzione in oggetto si affianca a quella prevista dall'art. 10, D.L. n. 122/2005 che sottrae alla revocatoria di cui all'art. 67 l.fall. gli atti a titolo oneroso aventi come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobili da costruire, nei quali l'acquirente si impegna a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare (per la disciplina transitoria v. Cass. 22 febbraio 2016, n. 3237, ove si afferma che l'esenzione in oggetto, introducendo una diversa ed innovativa disciplina rispetto a quella previgente, non può retroagire fino ad applicarsi a contratti stipulati e ad insolvenze dichiarate prima della sua entrata in vigore).

L'interpretazione delle due esenzioni sopra menzionate - quella dell'art. 67 lett. c) e quella dell'art. 10 - non ha per il momento dato luogo a particolari difficoltà, visto che il requisito della destinazione dell'immobile acquistato è espresso in modo oggettivo (v. Trib. Monza 6 aprile 2009, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>, ove si afferma la non applicabilità dell'esenzione ex art. 67 lett. c) l.fall. nell'ipotesi in cui al momento della proposizione dell'azione revocatoria l'immobile era già stato rivenduto dall'acquirente convenuto), e quello del “giusto prezzo” è accertabile sulla base dei prezzi di mercato degli immobili, che sono oggetto di rilevazioni abbastanza analitiche (OMI), e comunque viene solitamente rimesso alla valutazione di un consulente tecnico d'ufficio.

Le due norme non sono, però, sovrapponibili in quanto la prima - art. 67, lett. c) - fa riferimento anche ad immobili destinati ad uso non abitativo e presuppone che l'alienante sia un imprenditore commerciale, mentre la seconda - art. 10 - si riferisce esclusivamente ad immobili da costruire destinati ad uso abitativo e presuppone che l'alienante sia il “costruttore”. Inoltre, l'esenzione della legge fallimentare riguarda solo le vendite, mentre quella della del D.L. n. 122/2005 riguarda, più in generale, gli atti a titolo oneroso di trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento.

La disposizione dell'art. 67 lett. c) va poi coordinata con la fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 1, anch'essa comprensiva di atti a titolo oneroso, tra cui i contratti preliminari, quando eccedenti di un quarto quanto dato o promesso in corrispettivo, e con la fattispecie disciplinata dall'art. 67, comma 1, n. 2, per quei casi di vendita dell'immobile, attuata senza la corresponsione del prezzo, al fine di consentire all'acquirente la compensazione del suo debito con un credito preesistente, realizzando così - attraverso un complesso collegamento negoziale - un pagamento anomalo.

Su quest'ultimo punto v. Trib. Vicenza 3 agosto 2017, in www.ilcaso.it, secondo il quale alla datio in solutum non si applica, neppure in via analogica, l'esenzione da revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lett. c), l.fall., con cui il legislatore ha inteso tutelare l'acquirente solo nell'ipotesi di acquisto della casa di abitazione con contratto di compravendita.

L'esenzione prevista dall'art. 67, lett. c) trova, invece, applicazione nell'ambito della disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (c.d. rent to buy) in quanto il comma 6 dell'art. 23, D.L. n. 133/2014, conv. con modif. dalla L. n. 164/2014, la richiama espressamente.

art. 67, comma 3, lett. d) LF: il piano attestato di risanamento.

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., vengono sottratti alla revocatoria "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore".

L'esenzione in oggetto, unitamente a quelle previste dalle lettere e) e g), è espressione del favore del legislatore della riforma per le soluzioni concordate della crisi d'impresa che, altrimenti, troverebbe difficile attuazione se i creditori ed i finanziatori fossero esposti al rischio della revocatoria.

La norma, infatti, disciplina il c.d. "piano attestato di risanamento" al fine di esentare da azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano stesso, qualora venga successivamente dichiarato il fallimento del debitore.

Il legislatore ha poi meglio definito, con più interventi, i requisiti ed il ruolo del professionista attestatore, dapprima con il decreto correttivo n. 169/2007 e poi con D.L. n. 83/2012 convertito in L. n. 134/2012. In particolare, con l'intervento del 2012 il legislatore ha chiarito che il professionista deve essere designato dal debitore e non dal Presidente del Tribunale; tale soluzione, peraltro, era già stata adottata dalla giurisprudenza dominante (v. Trib. Verona 27 luglio 2011, Trib. Mantova 31 marzo 2009 e Trib. Brescia 2 agosto 2007, tutte in www.ilcaso.it, e Trib. Milano 10 marzo 2009, in Dir. fall., 2010, 125).

Tra i requisiti di applicabilità della norma vi è quello della "idoneità" del piano; secondo la giurisprudenza il giudizio sulla bontà del piano dovrà essere necessariamente formulato in ottica **ex ante**, attraverso un'attività di "prognosi postuma", al riguardo v. Cass. 5 luglio 2016, n. 13719, secondo cui, per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento a norma dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., il giudice deve verificare, con giudizio **ex ante**, la manifesta idoneità del piano medesimo, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della stessa (nella specie, la S.C. ha cassato il decreto con il quale il tribunale, in sede di opposizione allo stato passivo, ha ritenuto che il pegno concesso in esecuzione di un piano attestato fosse automaticamente sottratto alla revoca).

Recentemente anche Trib. Ancona 27 giugno 2017, in Giur. it., 2018, 1149, ha ribadito che l'esenzione in oggetto opera subordinatamente ad una duplice verifica da parte del giudice del merito sul piano attestato in ordine sia alla fattibilità giuridica, intesa come rispetto di norme inderogabili, che alla fattibilità economica, intesa come ragionevole possibilità di realizzare, secondo una valutazione operata **ex ante**, l'obiettivo di risanamento dell'impresa.

Inizialmente la verifica, da parte del professionista attestatore, dell'attendibilità dei dati aziendali era stata oggetto di pronunce giurisprudenziali, ma poi l'attuale formulazione della norma l'ha fatta diventare un requisito indispensabile della relazione dell'attestatore.

In merito al giudizio sulla correttezza dei dati aziendali, peraltro necessariamente propedeutico alle verifiche e all'attestazione sulla fattibilità del piano, Trib. Piacenza 2 marzo 2011 e Trib. Bergamo 26 giugno 2014, entrambe in www.ilcaso.it, hanno ritenuto inammissibile un giudizio prognostico sui risultati del piano in mancanza di una verifica dei suoi dati di partenza.

Inoltre, il professionista non può limitarsi ad una dichiarazione di conformità del piano ai dati contabili, ma deve operare una propria valutazione dei dati aziendali basata sulla miglior esperienza professionale e su tecniche di revisione adeguate, al fine di formulare un giudizio sulla veridicità dei dati e sulla loro idoneità a fornire un quadro fedele della situazione dell'azienda (v. Trib. Benevento 23 aprile 2013).

Mentre il giudizio di veridicità riguarda esclusivamente dati consuntivi, con riguardo ai dati del piano, per loro natura prospettici, la giurisprudenza richiede invece che l'attestatore esprima un giudizio prognostico, dandone adeguata motivazione. In particolare, in caso di ricorso a perizie rese da terzi, **il professionista non può limitarsi ad assumere, in modo apodittico, le valutazioni rese da questi ultimi, ma deve enunciare i criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti e ripercorrere l'iter logico** (sul giudizio dell'attestatore in ordine alla valorizzazione del patrimonio fondata su stime v. Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, e cfr. anche Trib. Benevento 23 aprile 2013, cit., secondo cui l'attestatore nell'ambito del proprio giudizio deve necessariamente tener conto del valore di stima più basso).

art. 67, comma 3°, lett. e), LF

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. e), l.fall., vengono sottratti alla revocatoria “gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis (accordo di ristrutturazione dei debiti), nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161 (concordato preventivo)”.

Secondo Trib. Milano 2 marzo 2013, in Giur. it., 2013, 2275, l'esclusione dalla revocabilità delle garanzie ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e), l.fall., comprende anche la revocatoria ordinaria.

La norma, anch'essa novellata dal D.L. n. 83/2012, ora precisa che l'esenzione in oggetto non opera solo - come in passato - con riferimento a tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione, ma anche a tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso per concordato, anche con riserva.

La modifica apportata consente di superare l'iniziale interpretazione giurisprudenziale che condizionava il riconoscimento della preclusione al passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato (v. App. Torino 21 febbraio 2012).

L'intervento legislativo, inoltre, anticipa l'effetto protettivo dalle revocatorie alla fase antecedente all'omologazione purché si tratti di atti “legalmente” compiuti, e quindi di atti di ordinaria amministrazione o di atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal Tribunale.

Per l'inefficacia dei pagamenti eseguiti in corso di concordato preventivo di crediti anteriori, se non autorizzati, v. Trib. Lucca 27 gennaio 2017.

L'esenzione dalla revocatoria concerne anche i pagamenti compiuti dal debitore che abbia presentato domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, o una proposta di accordo ai sensi del comma 6 dell'art. 182 bis l.fall., di crediti anche anteriori per prestazioni di beni o di servizi, autorizzati dal Tribunale.

art. 67, comma 3°, lett. f), LF

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. f), l.fall., vengono sottratti alla revocatoria “i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito”.

La disposizione in esame vuole tutelare l'interesse dei dipendenti e dei collaboratori, generalmente ritenuti soggetti deboli, ma in ultima analisi pare che la ratio dell'esenzione sia quella di favorire la conservazione dell'attività, evitando che la minaccia della revocatoria possa rappresentare un impedimento alla continuazione della prestazione di lavoro in favore dell'impresa e che quindi, sotto questo profilo, sia assimilabile all'esenzione prevista dalla lett. a).

La revocatoria di pagamenti delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, pur essendo ammessa nella previgente legislazione, era in pratica inesistente, soprattutto in ragione del privilegio di primo grado attribuito a quei crediti in sede di ripartizione dell'attivo, e, quindi, di assenza di un interesse ad agire in revocatoria in capo al curatore, almeno secondo una diffusa opinione; con la riforma è stata quindi codificata un'esenzione già di fatto esistente.

Tale prospettiva interpretativa va però riconsiderata alla luce della ribadita natura antindennitaria dell'azione revocatoria fallimentare (v. Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7028).

L'espressione “collaboratori anche non subordinati” è generica e si presta a varie interpretazioni, l'esenzione riguarda sicuramente tutti i titolari di rapporti di parasubordinazione e lavorativi di natura interinale, organicamente inseriti nell'impresa, ma lascia il dubbio su alcune ipotesi ambigue.

L'esclusione dei professionisti abitualmente impiegati dall'imprenditore dall'ambito applicativo della norma è stata affermata da Trib. Trento 28 gennaio 2013, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>, secondo cui, per la sua eccezionalità, tale norma non può essere estesa a tutta la gamma dei liberi professionisti che abbiano ricevuto incarichi, anche ripetuti, dall'imprenditore poi fallito, ben diversa essendo la ratio della tutela del lavoratore subordinato o parasubordinato rispetto alla fattispecie del libero professionista.

Sempre per la natura eccezione della disposizione Trib. Napoli 15 novembre 2013, in Giur. it., 2014, 2505, ha ritenuto revocabili le dazioni ricevute dal lavoratore in adempimento di una transazione.

Cass. 16 settembre 2011, n. 18965, ha compreso in quest'ambito i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro svolte dai collaboratori dell'imprenditore, ma soltanto in relazione alle domande proposte per atti concernenti procedure dichiarate prima della riforma del 2005.

Alcune pronunce, in senso restrittivo, hanno precisato che l'esenzione di cui alla lett. f) spetta solo a coloro che abbiano un rapporto di lavoro diretto e non quindi in caso di pagamento di dipendenti altrui “distaccati” presso l'impresa fallita (in tal senso Trib. Roma 18 giugno 2013, in www.ilcaso.it) e neppure a beneficio delle imprese di somministrazione di lavoro (App. Milano 5 luglio 2016).

Recentemente è stata affermata l'applicabilità dell'esenzione, richiamando la natura coordinata, continuativa e prevalentemente personale della prestazione svolta dall'amministratore, specialmente nel caso in cui egli sia estraneo alla compagine sociale e sia stato chiamato a svolgere tale ruolo per le sue specifiche competenze professionali (App. Milano 9 luglio 2015, in www.unijuris.it).

art. 67, comma 3°, lett. g), LF

A norma dell'art. 67, comma 3, lett. g), l.fall., vengono sottratti alla revocatoria “i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo”.

Anche in questo caso, la norma di esonero persegue chiaramente il favor per le procedure concorsuali minori: si tratta di tutelare, in sostanza, il pagamento di servizi professionali richiesti per l'accesso a tali procedure. Oltretutto, va considerato che se non vi fosse questa norma di esonero i pagamenti di quei servizi professionali sarebbero certamente indifendibili sotto l'aspetto della conoscenza dello stato d'insolvenza.

In merito all'ambito di applicazione dell'esenzione v. Trib. Bergamo 14 dicembre 2012, che non la ritiene estensibile a mere prestazioni accidentalmente utili ai fini dell'avvio delle procedure diverse dai compensi ai professionisti incaricati di attivarle e, comunque, considera l'esenzione inapplicabile in caso di mancata presentazione o inammissibilità di una domanda di concordato.

Recentemente la S.C., con alcune sentenze interpretative, ha ampliato il concetto di prededuzione per prestazioni eseguite “in funzione” delle procedure concorsuali minori (v. Cass. 10 settembre 2014, n. 19013; Cass. 17 aprile 2014, n. 8958; Cass. 14 marzo 2014, n. 6031; da ultimo v. Cass. 16 maggio 2018, n. 12017, in Pluris), peraltro tutte rese in casi di consecuzione con procedure di concordato preventivo aperte ma non omologate.

art. 67, comma 4°, LF

A norma del comma 4 dell'art. 67 l.fall., le disposizioni di quell'articolo “non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali”.

L'attuale formulazione della norma nulla cambia, rispetto al passato, quanto alla tutela dell'Istituto di emissione. Attualmente la Banca d'Italia non esercita attività creditizia verso il pubblico, tuttavia il suo esonero dalla revocatoria può venire in rilievo in talune, pur non frequenti, fattispecie: si pensi ad es. all'acquisto di beni mobili o di beni immobili necessari per lo svolgimento dell'attività dell'Istituto, e di susseguente fallimento del venditore; o ancora, si pensi all'attività creditizia della Banca d'Italia verso le banche ordinarie, ed all'ipotesi che una di esse divenga insolvente e sia assoggettata a liquidazione coatta amministrativa.

Questo esonero, dunque, esiste da sempre e non ha dato luogo a rilevanti problemi interpretativi.

Il precedente testo dell'art. 67, ultimo comma, l.fall. disponeva l'esonero dalla revocatoria per gli “Istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno, limitatamente a queste operazioni”; ora, invece, si parla di esonero delle operazioni di credito su pegno, e si è dunque passati da un'esenzione con connotazione (anche) soggettiva ad un'esenzione di carattere (esclusivamente) oggettivo.

Secondo Trib. Roma 14 ottobre 2009, l'art. 67, ultimo comma, l.fall. nell'attuale formulazione, non solo ha recepito l'approccio oggettivo per il riconoscimento dell'esenzione dall'azione revocatoria facendo riferimento alle operazioni di credito fondiario e non più agli istituti di credito fondiario, ma ha altresì abbandonato ogni riferimento agli atti solutori effettuati dal debitore, con conseguente operatività dell'esenzione anche con riguardo ai pagamenti effettuati per debiti di terzi da parte del coobbligato solidale.

L'esenzione da revocatoria si estende anche al soggetto cessionario dei diritti dell'originario creditore fondiario (v. in tal senso Cass. 20 aprile 2016, n. 7960).

Di recente, Cass. 21 febbraio 2018, n. 4202, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>, ha affermato che è revocabile, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2), l.fall., e in ogni caso ex art. 67, comma 2, l.fall., la rimessa conseguente alla concessione di un mutuo garantito da ipoteca destinata a ripianare uno scoperto di conto, laddove il mutuo fondiario e il successivo impiego della somma siano inquadrabili in un'operazione unitaria posta in essere in funzione dell'azzeramento della preesistente esposizione debitoria del mutuatario non assistita da alcuna garanzia (in termini v. anche Cass. 11 febbraio 2011, n. 3468).

Casi «particolari» di esenzione dalla revocatoria fallimentare.

Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate
dalla giurisprudenza.

Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate dalla giurisprudenza

Alle ipotesi espressamente sancite dall'art. 67, comma 4 l. fall. (e dall'art. 166, comma 4, cci) si affiancano ulteriori esenzioni contenute in leggi speciali a cui la stessa norma, in maniera del tutto identica al precedente terzo comma, rinvia con apposita previsione in bianco («sono salve le disposizioni di leggi speciali»).

Si tratta di apporti normativi succedutisi nel tempo - sulla spinta di una tendenza moltiplicatrice delle deroghe del sistema revocatorio - al fine di limitare quelle interpretazioni giurisprudenziali ritenute eccessivamente vessatorie dal legislatore.

Tali esenzioni sono caratterizzate da una spiccata eterogeneità delle fattispecie derivante dalla loro emanazione avvenuta in contesti differenti e dall'assenza di un coordinamento fra le rispettive discipline.

Tali fattori rendono pertanto questa disamina priva di una qualsiasi pretesa di completezza.

Tuttavia si tenterà di ricondurre le diverse fattispecie all'interno di gruppi tematici al fine di comprenderne meglio la portata e la ratio del legislatore.

Un primo gruppo di esenzioni è riconducibile all'attività creditizia e quindi caratterizzate da un profilo genetico analogo a quello delle fattispecie precedentemente esposte, rinvenibile all'interno del TUB nella disciplina relativa al credito alle opere pubbliche, credito agrario e credito peschereccio (PRIMA FONTE EXTRACODICE).

L'art. 42, comma 4 prevede che qualora alla prima di queste operazioni acceda un'ipoteca su immobili debba applicarsi la disciplina del credito fondiario con relativa esenzione; in maniera del tutto analoga, l'art. 44, comma 5 sancisce l'applicabilità della medesima disciplina alle operazioni di credito agrario e peschereccio se assistite da ipoteca su immobili.

Sempre in materia creditizia, le operazioni di finanziamento alle imprese a medio e lungo termine (artt. 46 e 47 t.u.b.) risultano anch'esse tutelate da una serie di disposizioni contenute in leggi antecedenti e non abrogate dal testo unico bancario del 1993.

Le fattispecie contenute in leggi speciali e quelle elaborate dalla giurisprudenza

Un secondo gruppo di esenzioni in materia di revocatoria fallimentare è invece ascrivibile alla materia tributaria e previdenziale: così l'art. 89 del D.P.R. n. 602/1973 che esenta i pagamenti di imposte dirette scadute e l'art. 116, comma 14 della legge n. 388/2000 che sottrae alla revocatoria fallimentare “i pagamenti effettuati per contributi sociali obbligatori ed accessori a favore degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza” (SECONDA FONTE EXTRACODICE).

Ancora, la legge n. 52/1991 ha predisposto un'apposita disciplina in tema di cessione di crediti di impresa (cd. factoring): da una parte, è delineato un particolare regime di tutela fondato su una deviazione della revocatoria nel caso del fallimento del debitore ceduto; dall'altra, sono dettati specifici presupposti per l'esperimento dell'azione stessa nel caso del fallimento del cedente. Mentre nel secondo caso non è prevista alcuna esenzione dalla revocatoria fallimentare, nel primo opera un meccanismo per cui l'azione può essere esercitata solo nei confronti del cedente e non del cessionario (TERZA FONTE EXTRACODICE).

Infine, l'art. 4 della legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti, prevede un'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria, oltre a un'apposita e più generale riduzione del periodo sospetto per operazioni di cartolarizzazione (QUARTA FONTE EXTRACODICE).

Prive di una qualche rilevanza appaiono invece le esenzioni precedentemente elaborate dalla giurisprudenza attraverso l'estensione analogica dell'art. 67, ultimo comma.

Queste fattispecie non sembrano infatti ricoprire un ruolo di rilievo all'interno dell'impianto revocatorio, essendo perlopiù riconducibili all'ipotesi dei pagamenti ricevuti dal soggetto monopolista che, alla luce dell'attuale orientamento, sembra essere venuta meno. La questione più volte affrontata dalla Corte di Cassazione, appare oggi risolta sulla base della pronuncia delle Sezioni Unite del 23 gennaio del 2004, n. 1232 che ha riconosciuto la piena applicabilità della disciplina di cui all'art. 67, comma 2 ai pagamenti ricevuti dal soggetto operante in condizioni di monopolio legale, ribaltando così il precedente orientamento consolidatosi all'interno della stessa Suprema Corte (QUINTA FONTE EXTRACODICE).

Decreto legislativo 12 aprile 2001 n. 210: definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli

Altro caso di grande interesse, anche in relazione ai rapporti con la Legge fallimentare, è quello previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2001 n. 210, emanato in “Attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli”. (QUINTA FONTE EXTRACODICE)

La Direttiva in questione, all’art. 8 dispone che “nel caso in cui sia aperta una procedura d’insolvenza nei confronti di un partecipante a un sistema, i diritti e gli obblighi derivanti dalla partecipazione stessa a tale sistema, o ad essa connessi, sono stabiliti in base alle regole che disciplinano detto sistema”.

La legge di attuazione si è, pertanto, trovata ad affrontare la questione di contemperare due diverse e contrapposte esigenze:

- da un lato la protezione dei sistemi di pagamento che mirano a tutelare l’adempimento più rapido e favorevole delle obbligazioni di una banca verso l’altra;
- e dall’altro il diritto fallimentare che, cercando di preservare al massimo l’attivo dell’impresa fallita, nell’interesse collettivo della massa dei creditori, mira a ridurre al minimo i pagamenti che ritiene per ciò sospetti.

Ciò al fine evidente di proteggere i diritti del creditore garantito dagli effetti dell’insolvenza e della conseguente falcidia fallimentare.

Il corpo normativo in questione mira, quindi, a uniformare le norme di diritto fallimentare con l’esigenza di stabilità dei pagamenti e delle operazioni di regolamentazione dei trasferimenti di titoli effettuati dai singoli intermediari nell’ambito dei relativi sistemi di pagamento.

Decreto legislativo 12 aprile 2001 n. 210: definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli

Ai fini della norma in oggetto, il termine di “garanzia” va inteso come “qualsiasi diritto avente ad oggetto o relativo a valute, strumenti finanziari o altre attività prontamente realizzabili da chiunque e in qualunque modo e forma, costituito al fine di assicurare l' adempimento di obblighi presenti o futuri derivanti da ordini di trasferimento attraverso un sistema o da operazioni effettuate con banche centrali”.

Il fine di stabilità perseguito dal Legislatore viene consacrato principalmente dall'art. 2 il quale prevede espressamente che: “Gli ordini di trasferimento, la compensazione e i conseguenti pagamenti e trasferimenti sono vincolanti tra i partecipanti a un sistema, e nel caso di apertura di una procedura d'insolvenza nei confronti di un partecipante sono opponibili ai terzi, compresi gli organi preposti alla procedura medesima, se gli ordini di trasferimento:

- a) sono stati immessi nel sistema prima del momento di apertura della procedura d'insolvenza;
- b) sono stati immessi nel sistema successivamente al momento di apertura della procedura d'insolvenza ed eseguiti il giorno lavorativo dell'apertura, qualora l'operatore del sistema provi che al momento dell'immissione non era a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, né avrebbe dovuto esserlo.

Oltre a tale norma, i principi di definitività degli ordini, della loro opponibilità ai terzi in caso di apertura di una procedura di insolvenza e di irretroattività della procedura di insolvenza sui diritti e sugli obblighi dei partecipanti, sorti prima dell'apertura della procedura di insolvenza, sono rinvenibili nel combinato disposto degli artt. 6, terzo comma, e 8 il quale prevede che, la realizzazione della garanzia nella procedura sottrae le garanzie costituite prima del momento di apertura della procedura di insolvenza per i crediti derivanti da operazioni definitive ai sensi dell'art. 2, ovvero connesse con le funzioni di banca centrale, alla procedura di insolvenza del partecipante al sistema o dell'intermediario per conto del quale un partecipante esegua ordini di trasferimento, mentre esclude da ogni tutela le garanzie costituite dopo l'apertura della procedura concorsuale.

Tra le due opposte esigenze la Legge in questione ha privilegiato senza dubbio l'inattaccabilità dei pagamenti all'interno dei sistemi di pagamento e regolamento titoli, ciò al fine di evitare il rischio di un effetto dilagante della crisi anche agli altri operatori del sistema.

A parziale tutela degli interessi dei creditori il Legislatore comunitario e quello italiano in sede di attuazione, hanno previsto da un lato la rigida individuazione del momento dal quale decorre l'inattaccabilità dei pagamenti e dei regolamenti titoli compiuti dall'intermediario insolvente, e dall'altro l'imposizione all'operatore di provare la propria buona fede, dimostrando di non essere a conoscenza dell'apertura della procedura di insolvenza, e che né avrebbe potuto esserlo.

Effetti delle procedure concorsuali sulle garanzie finanziarie

Una delle novità più rilevanti introdotte dal d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, emanato in attuazione della Direttiva 2002/47/CE relativa ai contratti di garanzia finanziaria è la previsione del diritto, accordato al creditore pignoratizio, di “utilizzare” le attività finanziarie oggetto di garanzia.

Dispone in proposito l'art. 5, comma 1°, del d. lgs. 170/2004 che “Il creditore pignoratizio può disporre, anche mediante alienazione, delle attività finanziarie oggetto del pegno, se previsto nel contratto di garanzia finanziaria e conformemente alle pattuizioni in esso contenute” **(SESTA FONTE EXTRACODICE)**.

La normativa in commento è fortemente innovativa, e fornisce al nostro ordinamento la possibilità di confrontarsi e di esser paragonato, in termini di competitività, agli ordinamenti di matrice anglosassone, da sempre considerati più evoluti e più “snelli”, soprattutto in tema dei c.d. collateral.

La ratio della stessa Direttiva consiste, tra l'altro, nel liberalizzare le tipologie contrattuali, al fine di ridurre la segmentazione dei mercati finanziari e di spingere i vari mercati verso un pari livello di concorrenzialità.

Al fine di misurare la portata innovativa delle norme in commento, basti pensare che, prima dell'entrata in vigore del Decreto, era pacifico che i contratti di garanzia reale costituissero, nell'ordinamento italiano, un numerus clausus, per cui risultava difficile all'operatore italiano collateralizzare un'operazione, ovvero garantire le obbligazioni assunte nell'operazione, servendosi di contratti atipici che, nella prassi societaria estera, si affermavano con funzione di garanzia.

In questa prospettiva, ovvero per garantire un mercato finanziario europeo integrato, ridurre il rischio di credito e rafforzare quindi l'integrazione del mercato finanziario comunitario, la Direttiva si propone i seguenti obiettivi:

1. garantire che esistano regimi efficaci e ragionevolmente semplici per la costituzione di garanzie sia con trasferimento del titolo di proprietà che sotto forma di pegno;
2. **garantire che i contratti di garanzia siano esclusi dal campo di applicazione di alcune disposizioni delle leggi sull'insolvenza, in particolare quelle che vieterebbero il realizzo effettivo delle garanzie o creerebbero dubbi sulla validità di tecniche quali la compensazione per close-out, l'integrazione di garanzia e la sostituzione della garanzia;**
3. creare certezza del diritto per quanto concerne il conflitto di leggi riguardanti gli strumenti finanziari in forma scritturale utilizzati come garanzie in un'operazione transfrontaliera;
4. limitare gli oneri amministrativi relativi all'uso delle garanzie nei mercati finanziari riducendo gli atti formali richiesti per la stipula dei contratti di garanzia o per l'escussione delle garanzie;
5. garantire che gli accordi che consentono al beneficiario della garanzia di riutilizzarla per i propri scopi, nel contesto di meccanismi di pegno, siano riconosciuti come aventi efficacia.

Brevi cenni sul contratto di garanzia finanziaria

La definizione centrale della normativa in esame è quella di “contratto di garanzia finanziaria”, dalla quale è possibile enucleare ad un tempo l’ambito oggettivo e quello soggettivo di applicazione della nuova disciplina; con tale espressione, precisa l’art. 1 lett. d), si intende “il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie”.

Circostanza di notevole rilevanza è che nella definizione di contratto di garanzia finanziaria rientrano sia fattispecie contrattuali con costituzione di garanzia reale (per es. pegno), sia fattispecie contrattuali che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia, in cui il datore di garanzia trasferisce la proprietà della res al beneficiario della stessa, onde assicurare l’adempimento delle obbligazioni garantite.

L’art. 6, in linea con suddetta definizione, riconosce validità ed efficacia a qualsiasi contratto di garanzia finanziaria che preveda il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia.

In precedenza si nutrivano molti dubbi circa la validità di tali contratti; infatti, il Legislatore ha avvertito il bisogno di sancire espressamente la validità di determinate fattispecie, come nel caso del pegno irregolare (laddove la datio dell’oggetto, potendosi il denaro considerare determinato solo nel genere e quantità, comportava il trasferimento della proprietà); oltretutto, un ostacolo alla loro liberalizzazione proveniva dall’art. 2744 c.c., recante il divieto di patto commissorio (vale a dire la nullità del patto col quale si stabilisce che, in caso di inadempimento, la proprietà della cosa pignorata od ipotecata passi al creditore). A tal fine, il secondo comma dell’art. 6 del Decreto stabilisce che ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia non si applica l’art. 2744 c.c.

Detto ciò, è opportuno da subito delimitare anche il campo soggettivo di applicazione del Decreto; quest’ultimo non si applica, infatti, ai contratti in cui una delle parti sia una persona fisica, ma affinché si applichi il Decreto, sia il datore di garanzia che il beneficiario devono essere: a) Autorità pubbliche; b) Banche centrali, BCE, FMI, etc. (cfr. art. 1, lett. d, n. 2 del Decreto); c) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale (banche, imprese di assicurazione, O.I.C.V.M.) d) controparti centrali, agenti di regolamento e stanze di compensazione. Una delle parti del contratto può essere anche una società (e più in generale una persona diversa dalle persone giuridiche, secondo la terminologia del Decreto), purché la controparte sia uno dei soggetti sopra elencati alle lett. da a) a d).

Garanzie finanziarie e revocabilità

Come visto precedentemente per gli altri casi sopra esaminati, anche la normativa in esame prevede una speciale tutela nei casi di procedure concorsuali, tale da ridurre fortemente le ipotesi di revocabilità e, quindi, agevolare la diffusione di tale strumento.

Nello specifico la norma prevede una particolare tutela nei seguenti casi:

1. Qualora la prestazione della garanzia, o il sorgere dell'obbligazione finanziaria garantita, si verifichi precedentemente al giorno di apertura di una procedura di liquidazione, ovvero nel giorno stesso, la garanzia finanziaria prestata ed il contratto relativo alla garanzia non possono essere dichiarati inefficaci nei confronti dei creditori. Ove la costituzione sia avvenuta anche dopo il momento di apertura della procedura, la garanzia è comunque opponibile se il beneficiario prova di non essere stato, né di aver potuto essere, a conoscenza dell'apertura della procedura. Il dato temporale in sé, così come le regole presuntive sulla scientia decoctionis, non trovano dunque applicazione.
2. In ipotesi di revocatoria ordinaria o fallimentare, il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, e la prestazione della medesima, debbono ritenersi equiparati al pegno. Regole speciali e molto tutelanti per il creditore regolano anche la sostituzione della garanzia, stabilendo, salvo rare eccezioni, la retroattività della sostituzione alla data di prestazione della garanzia originaria.
3. Ai contratti di garanzia finanziaria ed alle garanzie finanziarie prestate in conformità alle disposizioni del Decreto per espressa esclusione non si applicano le disposizioni dell'art. 203 T.U.F.: esse dunque sopravvivono alla procedura e possono realizzarsi anche in corso di essa. L'art. 9 del Decreto, in particolare, stabilisce che i contratti di garanzia finanziaria e la garanzia prestata (anche in esecuzione di una clausola di integrazione o sostituzione), non possono essere dichiarati inefficaci verso i creditori per il solo fatto di essere stati stipulati o prestati il giorno di apertura di una procedura di liquidazione o di provvedimenti di risanamento, o anche dopo tale momento, purché in quest'ultimo caso il creditore possa dimostrare che non poteva essere a conoscenza di tale apertura.

Il legislatore, quindi, pone ulteriori elementi di "stabilità" della garanzia, stabilendo che l'apertura di procedure di insolvenza non comporta, automaticamente, la caducazione di tutti i contratti di garanzia finanziaria intervenuti poco prima o dopo l'apertura della procedura, come di norma avviene in applicazione degli artt. 42-44 L.Fal., che la giurisprudenza ha sempre affermato doversi applicare tenendo conto della regola c.d. "dell'ora zero".

Dunque, il Decreto stabilisce che un contratto di garanzia finanziaria stipulato dopo la dichiarazione di fallimento, può essere dichiarato inefficace solo laddove vi sia la scientia decoctionis del creditore.

Il favor del Legislatore per la stabilità dei mercati è evidente anche in questo caso laddove "concede" la possibilità alla controparte dell'intermediario insolvente di provare che, nonostante il compimento della operazione nel giorno in cui si apre la procedura o addirittura successivamente a tale momento, era impossibilitato a conoscere la condizione del partner commerciale; stato soggettivo che dovrà essere interpretato in termini oggettivi nel senso che la prova dovrà essere tesa a dimostrare che nonostante l'osservanza di specifici obblighi di diligenza su di lui gravanti ejusdem conditionis et professionis, il creditore non abbia potuto aver avuto conoscenza dell'apertura della procedura concorsuale.

Il possibile esonero di cui all'13 Reg. UE n. 1346/2000 (e art. 16 Reg. UE n. 848/2015)

La norma comunitaria in oggetto può, in talune ipotesi, comportare l'inammissibilità dell'azione revocatoria; si tratta di una disposizione di diritto internazionale privato poco conosciuta che però è stata oggetto di alcune pronunce che ne fanno applicazione (SETTIMA FONTE EXTRACODICE).

Ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. m), Reg. UE n. 1346/2000 (e art. 7 Reg. UE n. 848/2015), alla procedura di insolvenza ed ai suoi effetti, ivi comprese le revocatorie, si applica la legge dello Stato d'apertura della procedura (Cass. 4 agosto 2006, n. 17706), ma l'art. 13 Reg. UE 1346/2000 (e art. 16, Reg. UE n. 848/2015) prevede un'esenzione da revoca dell'atto nel caso in cui il beneficiario provi che lo stesso è soggetto alla legge di uno Stato (non di apertura) e che secondo tale ordinamento l'atto non sia, in alcun modo, impugnabile.

Trib. Busto Arsizio 10 luglio 2012, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>, ha precisato che l'art. 13 Reg. UE 1346/2000 non determina l'esclusione della giurisdizione del giudice adito sulla base dell'applicazione di una clausola pattizia ma, piuttosto, impone di verificare, nel giudizio correttamente instaurato davanti al giudice nazionale competente secondo la lex fori concursus, se i pagamenti eseguiti in virtù del contratto sottoposto alla legge di un altro Stato siano o meno revocabili sulla base di tale ultima legge e, in caso negativo, di applicare l'esenzione stabilita dalla stessa norma, con conseguente rigetto della domanda; tale norma va dunque ad integrare il comma 3 dell'art. 67 l.fall. prevedendo un'ulteriore categoria di atti non soggetti all'azione revocatoria.

L'onere di dedurre e provare la sussistenza dei presupposti di esenzione grava sul convenuto in revocatoria (v. Trib. Busto Arsizio 27 giugno 2008).

La giurisprudenza tende ad ampliare il campo di esenzione, nel senso che l'esenzione spetterebbe anche quando la normativa estera applicabile consenta teoricamente di impugnare l'atto, se in concreto l'impugnativa non sarebbe accolta nell'ordinamento estero (Trib. Roma 2 febbraio 2011, in www.ilcaso.it).

Alcune pronunce della Corte UE hanno confermato l'interpretazione estensiva del campo applicativo dell'esenzione (v. da ultimo Corte Giustizia UE 8 giugno 2017, n. 54/16, in <http://fallimentocuratore.ipsoa.it/>, e Corte Giustizia UE 15 ottobre 2015, n. 310/14).

La esenzione dalla revocatoria fallimentare delle operazioni di cartolarizzazione.

L'art. 4 della legge n.130/1999

L'art. 4, della legge n.130/1999

Nonostante sussista una ineliminabile difficoltà a ricondurre la cartolarizzazione ad un modello unitario, l'operazione può scomporsi nei seguenti elementi essenziali:

- individuazione delle attività cedibili;
- trasferimento/separazione delle attività del cedente;
- emissione di strumenti finanziari garantiti dalle attività cedute/separate;
- gestione delle attività;
- rilascio di garanzie.

L'elencazione degli elementi essenziali dell'operazione è peraltro semplicemente sommaria in considerazione della natura "aperta" delle tecniche di cartolarizzazione. A seconda della configurazione utilizzata l'operazione potrà quindi presentare peculiari caratteristiche, il più delle volte variabili, in funzione delle scelte operate nella sua fase di ideazione e di successiva Pubblicizzazione.

La Legge n. 130 ha incentivato la diffusione di tale strumento nel nostro sistema giuridico in primo luogo eliminando l'ostacolo di cui all'art. 2410 c.c., che prevede per le società un limite all'emissione di proprie obbligazioni pari al capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio approvato; detto limite consentiva, infatti, l'operazione di securitisation alle sole società che fossero fortemente capitalizzate.

Oltre a questo si aggiungono una serie di norme di particolare interesse e di vasta portata che disciplinano i rapporti tra queste operazioni e il fallimento del cessionario, del cedente o del ceduto.

L'art. 4, della legge n.130/1999

Al fine di tutelare i titolari degli strumenti finanziari emessi in operazioni di cartolarizzazione, l'art. 4, comma 3, legge 130/1999, esclude espressamente dall'applicazione della revocatoria fallimentare, di cui all'art. 67 r.d. 267/1942, i pagamenti effettuati dai debitori ceduti in favore della società cessionaria.

Si tratta di una ipotesi di esenzione soggettiva assoluta dalla revocatoria, spiegabile con l'intento legislativo di non sacrificare l'interesse e le aspettative degli investitori che con il cedente fallito non hanno alcun rapporto. La società veicolo, infatti, non è portatrice di alcun interesse sostanziale nell'operazione, trattandosi di un mero strumento giuridico preordinato esclusivamente a consentire la segregazione patrimoniale su cui si fonda la cartolarizzazione.

È, dunque, evidente che l'eventuale declaratoria di inefficacia dei pagamenti eseguiti dal debitore ceduto andrebbe ad incidere, in via esclusiva, sulle ragioni dei sottoscrittori dei titoli. Tali fattispecie sono disciplinate dai commi 3 e 4 dell'art. 4, che dimostrano chiaramente il favor del Legislatore nei confronti di questa operazione di securitisation rispetto alla procedura normalmente applicabile nell'ipotesi di fallimento di qualcuno dei soggetti coinvolti.

Il comma 3 del sopracitato articolo trova applicazione nell'ipotesi del fallimento del debitore ceduto e dispone espressamente che “ai pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società cessionaria non si applica l'art. 67 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (L. Fallimentare) e successive modificazioni”.

A ciò si aggiunga che, con la novella del 2013, è stata prevista anche l'esclusione dell'applicazione dell'art. 65 L.F..

Questo ha come conseguenza che, con il citato articolo 4, comma 3, della Legge n. 130, i pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla SPV, oltre ad essere sottratti alla revocatoria di cui all'articolo 67 della legge fallimentare, sono, altresì, sottratti alla inefficacia ex lege di cui all'articolo 65 della stessa legge fallimentare.

In sostanza i pagamenti effettuati dai debitori ceduti sono ora sottratti anche al regime di inefficacia applicabile ai pagamenti dei crediti che scadono il giorno della dichiarazione di fallimento o che hanno scadenza successiva, quando tali pagamenti sono stati effettuati dal fallito nei 2 anni antecedenti la dichiarazione di fallimento.

Dunque, nell'ipotesi di pagamento ad opera del ceduto non è possibile agire mediante l'azione revocatoria fallimentare per far rientrare nella massa attiva quanto già erogato e, pertanto, consentire il soddisfacimento dei creditori.

Analogie e differenze con il «factoring»

Questa disposizione ha un suo precedente di identico contenuto all'art. 6 della Legge 52/91 in materia di cessione dei crediti di impresa; a differenza di questa, tuttavia, l'art. 4 comma 3 L. 130/99 impedisce l'azione revocatoria fallimentare nei confronti del cedente, anche nel caso in cui sussista in capo a questi il requisito della scientia decotiois, ossia la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore.

L'intento della norma è quello di evitare che con la revocatoria fallimentare vengano colpiti i pagamenti dei debitori ceduti - costituenti un patrimonio indipendente dal cessionario - e vincolati al soddisfacimento dei sottoscrittori dei titoli.

È evidente che tale disposizione favorisce l'operazione di securitisation tutelando in maniera assoluta gli investitori, i quali, nell'ambito di un contemperamento degli interessi contrapposti, vengono anteposti non solo ai creditori chirografari della massa fallimentare, ma anche a quelli privilegiati, che in quanto tali dovrebbero essere soddisfatti in via prioritaria.

D'altro canto, una disposizione diversa che si ripercuota negativamente sulla securitisation non avrebbe alcun senso, ritenuto che comunque il debitore ceduto rimane terzo estraneo rispetto alla operazione di cartolarizzazione dei crediti - che avviene tra il cedente ed il cessionario - provvedendo infatti al pagamento di quanto dovuto solo dopo che è stata realizzata la fase della cessione.

Fallimento del cedente e del cessionario

Per quanto riguarda, invece, il caso di un eventuale fallimento sia del cedente che del cessionario, il Legislatore ha optato per una diversa disciplina, alla luce di una differente condizione di questi rispetto a quella del ceduto.

In tale ultima ipotesi, difatti, viene applicato l'art. 4 comma 4, che prevede soltanto una riduzione di sei e tre mesi per i termini rispettivamente di due e di un anno previsti dall'art. 67 della Legge Fallimentare.

Ciò implica dunque la possibilità di revoca degli atti del cedente o cessionario purché si tratti di disposizioni a titolo oneroso che siano state realizzate nei tre o sei mesi antecedenti la dichiarazione di fallimento.

In questa ipotesi i sottoscrittori dei titoli e l'intera operazione di cartolarizzazione in genere vengono pur sempre tutelati ma certamente in modo notevolmente ridotto rispetto all'ipotesi di fallimento del ceduto: la tutela è appunto limitata alla sola - seppur notevole - riduzione dei termini.

Per il caso di fallimento del cedente, quindi, l'art. 4, comma 4, rafforza le tutele dell'operazione accorciando considerevolmente gli originari termini previsti per l'esercizio della revocatoria fallimentare.

Questa previsione legislativa della potenziale revocabilità dell'atto di cessione dei crediti è stata oggetto di numerose critiche, in quanto gli interessi sacrificati sarebbero comunque quelli dei sottoscrittori, i quali assisterebbero inermi alla revocatoria della cessione allorché venisse dimostrato che la cessionaria, soggetto come detto privo di interessi sostanziali immediati nell'operazione, conosceva lo stato di insolvenza del cedente.

Tale rischio per la tenuta dell'operazione è rimediato nella pratica mediante il conseguimento di un'attestazione di solvibilità del cedente ovvero tramite attenta attività di due diligence.

Fallimento del cedente e del cessionario

La giustificazione di questa diversa disciplina può essere ravvisata laddove si consideri che l'intera operazione di securitisation può essere utilizzata quale strumento a vantaggio del cedente.

Quest'ultimo, infatti, attraverso la cartolarizzazione potrebbe provvedere alla cessione di propri crediti al solo fine di sottrarli alla massa fallimentare.

A questo proposito è evidente come non sia possibile una tutela assoluta degli investitori che partecipano alla cartolarizzazione, così trascurando la circostanza che tale operazione viene invece realizzata, nell'ipotesi sopra ipotizzata, dal cedente allo scopo principale di frodare i propri creditori.

Anche nell'ipotesi di fallimento del cessionario si applica la disciplina di cui all'art. 4 comma 4, null'altro precisando in proposito la L. 130/99.

Ancora una volta si provvede, quindi, a tutelare la procedura della cartolarizzazione, ma limitatamente ad una riduzione dei termini entro i quali devono essere compiuti gli atti a titolo oneroso successivamente revocabili.

Anche in questo caso la diversa disciplina rispetto all'ipotesi di fallimento del debitore ceduto la si giustifica nella considerazione che, a differenza del ceduto, il cessionario, insieme al cedente, è colui che realizza l'operazione della cartolarizzazione, decidendone le modalità, nonché il momento più favorevole ai fini dell'attuazione.

Ora è evidente che l'opportunità, seppure presente, di tutelare l'intera operazione di cartolarizzazione, preservandola completamente dalla procedura fallimentare, non è comunque tale da pregiudicare in toto i creditori del fallito, privandoli dell'unico strumento a loro difesa quale l'azione revocatoria fallimentare.

Da qui la necessità di provvedere ad un contemperamento di queste due contrapposte esigenze proprio attraverso l'art. 4, comma 4 L. 130/99.

Fallimento del ceduto

Tanto chiarito, nel silenzio della legge, ci si chiede se l'azione revocatoria possa invece colpire il cedente il quale al momento della cessione fosse a conoscenza della situazione di insolvenza del debitore ceduto, secondo un'applicazione analogica della previsione contenuta nell'art. 6, legge 52/1991, che come è noto disciplina la cessione dei crediti d'impresa.

Le conclusioni a cui è pervenuta la dottrina sono sostanzialmente negative, anche per l'ipotesi in cui la cessione dei crediti sia pro solvendo, in considerazione, da una parte, della natura eccezionale della norma appena citata, dall'altra parte, del sacrificio generato, comunque, per i sottoscrittori qualora il cedente agisse in rivalsa verso la società cessionaria, in forza della facoltà accordatagli dall'art. 4 della legge 52/1991 per le cessioni pro solvendo.

D'altronde, il silenzio della legge 130/1999 su di una questione così rilevante non può essere privo di conseguenze esegetiche: tale mancata previsione deve, pertanto, essere intesa quale intenzione del Legislatore di volere separare nettamente la disciplina della cartolarizzazione da quella sulla cessione dei crediti d'impresa, nella evidente valutazione della diversità strutturale e funzionale delle due operazioni.

La finalità di una tale impostazione normativa sarebbe quella di creare le più favorevoli condizioni giuridiche per supportare un utilizzo diffuso della cartolarizzazione.

In conclusione, l'esonero dalla revocatoria dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti in favore della cessionaria non può essere compensato da altre azioni del curatore contro il cedente.

A ciò deve aggiungersi che, a seguito della recente riforma della legge fallimentare, indipendentemente dalla esenzione contenuta nella legge 130/1999, gran parte dei pagamenti dei crediti ceduti saranno al riparo dalla revocatoria in quanto pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.